



HAL
open science

La fragmentation du droit international public : l'oeuvre de codification à la lumière de la fragmentation du droit international

Serge Moundounga Ntsigou

► To cite this version:

Serge Moundounga Ntsigou. La fragmentation du droit international public : l'oeuvre de codification à la lumière de la fragmentation du droit international. Droit. Université de Strasbourg, 2013. Français. NNT : 2013STRAA005 . tel-02926256

HAL Id: tel-02926256

<https://theses.hal.science/tel-02926256>

Submitted on 31 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

ED 101

LA FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

*L'œuvre de codification à la lumière de la fragmentation du droit
international*

THÈSE

En vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(Doctorat nouveau régime – Droit public, mention Droit International)

Présentée et soutenue publiquement le 25 janvier 2013

Serge Wilfried MOUNDOUNGA NTSIGOU

MEMBRES DU JURY

Monsieur Syméon KARAGIANNIS, Directeur de Thèse,

Professeur de droit public, Université de Strasbourg

Monsieur Christian MESTRE, Doyen de la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion,

Professeur de droit public, Université de Strasbourg

Monsieur Jean-Denis MOUTON, Rapporteur,

Professeur de droit public, Université de Lorraine

Madame Josiane TERCINET, Rapporteur,

Professeur émérite de droit public, Université Pierre Mendès France de Grenoble

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

« La vérité est un miroir tombé de la main de Dieu et qui s'est brisé.
Chacun en ramasse un fragment et dit que toute la vérité s'y trouve. »¹

¹ Jalaluddin Mohammad MOWLAVI (RUMI) 1207-1273, Poète et Penseur Soufi Persan, du XIII^{ème} siècle, né en Iran et mort en Turquie. Il fut le fondateur de l'ordre mystique *Mowlaviyé* «Les derviches tourneurs.»

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude et toute ma reconnaissance au professeur Syméon KARAGIANNIS, qui a accepté de diriger ce travail. L'écoute attentive dont il a toujours fait preuve, la disponibilité, les remarques et les précieux conseils qu'il m'a prodigués durant toutes ces années ont été déterminants dans la volonté d'entreprendre ce travail et de le mener à bien.

Je tiens aussi à remercier MM. les professeurs Christian MESTRE, Jean-Denis MOUTON, et Mme le professeur Josiane TERCINET pour avoir accepté de faire partie de mon jury de soutenance.

Je suis également très reconnaissante à tous les membres de l'Ecole Doctorale Droit, Science politique et Histoire – ED 101, pour leur disponibilité et pour la confiance qu'ils m'ont témoignée) et qui m'aura permis de bénéficier d'une ambiance de travail à la fois sereine et motivante. Je voudrais ici leur adresser mes remerciements, de même qu'aux documentalistes des différentes bibliothèques qui m'ont apporté une aide précieuse dans mes travaux de recherche.

La mise en page de cette thèse n'aurait pas été possible sans l'implication personnelle de monsieur Vincent BARRET. Qu'il trouve ici mon amicale gratitude.

Je voudrais également remercier tous mes parents, lesquels, malgré la distance qui nous sépare, n'ont cessé de m'apporter leur soutien tant affectif que moral et financier durant ces années de déroulement de mon troisième cycle d'études supérieures en France. Qu'ils trouvent ici l'expression de mon affection sans faille. Je n'oublie pas mes amis pour le soutien indéfectible qu'ils n'ont cessé de m'apporter afin que ces longues années soient pour moi source d'épanouissement.

Enfin, j'ai une pensée spéciale pour ma défunte maman, NZAOU Claudine (1992) et ma défunte grand-mère, KOUMBA MOUCKETOU Marie (2008) auxquelles je dédie ce travail.

TABLE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ACDI : Annuaire de la Commission de droit international
ADI : Association du Droit International
AFDI : Annuaire français du droit international
AIDI : Annuaire de l'institut de droit international
AGNU : Assemblée générale des Nations Unies
AJDI : Actualité juridique du droit international
AJIL: American journal of international law
Al.: Alinéa
ALENA : Accord de libre-échange nord-américain
AMA : Agence mondiale antidopage
AME : Accord multilatéral sur l'environnement
AMI : Accord multilatéral d'investissement
Ann : Annuaire
Art.: Article
ASEAN: Association of Southeast Asian Nations
Ass.: Assemblée
BAD : Banque africaine de développement
BYBIL : British year book of international law
BIT : Bureau International du Travail
CADH : Convention américaine des droits de l'homme
CADHP : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
CCJ : Comité européen de coopération juridique
CDD : Commission du Développement Durable
CDH : Commission des droits de l'homme
CDI : Commission du droit international
CE : Communautés européennes
CEDIN : Centre de droit international
CEEAC : Communauté économique des Etats de l'Afrique Centrale
CECA : Communauté du charbon et de l'acier
Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme
CEDEAO : Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEE : Communauté économique européenne
CEI : Communauté des Etats Indépendants
CEMAC : Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CEPGL : Communauté économique des pays des Grands Lacs
Cf. : confer
CIDH : Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIJ : Cour internationale de justice

CIRDI : Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements
CIO : Comité International Olympique
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice des Communautés européennes
CMB : Convention de Montego Bay
CNCDDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNRS : Centre national de la recherche scientifique
CNUCED : Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUDM : Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
Coll. : Collection
CPA : Cour pénale d'arbitrage
CPI : Cour pénale internationale
CPJI : Cour permanente de justice internationale
CUADI : Commission de l'Union Africaine pour le Droit International
CVDT : Convention de Vienne sur le droit des traités
D. : Recueil Dalloz
(Dir) : Sous la direction de
DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
éd.: Edition
EJIL: European Journal of International Law
FMI: Fonds Monétaire International
GATT: General Agreements on Tariffs and Trade
ibid: ibidem
IDI: Institut de Droit International
IGADD: Intergovernmental Authority on Drought and Development
ILC Yearbook: International Law Commission Yearbook
INPI: Institut Nationale de la Propriété Intellectuelle
JDI : Journal de droit international
JICJ : Journal of International Criminal Justice
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mercosur : Marché commun du Sud
n° : numéro
NEPAD : Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique
NYBIL: Netherlands YearBook of International Law
OACI. : Organisation de l'aviation civile internationale
OEA. : Organisation des Etats Américains
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
OGM : Organismes génétiquement modifiés
OHADA : Organisation pour l'harmonisation du droit des Affaires en Afrique
OIT : Organisation internationale du travail
OMC : Organisation mondiale du commerce
OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS : Organisation mondiale de la santé
ONG : Organisation non gouvernementale
ONU : Organisation des Nations Unies
ONUDI : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
ONUDCI : Organisation des Nations Unies pour le Droit Commercial International
op. cit. : Opere citato
ORD : Organe de règlement des différends

OSCE : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OTAN : Organisation du traité de l'Atlantique Nord
p. : page
p. et s. : de la page ... à la page ...
prec. : Précité
PNB : Produit national brut
PNUE : Programme des Nations Unies pour l'Environnement
PPTE : Initiative pays pauvres très endettés
PUAM : Presses universitaires d'Aix Marseille
PUF : Presses universitaires de France
RBDI Revue Belge de droit international
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de droit international
RDP : Revue du droit public et de la Science politique
RDUE : Revue du droit de l'Union européenne
Rec. : Recueil
Res. : Résolution
RGDIP : Revue général de droit international public
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
SDN : Société des Nations
SFDI : Société française de droit international
sv. : Suivant
Suppl. : Supplément
TIDM : Tribunal international du droit de la mer
TPI : Tribunal pénal international
TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UA : Union africaine
UDEAC : Union douanière et économique de l'Afrique centrale
UE : Union européenne
UEMOA : Union économique et monétaire ouest-africaine
UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé
UPU : Union Postale Universelle
UQAM : Université du Québec à Montréal
URSS : Union des Républiques Soviétiques et Socialistes
Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	15
PREMIÈRE PARTIE RÉALITÉS ET IMPACT DE LA FRAGMENTATION SUR LA COHERENCE DU DROIT INTERNATIONAL	37
TITRE I : LE PROCESSUS DE FRAGMENTATION ET SES RESULTATS EN DROIT INTERNATIONAL	41
Chapitre premier – La fragmentation : un phénomène découlant de la diversification et de l’expansion du droit international	43
Chapitre II – La fragmentation : un phénomène qui accroît la complexité des interactions entre les normes internationales	145
TITRE II : LA DIALECTIQUE ENTRE UNITE ET FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL	211
Chapitre premier – Analyse du débat doctrinal de la fragmentation du droit international	213
Chapitre II – L’influence des aspects politiques et moraux sur la fragmentation du droit international	277
DEUXIÈME PARTIE LA CONTRIBUTION DE LA CODIFICATION AU MAINTIEN D’UN ORDRE UNITAIRE EN DROIT INTERNATIONAL.....	338
TITRE I : CODIFICATION ET FRAGMENTATION : DES INTERFERENCES RECIPROQUES EN DROIT INTERNATIONAL	343
Chapitre premier – L’impact de la fragmentation et de la prolifération des normes sur l’œuvre de codification du droit international.....	345
Chapitre II – Les avantages de codification découlant de la fragmentation	451
TITRE II : LES MOYENS PERMETTANT D’ASSURER UN MAXIMUM D’UNITE, DE COHERENCE ET D’EFFECTIVITE AU DROIT INTERNATIONAL	531
Chapitre premier – La nécessaire implication de la CDI dans la systématisation du droit international	535
Chapitre II – Les solutions offertes par la codification d’origine judiciaire et les organes juridictionnels	621
CONCLUSION GÉNÉRALE	697

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Le droit international général reste la clef de voûte des relations entre les Etats au sein du système juridique international* »² déclarait le Président Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA³ lors de la présentation des derniers chapitres du rapport de la Commission du Droit International (CDI) sur les travaux de sa cinquante-huitième session devant la Sixième Commission des Nations Unies⁴. Cependant, avec le phénomène de la mondialisation, le droit international général connaît des transformations dont les conséquences et les circonstances d'évolution ne sont pas toujours clairement établis et font l'objet de grands débats. Ainsi par exemple, on constate sur la scène internationale « une production normative de plus en plus dispersée en de foyers multiples, une validité de plus en plus conçue comme limitée dans le temps ou dans l'espace »⁵ et, pour finir, « une application exigeant d'importantes marges discrétionnaires et une étroite articulation avec d'autres dispositifs normatifs. »⁶

Cet état des choses démontre bien, comme l'affirmait le Professeur LEROY, que « les peuples des Etats-Nations restent effectivement trop différents, trop « bigarrés » pour que leur histoire, leurs religions, leurs langues ou leur cultures respectives puissent servir de clef de voûte à la mondialisation. »⁷ En d'autres termes, en explorant plusieurs domaines qui n'étaient jusque là pas encore pris en compte par le droit international, la mondialisation a provoqué un vide juridique qui lui-même a eu pour conséquence une « mondialisation et une globalisation des concepts juridiques⁸ ».

Mais aussi surprenant que cela puisse paraître, ce phénomène n'est pas nouveau en soit car, depuis longtemps, « le droit international a toujours constitué un enjeu majeur pour les relations internationales en ce sens que les Etats ont toujours cherché à influencer sur la détermination des

² Assemblée Générale des Nations Unies, document AG/J/3308, Sixième Commission, 18^e séance-matin du 1^{er} novembre 2006.

³ Ancien Membre et Président de la Commission du droit international en 2006.

⁴ Annuaire français du droit international, volume 51, 2006, pp.340-372.

⁵ Pierre GUIBENTIF, Réaction à l'article de Jean-Guy BELLEY, « *Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit* », Revue de l'Institut international de sociologie juridique, ONATI, Espagne, 2002, p. 47.

⁶ *Idem*.

⁷ Christophe LEROY, « *La mondialisation par le vide juridique* », Paris, Le « Monde », 12 septembre 2000, p.6.

⁸ Jacqueline MONRAND-DEVILLER et Jean-Claude BONICHOT, « *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement* », Synthèse des travaux de la Mission de recherche *Droit & Justice*, CERDEAU, Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne, Novembre 2008, p.1.

frontières normatives, limites à leurs comportements politiques »⁹. Cette vision est encore plus accentuée de nos jours avec la complexité croissante du système juridique international, posant ainsi d'évidents problèmes de cohérence systémique. Parmi ces problèmes, on peut noter celui lié au phénomène de la multiplication des juridictions internationales qui offre à chacun, l'occasion de porter un différend devant la juridiction de son choix, en fonction de ses attentes. Certains auteurs de droit international ont parlé d'un phénomène de « *Forum shopping* » avec le risque de voir que « deux tribunaux [peuvent] être saisis concurremment d'une même question et rendre des décisions contradictoires »¹⁰.

Il faut dire en effet que la fin du XX^e siècle a été marquée par une multiplication des juridictions internationales et des institutions de règlements des différends. On peut citer, entre autres, la Cour internationale de Justice, la Cour de Justice des Communautés européennes, l'Organe de règlements des différends de l'OMC, les Organes de règlement des différends dans le cadre de l'ALÉNA, le Tribunal international du droit de la mer, les Cours des droits de l'Homme (européenne, interaméricaine, africaine), les Tribunaux pénaux internationaux, ou encore la Cour pénale internationale. Pour le Président Gilbert GUILLAUME, « *ces changements répondent largement aux transformations récentes de la Société internationale : rôle croissant du droit dans une économie libérale, mondialisée et dans des sociétés nationales privilégiant la répression pénale ; multiplication des relations interétatiques en des domaines nouveaux ; apparition de nouveaux acteurs de la vie internationale et de groupes de pression divers, commerciaux, financiers ou idéologiques.* »¹¹

S'il est indéniable que cette évolution contribue au maintien de la paix et de la sécurité internationale tout en permettant au droit international de se développer, il n'en demeure pas moins que cette « *judiciarisation* » des mécanismes de contrôle et de respect du droit international s'est traduite par la création de diverses juridictions qui n'ont pour la plupart que des compétences sectorielles. Cette sectorisation du droit international qualifiée « *d'expansion et de diversification du droit international* » n'a pas eu que des aspects positifs car elle s'est accompagnée d'un accroissement du nombre des normes internationales. Ces normes, parfois contradictoires, soulèvent des questions liées au débat autour de l'unité et la fragmentation du droit international, sujet autour duquel gravite la présente étude.

⁹ Idem, p. 3.

¹⁰ Cf. Discours du juge Gilbert GUILLAUME, « Multiplication des instances judiciaires internationales : perspectives pour l'ordre juridique international », http://www.library.lawschool.cornell.edu/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cspeechPresident_Guillaume_Sixth.Committee_20001027.html.

¹¹ Gilbert GUILLAUME, « La justice internationale à l'aube du XXI^e siècle », Conférence faite à l'Institut du droit de la paix et du développement le 3 novembre 2004, <http://www.gip-recherches-justice.fr/spip.php?article231>.

Il convient avant tout d'indiquer avec le Professeur Pierre-Marie DUPUY que « *la question de la fragmentation dépasse largement le cadre de la seule concurrence potentielle entre cours et tribunaux internationaux*¹². » Elle implique également, par définition, « *une multiplication de décisions concernant un même enjeu de stabilité des relations internationales et de soumission de ces dernières à un ordre juridique international*¹³. » Or cette multiplication des juridictions internationales engendre en même temps un risque corrélatif d'apparition de jurisprudences contradictoires qui peuvent remettre en cause l'ordre juridique international et, partant, l'unité du droit international. A ce titre, la fragmentation concerne de très près le problème général de la codification du droit international et de la sécurité juridique des traités internationaux.

Déjà peu de temps après la deuxième guerre mondiale, Wilfried JENKS attirait l'attention de la communauté internationale sur certains phénomènes liés à la fragmentation du droit international notamment celui lié à l'absence d'un « organe législatif général »¹⁴ sur le plan international capable d'apporter des solutions et de trancher les litiges en cas de conflit entre traités normatifs. Dans le même temps, il précisait que l'« une des sources de conflit les plus graves entre traités normatifs tient au développement considérable du droit régissant la révision des instruments multilatéraux et définissant les effets juridiques de la révision¹⁵. » Plus près, la sonnette d'alarme sur les effets néfastes que pourrait avoir la fragmentation sur l'unité du droit international et la sécurité internationale avait été tirée par le Juge Gilbert Guillaume, alors Président de la CIJ, lors de son discours du 27 octobre 2000 devant l'Assemblée générale de l'ONU lorsqu'il interpellait la communauté internationale en affirmant clairement que : « *La multiplication des instances juridictionnelles internationales peut mettre en danger l'unité du droit international et, par voie de conséquence, son rôle dans les relations entre Etats*¹⁶. »

Par la suite, mandat fut donné à la CDI par l'Assemblée générale de l'ONU d'examiner la question de la fragmentation et un groupe d'études fut alors créé en 2002 au sein de cette Commission, sous la présidence de Martti KOSKENNIEMI¹⁷. En 2006, un rapport préliminaire du groupe d'étude

¹² Pierre-Marie DUPUY, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », *EUI LAW, European journal of legal studies*, 2006, p.127.

¹³ Gilbert GUILLAUME, « Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ? », Colloque international organisé le 26 mai 2004 à Montréal par le Centre d'études sur le droit international et la mondialisation de l'UQUAM, en collaboration avec la Faculté de sciences politiques et de droit de l'UQUAM ainsi que les facultés de droit des Universités de Montréal et McGill, <http://www.cedim.uqam.ca>.

¹⁴ Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Documents officiels de l'Assemblée générale, A/CN.4/L.682, p.10.

¹⁵ Cf. Wilfried JENKS, « The Conflict of Law-Making Treaties », *British Yearbook of International Law (BYBIL)*, vol. 30 (1953), p.403.

¹⁶ Discours du Président Gilbert GUILLAUME devant l'Assemblée Générale des Nations Unies, 30 octobre 2006.

¹⁷ Voir Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante-quatrième session. Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n°10 (A/57/10), chap. IX. A, par.492 à 494.

intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » a été rendu public, soulignant l'importance des risques liés à la question de la fragmentation¹⁸. Il faut tout de même signaler que, dans son rapport, le Groupe d'études s'était spécialement concentré sur les questions de fond tout en soulignant la dimension du droit international en tant que système juridique, laissant de côté les questions institutionnelles. Cette approche que d'aucuns ont jugé très appropriée, se base sur la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités mais elle ne souligne pas assez les difficultés réelles liées aux problèmes actuels d'interprétation de certains traités.

Aujourd'hui encore l'importance et l'actualité des conséquences de la diversification du droit international et la question de sa fragmentation continuent de susciter l'intérêt des internationalistes. Pour certains, cette évolution est susceptible de remettre en cause l'unité du droit international et, partant, sa primauté en entravant le progrès de celui-ci; pour d'autres, l'extension du champ d'application du droit international, la multiplication des institutions internationales et le regain d'importance des décisions judiciaires sont plutôt perçus comme une évolution du droit international vers un « *droit commun de l'humanité* »¹⁹.

La présente étude n'a nullement la prétention de soulever l'ensemble des interrogations suscitées par le phénomène de fragmentation en droit international ; son ambition est plutôt d'apporter une contribution à ce riche débat à travers un examen rigoureux du phénomène pour tenter d'en ressortir les principales difficultés au regard de l'œuvre de codification du droit international et, partant, de l'adaptation du système international à la résolution des conflits normatifs issus de l'expansion et de la diversification du droit international. Autrement dit, il s'agit en l'occurrence, de donner quelques perceptions sur les deux questions fondamentales auxquelles la doctrine internationaliste reste confrontée en ce début de XXI^{ème} siècle, à savoir « l'une fondamentale et idéologique qui [est] la validité de l'unité du droit international, l'autre méthodologique qui [est] de savoir comment concilier la spécialisation à laquelle pousse l'expansion normative de la plupart des domaines du droit international avec la nécessité plus ou moins ressentie d'avoir une vision suffisamment globale ... de l'état du droit international pour permettre une perception raisonnée des interférences entre ces différents domaines²⁰ ».

C'est pourquoi, dans cette partie introductive, une définition des concepts mis en évidence s'impose pour les besoins de compréhension et pour mieux cerner le champ d'investigation de cette étude.

¹⁸ Lire le Rapport du Groupe d'étude de la CDI sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

¹⁹ Lire W.W. BISHOP, « General Course of Public International Law », *RCADI*, vol. 115, tome II, 1965, p.165.

²⁰ Hélène Ruiz FABRI, « *Le droit international entre prudence et espérance* », *In Regards d'une génération sur le droit international*, éd. Pedone, Paris, p.335.

Cela passe par l'examen des notions de codification et de fragmentation du droit international permettant de mieux témoigner de leurs effets sur le droit international public et l'ordre juridique international (I). On pourra ensuite définir une problématique générale et ses pendants (problématiques secondaires) (II) avant d'expliquer la démarche et le plan général qui constituera la trame de notre étude (III).

I- Définitions et interactions entre les notions de fragmentation et de codification en droit international

A) La fragmentation du droit international : Phénomène « avéré » ou simple risque ?

Cinquante ans après la rédaction de la Charte des Nations Unies, considérée, à juste titre comme « le document constitutionnel de la communauté des Etats »²¹, le droit international connaît de plus en plus d'expansion au sein de la société internationale. Cette expansion s'est accompagnée d'une diversification croissante de ses sources puisque le droit international contemporain s'étend aujourd'hui à de nombreux domaines qu'il ignorait par le passé : c'est le cas du droit des droits de l'homme, du droit environnemental ou du droit commercial pour ne citer que ces quelques exemples.

Mais parallèlement à cette expansion, on assiste également au morcellement du droit international par matière et par région : c'est ce phénomène qui a été qualifié de fragmentation, faisant craindre à une partie de la doctrine que le droit international ne devienne un « droit obscur et complexe ». Par fragmentation du droit international, on entend donc le processus par lequel l'unité du droit international se fragmente ou se divise du fait de la multiplication des régimes spéciaux (self-contained regimes) et par la multiplication des juridictions internationales appelées à lire, interpréter et appliquer le droit international dans leurs domaines respectifs. De manière pratique, « *la notion sert à désigner la multiplication des conflits systémiques et normatifs qui découleraient de la diversification du droit et qui, pour certains, menaceraient son unité.* »²²

Même si cette fragmentation du droit international « suppose au préalable que l'on conçoive cette discipline comme un ordre juridique »²³ selon les termes du Professeur Pierre-Marie DUPUY, force est de reconnaître qu'elle est bien réelle et qu'elle pose d'innombrables problèmes en droit international, notamment celui du conflit entre normes de droit international. La notion a d'abord été invoquée par divers présidents de la Cour Internationale de Justice (CIJ) pour avertir des risques

²¹ B. SIMMA, A. PAULUS, « The international Community Facing the Challenge of Globalization », *EJIL*, 1998, vol.9, p.274.

²² Lire Anne-Charlotte MARTINEAU, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Martineau.

²³ P-M DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, p.153.

d'incohérence découlant de la concurrence juridictionnelle.²⁴ Aujourd'hui, la question de la fragmentation du droit international est devenue un phénomène social et constitue, par excellence, le débat doctrinal de l'ère de la globalisation.

Pourtant, lorsqu'ils analysent la problématique de la multiplicité des sources en droit international moderne, les spécialistes de la doctrine en droit international se posent souvent la question de savoir s'il y a effectivement fragmentation ou si l'on ne devrait pas plutôt parler de simple pluralisme juridique. Par exemple, le professeur Emmanuelle JOUANNET se demandait : « *la fragmentation du droit international est-elle certaine ? Réelle ? Ou n'est-ce pas une simple idée de la raison ? Une simple conceptualisation de nos peurs face à un monde qui ne cesse de se complexifier davantage et dont on ne sait maîtriser ni les tenants, ni les aboutissants ?* »²⁵

Exposant sur sa vision du droit international à l'aube du XX^e siècle, le professeur Hélène Ruiz FABRI répondait quelque peu à ces différentes interrogations et convenait que « *c'est à une forme amplifiée de fragmentation que l'on est confronté, mise non plus seulement dans la perspective d'un droit archipélagique mais dans celle d'un droit mosaïque...* »²⁶. Cela sous-tend bien l'idée que la fragmentation n'est pas un phénomène récent, mais bien ancien en droit international ; seule son amplification soulève diverses interrogations aujourd'hui.

L'intérêt de soulever cette interrogation en amont est révélateur du débat doctrinal qui caractérise ce phénomène. En effet, comme tout concept ambigu, la fragmentation stimule et suscite un grand débat qui a fini par opposer, d'un côté ceux qui considèrent ce phénomène comme une simple évolution du droit, soutenant par la même occasion que la « *la codification du droit international ne peut se faire que fragmentairement, en tenant compte des différences qui existent entre les divers groupes juridiques* »²⁷. De l'autre côté, ceux qui estiment que la fragmentation constitue un véritable danger pour la construction d'un droit unitaire et s'opposent ainsi au « morcellement du droit international »²⁸, estimant que les conflits normatifs résultant de l'expansion du droit international peuvent affecter, voire menacer la cohérence du système juridique international tout entier.

²⁴ Voir à cet effet le discours prononcé par le juge SCHWEBEL devant l'Assemblée Générale des Nations Unies le 26 octobre 1999 et ceux prononcés par le juge Guillaume devant la Sixième Commission le 27 octobre 2000 et le 31 octobre 2001 disponibles sur le site internet de la CIJ : www.icj-cij.org

²⁵ Emmanuelle JOUANNET, « *Le même et l'autre* », In « *Regards d'une génération sur le droit international* », Sous la direction d'Emmanuelle JOUANNET, Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL, Editions A. Pedone, Paris, 2008, p.221.

²⁶ Hélène RUIZ FABRI, « *Le droit international entre prudence et espérance* », *op. cit.*, p.320.

²⁷ Lire la préface de l'ouvrage de K. STRUPP, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, Rousseau, Paris, 1927, pp. VII-IX. L'auteur y émettait déjà de sérieuses réserves dans *La codification du droit international, ses tendances et ses bases*, Pedone, Paris, 1912, 294p.

²⁸ Cf. Jules BASDEVANT, Discours de la Haye de 1936.

Il s'agit là d'un débat qui sera développé plus en détail par la suite et pour lequel la présente étude n'a nullement la prétention de trancher surtout à un moment où le phénomène n'a pas fini de produire tous ses effets en droit international. Simplement, dès lors que tous admettent unanimement que « le système international actuel semble progresser de façon anarchique et non prévisible²⁹ », on est en droit de reconnaître que cette « anarchie » et cette « imprévisibilité » ont une source et que cette source mérite qu'on s'y attarde.

Au demeurant, la fragmentation du droit international trouve son origine dans la croissance fulgurante qu'a connue l'activité normative internationale au sortir de la deuxième guerre mondiale. Il faut dire que la notion de fragmentation est liée, principalement, au développement et à la consolidation de certains secteurs du droit international en tant que *self-contained regimes*³⁰. Ainsi, Martti KOSKENNIEMI a observé, à juste titre, que la menace la plus sérieuse provient de ces régimes-autosuffisants qui appliquent des notions de droit général mais dans une perspective toute particulière. Autrement dit, le nœud du problème résiderait dans « *l'utilisation du droit général par des organes qui représentent des intérêts et des points de vue différents de ceux qui sont représentés au sein des organes dits traditionnels*³¹ » car ces « régimes spéciaux » ou « régimes autonomes » sont souvent dotés d'institutions qui leurs sont propres pour administrer les règles permanentes. La CDI prend ainsi l'exemple du « droit de la mer », du « droit humanitaire » ou des « droits de l'homme ». De tels régimes peuvent tendre à fonctionner de manières totalement autonomes et cloisonnés les uns des autres. La question s'est notamment posée pour le droit communautaire ou pour l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui dispose de son propre régime conventionnel et de sa propre juridiction, en bref d'un régime normatif pouvant fonctionner en circuit fermé. Tout cela ferait évoluer le droit international vers la création de différentes sphères ne communiquant pas entre elles et la crainte manifestée quant à « l'érosion du droit international général », « à la perte de la sécurité internationale », voire même peut-être « la perte d'une perspective globale du droit » comme le souligne le Groupe de travail de la CDI dans son rapport de 2006.

Beaucoup d'affaires viennent d'ailleurs très bien illustrer ce point de vue sur la scène internationale : Ainsi dans l'exemple de l'affaire *Tadic*³², la Chambre d'appel du TPIY dans son arrêt d'appel sur le fond du 15 juillet 1999 a remis en cause l'applicabilité du « critère de contrôle du Nicaragua »,

²⁹ Emmanuelle JOUANNET, « *L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international* », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005, p.224.

³⁰ Voir l'étude de Bruno SIMMA, « *self-contained regimes* », *NYBIL*, vol. XVI, 1985, pp.111-136.

³¹ Voir M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, « *Fragmentation of international Law ? Post-modern anxieties* », *EJIL*, 2002, p.558.

³² L'affaire *Tadic* est le premier jugement rendu par la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie le 7 mai 1997.

allant à l'encontre de la décision rendue par la première Chambre qui, elle-même, s'était aligné sur celle rendue par la CIJ (*Nicaragua c. Etats-Unis*). En statuant au fond de l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) écartait par la même occasion la jurisprudence dégagée par la CIJ dans le différend ayant opposé devant elle le Nicaragua aux Etats-Unis d'Amérique.

Un autre exemple est celui de l'affaire de l'usine MOX³³. En l'espèce, ce sont les questions environnementales qui furent soulevés, en l'occurrence l'Irlande demandait au Tribunal international du droit de la mer la prescription des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 290-5 de la Convention sur le droit de la mer de 1982 en attendant la constitution d'un tribunal arbitral. Plutôt que de favoriser l'arbitrage, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a opté pour le règlement des différends entre Etats membres lui permettant ainsi de réaffirmer son monopole juridictionnel en ce qui concerne le droit communautaire et les accords mixtes signés par l'Union et les Etats membres. Cependant, l'affaire avait également son pendant : celui de donner l'occasion de s'interroger sur l'opportunité d'un tel concept qui met en lumière le débat plus large de la fragmentation du droit international. Notamment dans cette affaire, ce sont les relations entre le droit international de l'environnement et le droit communautaire qui suscita de vives interrogations. Plus précisément, la décision rendue par la CJCE en l'espèce mettait à mal les relations entre les Cours internationales et les tribunaux arbitraux car un tel arrêt établit « la toute-puissance de la Cour Européenne dans un domaine où le dialogue des juridictions ainsi qu'une approche flexible de la justice devraient avoir cours³⁴ » en principe.

Au vu de ces deux exemples, le phénomène de fragmentation semble bien réel en droit international. Mais cette question va largement au-delà de la seule problématique d'une concurrence entre cours et tribunaux internationaux ; en effet, elle concerne également, de très près le problème général de la codification et de la sécurité juridique des traités internationaux.

B) La codification : méthode d'évolution du droit international ou moyen d'imposer la paix dans les relations internationales?

Le droit international est un ordre juridique dynamique qui repose entièrement sur la volonté souveraine des Etats. Il a certaines spécificités qui en font un système juridique propre dont les règles et les principes sont sous-jacentes à la réalité sociale dans laquelle il se développe et en fonction de la volonté de ses acteurs. Le progrès continu dont il est généralement « victime » lui commande de trouver perpétuellement des voies et moyens pour le perfectionnement de l'ordre

³³ Cf. Arrêt « *Commission c. Irlande* », Affaire C-459/03 du 30 mai 2006 rec. 2006 p. I-04635.

³⁴ Julien DE CRUZ, « *Interactions entre le droit internationale général et le droit communautaire* », UPX, article posté le 23 janvier 2008 sur le blog de l'Université Paris X, www.m2bde.u-paris10.fr

juridique. Parmi ces moyens, figure en bonne place l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international permettant de clarifier les normes internationales et accroître la certitude dans les relations internationales.

Mais même pour la doctrine, « l'opération de codification » demeure difficile à cerner du fait des controverses qu'elle soulève quant à sa définition exacte. Si, dans son sens extensif, la codification se confond à la législation et devient une activité créatrice ou constitutive du droit, elle a pour fonction, dans sa conception restrictive, de constater les règles de droit, de les formuler de la façon la plus claire et la plus concise, car elle est simplement déclarative du droit existant.

En droit international, la codification s'entend comme « *la formulation plus précise et la systématisation des règles de droit international dans les domaines où existent déjà une pratique étatique conséquente, des précédents et des opinions doctrinales* »³⁵. Autrement dit, il s'agit d'une opération de conversion de règles coutumières en un corps de règles écrites, systématiquement groupées. L'œuvre de codification du droit international est généralement liée à celle de son développement (progressif) qui constitue une opération d'affirmation ou de consécration de règles nouvelles sur la base du droit existant. La clarté de la distinction n'est, dans les faits, qu'une apparence. Dans la pratique, les deux opérations seront souvent intimement imbriquées, ne serait-ce que pour renforcer la cohérence logique du corps des règles inscrites dans une même convention.

Il est utile de préciser ici que l'idée de développer le droit international en réaffirmant les règles existantes ou d'en formuler de nouvelles est très ancienne. Cette tendance était déjà largement présente en Europe dès le XVII^e siècle, notamment en Angleterre dans les constructions fondées sur le « contrat social » et la souveraineté chez T. Hobbes (1588-1679) ou dans celles des droits et libertés individuelles de J. Locke (1632-1704) et plus tard, avec le « positivisme classique » de J. Bentham (1748-1832) et de J. Austin (1790- 1859). Mais c'est surtout au début des premières décennies du XX^e siècle que le besoin urgent de favoriser la réglementation, la diffusion et une compréhension plus large du droit international va se faire ressentir. Ce besoin de codification du droit international va trouver son fondement dans le problème de la paix et d'une meilleure réglementation des relations internationales.

Toutefois, cette transformation aura été plus difficile à réaliser car, contrairement à ce qui se passe en droit interne où l'évolution est le fait du législateur, d'une part, et du juge, d'autre part, il n'y a pas de législateur en droit international et le rôle du juge international est très marginal. Ce qui va poser avec une acuité particulière la problématique de la transformation pacifique de ce droit. Pourtant, après la seconde guerre mondiale, la nécessité d'une évolution du droit international n'a

³⁵ Article 15 de la Charte des Nations Unies.

jamais été aussi grande. En effet, en dépit de l'échec de la Société des Nations (SDN), les Etats alliés, devenus plus tard « Nations Unies », décidèrent de créer une nouvelle organisation internationale chargée d'établir un embryon d'ordre mondial et lui confier, en particulier, une mission de maintien de la paix dans le monde. Ce sera la naissance de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dont l'acte constitutif est la Charte des Nations Unies signée le 26 juin 1945 à San Francisco et qui se présente comme la « constitution » de cet ordre mondial. Elle établit ainsi un ordre normatif et crée des organes dont elle définit les compétences et le rôle en vue d'assurer la coopération entre les Etats membres ainsi que la surveillance de l'application de l'ordre ainsi établi.

Parmi les missions assignées à l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) par la Charte, figure, en bonne place, « *l'étude et la formation de recommandations en vue de développer la coopération internationale dans le domaine politique, l'encouragement du développement progressif du droit international et sa codification aux fins d'assurer le règlement pacifique des crises et le développement de la coopération internationale.* »³⁶ Afin de garantir cet état de fait, l'ensemble des Etats réunis au sein de l'Organisation des Nations Unies (ONU) ont posé des principes, des règles et mis en place des organismes en vue de garantir la paix dans le monde. Les Nations Unies se sont ainsi engagées « *à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international...* ». On comprend ainsi toute l'influence qu'auront exercée l'ONU et ses organismes sur l'élaboration, la codification et la mise en application du droit international, permettant ainsi de maintenir un certain ordre juridique sur le plan international.

On se rappellera à propos que dès sa première session, l'AGNU par la Résolution 94 (I) du 11 décembre 1946 portant sur le développement progressif du droit international et sa codification, décida de créer une commission dite « Commission des Dix-Sept » ou « Commission des méthodes » chargée d'étudier les moyens de mise en œuvre de l'article 13 §1 (a) de la Charte. Par la suite, l'AGNU va, le 21 novembre 1947, adopter la Résolution 174 (II) portant création de la Commission de droit international (CDI) comme l'instrument principal de l'Assemblée générale aux fins de la mise en œuvre du but énoncé à l'article 13 §1 (a) de la Charte des Nations Unies à savoir « ... encourager le développement progressif du droit international et sa codification. » Il s'agissait en l'occurrence « *de faciliter l'interprétation et l'application des coutumes et de la jurisprudence internationale, les préciser, ainsi que de les adapter à l'évolution historique et*

³⁶ Article 13 paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies.

sociologique de la communauté internationale et ainsi, faire évoluer le droit de manière pragmatique ». ³⁷

Au regard de ce qui précède, le développement progressif du droit international et sa codification ont été l'un des aspects les plus marquants de l'évolution du droit international depuis la deuxième guerre mondiale et la CDI y a joué un rôle central. Elle a, en effet, été à l'avant-scène en relevant les défis confrontant la communauté internationale dans le domaine du droit international comme cela sera examiné plus loin. L'enthousiasme suscité par le « mouvement de codification », s'explique en général par l'idée qu'un droit international écrit remédierait aux incertitudes du droit international coutumier en comblant les lacunes existantes du droit et en donnant un contenu plus précis aux principes généraux abstraits dont les modalités d'application pratiques demeurent le plus souvent très vagues.

Cependant, l'extrême mobilité des données de la vie économique et sociale contemporaine ainsi que les problèmes nouveaux survenus en droit international ont rendu plus extensible la notion de codification du droit international. Cette idée même de codification, qui évoquait pourtant à son origine, un désir de « sécurité » dans la règle de droit à travers une construction juridique acceptée de tous et en vue de déterminer le domaine d'application d'une règle dans l'espace, est de plus en plus remise en cause du fait de la fragmentation du droit international. Ce phénomène rend plus difficile, l'idée d'une codification générale du droit international. En effet, on assiste de plus en plus à une régionalisation de la codification du droit international public et à une multiplication des organes codificateurs ; ce qui contribue à grignoter l'objet d'intervention de la CDI tout en créant un désordre systémique sur le plan du droit international.

C) Interférences entre fragmentation et codification en droit international

La codification et la fragmentation relèvent de deux registres conceptuels distincts : tandis que la codification constitue un moyen d'action mettant en avant une construction logique, la fragmentation décrit plutôt un processus de mutation. Mais cela n'exclut pas qu'entre ces deux paramètres, des interactions puissent exister. Celles-ci mériteraient alors d'être cernées en partant du constat selon lequel, si l'analyse de l'évolution générale du droit international fait apparaître une tension dialectique entre ce qui constitue les règles de droit international général et les règles de droit spécial, entre les intérêts communs de la communauté internationale considérée dans son ensemble et les intérêts particuliers de groupes d'Etats, d'organismes régionaux, de la société civile mondiale

³⁷ Lire les commentaires d'Alain PELLET concernant le rapport des travaux de Roberto AGO sur l'article : « *La codification du droit de la responsabilité internationale, tâtonnements et affrontements* », In *Mélanges en l'honneur du professeur Abi Saab*, 2001, p. 241.

ou de certains individus sur la scène internationale, la prise en compte de la méthode de codification pourrait constituer un « mal nécessaire » pour lutter contre les effets néfastes de la fragmentation.

En cela, fragmentation et codification se recoupent en droit international dès lors que la multiplication du nombre de décisions de justice sur le plan international pourrait mettre à mal l'élaboration d'un droit international unique qui se veut avant tout comme étant la « poursuite de buts communs ». Ainsi malgré le lien étroit qui existe entre elles, les notions de codification et de fragmentation peuvent facilement s'opposer. D'un côté, la codification contribue à rendre le droit plus lisible et plus accessible ; elle permet de rassembler, selon un plan cohérent, l'ensemble des dispositions existantes qui se rapportent à un même domaine juridique. Son objectif est celui de limiter les incohérences et les inconvénients inhérents à la sédimentation, à la dispersion et à l'inflation des normes. En ce sens, la codification demeure un facteur précieux de sécurité juridique. A contrario, la fragmentation est généralement considérée comme un facteur d'instabilité pour l'ordre juridique en ce qu'il donne lieu à plus de « spécialisation » et de régionalisation. Il en résulte, très généralement, un processus d'éclatement et des « conflits systémiques et normatifs ». D'ailleurs pour le professeur Mariano J. AZNAR, la fragmentation crée des « doutes » quant à ses effets sur le système juridique à trois niveaux :

Le premier cas concerne l'interprétation distincte du droit international général par les nouvelles institutions. Dans ce cas, il s'agit de se demander si l'organe spécial cherchera à écarter ou à adapter la règle générale dans le cadre de l'appréciation d'une situation définie par le droit général et pour laquelle elle serait tenue de se prononcer à son tour.

Le deuxième cas du problème de fragmentation concerne plus « l'exception fonctionnelle » du régime général que sa chute face au régime spécial. Dans les faits, elle suppose l'existence de régimes autosuffisants qui, pour la protection de leurs intérêts spéciaux, préfèrent recourir à leurs propres instruments et mécanismes spéciaux pour ne pas appliquer le droit général en le rendant non opératoire.

Enfin la troisième approche de la fragmentation est celle qui pose le plus de problème en droit international car elle concerne les cas de conflits qui imposent la détermination de la règle applicable en cas de litige. Le problème se pose lorsqu'il existe une contradiction, soit verticale (entre la règle générale et la règle spéciale), soit horizontale (entre deux ou plusieurs règles spéciales). Si le problème est vite résolu dans le premier cas du fait de l'entrée en fonction de la règle de la *lex specialis* en tant que technique de raisonnement juridique pour l'interprétation ou le règlement des différends, cette dernière est complètement inopérante dans le second cas. En effet, la contradiction survenant entre deux règles spéciales, le principe de la *lex specialis* ne peut plus agir

vu que chaque secteur revendiquera sa spécialité. C'est notamment le cas pour les conflits entre le droit commercial et le droit de l'environnement ou entre la sécurité et les droits de l'homme où l'interprète est obligé de choisir une règle plutôt qu'une autre ; ce qui suppose également d'établir un choix dans le recours à un organe de règlement de litige.

Au final, on constate que les différents secteurs interagissent entre eux, avec des chevauchements dans de nombreuses occasions de telle manière que chacun est plus prompt à veiller sur ses propres intérêts en raison de sa spécialisation alors qu'habituellement, tous les secteurs se réfèrent au droit international général pour combler leurs différentes lacunes. C'est la crainte perpétuelle de voir une ascendance de la « *rule of power* » sur la « *rule of law* » qui créerait une liberté d'action pour les acteurs les plus forts en l'absence d'un quelconque référent normatif et ferait assurément retomber l'Humanité vers le milieu social décrit par l'arrêt de *l'affaire du Lotus*³⁸.

D'où tout l'intérêt de rechercher une compatibilité normative entre fragments afin de déboucher sur un « système de réseau » entre les différentes normes de manière à établir entre elles des liens de « subordination » qui réduiraient au maximum les effets des unités prises individuellement. On amoindrirait ainsi les risques de conflits normatifs en augmentant la possibilité d'une plus grande cohérence dans l'application du droit international contemporain. Une telle tâche ne pourrait échoir qu'à un organe ayant compétence à édicter des règles générales en droit international, à savoir la CDI.

Il y a lieu de rappeler ici que l'ordre et la justice sont deux valeurs chères au système international et qui ne peuvent exister qu'à travers une cohérence interne des normes qui constituent le système dans son entièreté. Bien qu'ayant des aspects tout à fait positifs en droit international, la fragmentation peut, au fil du temps, rendre le droit international incohérent et donc injuste. Or comment favoriser la paix et la stabilité sur la planète si la matière par laquelle ces deux fonctions peuvent être assurées n'est pas elle-même ordonnée ? En conséquence, la réglementation juridique de la vie internationale et la perspective de fragmentation qu'elle renferme suggèrent des méthodes alternatives tournées vers l'identification des problèmes qu'elle suppose ainsi que la capacité de prévenir, de résoudre ou d'atténuer ces problèmes. Et c'est ici que résident aussi bien l'intérêt que la problématique de la présente étude.

³⁸ CPIJ, « Affaire du *Lotus* », 7 septembre 1929.

II- Intérêt et problématique de l'étude

A) **Problématique de l'étude**

La question de l'unification du droit international public, qui était capitale au sortir de la Deuxième guerre mondiale, est aujourd'hui partiellement résolue, si l'on s'en tient au bilan du travail réalisé par les Nations Unies de manière générale, et plus spécifiquement par la CDI depuis plus de soixante ans. En revanche, ce qui apparaît désormais nécessaire, c'est l'adaptation de ce droit à des réalités nouvelles engendrées par les grands bouleversements socio-économiques de la fin du XXI^e siècle ayant occasionné l'apparition de nouvelles branches du droit international à prendre en compte et, par conséquent, de nouveaux organes pour encadrer ces branches. Cette évolution a été le plus visible dans les domaines du droit de la mer, du droit de l'environnement, du droit commercial ou encore celui des droits de l'homme.

La question qui se retrouve ainsi au cœur de la présente étude est celle de l'adéquation du processus de formation des nouvelles normes internationales avec les exigences actuelles de « l'ordre public international ». En effet, plus que par le passé, on est porté à se demander, avec le professeur Giuseppe CATALDI, si le but du droit international est toujours celui d'« *établir des règles et des principes juridiques en vue d'une organisation juste et ordonnée des relations internationales.*³⁹ » En d'autres termes, le droit international peut-il maintenir son unité, son effectivité et son efficacité dans le respect de la diversité normative et institutionnelle dont il fait face aujourd'hui ? De même, la codification du droit international public résiste-t-elle à l'épreuve de sa fragmentation ? Si « oui », si « non », quel avenir pour l'œuvre de codification et comment bénéficier d'une réglementation juridique internationale stable, effective et cohérente au-delà de la fragmentation du droit international ?

Telles sont les principales interrogations autour desquelles se penche la présente étude. Il faut dire que la « compartimentalisation » du droit international, effet de sa fragmentation, constitue un véritable danger pour le développement général du droit international. Le principal danger vient du fait que lorsque ce « saucissonnage » du droit en plusieurs branches est relayé par les tribunaux internationaux, cela ouvre, d'une part, les portes de la création du droit international à des organes non habilités à créer un droit qui s'appliquerait à tous. Cela est d'autant plus vrai que ces organes ne sont créés que dans le strict cadre d'une mission spéciale et donc dans un domaine bien précis⁴⁰. Il

³⁹ Giuseppe CATALDI, « *L'internationaliste contemporain* », In *Regards d'une génération sur le droit international contemporain*, ..., *op. cit.*, p 157.

⁴⁰ Lire à cet effet l'exemple de la conclusion donnée par l'organe d'appel de l'OMC dans l'affaire du « *bœuf aux hormones* » à savoir que « *le principe de précaution est devenu un principal général du droit international coutumier de l'environnement* » alors même que la question de savoir s'il est admis comme tel en droit international général n'as jamais fait l'objet d'une préoccupation ou plutôt d'une position officielle.

convient donc de réfléchir au fait de savoir si les changements récents survenus dans le milieu international, qui connaissent un reflet rapide dans l'ordre juridique, seraient en train d'altérer les aspects fondamentaux de son architecture en tant qu'ordre juridique et système juridique, via le phénomène de la fragmentation.

D'autre part, la fragmentation n'affecterait pas seulement les principes structurels de l'ordre juridique international ; en effet, dans le cadre de l'articulation des nouvelles règles et principes admis en droit international, il est communément admis que le « *Law-making process* » connaîtrait lui aussi une forte altération aujourd'hui. Celle-ci serait causée, d'un côté, par la présence inévitable de divers acteurs à l'international dont les intérêts sont pris normativement en compte et, de l'autre côté, du fait de l'évolution des problèmes et des intérêts à prendre en compte dans le processus de création des normes internationales.

Au demeurant, même la procédure d'interprétation de la règle juridique entraînerait une multiplication, par exemple, de nouvelles instances judiciaires internationales qui susciteraient de nombreuses craintes quant à la cohérence et à l'unité de tout le système juridique international. Enfin, la « sectorisation » de l'ordre juridique, en particulier dans le domaine de la responsabilité internationale, viendrait également soulever des interrogations face au maintien de l'unité du système.

Face au désordre systémique que présente le DIP par rapport à ses différents aspects et face à ses différentes branches, seule une codification générale, modèle supérieur de compression et de lisibilité du droit international, pourrait permettre de systématiser dans un « corpus législatif » ordonné l'ensemble de cette matière juridique. Cela pour la simple raison que la codification ne se borne pas, et ne devrait pas se borner, à réaffirmer mécaniquement le droit positif existant, mais que, lorsqu'on se met en devoir de recueillir, d'analyser et d'émonder le droit positif, on est nécessairement amené à privilégier consciemment certains éléments, puis en fin de compte à modifier, à mettre à jour et à moderniser le droit alors même qu'on ne s'était proposé au départ que de l'enregistrer. Ce double aspect, cette ambivalence de la codification « *ournée à la fois vers un état passé et figé du droit et vers l'émergence de principes et des règles du droit à venir*⁴¹ » est présent dans le texte de l'article 13 de la Charte des Nations Unies, qui associe expressément au « développement progressif du droit international » la tâche de codification qu'il confie à l'Assemblée générale par l'intermédiaire de la CDI.

⁴¹ Julius STONE, « On the Vocation of the International Law Commission », *Columbia Law Review*, 1957, p.16. Cité par Edward MCWHINNEY, « Les Nations Unies et la Formation du droit », *Pedone/Unesco*, p. 121.

Ainsi comme le faisait remarquer Julien FOURET et Mario FROST, « *la démultiplication des décisions de justice et leur complexité croissante rendent absolument indispensable l'intervention d'un tiers qualifié, capable d'assurer la digestion efficace de cette masse étourdissante d'informations*⁴² ». S'il est vrai qu'il ne faut point nier ici le rôle non moins important que pourrait jouer la doctrine dans cette appropriation, il va de soi que la codification soit l'une des méthodes dont l'objectif principal rentre effectivement dans le cadre de cette appropriation et c'est ici même que réside tout l'intérêt de cette étude.

B) Intérêt de l'étude

La lutte contre les effets néfastes de la fragmentation du droit international n'est pas vaine et, comme l'explique le professeur Jean Marie DUPUY, elle est « 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 le droit que si l'on comprend partout ses termes de la même manière⁴³ ». Mais que peut bien vouloir dire comprendre les termes du droit partout de la même manière si ce n'est trouver un moyen efficace d'assurer la cohérence du droit international et du système juridique international dans son ensemble et face à la fragmentation dont il fait l'objet ? Quelle méthode employer en vue de redonner une cohérence et une efficacité au droit international si ce n'est à travers une codification plus uniformisatrice, avec de nouvelles méthodes de codification souples et harmonisatrices, soucieuses de respecter les différences entre les sources des différentes branches du droit international ?

A ce propos, Pierre-Marie DUPUY reconnaissait, en outre, que « *c'est à propos du rôle des sources*⁴⁴ *qu'intervient la codification du droit international dans le cadre de sa fragmentation et l'importance du rôle que pourrait jouer la Commission du droit international dans la prévention des dangers probables et des risques divers de la fragmentation du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international*⁴⁵ ». Pourquoi la codification serait-elle appropriée pour encadrer le phénomène de la fragmentation ?

Tout d'abord, il semble a priori que la codification suppose un certain consensus social sur les principes essentiels d'une matière. Or actuellement, la doctrine est particulièrement divisée en droit international et la jurisprudence hésitante sur des problèmes aussi fondamentaux que celui de la

⁴² Julien FOURET et Mario FROST, « *la multiplication des juridictions internationales : de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure* », 15.2, Revue Québécoise de droit international, n°117, 2002, p.191.

⁴³ Pierre-Marie DUPUY, « *Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ?* », European University Institute, Law Working Papers, 2006, P.14.

⁴⁴ Il s'agit principalement du rôle des coutumes, des principes et des Traités internationaux.

⁴⁵ Pierre-Marie DUPUY, « *Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ?* », *op. cit.*, p.14.

fragmentation du droit international tel que constaté à ce jour. Ensuite, la codification suppose également une vue à relativement long terme. Or, c'est un lien commun de souligner la mobilité extrême des données de la vie économique et sociale à l'époque contemporaine. La typologie des méthodes et la création d'organes se modifie sans cesse avec les problèmes nouveaux que pose le droit international. Enfin, la codification implique la possibilité de dégager des notions suffisamment générales. Or, il a été déjà constaté que la tendance est actuellement à la création des statuts spéciaux qui, pour tenir compte des situations particulières, conduisent à un véritable effritement du droit international.

Il va sans dire que la formulation de l'article 15 de la Charte des Nations Unies, qui se voulait plutôt pragmatique pour faire œuvre de clarification⁴⁶ a non seulement manqué son effet, mais elle a surtout contribué à relancer les controverses sur l'objectif de la codification sur une base incertaine et, à certains égards inexacte. La compréhension de la codification, même si elle est nuancée par la référence à « la commodité », est excessivement restrictive, au point qu'elle trouve peu de défenseurs y compris parmi les auteurs qui sont en faveur d'une conception prudente et conservatrice de la doctrine du droit international.

Il y a largement une sorte de consensus dans la doctrine pour admettre qu'il n'est pas concevable de transcrire purement et simplement les principes et règles du droit international existant, écrit ou non écrit ; il y a toujours un apport dont l'ampleur peut être source de discussion car il n'est pas sûr que tout le monde souscrive entièrement à la conclusion de Roberto AGO selon laquelle « *codifier le droit a toujours signifié le modifier en partie, et parfois profondément*⁴⁷ . » L'auteur reprend d'ailleurs cette opinion vingt ans plus tard dans ses « nouvelles réflexions sur la codification du droit international⁴⁸ . »

Par ailleurs, lorsque le même article 15 indique que le développement progressif vise « *les cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international, ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique* », cette définition ne peut manquer de susciter quelque perplexité. En effet, le professeur René Jean DUPUY explique que lorsqu'un sujet n'est pas encore réglé par le droit international, on se situe au-delà du développement progressif puisqu'il s'agit en fait d'innover, d'énoncer ou de

⁴⁶ Selon Jean Donnedieu DE VABRES, membre de la commission d'experts, « la distinction entre codification et développement a été conservée pour l'établissement de deux procédures séparées, de façon à ménager... une place plus grande aux interventions et avis des gouvernements dans le cadre du développement du droit international et inversement, quand il s'agira de codifier, de laisser plus d'action à l'œuvre doctrinale et proprement scientifique », An. IDI, 1947, p.225.

⁴⁷ Roberto AGO, « *la codification du droit international et le problème de sa réalisation* », *op. cit.*, p.94.

⁴⁸ Roberto AGO, « *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international* », In Yves Dinstein (éd.), *International Law at time of perplexity*, Nijhoff, 1989, p.35.

créer des règles entièrement nouvelles dans un domaine encore vierge, c'est-à-dire inexploré par le droit international ; il s'agit de législation internationale car le développement progressif suppose qu'il existe déjà un point de départ et des éléments de pratique aussi limités soient-ils, à partir desquels les codificateurs peuvent s'engager dans le but de proposer des règles adéquates⁴⁹.

Tout cela explique d'ailleurs que la notion de codification du droit international public ait connu une extension et que les méthodes et les techniques de codification de la CDI, principal organe des Nations Unies en matière de codification, fassent l'objet d'un examen accru de la part des plus grands spécialistes du droit international. On peut même constater que certains auteurs n'hésitent pas à trouver la démarche actuelle de la codification inadaptée et demandent, par la même occasion, une réforme des statuts de la CDI et, parfois, une modification de l'article 13 paragraphe 2 de la Charte, estimant que la démarche actuelle de codification ne correspond plus à celle qui avait animé les rédacteurs de cette même Charte. Ceci pour la simple raison qu'on assiste de nos jours à une très forte régionalisation de la codification du droit international public et à une intense multiplication des organes codificateurs ; Ce qui conduit à vider peu à peu la CDI de son contenu.

Quel pourrait alors être l'intérêt pour la CDI de se saisir de ce phénomène ?

Déjà en prenant appui sur le cadre conceptuel que constitue la Convention de Vienne sur le droit des traités, on constate fort heureusement que « l'union » de la plupart des nouveaux régimes se fait au travers de cet instrument juridique dont tous font valoir et reconnaissent la force exécutoire en matière du droit des traités. La CDI, en sa qualité d'organe auteur de la Convention de Vienne, a donc toute sa place dans l'analyse de la fragmentation comme elle l'a d'ailleurs si bien précisé elle-même dans son rapport relatif à ce phénomène⁵⁰.

Ensuite, il faut dire qu'il existe une interpénétration constante entre l'application du droit international général et les droits internationaux spéciaux. En effet, c'est par rapport au droit international général que se définissent les droits internationaux spéciaux et les règles émanant de ces dernières ne sont applicables et donc valables que parce qu'elles se meuvent à l'intérieur d'un cadre général préalablement défini par le droit international général.

Par ailleurs, les manifestations du phénomène de pluralisme de régimes et du risque de fragmentation se trouvent au sein même des règles primaires. L'unité de ces règles primaires repose donc essentiellement sur une unité structurelle des règles secondaires. Aussi, la CDI ayant compétence pour l'édition des normes à vocation universelle, elle reste intéressée au premier chef par le phénomène de fragmentation. Par ailleurs, s'il s'avérait que la fragmentation ne trouve pas de

⁴⁹ Selon R.-J. DUPUY, « ces avancés du droit sur des espaces vierges ne peuvent se rattacher à une codification, laquelle suppose avoir été précédée par une coutume, même très accélérée », cf. Mélanges AGO, t. I, p.270.

⁵⁰ Cf. le Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation, *op. cit.*, p.11.

règlement, elle déboucherait nécessairement sur un développement progressif du droit international. Là encore, la CDI a toute sa place en tant qu'organe principal des Nations Unies chargé du développement progressif du droit international.

C'est pourquoi, en tant que « science juridique », le droit international se doit de se soumettre, à l'image des autres sciences du droit, à améliorer et unifier son mode d'élaboration de la règle juridique ainsi que les mécanismes d'application de ce droit et ce malgré le fait qu'il s'agisse ici d'un système juridique ayant des traits qui lui sont propres, contrairement à ceux du droit privé. Bien que plusieurs auteurs, à l'exemple du professeur Jean-Marie DUPUY, aient déjà apporté des contributions doctrinales sur le phénomène de la fragmentation et ses conséquences en droit international public, la présente étude, loin de se prévaloir à épuiser la question, recèle un intérêt croissant aussi bien du point de vue académique, politique que pratique :

Au point de vue académique, la question de la fragmentation reste fondamentale en droit international car elle marque une tendance actuelle du droit de manière générale. Elle met en avant le problème général de l'évolution même du droit international et reste, de ce fait, essentielle à la bonne compréhension de cette discipline. La notion nourrit la doctrine des juristes dans divers domaines et attise la diversité du droit en tant que discipline.

Au point de vue politique, le phénomène démontre une fois de plus que, malgré la diversité des acteurs internationaux, les Etats tiennent toujours un rôle primordial dans l'évolution du droit international par le biais de leur politique. Il est d'ailleurs intéressant de noter l'influence de la politique dans le processus de fragmentation, notamment dans le secteur des droits de l'homme ou encore dans le cadre de l'OMC. L'invocation de critères de nécessité politique, économique et sociale en tant que justifications de conduites contraires à la norme peut, il est vrai, avoir un impact important sur le processus d'évolution et de mutation des normes de droit international⁵¹. Ce qui peut s'avérer être un élément de fragmentation dans la mesure où il faudra tenir compte des perceptions distinctes de chaque Etat Partie à un traité.

De même, la prise en compte de la pratique des Etats reste une condition *sine qua non* pour le maintien de l'unité du droit international et de son ordre juridique surtout quand on sait que c'est par le biais du « consensus » que les Etats peuvent s'accorder pour créer des règles générales auxquelles ils acceptent d'être soumis. Ces dernières constituent donc les « fondations » du droit international général en l'absence desquelles il ne peut y avoir d'unité dans l'ordre juridique international. Le droit international général est, de ce fait, un « corps » de principes gouvernant l'interprétation des obligations internationales, notamment conventionnelles. A ce corps, sont tenus de se rattacher tous

⁵¹ Rosarion Huesa VINAIXA, *op. cit.*, p.67.

les autres sous-systèmes du droit international quelle que soit leur provenance et leur originalité. C'est d'ailleurs de cet « axiome » qu'est tiré toute la portée de la règle énoncée à l'article 31,3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui précise que tout traité doit être interprété compte tenu de « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties* ».

Enfin, en ce qui concerne le point de vue pratique, il faut noter que selon qu'elles sont convergentes ou contradictoires, les décisions rendues par les juridictions internationales peuvent avoir un effet unificateur ou fragmentaire sur le droit international. C'est la raison pour laquelle les juges internationaux et les personnes chargées de l'application du droit international ont un rôle important dans la résolution des conflits entre les normes de droit international. Plus important encore est le rôle que pourrait jouer la jurisprudence de la CIJ en l'absence d'une structure hiérarchique normative en droit international. Cette jurisprudence pourrait constituer une des « clefs » pour le règlement pacifique des conflits de normes nés de la fragmentation du droit international. Seule la CIJ, en tant que juge de droit commun du contentieux international, pourrait prétendre « aborder tous les domaines du droit et les replacer dans une perspective d'ensemble », pour reprendre les termes du Président Guillaume⁵².

III- Démarche et annonce du plan général

En réalité, la spécialisation croissante des juridictions internationales comporte un danger grave : celui que soient oubliées les perspectives d'ensemble. Certes, le droit international doit s'adapter aux divers domaines qu'il aborde, comme le fait depuis toujours le droit interne. Il doit aussi s'adapter aux besoins locaux et régionaux. Mais il doit conserver son unité et fournir aux acteurs de la vie internationale un cadre sûr. La multiplicité des juridictions doit être source d'enrichissement et non d'anarchie.

Si la CDI s'est généralement préoccupée des sujets qui donnaient lieu à des débats plus théoriques que pratiques, l'occasion lui a été donnée de se pencher sur un sujet qui devrait l'inciter à se concentrer davantage sur la pratique que sur la théorie. A cet effet, son opinion, tout en reconnaissant ici la complexité de cette question, revêt une importance primordiale aux yeux des internationalistes et des Nations dont elle est souvent appelée à éclairer certains débats lorsqu'ils relèvent de sa compétence en droit international. A cet égard, il lui revient de prendre en considération tous les aspects de la question afin de la clarifier et y apporter des réponses adéquates et pratiques en vue de lutter contre les « aspects néfastes » découlant de la fragmentation du droit

⁵² Lire l'allocution du juge Gilbert GUILLAUME devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 2000, *Annuaire de la CIJ*, 2002-2003.

international. A l'image de la convention de Vienne, la CDI se doit de faire exister et diffuser toutes les règles permettant de trancher d'éventuels conflits normatifs dans une finalité d'harmoniser le système juridique international et ainsi garantir l'unité du droit international et son efficacité.

En complément à l'étude réalisée par la CDI qui ne traitait que des aspects juridiques concernant le fond de la question, la présente réflexion, bien que se voulant non exhaustive, voudrait traiter de la question de la fragmentation aussi bien sur le plan juridique qu'institutionnel en faisant ressortir aussi bien le rôle joué par les sources du droit international dans l'œuvre de codification que celui des différents acteurs de cette codification. En somme, il s'agit d'analyser tous les facteurs qui exercent une influence sur le droit international et les changements qui s'y opèrent au XXI^e siècle.

Mais l'étude se concentrera davantage sur les modes de formation du droit en tant que mécanismes de création des règles primaires et sur le rôle des décisions judiciaires à travers lesquelles l'interprétation et l'application des règles primaires et secondaires se réalise. L'objectif poursuivi ne se limite pas seulement à une meilleure compréhension du phénomène mais, en surplus et surtout, s'étend à considérer les efforts nécessaires à réaliser, de la part des acteurs internationaux en tête desquels la CDI, pour atténuer voire anéantir l'évolution probable des effets néfastes accompagnant la fragmentation du droit international.

Deux principales questions devraient ainsi être élucidées : d'une part la recherche devra s'atteler à montrer si la fragmentation, telle qu'envisagée en droit international, pourrait constituer à moyen ou long terme un obstacle suffisant au mouvement de codification du droit international général et, partant, porter un coup fatal sur son unité et sur l'ordre juridique international. *A contrario*, on pourrait envisager le mouvement de codification comme un des éléments fondamental pour freiner et lutter contre les effets néfastes de la fragmentation du droit international.

En principe, les réponses apportées à ces deux interrogations permettraient de mieux cerner la place et le rôle effectif de la CDI de nos jours, tout en permettant, par la même occasion, de situer celui du juge international dans le développement futur du droit international. L'approche retenue sera une approche juridico-institutionnelle classique. La recherche va être centrée à la fois sur l'ordre juridique et le système juridique international, le tout tourné vers une vision future du droit international.

Pour se faire, la première partie sera consacrée à présenter la fragmentation et son impact sur le droit international général. Il s'agira précisément de faire une présentation claire de l'ensemble du processus de fragmentation ainsi que ses effets en droit international public, d'une part. D'autre part, on tentera une approche permettant de faire une analyse autour de la dialectique contemporaine

entre « unité et fragmentation du droit international », notamment autour du débat doctrinal né de la fragmentation du droit international sans pour autant avoir l'obligation de trancher un tel débat.

La seconde partie de l'étude, quant à elle, s'attachera à faire un exposé détaillé des implications pratiques de ce nouveau phénomène pour le développement de la pensée juridique et particulièrement du droit international public. Pour ce faire, l'étude aura à cœur de déterminer les difficultés de codification nées de ses implications avec le phénomène de la fragmentation. Pour finir, elle se penchera sur un essai d'évaluation du rôle que pourrait jouer aussi bien la CDI que l'ensemble des juridictions internationales concernées par le phénomène quant aux moyens de maintenir un ordre juridique international et, partant, l'unité du droit international public.

PREMIÈRE PARTIE

RÉALITÉS ET IMPACT DE LA FRAGMENTATION SUR LA COHERENCE DU DROIT INTERNATIONAL

L'évolution du droit international soulève des difficultés liées à la création, à l'interprétation et à l'application des normes de droit international. En effet, depuis plusieurs décennies maintenant, le monde traverse une période historique de transformation totale, accompagnée par des turbulences sociales, institutionnelles et normatives qui se reflètent à travers de nombreux débats doctrinaux. Tous ces débats tournent autour de l'idée de fragmentation du droit international, à l'origine de récents bouleversements survenus aussi bien dans le contenu des règles et principes du droit international, leur processus de création que dans la procédure d'interprétation de la règle juridique.

Ce phénomène de fragmentation, bien que depuis longtemps connu en droit, éveille encore dans l'actualité moderne un intérêt croissant chez les juristes du droit international public. Le phénomène reste fortement associé à l'intense production normative que l'on a pu constater ces dernières décennies et qui a élargi de manière inhabituelle le champ régulateur du droit international. A l'origine, c'est le progrès de la mondialisation survenu dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle qui a imprimé force et vigueur à la réglementation juridique internationale, en conséquence de l'augmentation de l'interdépendance entre les pays et de la nécessité de trouver des solutions à des questions de nature commune.

Sur le plan juridique, ce mouvement d'ensemble a eu pour conséquence la complexification du droit, et, principalement, du droit international public avec une crainte avouée que ce dernier ne ressemble, dans le futur, à un « vaste champ de guerre » où n'auront survécu que des règles imposées par les Nations les plus fortes. Toutes ces facettes permettant de mieux cerner le phénomène de fragmentation et expliquer ses conséquences en droit international public seront abordées dans le titre I de cette première partie.

Le titre 2, pour sa part, sera consacré à la dialectique qui existe aujourd'hui entre unité et fragmentation du droit international. On reviendra ainsi sur l'analyse du débat doctrinal autour du phénomène de la fragmentation du droit international. En effet, comme tout concept ambigu, la fragmentation stimule et suscite un grand débat qui a fini par opposer, d'un côté, ceux qui la considèrent comme une simple évolution du droit et, de l'autre, ceux qui considèrent qu'elle constitue un véritable danger pour la construction d'un droit international unitaire. On verra également comment les aspects politiques et moraux exercent une influence sur le phénomène de la fragmentation en droit international.

TITRE I : LE PROCESSUS DE FRAGMENTATION ET SES RESULTATS EN DROIT INTERNATIONAL

Le morcellement du droit par matière et par région a été qualifié de fragmentation ; celle-ci a d'abord été invoquée par divers présidents de la CIJ pour avertir des risques d'incohérence découlant de la concurrence juridictionnelle⁵³. Mais pour Günther TEUBNER et Andréas FISCHER-LESCANO, « la fragmentation est le reflet, à un premier niveau, de la fragmentation multidimensionnelle de la société globale d'aujourd'hui. Elle tire son origine dans les lignes de partages sociales et sectorielles imposées par le développement des technologies et le désir ardent de voir se développer des mécanismes de sanctions à l'échelle internationale⁵⁴ ».

Aussi, le droit international public actuel doit être compris et analysé au regard de l'évolution des relations internationales. En effet, d'après sa fonction générale, le droit international public a pour objet de régulariser les rapports entre les acteurs de la société internationale. En d'autres termes, « le droit international contemporain se caractérise par le fait de régler et de légitimer, d'une part, la volonté de coopération (accord normatif), d'autre part, la nécessité de coopération entre les Etats⁵⁵ (obligation de réguler les intérêts généraux des Etats dans leur ensemble) ». Cette fonction est donc appelé à évoluer et à s'adapter aux différents changements sociaux et juridiques qui se produisent au sein de la Société internationale.

Ce titre I sera consacré à décrire la tendance à la diversification des règles dans les systèmes étatiques, les organes et les institutions de droit international public, étant donné que les règles provenant des divers sous-systèmes du droit international coexistent aujourd'hui avec celles du système entier à savoir les règles conventionnelles, la coutume internationale et les principes généraux du droit international général. Ces règles coexistent également entre elles dans un cadre régional, notamment du fait du développement croissant des règles adoptées par les organes des institutions internationales poursuivant des objectifs d'intégration régionale dans divers domaines.

Ce qui est de nature à modifier largement les données traditionnelles de repérage du droit international. Cet objet sera développé dans le chapitre I qui montre comment la fragmentation découle de la diversification et de l'expansion du droit international.

⁵³ Lire à ce propos le discours prononcé par le juge SCHWEBEL devant l'AGNU le 26 octobre 1999 et ceux prononcés par le juge GUILLAUME devant la Sixième commission le 27 octobre 2000 et le 31 octobre 2001 : www.icj-cij.org

⁵⁴ Andreas FISCHER-LESCANO & Gunther TEUBNER, *Regime-Collision: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, 25 Mich. J. Int'l L. 999 (2004).

⁵⁵ Mariano J. AZNAR, *op. cit.*, p.64.

Par la suite, on abordera la tendance à la « spécialisation » des règles de droit international par rapport à la matière régie par celles-ci. Elle se présente sous trois formes : la spécialisation par la matière, la spécialisation par le degré d'hétérogénéité des situations et enfin la spécialisation par les systèmes ou plutôt « sous-systèmes » auxquelles ces situations sont rattachées.

Il en découle une tendance à la flexibilisation des règles de droit international général qui se manifeste par l'assouplissement des rattachements utilisés par les règles, par des clauses exorbitantes mais aussi par des conflits de normes en droit international sans omettre la difficile pénétration de ces règles nouvelles dans le « giron » du droit international général. Ces difficultés d'interaction entre les normes de droit international seront traitées dans le chapitre II du présent titre.

Chapitre premier – La fragmentation : un phénomène découlant de la diversification et de l’expansion du droit international

« Le droit international est un produit social, historique et culturel, formé par un ensemble systématique de principes et de normes juridiques qui surgissent de la volonté de ceux qui peuvent imposer leur point de vue dans la société internationale, dans le cadre et avec les limites de quelques règles constitutives tracées par les membres de cette société ». ⁵⁶

Cette définition du droit international est révélatrice des liens qui existent entre l’environnement considéré et les forces en présence dans cet environnement. Ainsi, on parle de diversification et d’expansion du droit international pour signifier les différents changements survenus au sein de la société internationale que ce soit dans le domaine économique, culturel ou social et qui ont eu des conséquences sur les processus juridiques en droit international. En d’autres termes, il s’agit simplement de l’avènement et de l’impact des phénomènes de « globalisation » ou de « mondialisation » sur l’ordre juridique international. Face à la variété des phénomènes générés par cette mondialisation, le droit international ne pouvait rester insensible.

L’objet de ce chapitre est de mettre en relief certaines des conséquences de ces changements sociaux et juridiques en tant que « tendances » actuelles de l’évolution du droit international public à l’heure actuelle. Ces dernières peuvent être observées dans la réalité normative et jurisprudentielle, mais aussi dans la doctrine du droit international général. On évoquera tour à tour les facteurs de fragmentation du droit international et leurs conséquences sur l’ordre institutionnel en droit international (section 1) puis les manifestations du phénomène au sein de l’ordre juridique international et au sein du système juridique international (section 2).

Section 1 : Les facteurs de fragmentation du droit international

L’étude des facteurs de la fragmentation amène à faire une analyse du contexte sociologique et politique à l’origine de l’émergence de régimes et d’institutions spéciaux ou spécialisés. A ce propos, la transmutation des rapports sociaux en rapports juridiques est l’un des signes distinctifs d’un ordre juridique viable. D’ailleurs, Jean CHEVALIER écrivait que : « *L’ordre juridique constitué par schismo-génèse à partir du désordre est le produit d’une scission au sein de la réalité*

⁵⁶ Jorge CARDONA LLORENS, « *Ma vision du droit international* », In *Regards d’une génération sur le droit international*, op. cit., p.123.

*sociale : il passe par le tracé d'une séparation, d'une ligne de démarcation, d'une frontière avec l'extérieur*⁵⁷. »

Aujourd'hui, les échanges se font de part et d'autres du globe terrestre, entre les Etats, les Organisations internationales ou les sociétés multinationales, d'une part. D'autre part, certains individus qui se rendent coupables d'exactions graves envers d'autres individus ou envers des Etats sont désormais passibles d'un jugement devant un organe juridictionnel international. A ce titre, chaque rapport mis en cause étant différent selon les intérêts qu'il protège, les traités régissant ces rapports sont appelés à s'adapter également à ces intérêts qui peuvent être divergents selon les besoins de chacune des Parties. Ils doivent ainsi prendre en compte aussi bien la diversité des acteurs (étatiques ou non étatiques) que les espaces géographiques considérés.

Aussi, pour prendre en compte tous ces changements et les intégrer à son système, le droit international a dû se moderniser. Mais cette modernisation ne s'est pas opérée sans difficultés puisqu'elle a suscité de nombreuses mutations au sein du droit international public et contribué à des bouleversements dans l'ordre juridique international. Pour en saisir le sens et la forme, il faut analyser successivement comment se sont opérés l'expansion du champ d'application du droit international (§1), la spécialisation de son objet (§2) et la diversification de sa pratique (§3).

§ 1 : L'expansion du champ d'application du droit international

Parmi les divers processus de changement et de transformation qui caractérisent le droit international contemporain, le phénomène de socialisation⁵⁸ affecte de manière évidente le système juridique international dans la mesure où le droit international régit aujourd'hui des relations plus complexes et plus larges que les relations politiques traditionnelles entre Etats souverains. Non seulement les changements survenus au plan international du fait de la mondialisation imposent de nouveaux objectifs aux Etats, mais ils ont également fait émerger de nouveaux acteurs au plan international. Ainsi, on constate de plus en plus que les acteurs en droit international sont de plus en plus divers en raison de la mondialisation qui impose au droit international de nouveaux objectifs⁵⁹. Ce processus a tendance à affaiblir le rôle des Etats car ces derniers sont de plus en plus confrontés à d'énormes difficultés qui ne leur permettent pas toujours de répondre efficacement aux exigences nouvelles du droit international. Le terme « acteurs nouveaux » fait référence ici à différentes entités exerçant une certaine influence sur la formation du droit international. A cet effet, il ne doit pas être

⁵⁷ Cité par Mohamed SALAH, « *Le droit international, droit du plus fort ?* », in regards d'une génération sur le droit international, *op.cit.*, p.346.

⁵⁸ Juan Antonio CARILLO-SALCEDO, « Souveraineté et droit international », Programme extérieur de l'Académie de droit international de la Haye, Abidjan, Novembre/Décembre 1996.

⁵⁹ Cf. M. CHEMILIER-GENDREAU, et Yann MOULIER-BOUTAND, *Le droit de la mondialisation*, Paris, PUF, 2001 ; François CREPEAU, *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

confondu avec la notion plus juridique de sujet de droit qui implique une personnalité juridique reconnue et acceptée en tant que telle.

De manière générale, l'expansion du champ d'application du droit international marque une évolution qui se traduit successivement par son expansion spatiale à travers une communauté internationale (A) et l'acceptation, en droit international, de nouveaux acteurs ayant des intérêts divers les uns des autres (B).

A/- DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE A LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Le droit international a beaucoup évolué passant d'un droit issu de la volonté entre Etats souverains à un droit s'imposant, du fait des intérêts généraux, à l'ensemble de la Communauté internationale. La souveraineté étatique, si elle continue de s'exercer sans limite au sein du territoire de l'Etat, s'en trouve limité sur le plan international car, comme le démontrent les professeurs Georges Scelle et Hans Kelsen⁶⁰, l'Etat n'est pas souverain en ce sens qu'il reçoit délégation du droit international pour agir pour le compte de la société internationale. Pendant longtemps, la société internationale s'est construite sur un schéma reposant sur des interactions et des indépendances fonctionnelles, qui s'établissaient, parfois, contractuellement, entre les membres et par nécessité, pour faire face à un problème ou répondre à un besoin spécifique (1). Mais de plus en plus, ce principe est remis en cause par la mise en place d'une communauté internationale qui renvoie davantage au principe de solidarité entre acteurs du paysage planétaire de manière à prendre en charge, de manière commune, le destin du monde (2).

1/- La société internationale : une société guidée par les besoins d'une coopération matérielle entre les Etats

Dans sa conception initiale, l'idée d'une société internationale reposait plus sur un système juridique au service des Nations les plus puissantes (a) qui, par la force des choses, a bien fini par se démocratiser pour se muer vers une société plus juste et plus consciente des enjeux humanitaires (b).

a) *Un système juridique au service de l'unilatéralisme des grands Etats*

Le droit international, tel que découlant du Congrès de la paix de Westphalie, est un « *droit de coexistence constitué essentiellement d'obligations négatives déployant leurs effets dans l'ordre juridique international*⁶¹ ». A partir du XX^e siècle, on va voir se développer un droit de coopération qui correspondait à une prise de conscience de l'interdépendance des Etats et qui va superposer aux obligations négatives des obligations positives de coopération. Ce droit de coopération aura comme

⁶⁰ Hans KELSEN, *Controverses sur la théorie pure du droit*, Panthéon, Paris, 2005, 192p.

⁶¹ Slim LAGHMANI, « *Le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit international* », In *Regards d'une génération sur le droit international contemporain* », op.cit., p. 238.

conséquence majeure l'apparition de nouveaux blocs normatifs guidés par le déploiement d'effets nouveaux dans les rapports entre Etats.

En effet, fondé jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle sur un système de valeur issu du libéralisme, résultat d'uniformisation des efforts entre pays développés, le système juridique international a connu une première évolution marquée par son adhésion à des concepts nouveaux tels que la décolonisation⁶² et, plus généralement, les voix des pays du Sud nouvellement admis à jouer un rôle dans le concert des Nations Unies. Dès ce moment, le droit international a commencé à se bâtir sur l'idée du « principe d'égalité souveraine entre les Etats »⁶³, exerçant par la même occasion une diminution d'homogénéité de la Société internationale du fait des différences notoires aux niveaux économique, social et culturel entre les Etats traditionnellement reconnus par le droit international et les nouveaux arrivants.

Cette étape va correspondre à une évolution du droit international de « fond » comme l'a décrit Ibrahim BEIGZADEH⁶⁴. C'est donc tout le fondement juridique du droit international qui va connaître un bouleversement. Mais, face à ce positivisme volontariste des Etats, Jules BASDEVANT oppose une contradiction à partir de deux faits : d'une part, les nouveaux Etats se sentent liés par les normes antérieures à leur création ; d'autre part, le caractère évolutif de la règle coutumière, en modification constante par la pratique étatique et la jurisprudence des tribunaux internationaux, ne permet pas de percevoir l'assentiment tacite des Etats à chaque modification⁶⁵.

De plus, cette évolution sera aussi marquée par une nouvelle organisation des rapports commerciaux entre pays riches et pays en développement, et notamment, la prise d'une « batterie » de mesures⁶⁶ d'ordre juridique en faveur d'une intégration croissante de ces derniers à la « Société internationale », une Société internationale alors fondée sur l'idée de coopération entre les Etats, c'est-à-dire la recherche de réponses aux besoins matériels de ces Etats. Or, dans une telle relation, il

⁶² Il est tout de même important de préciser ici que ce concept n'a pas exercé de changements notables sur la structure traditionnelle du droit international.

⁶³ La notion de souveraineté étatique est au cœur même du système des Nations Unies, destinée à protéger les Etats d'interventions extérieurs et, ainsi, à préserver la paix. Lire à ce propos Bertrand BADIE, *Un monde sans souveraineté : les Etats entre ruse et responsabilités*, l'Espace du politique, éd. Fayard, 1999, 306 p.

⁶⁴ Ibrahim BEGZADEH, « l'évolution du droit international public », in *Regards d'une génération sur le droit international contemporain*, op.cit., p.76.

⁶⁵ Jules BASDEVANT, « Règles générales du droit de la Paix », *RCADI*, 1936-IV, pp.515 et s.

⁶⁶ On peut citer en exemple l'établissement de la dualité des normes en matière de commerce au profit des pays en voie de développement ; les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies de 1974 en faveur de l'instauration d'un Nouvel ordre économique international ; l'évolution du droit de la mer de 1958 et des océans avec la convention de Montego Bay de 1982 ; la considération du droit économique comme un domaine relevant des droits de l'homme dans le cadre de PIDESC de 1966, etc....

va de soi qu'une coopération entre acteurs ne jouissant pas d'une même égalité ne pouvait qu'aboutir sur la domination des plus forts⁶⁷. D'où la nécessité de démocratiser un tel système.

b) La « démocratisation » du système juridique international : le passage à la Communauté internationale

La « communautarisation » du droit international est consécutive à la « mondialisation » et à la « supranationalisation » des relations étatiques⁶⁸. Elle trouve son origine aussi bien dans la prise en compte d'un élan de solidarité à l'international que dans la nécessité du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

D'abord, la démocratisation du système juridique international va se faire à la suite de plusieurs événements survenus dès les premières décennies du XX^e siècle. Il s'agit principalement des transformations résultant, en particulier, de l'avènement de la Charte des Nations Unies⁶⁹ ; de l'achèvement du processus de décolonisation qui, comme l'écrit fort justement Mohamed SALAH, aurait fait passer le droit international d'un « *droit régissant le club fermé des nations dites civilisées à celui d'un droit à vocation universelle et, enfin, de l'intensification des relations internationales liée à la fois à la multiplication et au développement des organisations internationales et à l'accroissement et à la diversification des flux d'échanges entre nations*⁷⁰ ». Ainsi, le vieux droit libéral jadis basé sur le principe d'une coexistence des libertés souveraines des Etats a fait place à un droit international providence basé lui sur les équilibres sociaux, humains, intellectuels et économiques de la planète. Mais il n'y a pas eu rupture totale entre ces deux manifestations du droit international car, comme le reconnaît Emmanuelle JOUANNET, « *l'un n'est pas la sortie de l'autre, il est contenu dans l'autre...* »⁷¹.

Ensuite, la nécessité du maintien de la paix et de la sécurité internationales s'observe à travers la reconnaissance mais surtout l'acceptation d'un certain nombre de « principes modulateurs »⁷² par l'ensemble de la Communauté et en rapport avec les idées et les valeurs assumées comme propres par cette même Communauté internationale. Il s'agit notamment du principe de souveraineté de chaque Etat, du principe de non recours à la force, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de la nécessité de la protection des droits de l'homme, le développement des valeurs humanitaires,

⁶⁷ Lire à ce propos les thèses de Dominique ROSENBERG, « Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles », L.G.D.J., collection Thèses, 1983, 395 p.

⁶⁸ Joe VERHOEVEN, Droit international public, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, éd. Larcier, 2006, p.27.

⁶⁹ Notamment l'article 2 paragraphe 4 de la Charte bannissant le recours à la force et assignant aux relations internationales communautaires.

⁷⁰ Mohamed SALAH, « Le droit international : droit du plus fort ? », *In regards d'une génération sur le droit international contemporain*, op. cit., p. 349.

⁷¹ Emmanuelle JOUANNET, « Le même et l'autre », op. cit. p. 222.

⁷² Jorge CARDONA LLORENS, « Ma vision du droit international », op. cit., p. 145.

écologiques et environnementales et, pour finir, le développement des valeurs démocratiques. Toutes ces valeurs et/ou principes modulent le concept de souveraineté comme principe constitutionnel de la Communauté internationale.

Enfin, avec le processus de mondialisation, plusieurs nouveaux principes sont nés en droit international. Ces nouveaux principes ne découlent plus uniquement des Etats, acteurs principaux de la Société internationale, mais aussi des acteurs non étatiques et concernent des questions nouvelles telles les questions environnementales ou humanitaires. Par exemple, l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités vient consacrer le principe d'un ordre public interétatique à travers la notion de « *jus cogens* ». Un peu plus tard, c'est la CIJ qui va réaffirmer ce principe dans un motif de l'*Affaire de la Barcelona Traction*, l'« existence d'obligations des Etats envers la Communauté internationale⁷³ ». C'est ici toute la consécration des obligations « *erga omnes* » aux côtés des principes de « *jus cogens* ». On reviendra plus longuement sur ces deux notions dans les développements futurs.

Même si elle a eu des effets positifs, l'évolution des rapports « Nord-Sud » n'aura pas permis aux pays en développement de se prévaloir d'une effectivité du principe de l'égalité entre les Nations du fait d'une domination des « Etats occidentaux » dans tous les domaines de la vie sociale. D'où le besoin exprimé par la majorité de ces Etats pour une démocratisation du système juridique international, seul dans ce contexte, capable de leur apporter l'espoir de voir supprimer, sinon atténuer une telle domination. Mais une telle Société, bien que porteuse des espoirs d'intégration sociale et de justice internationales ne pouvait, à elle seule, empêcher ni les échecs du développement, ni les fractures successives, internes régionales ou internationales au niveau matériel, ni même la faiblesse ou l'effondrement de certains Etats.

2/- La Communauté internationale « actuelle » : une remise en cause des « principes modulateurs » ?

Parlant de la Communauté internationale, Charles de VISSCHER, disait d'elle qu'elle est « *un ordre en puissance dans l'esprit des hommes* » et que « *dans les réalités de la vie internationale, elle en est encore à se chercher* »⁷⁴. Cette définition va se vérifier durant toute la période dite de la « Guerre Froide »⁷⁵ car la bipolarisation de la Communauté internationale va se faire aux dépens de la paix commune et du développement des Etats, notamment ceux en développement. En effet, de nombreux conflits vont voir le jour durant cette période, illustrant l'opposition indirecte entre

⁷³ Affaire de la Barcelona Traction, 2^e phase, 5 février 1970, *Rec.*, p.32, § 33.

⁷⁴ Charles de VISSCHER, « *Positivism et jus cogens* », *RGDIP*, 1971, p.8

⁷⁵ Période de tensions et de confrontations idéologiques et politiques entre les deux superpuissances que furent les États-Unis et l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS) et leurs alliés entre 1947 et 1991.

Américains et Soviétiques et il aura fallu attendre l'implosion de l'URSS et la dissolution du Pacte de Varsovie⁷⁶ pour voir se redessiner un nouveau paysage politique mondial.

Ainsi avec l'effondrement de l'ex URSS, plusieurs mutations politiques et géographiques vont voir le jour (a) entraînant avec elles un processus de déstabilisation des anciens principes directeurs et l'orientation vers la promotion de principes nouveaux (b), prémisses d'un nouvel ordre mondial et d'une Société mondiale.

a) Les mutations politiques et géopolitiques des années 1990

Les mutations politiques et géopolitiques qui ont vu l'effondrement du super empire soviétique de manière pacifique avaient commencé quelques années plus tôt, notamment avec l'arrivée au pouvoir dans ce pays de Mikhaïl GORBATCHEV en 1985 et la mise en œuvre de la *glasnost* (transparence) et la *perestroïka* (restructuration), deux politiques qui auraient, en principe, amorcer la réforme de l'Union soviétique et qui, au final, ont précipité sa chute. En effet, le retrait de l'Union soviétique d'Afghanistan le 8 février 1988, la chute du mur de Berlin en novembre 1989 et la déclaration d'indépendance de la Lituanie le 11 mars 1990 ont fini par concrétiser la fin de l'aire bipolaire et amorcer le renouveau de la coopération en Europe ainsi que la prise en compte de nouvelles valeurs sur le plan international. Ainsi le 21 novembre 1990, la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) va adopter la Charte de Paris pour une Europe nouvelle. Cette Charte affirme dans son préambule que « *l'ère de la confrontation et de la division en Europe est révolue* » et elle annonce « *un engagement indéfectible en faveur de la démocratie fondée sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales ; la prospérité par la liberté économique et par la justice sociale et une sécurité égale pour tous nos pays* »⁷⁷.

Comme on peut le constater, l'effondrement du mur de Berlin a constitué, dans l'esprit de beaucoup de juristes, un tournant décisif dans l'évolution du droit international de l'après-guerre car le « vent de l'Est » qui va souffler en Occident à cette époque va avoir des répercussions sur toute la planète. D'abord en Europe avec la désagrégation complète du bloc soviétique notamment dès 1991 à travers la déclaration d'indépendance des Ex Républiques socialistes soviétiques et la création de la Communauté des Etats Indépendants (CEI) issus des accords de Minsk⁷⁸, en lieu et place de l'URSS. De nouvelles démocraties libérales vont voir le jour sur la base de la souveraineté étatique.

Ensuite en Asie, la fin de la guerre froide a permis de stabiliser et sécuriser le continent et, « *en dépit des dysfonctionnements des systèmes politiques mis en évidence par la crise, la tendance générale à*

⁷⁶ Alliance militaire conclue le 14 mai 1955 entre la plupart des États du bloc communiste par le traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle.

⁷⁷ Les Accords de Paris de 1954, Texte in *la Revue universelle des droits de l'homme*, Engel, 1990, p.490.

⁷⁸ Minsk, 8 décembre 1991.

la démocratisation qui est sans doute l'une des conséquences les plus positives de la fin de la guerre froide »⁷⁹ va se poursuivre dans la zone. Sur le plan économique, la fin de la guerre froide va favoriser l'installation du capitalisme en Asie, avec les Etats-Unis au centre, et l'on va assister à l'affirmation de la puissance chinoise ainsi qu'à l'émergence des « 4 dragons » du sud-est asiatique : Hong-Kong, Taiwan, Corée du Sud et Singapour.

Enfin, contrairement à la stabilité qu'elle aura apportée à l'Asie, la fin de la guerre froide n'aura pas permis de stabiliser politiquement les Etats du Tiers monde, notamment en Afrique où des conflits ethniques très importants déstabilisent des pays entiers, provoquent la chute de régimes en place et conduisent à des massacres à grande échelle⁸⁰. Et, malgré la tenue de la conférence de La Baule du 21 juin 1990 qui regroupe la France et les pays africains et qui va instaurer une prime à la démocratisation⁸¹, les pays africains n'accéderont pas à une véritable souveraineté, car leur vie politique et économique restera dépendante des intérêts des puissances coloniales comme le regrettait déjà l'ancien chef d'Etat tchadien Hissène HABRE au sortir de cette conférence : *« l'on demande aux Etats africains de faire en même temps de la démocratie et une politique économique et financière qui limite quelque peu leur souveraineté... L'Afrique est victime d'une sorte d'écrasement idéologique. »*⁸²

Tous ces événements vont constituer le socle des changements fondamentaux qui vont se produire sur la planète et introduire le nouvel ordre politique, économique et social mondial tel qu'on le connaît aujourd'hui avec ses trois piliers à savoir la démocratie, les droits de l'homme et l'état de droit. C'est ici la manifestation idéologique acceptée de tous sur le plan politique. Au plan économique, le monde va être marqué par *« un mouvement complexe d'ouverture des frontières économiques et de déréglementation, qui permet aux activités économiques capitalistes d'étendre leur champ d'action à l'ensemble de la planète »*⁸³. C'est le début du système de mondialisation emmené par les progrès technologiques en matière de communication et d'information et qui, caractérise le système international de l'après-guerre froide. De nouveaux courants d'échanges, économiques et politiques vont se mettre en place sur l'échelle planétaire.

⁷⁹ Valérie NIQUET, « *La Guerre froide est-elle toujours d'actualité en Asie ?* », Revue internationale et stratégique, Dalloz, 2001, p. 172.

⁸⁰ Cas de la Sierra Leone, du Libéria ou du Rwanda.

⁸¹ « *Il y aura une aide normale de la France à l'égard des pays d'Afrique. C'est évident que cette aide traditionnelle, déjà ancienne, sera plus tiède en face de régimes qui se comporteraient de façon autoritaire, sans accepter l'évolution vers la démocratie, et qu'elle sera enthousiaste pour ceux qui franchiront ce pas avec courage et autant qu'il leur sera possible* », Extrait du discours de François MITERRAND, tenu lors du 16 e sommet franco-africain de la Baule du 21 juin 1990.

⁸² Albert BOURGI, « *François Mitterrand et la démocratie en Afrique : Le discours de la Baule huit ans après* », Université de Reims Champagne-Ardenne, Centre d'études Rémois de relations internationales, Copyright Albert BOURGI, 2000.

⁸³ Jean Luc FERRANDERY, *Le point sur la mondialisation*, Paris, PUF, 2ème éd., 1998, p.3.

Mais avec le développement des flux d'exportation, d'investissement et la mise en place de réseaux mondiaux de production et d'information, la mondialisation n'aura pas eu que des effets positifs sur l'économie mondiale et la réglementation juridique internationale ; elle s'est en effet accompagnée de son lot de défis et de menaces planétaires⁸⁴ qui ont contribué à la déstabilisation des principes constitutionnels jusque-là mis en avant en droit international.

b) La déstabilisation des principes constitutionnels en droit international

Le processus de transformation survenu avec la mondialisation des échanges et les mutations politiques du début des années 90 a fini par déstabiliser les principes constitutionnels (reconnus dans la Charte) mis en avant au siècle dernier à travers leur remise en cause : c'est le cas notamment de l'interdiction du recours ou de la menace du recours à la force armée, la non-ingérence dans les affaires internes, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le respect des règles humanitaires les plus élémentaires ou le principe émergent du respect de l'environnement, faisant ainsi naître une nouvelle donne dans l'ordre politique international.

Dans son cours général de droit international public délivré à l'Académie de droit international de la Haye, Michel VIRALLY définissait l'ordre politique international comme étant le « *système des rapports étatiques qui prévaut à une époque donnée* »⁸⁵. Dans le contexte des événements survenu dans les années 90, on peut affirmer que l'Humanité a connu un « nouvel ordre politique international » marqué par le triomphe des valeurs libérales, la mondialisation de l'économie capitaliste et l'hégémonie politico-militaire américaine. Or toutes ces nouvelles valeurs sont en opposition avec celles édictées au sein de la Charte des Nations Unies au sortir de la deuxième guerre mondiale et qui prône plutôt un ordre marqué par l'opposition de valeurs politiques et idéologiques ; la diversité des systèmes économiques et l'équilibre politico-militaire⁸⁶.

Or, comme l'explique VIRALLY toujours dans son cours à la Haye, « *l'ordre juridique international est une composante de l'ordre politique international* »⁸⁷ même s'il précise également que leur « *... coexistence n'est pas toujours facile, car ils répondent à des logiques différentes et sont modelés par des facteurs et des valeurs également dissemblables* »⁸⁸. Aussi, l'ordre politique international mis en place avec la fin de l'ère bipolaire ne pouvait rester sans influence sur l'ordre

⁸⁴ On peut citer entre autres la multiplication des armes de destruction massives, le développement des biotechnologies, l'augmentation de l'effet de serre, la déforestation, la désertification ou la pollution, etc.

⁸⁵ Michel VIRALLY, « *Panorama du droit international. Cours de droit international public* », RCADI, 1983, V, T.183, p.31.

⁸⁶ Slim LAGHMANI, « Le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit international », in regards..., p.232

⁸⁷ Michel VIRALLY, *idem*, p.32.

⁸⁸ *Ibidem*, p.31.

juridique international, surtout avec le souhait humanitaire de voir se développer une « communauté mondiale ».

Le problème qui se pose ici est que l'ordre juridique international n'a subi aucune modification alors que dans le même temps, l'ordre politique international a changé radicalement. Le premier est resté fondé sur l'égalité des Etats alors que le second a évolué vers un déséquilibre total entre ces mêmes Etats. Or, toujours selon Michel VIRALLY, « *l'ordre juridique international ne peut se maintenir durablement en discordance complète avec l'ordre politique international* »⁸⁹. Par conséquent, on constate une recrudescence de nouveaux principes, de nouvelles normes et de nouvelles pratiques au sein du système juridique international.

Pour rappel, l'instauration d'une communauté mondiale répond avant tout à la nécessité d'une envie de vivre ensemble ou plutôt, selon l'expression de Slim LAGHMANI, est constituée « *autour de la volonté de ne pas périr en commun* »⁹⁰. Ce qui suppose une prise de conscience collective afin d'éviter ou de lutter ensemble contre un ensemble de menaces et de phénomènes qui pourraient rétroagir sur l'humanité dans son ensemble et provoquer sa perte. Autrement dit, il s'agit pour l'Humanité de mettre en commun les « intérêts supérieurs » des Nations notamment en ce qui concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Mais cela passe avant tout par la nécessité d'instaurer une justice sociale, de supprimer sinon réduire l'extrême pauvreté et le sous-développement, de rendre effective la protection des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme ou le crime organisé transnational, pour ne citer que ces exemples.

De ce fait, les priorités qui avaient été fixés jusqu'ici dans le cadre de la société internationale ont subi de grands bouleversements qui se sont répercutés sur la coopération internationale. C'est l'envie de l'ensemble d'utiliser le langage commun du droit international ou plutôt l'intérêt de disposer de règles communes qui reflètent des valeurs partagées.

La communauté internationale actuelle est, en pratique, une communauté internationale bâtie autour des valeurs occidentales comme la démocratie, la protection de l'environnement ou celle des droits de l'homme et le libre marché. Or, il n'est pas toujours évident au sein de cette même communauté, d'obtenir un accord général sur la portée, le contenu et l'application de ces valeurs. A côté de ces questions politiques et stratégiques classiques, se sont ajoutées des problématiques revêtant une tout autre dimension caractérisée par « l'émergence de problèmes plus globaux qui conduisent à un accroissement de l'interdépendance renforcée et à l'impératif de coopération »⁹¹. La particularité de

⁸⁹ Slim LAGHMANI, op.cit., p.233.

⁹⁰ Idem, p.233.

⁹¹ Davidson William TAFFOTIEN ASSANVO, « Les technologies de l'information et de la communication (TIC) et la diplomatie en Afrique: défis et enjeux », Presses Université Laval, 2006, p.45.

toutes ces questions, c'est qu'elles ne peuvent être résolues par le fait d'un seul Etat ; leur résolution suppose l'adoption d'une démarche multilatérale, ce qui réduit relativement la maîtrise des Etats par rapport à certains domaines⁹².

C'est le cas des questions ayant fait naître l'idée d'une justice internationale et la lutte contre le crime organisé, affirmation d'une justice pénale supranationale avec comme objet de juger les Etats criminels et notamment les personnes physiques responsables d'exactions internationales. Ensuite la nécessité de lutter contre la pauvreté et le sous-développement basé sur la promotion d'un principe de légitimité démocratique universelle en lieu et place du principe selon lequel chaque Etat devrait choisir librement son régime politique, économique et social. Ce nouveau principe a pour noyau dur le droit de chaque peuple à des élections libres, honnêtes et périodiques⁹³. Mais elle soulève aussi des problématiques liées à la recherche d'un meilleur niveau de vie à l'échelle mondiale dans une société mondialisée ; ainsi par exemple la santé, la sécurité alimentaire, la stabilité financière sont aussi d'autres problématiques ramenées sur la scène internationale du fait de la mondialisation tout comme le sont le besoin de la protection des droits de l'homme, de la vie et de l'environnement. Enfin, appliqué au domaine économique, le principe de souveraineté a donné naissance, juste après les guerres, au principe de la « *souveraineté permanente sur les ressources naturelles* »⁹⁴.

La démocratisation du système juridique international s'est également confirmé dans les traits caractéristiques de la nouvelle Société internationale telle que décrite par Jorge CARDONA LLORENS⁹⁵. Il s'agit d'une société « *universelle* » car, bien que placée sous la juridiction d'un Etat souverain, chaque territoire au monde est soumis à l'approbation de l'ensemble de la société avant d'être reconnu comme un Etat. Les « citoyens du monde » ont ainsi un droit de regard sur l'ensemble des événements qui surgissent dans le territoire d'une nation comme en témoigne les limitations nouvelles que rencontre le principe d'égalité souveraine dans son orientation de liberté d'élection et d'action de l'organisation politique, économique, sociale et culturelle. Il s'agit également d'une société hétérogène du fait des inégalités économique, politique, militaire et culturelle entre les Etats, sujets principaux de cette société ; en outre, il s'agit d'une société interdépendante dans laquelle aucun Etat ne peut se prévaloir de son autosuffisance et cette interdépendance incite à une complémentarité logique entre les Etats du système.

⁹² Dominique de VILLEPIN, Ministre français des Affaires étrangères, Discours d'ouverture de la XI^e Conférence des ambassadeurs, Paris, 28 août 2003, www.france.diplomatie.gouv.fr

⁹³ Pierre KLEIN, « le droit aux élections libres en droit international », *in le droit international à l'épreuve de sa fragmentation*, 2005, p.106.

⁹⁴ Mohamed SALAH, *op. cit.* p.359.

⁹⁵ Jorge CARDONA LLORENS, *op.cit.* p.124 et s.

Enfin, il s'agit d'une société fragmentée et mondialisée car, malgré la présence du système onusien et ses ramifications, la planète vit encore au rythme d'une intégration soutenue du fait des différences au niveau du développement de chaque nation ou encore de chaque région. Le processus de mondialisation n'est pas pour faciliter cette intégration puisqu'on constate plutôt une augmentation « du fossé » séparant les pays riches des pays pauvres.

Au regard de ce qui précède, la prise en compte de ce projet de communauté internationale et notamment de ses manifestations ne pouvait que produire une influence sur le droit international mais aussi au niveau de la cohésion du système juridique dans son ensemble. A l'image de la société internationale, le droit international s'est lui aussi communautarisé. Ainsi, l'introduction de la notion du *jus cogens* par la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'affirmation par le Sommet de la Terre en 2005 de « *la responsabilité de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité* »⁹⁶ tout comme la consécration des obligations *erga omnes*, tous ces principes témoignent de la communautarisation du droit international. En tant que « produit social » intimement lié à son histoire, le droit international ne pouvait rester insensible à tous ces changements survenus au sein de la société internationale. Produit généralement configuré de façon différente dans chaque nation ou région, le droit international général doit désormais être créé dans une « société particulièrement multiculturelle » c'est-à-dire un « reflet fidèle du milieu social international »⁹⁷.

Pour toutes ces raisons, le système juridique international ne pouvait que s'adapter à ces manifestations de la communauté internationale, ne serait-ce que pour compléter matériellement les principes contenus dans la Charte des Nations Unies, afin de les rendre compatibles avec l'évolution sociale. L'arrivée de nouveaux acteurs sur la scène internationale n'a pas été de nature à faciliter les choses.

B/- LA PRESENCE INEVITABLE DE NOUVEAUX ACTEURS SUR LA SCENE INTERNATIONALE

L'évolution du droit international et de son champ d'application ne sont pas uniquement dues aux seules préoccupations sociales nouvelles mais également à l'émergence de nouveaux acteurs, nouveaux destinataires de la règle de droit. Ainsi, l'une des principales mutations de l'espace international concerne les acteurs internationaux et les enjeux qui sous-tendent les relations internationales sous l'angle de la montée en puissance de nouveaux acteurs internationaux aux côtés des structures étatiques classiques. Ces nouveaux protagonistes qui opèrent à une échelle très diverse, jouent un rôle croissant dans les relations internationales et ont, de ce fait, une incidence

⁹⁶ Cf. Acte final du Sommet mondial de 2005, UN Doc. A/60/L.I, 20 septembre 2005.

⁹⁷ Jorge CARDONA LLORENS, *op.cit.*, p.130.

remarquable sur l'ordre juridique international. Aujourd'hui, plusieurs acteurs se partagent ainsi le champ d'action du droit international. Dans le cadre de cette étude, on ne retiendra que ceux qui contribuent largement à l'introduction de nouveaux concepts en droit international à savoir les Etats (2), les OI (3) et les principaux acteurs de la Société civile internationale (4). Mais, avant, une analyse de généralité sur cet élargissement s'impose (1).

1/- Généralités sur l'émergence de nouveaux sujets en droit international

Le droit international, en tant que produit social, ne saurait s'entendre sans une référence continue au milieu social dans lequel il opère⁹⁸. Or, la volonté des acteurs qui opèrent dans ce milieu social est pour ainsi dire à l'origine de la norme juridique censée réguler ce même milieu. Ainsi, le poids des acteurs non étatiques sur la marche du monde a considérablement augmenté et est, par ailleurs, pris en considération dans toutes les réflexions qui s'opèrent sur la scène internationale. Ces nouveaux acteurs « *peuvent être considérés comme des entités dont l'action dépasse le cadre des frontières d'un Etat et qui, de ce fait, participent activement aux relations et communications traversant les frontières. Il peut s'agir également de toute entité qui prend activement part au marché international et y joue un rôle plus ou moins important* »⁹⁹.

Conscient de l'importance de ces nouvelles forces non étatiques, le Secrétaire général de l'ONU n'a d'ailleurs pas manqué l'occasion de renforcer la coopération entre l'ONU et la société civile à travers un rapport présenté à l'Assemblée générale en juin 2004 sous l'intitulé « *Nous, peuples : société civile, Organisation des Nations Unies et gouvernance mondiale* »¹⁰⁰. Certes on savait depuis longtemps déjà que le droit international n'était plus l'apanage des seuls Etats et autres institutions internationales publiques mais la présence continue des acteurs non étatiques sur la scène internationale depuis le XX e siècle ne cesse de fasciner les internationalistes.

De manière générale, « la communauté internationale est à ce jour celle que composent les Etats et, plus accessoirement, les autres sujets du droit international »¹⁰¹. Les Etats qui, jusqu'à un passé récent, dominaient nettement la structure de la société internationale, n'ont plus ce monopole car ils ne constituent plus les décideurs uniques de la Société internationale. D'autres institutions ont en effet « conquis » le pouvoir de participer à la vie internationale et deviennent des acteurs majeurs de la globalité : ce sont ceux qu'on qualifie d'acteurs non-étatiques, notamment les organisations internationales, les représentants du secteur privé, des ONG, des associations scientifiques ou

⁹⁸ Marianne AZNAR GOMEZ, « Une vision provisoire du droit international », In regards d'une génération sur le droit international contemporain, *op.cit.* p.46.

⁹⁹ Jeffrey COOPER, « Diplomacy in the Information Age : Implications for content and conduct », *iMP Magazine*, 23 juillet 2001, http://www.cisp.org/imp/july_2001/07_OI Cooper, page consultée le 23 octobre 2009.

¹⁰⁰ Ban KI MOON, Document des Nations Unies, A/58/817, 2008.

¹⁰¹ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 41.

professionnelles, tous témoins de l'internationalisation des questions et des réponses à ces questions. A côté, on distingue également les organisations intergouvernementales, des mouvements de libération nationales, des groupes terroristes, des mafias, des firmes internationales, les institutions d'enseignement, des forums professionnels, des diasporas, des organismes de défense des consommateurs, des initiatives de coopération au développement, des mouvements militant pour la protection de l'environnement, des groupes de défense des droits de l'homme, des syndicats, des organisations humanitaires, des mouvements en faveur de la paix, des organisations professionnelles, des institutions religieuses, des groupes de réflexion, des réseaux de femmes. Tout cet ensemble a été qualifié de « Société civile internationale. »¹⁰²

L'évocation de ces nouveaux acteurs est d'une importance en droit car leur présence sur la scène internationale affecte directement le système juridique international et notamment, le « *law-making process* ». Ces acteurs internationaux peuvent être considérés « comme des entités dont l'action dépasse le cadre des frontières d'un Etat et qui donc participent activement aux relations et communications traversant les frontières. Tous ces acteurs ont désormais pignon sur rue et un impact significatif sur les affaires internationales.

2/- Les Etats : sujets « traditionnels » et « nécessaires » du droit international

Selon la remarquable formule de Joe VERHOEVEN, « *il n y a pas d'ordre juridique qui puisse se concevoir sans que lui préexistent des relations qu'il convient d'ordonner, ce qui présuppose l'existence de personnes capables de les entretenir. Autrement dit, il n y a pas de droit sans un sujet en quelque sorte « nécessaire » en l'absence duquel ses prescrits perdent tout sens. En droit international, ce sujet « nécessaire » est constitué par l'Etat. C'est la raison pour laquelle sa personnalité est souvent dite première, primaire, principale, prépondérante, etc.* »¹⁰³.

Aujourd'hui encore, l'Etat reste et demeure le sujet originel et nécessaire du droit international puisque ce dernier, en tant qu'ordre juridique dynamique, continue de reposer entièrement sur la volonté souveraine des Etats. Et, malgré la portée de l'ouverture de la scène internationale, les Etats, en dépit de certaines apparences, sont toujours à la source de la formation du droit international. Cela est d'autant plus vrai que la plupart des innovations intervenues en droit international, y compris celles permettant la participation des acteurs non-étatiques, trouvent leur origine dans un traité ou dans une coutume. En d'autres termes, les valeurs véhiculées aujourd'hui par le droit

¹⁰² Jon Aart SCHOLTE, «Société civile et gouvernance mondiale», *Rapport du Conseil d'analyse économique, Gouvernance mondiale*, déc. 2001, p.217.

¹⁰³ Joe VERHOEVEN, *Droit international public, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, 2000, p.50.

international ne pourraient, à moyen ou long terme, dissimuler les procédures conditionnant son existence, lesquelles supposeraient l'assentiment des Etats.¹⁰⁴

Quoi qu'il en soit, le droit et, plus encore, le droit international est « conçu comme un système de relations strictement interétatiques, qui tire sa raison d'être fondamentale de la volonté de protéger la maîtrise de chacun sur les espaces et les gens qui sont les siens »¹⁰⁵. Mais l'interaction généralisée entre les différents espaces et les gens qui occupent ces espaces fait en sorte que l'Etat devrait désormais faire face à plusieurs concurrents en droit international.

Et même en tenant compte de cette farouche concurrence, l'Etat conserve néanmoins une position dominante dans les relations internationales reflétée à l'ONU, par exemple, par ses 193 membres montrant par la même occasion que la volonté des Etats reste au centre des obligations juridiques du droit international. Cette volonté étatique continue d'ailleurs de se baser sur le postulat, certes virtuel, de l'égalité souveraine des Etats. De même, le phénomène d'organisations internationales garde encore son fondement dans la volonté des Etats membres puisque ce sont ces derniers qui décident d'« octroyer » ou non volontairement à ces structures le pouvoir d'imposer leur point de vue pour l'établissement de règles de conduite. Qu'il s'agisse de domaines particuliers ou universels, les Etats peuvent décider de créer des organisations internationales dotées de pouvoirs propres et qui ont leurs propres procédures d'adoption de décisions, avec des compétences spécifiques ou générales. C'est notamment le cas des organisations internationales.

3/- Les Organisations internationales : moyens de prévalence des intérêts d'une communauté mondialisée

« En dehors de l'Etat, l'OI est le seul sujet de droit dont la personnalité soit incontestée dans l'ordre juridique international, ou plus exactement est la seule entité dont il n'est pas contesté qu'elle puisse être revêtue d'une personnalité juridique autonome, distincte de celle de ses Etats membres. »¹⁰⁶

L'Organisation internationale manifeste une volonté de redistribution de pouvoirs de l'Etat vers une entité beaucoup plus « collégiale » en vue de l'établissement d'un ordre pacifique par des voies de droit. Autrement dit, les OI n'ont de pouvoirs que ceux que veulent leur conférer les Etats car pour organiser la paix, il faut nécessairement fonder « *un ordre de relations politiques capables de maintenir un certain accord entre ceux qui, par la force qu'ils détiennent, sont en mesure à la fois de la garantir et de la troubler* »¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.32.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.28.

¹⁰⁶ *Idem*, p.199.

¹⁰⁷ Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3^e éd. Ed. A. Pedone, 1960, p.140.

C'est donc en vue d'établir un climat de confiance dans la réalisation de la sécurité internationale qu'ont été créées les Organisations internationales avec une double fonction : d'une part une vocation de protéger des intérêts qualifiés d'essentiels pour la communauté internationale et, d'autre part, un moyen de gestion d'un domaine de compétences propres abandonné par les Etats au profit de l'organisation. Il est important d'attirer ici l'attention sur les organisations internationales qui, créées par les Etats eux-mêmes et dotées de leur propre personnalité internationale, se superposent à ces derniers dans des processus qui oscillent entre la simple coopération et l'intégration. Ce qui fait dépendre le degré d'érosion de la souveraineté des Etats de leur niveau d'intégration au sein de l'organisation.

Dotées d'un appareil permanent, elles sont généralement chargées de poursuivre la réalisation d'objectifs communs et ainsi permettre une coordination des actions étatiques en vue d'atteindre des buts communs. Ce sont elles qui sont le plus souvent à l'origine de plusieurs initiatives et accords informels conclus dans le cadre de la coopération internationale. Leur rôle et leur importance est donc indéniable à ce niveau.

Mais, à la différence des Etats, les Organisations internationales ne peuvent revendiquer une quelconque plénitude puisqu'elles n'existent qu'en fonction du besoin propre auquel elles sont censées répondre dans les rapports internationaux. Leur capacité est, à ce titre, intrinsèquement limitée par l'utilité que sa personnification présente pour la satisfaction dudit besoin. Cette absence de plénitude chez les Organisations internationales peut s'apprécier selon qu'elles agissent dans un cadre régional ou mondial. Pour exemple, la CIJ a affirmé, dans *l'affaire des réparations*, que l'ONU « doit être considéré comme possédant des pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci »¹⁰⁸.

Cette perspective d'une régulation par transfert de compétences et de pouvoirs à une entité « moins rigide » est quelque peu dépassée du fait de l'ampleur et de la nouveauté des problèmes qui se posent aujourd'hui en droit international. C'est cela qui a, en quelque sorte, favorisé l'émergence de nouveaux acteurs sur la scène internationale.

4/- La « Société civile internationale » : pertinence et prévalence d'un monde humaniste

A travers la société civile internationale, on incorpore un autre type d'acteurs au sein de la société internationale : les ONG, les entreprises multinationales et autres (individus, groupes de pressions...) qui viennent parfaitement illustrer le concept de droit transnational. A travers ces acteurs, c'est l'humanisation du droit international qui trouve son fondement dans le fait que l'ordre

¹⁰⁸ CIJ, Avis consultatif dans *l'affaire des réparations militaires*, 11 avril 1949, *Rec.*, 1949, p.182.

juridique international commence à permettre l'accès à celui-ci aux organisations économiques, aux peuples et à la personne humaine.

a) *Les Organisations Non-Gouvernementales*

C'est parce que le droit international s'est adapté aux besoins de la société contemporaine que sa structure a fortement évolué. Dans cette évolution du droit international, les ONG sont devenues, au sein de la société civile, des acteurs majeurs du droit international jouant notamment un rôle croissant dans les conférences internationales. En effet entre défense de l'environnement, urgence humanitaire, droits de l'homme, lutte contre la corruption, justice internationale, développement, micro crédit ..., Les ONG occupent aujourd'hui une place médiatique importante. Leur présence durable au sein de la galaxie internationale témoigne de la volonté des citoyens de prendre leur destin en main et de peser sur les relations interétatiques.

Ainsi, leur capacité d'influence, leur pouvoir de nuisance s'est, à maintes reprises, exprimé lors des rencontres organisées par les Institutions internationales telles que la Banque Mondiale, le FMI, l'OMC, l'UE et bien d'autres. Les actions souvent menées par ces nouveaux acteurs ont parfois perturbé la tenue de ces rencontres ou, encore, du fait de leur forte médiatisation, obligé ces institutions internationales et leurs Etats membres à les associer aux processus de discussion et de négociation. L'influence qu'ont acquis les ONG sur le plan international n'est que le résultat d'une certaine légitimité qui leur est reconnue par une grande partie de l'opinion publique internationale ; légitimité qui s'est précisément nourrie de ce qui a été considérée comme l'incapacité des Etats à trouver des réponses aux nouveaux problèmes soulevés par la mondialisation.

On peut citer plusieurs exemples au fil du temps où la pression exercée par ces acteurs a largement influencé des conférences internationales : c'est le cas de l'après signature de l'Armistice le 11 novembre 1918 où les plénipotentiaires vont discuter de la reconstruction du monde sous la « surveillance » de plus de 200 associations qui élisent domicile à Paris. Ainsi pour la première fois, on assistait à une négociation internationale globale et impliquant à la fois les Etats européens, les Etats-Unis mais aussi des pays d'Amérique Latine, d'Asie, d'Afrique et des associations de diverses horizons. D'ailleurs pour le Président Wilson: « *Every previous international conference was based upon the authority of governments. This, for the first time, was based on the authority of peoples. It is therefore, triumphant establishment of the principles of democracy throughout the world.* »¹⁰⁹

Ce sera l'une des premières ouvertures d'une conférence internationale de grande envergure à des délégués d'associations internationales et leur participation active à l'élaboration des textes

¹⁰⁹ Texte extrait de l'article de François RUBIO, « Les ONG et leur influence dans les relations internationales », *Géostratégiques* n° 16 – *Les ONG, Le droit d'ingérence*, éd. De l'Hèbes, p.137.

notamment ceux relatifs à la SDN et au BIT¹¹⁰. Cette influence des ONG va se poursuivre après 1945 notamment dans le cas de la reconnaissance officielle d'une société civile internationale et surtout dans la protection des droits de l'homme. Autre exemple, celui de la justice internationale où depuis plusieurs décennies les ONG se sont mobilisées pour l'établissement d'un droit international et la mise en place de tribunaux internationaux à la fois : pour régler les différends entre Etats ; les différends entre Etats et citoyens et, enfin, pour juger les auteurs des crimes internationaux les plus graves. La création de la Cour pénale internationale en 2002 est le meilleur exemple de l'aboutissement d'une immense campagne de plus de 2000 ONG commencée il y a plus d'un siècle¹¹¹. Les ONG sont intervenues à tous les niveaux : juridiques, médiatiques, financiers, avant et après l'élaboration du texte pour à la fois en faciliter l'élaboration, rapprocher les points de vue entre Etats et faire pression pour qu'il soit ratifié.

On peut enfin mentionner l'action d'une ONG comme la Commission Internationale des Juristes qui siège à Genève qui a par exemple été déterminante dans la création et l'évolution de la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples ou, plus récemment, le rôle joué par les ONG dans le lancement du programme d'allègement de la dette (PPTE) en 1996, dans l'abandon de l'Accord Multilatéral d'Investissement (AMI) en 1998¹¹², ou encore dans l'ajournement du cycle du Millénaire de l'OMC en 1999, à Seattle (Etats-Unis).

Aujourd'hui un constat s'impose : les ONG sont présentes dans les relations internationales à plusieurs titres : acquisition d'un statut consultatif, voire participatif auprès des organisations internationales ; leur participation aux grandes conférences internationales est une réalité ; leur capacité à influencer sur les négociations et à mobiliser l'opinion publique ne fait aucun doute ; leur poids financier et économique dans les politiques de développement est évident et, enfin, elles disposent d'une grande capacité à conseiller les Etats ou à les alerter sur les grands problèmes actuels. Il apparaissait donc comme essentiel de restituer ce rôle des ONG dans la construction des sociétés civiles nationales et internationales ainsi que leur rôle déterminant dans la construction des relations internationales, du droit international et des organisations internationales.

b) Les Sociétés multinationales

Aujourd'hui, « les agents économiques privés », dont l'intérêt est devenu de plus en plus croissant dans les relations internationales diplomatiques, sociales ou militaires, interviennent notamment dans ce que l'on qualifie aujourd'hui de « droit international économique ». De manière générale,

¹¹⁰ Isabelle VICHNIAC, « 174 pays vont s'engager à lutter contre l'exploitation des enfants », *Le Monde*, 3 juin 1998.

¹¹¹ Lire à ce sujet « NGOs and the Universal Declaration of Human Rights. A curious Grapewine », William KOREY, Palgrave, New York, 1998.

¹¹² Jacques LEVY, « Vers une société politique mondiale », *Le Monde*, 4 décembre 1999.

les gouvernements nationaux, a priori, perdraient peu à peu des pans entiers de leurs pouvoirs au profit d'un nombre de plus en plus restreint de firmes multinationales, dont les pouvoirs sociaux, économiques et financiers croissent à proportion de leurs budgets et s'étendent depuis plusieurs décennies à l'échelle du monde. Un monde nouveau naîtrait ainsi, où les régulations publiques dépériraient et où s'imposeraient la loi et les intérêts de quelques géants privés.

Mais l'intervention des grandes firmes dans la « gouvernance mondiale », est beaucoup plus ancienne que celle des ONG par exemple. Elle est liée de façon mécanique au pouvoir qu'elles ont acquis : elles réalisent les deux tiers du commerce mondial, produisent un tiers de la richesse (PNB) planétaire et n'emploient que 3 % de la population active mondiale¹¹³. L'opinion considère presque naturel voire inévitable que ces firmes se soient organisées et maintiennent des groupes de pression permanents auprès des institutions internationales qui influent sur la marche du monde, dans les domaines économique, financier, social...¹¹⁴.

Au final, l'importance du trafic économique international depuis les années 30 a fini par provoquer l'apparition de règles propres, sectorielles, qui jusque-là ne faisaient pas partie de l'ordre juridique international général. Par ailleurs, il faut noter que non seulement ces nouvelles règles ne rentrent pas toujours dans le champ d'application du droit international général, mais en plus elles influencent largement ce droit car elles peuvent altérer ou modifier les règles de base des différents ordres juridiques préexistants. Dans l'exemple de l'OMC, on remarque effectivement que les règles issues de cette organisation peuvent modifier le processus d'adoption des décisions internationales et éroder, en définitive, l'indépendance et la souveraineté de certains Etats, notamment les plus faibles.

La conséquence la plus flagrante de ce droit transnational est l'emprise qu'a désormais l'économique sur le politique. En effet, les intérêts transnationaux des acteurs économiques, qui ne se soucient point des frontières, influent largement aujourd'hui sur des domaines autrefois exclusivement réservés au politique. A travers cette corrélation entre décisions politiques et économiques, c'est également la souveraineté de certains Etats qui s'érode.

c) Les particuliers

Le droit international s'intéresse également aux particuliers qui jouent un rôle en tant qu'acteur international et, par la même occasion, opèrent une influence dans les domaines souverains de

¹¹³ Cf. la *Revue de Solagral*, Courrier de la Planète, en particulier le n° 37 « *Transnationales, entre profit et citoyenneté* », novembre 1996, p.52.

¹¹⁴ Pour l'économiste Christian CHAVAGNEUX par exemple, les grandes firmes internationales contribueraient à façonner le contenu et les règles de l'économie mondiale, lire Christian CHAVAGNEUX, *Le pouvoir des multinationales, Alternatives Economiques Hors-série* n°68 – février 2006.

l'Etat. Au-delà du *jus gentium* défendu par Saint Thomas ou plus tard par Grotius qui donnaient tous deux à ce concept un sens plutôt « collectif », c'est plutôt le sens retenu par Vitoria ou Suarez et repris plus tard par Georges Scelle¹¹⁵ qui intéresse car il met en exergue les relations « entre individus, formant une société universelle, et appartenant en même temps à d'autres et à d'innombrables sociétés politiques »¹¹⁶. Ici l'on met l'accent sur les « individus » pris isolément comme tels, mais vivant dans une société d'ensemble. A partir de là, force est de constater que dans la société internationale contemporaine, le droit international a ménagé une place importante à l'individu.

D'abord, dans le domaine du droit international pénal, c'est le Tribunal militaire international du Nuremberg qui a ouvert la porte à la responsabilité pénale internationale en justifiant sa position de la manière suivante : « *ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent des crimes contre le droit international, et ce n'est qu'en punissant ceux qui ont commis ces crimes que l'on peut faire respecter les dispositions du droit international.* »¹¹⁷ Ce principe a depuis été érigé au statut de droit coutumier, puis définitivement cristallisé par le statut de la CPI qui, en son article 25, établit un régime de responsabilité pénale individuelle parallèle à la responsabilité internationale de l'Etat.

Ensuite, d'autres branches du droit international s'intéressent également à l'homme : le droit international humanitaire, le droit international de l'homme et, dans le domaine économique, le droit international du développement ou de l'environnement. Dans ces droits, l'individu constitue l'objectif principal. Ainsi, à titre d'exemple, le droit international de l'environnement, en ayant pour but la protection de la faune et de la flore, protège par la même occasion le droit des générations futures à disposer d'un environnement sain et propre. Il en va de même pour le droit international de la propriété intellectuelle qui tente de réglementer le brevetage en matière agricole et pharmaceutique en vue de protéger la santé de l'homme.

Enfin, on peut identifier la société des philanthropes qui, à l'image des entreprises, restent des partenaires plutôt discrets et qui n'ambitionnent pas de peser sur la politique mondiale mais privilégient les interventions ponctuelles et soigneusement ciblées. Les philanthropes apportent avec leurs fondations des ressources qui remédient à l'impécuniosité des États. Par exemple, les dépenses annuelles en matière de santé publique de la Fondation Gates approchent désormais le niveau du

¹¹⁵ Georges SCELLE, *Précis du droit des gens*, Dalloz, 2008, 312p.

¹¹⁶ Mariano AZNAR, « Une vision provisoire du droit international actuel », In *Regards d'une génération...*, *op.cit.*, p.66.

¹¹⁷ Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the IMT, Nuremberg. 14 november 1945 – 1 october 1946, Official Documents, Vol. I, 1947, Judgment, p.223.

budget de l’OMS¹¹⁸. Aujourd’hui plus que par le passé, l’être humain est devenu sujet du droit international et s’est vu reconnaître « le droit » de participer aux réclamations internationales. Il a également acquis, dans le droit interétatique, un nouveau statut, notamment sur le plan diplomatique.

En résumé, la scène internationale a depuis toujours été caractérisée par un « affrontement » entre les Etats, se livrant à une compétition pour la défense de leurs intérêts. L’arrivée de nouveaux acteurs n’aura en rien changé cette donne, mais plutôt contribué à renforcer cette atmosphère. Les Etats mettent tout en œuvre pour essayer de conserver la direction des affaires internationales pendant que les acteurs non étatiques cherchent de plus en plus à s’émanciper des logiques territoriales pour s’installer en réseaux. Ainsi, comme pour l’avènement d’une communauté internationale contemporaine, l’arrivée d’acteurs non institutionnels en droit international a fortement influencé le processus traditionnel de création de ce droit. Les acteurs non institutionnels qui évoluent au centre de la société, ont acquis un rôle de participation croissante aux processus de réglementation juridique internationale, notamment en matière environnementale. Il y a aujourd’hui une soif de revendication, à l’échelle universelle, des droits fondamentaux de la « personne humaine » par le biais des acteurs *non étatiques* et, cette liberté de revendication trouve sa pleine expression sur le plan du droit international.

Tous ces processus sont la résultante d’un « certain désordre » occasionné par la mondialisation qui s’est manifesté par un certain nombre de mutations sur l’espace international faisant entrer ce dernier dans un « ordre de turbulences mondiales¹¹⁹ ». Ces mutations touchent aussi bien la structure organique que fonctionnelle de l’ordre juridique international. C’est la raison pour laquelle tous ces changements, porteurs d’un nouveau message sur la scène internationale, ont amené le droit international à se densifier pour appréhender chacun de ces changements afin de leur donner des assises conformes aux exigences de la règle de droit. Ce sera l’objet du deuxième paragraphe.

§ 2 : La spécialisation de l’objet du droit international

Le droit international, « plus que toute autre branche du droit, est inséparable de son histoire parce qu’il est un droit essentiellement évolutif ». ¹²⁰ Cette évolution apparaît généralement comme la résultante d’une série de facteurs englobés dans ce que les économistes qualifient de « mode de production ». A ce titre, les phénomènes socio-économiques qui ont été décrits dans le paragraphe

¹¹⁸ Manuel LAFONT RAPNOUIL, « Carnet de chèques et carnet d’adresses : l’essor d’une philanthropie globale ? », *Les Carnets du CAP*, n° 8, 2008, p. 177-192.

¹¹⁹ James N. ROSENAU, *Turbulences in World Politics: A theory of Change and Continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

¹²⁰ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, A. PELLET et Daniel MÜLLER, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8^{ème} édition, p.41.

précédent et la diversité qu'ils offrent ne pouvaient laisser le droit insensible sans qu'il n'y apportât de réponse juridique. Celle-ci s'est traduite par la spécialisation normative afin de prendre en compte toutes les situations nouvelles qui se créaient et qui avaient un caractère international. Il faut cependant remarquer que ce processus de spécialisation des règles de droit international n'est pas seulement l'œuvre des États ; en effet, ce processus apparaît également dans le cadre des conventions internationales portant sur les règles de conflits de juridictions comme il sera analysé plus tard, de conflits de lois et de reconnaissance et d'exécution des jugements. La place du « juge » dans l'effet de spécialisation des règles juridiques n'est pas à négliger car beaucoup de règles nouvelles en droit international surgissent de décisions judiciaires et, c'est dans ce cadre judiciaire que l'on peut précisément apprécier le processus de spécialisation des règles du droit international.

On comprend d'ailleurs pourquoi Philippe WECKEL n'a pas hésité à qualifier de « ramification du droit international¹²¹ » ce phénomène de spécialisation croissante des parties de la société en divers domaines autonomes les uns par rapports aux autres. Cette spécialisation du droit international si elle pourrait, a priori, constituer un facteur d'adaptation qui éviterait le recours systématique au droit international général n'en pose pas moins d'énormes difficultés quant à l'unité de ce droit. Cette approche de la spécialisation de l'objet du droit international évoluera de l'analyse de ses modalités (A) vers celle de sa portée et de ses effets (B).

A/- LES MODALITES DE LA SPECIALISATION EN DROIT INTERNATIONAL

D'après Antonio CASSESE, « *la communauté internationale devient chaque jour plus compacte, au moins du point de vue normatif et – ce qui est encore plus important – ... des valeurs telles que les droits de l'homme et le besoin de promouvoir le développement imprègnent de plus en plus des secteurs du droit international qui semblaient précédemment impénétrables* »¹²². Aujourd'hui, les droits de l'homme, le droit de l'environnement et le droit du commerce, pour ne prendre que ces trois exemples, tendent à dépasser les limites « artificielles » de la souveraineté dans le but de réaliser la promesse d'une unité du monde s'exprimant dans l'universalisation hégémonique des valeurs qui sous-tendent les droits de l'homme, l'environnement ou le commerce¹²³. Toutefois, la différenciation observée entre les règles de droit international semble montrer que la spécialisation est bien plus commandée par la réalité sociale et juridique de la société internationale que par la matière à régler. Dans cette tendance à la spécialisation des règles de droit international, la

¹²¹ Philippe WECKEL, ..., *In Influence des sources sur...*, op.cit. p.168.

¹²² A. CASSESE, « *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, P.45.

¹²³ M. KOSKENNIEMI, « The wonderful Artificiality of States », *Proceedings of the American Society of International Law 1994*, Washington, D C, ASIL, 1995, pp. 22-29.

doctrine identifie trois aspects différents: une spécialisation matérielle (1), une spécialisation par degrés d'hétérogénéité (2), et une spécialisation géographique (3).

1/- La spécialisation matérielle du droit international

Depuis le début du XX^e siècle, on est face à un phénomène de diversification du droit dû au contexte contemporain : progrès des sciences et des techniques, complexité croissante de l'économie, interventionnisme des financiers mondiaux de plus en plus tangible même dans les pays les plus riches... Le Droit international général se morcelle et se subdivise en diverses ramifications que l'on appelle communément « branches du droit », faisant apparaître de nouvelles matières avec le développement des relations sociales, notamment au niveau international. Les exemples les plus probants sont ceux véhiculés par les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit commercial et le développement du droit pénal international.

La spécialisation *matérielle* porte sur les faits ou les rapports de la vie juridique internationale de la personne qui constituent la matière réglementée par la règle de conflit. Face à l'ancien système qui mettait en avant de grandes catégories juridiques élaborées par la doctrine, qui s'était employée par le passé à bâtir la règle de conflit, le législateur actuel du DIP a « dé-construit » ce produit conceptuel, en adoptant des règles de conflit plus spécifiques ou concrètes par rapport à la matière à régler. Et, de là, le processus de spécialisation l'a conduit à prendre en considération soit le type de rapport à régler, soit seulement un aspect concret du même rapport.

a) La prise en compte du rapport à régler

Parmi les traits les plus caractéristiques du droit international contemporain, on note l'abandon progressif d'un système de règles juridiques générales et bien ordonnées d'après des critères dogmatiques clairement établies en faveur d'un « poly-système »¹²⁴ largement fragmenté du fait de l'existence d'un grand nombre de règles spéciales et fréquemment dispersés dans les textes. Pour justifier une telle disparité, la doctrine a d'abord indiqué une réponse face aux différents besoins sociaux qui se posaient dans la société. Autrement dit, c'est la nécessité du législateur de coller à la réalité sociale et économique qui lui ordonne de donner une réponse juridique adéquate, pour la mise en œuvre de certains objectifs ou certaines valeurs. Il s'agit donc, comme l'a justement remarqué A. HELDRICH, d'une réalité sociale très diverse, complexe et spécialisée, qui demande, corrélativement, un droit aussi spécialisé¹²⁵. Il faut dire que le changement social et économique survenu avec la mondialisation a entraîné sur son passage des besoins nouveaux et une adaptation normative qui a mené à cette spécialisation des règles juridiques.

¹²⁴ Julio D. GONZALEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 160.

¹²⁵ A. HELDRICH, « Normüberflutung », *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 811 et s.

La spécialisation matérielle, lorsqu'elle tient compte du rapport à réglementer, peut se faire soit en tenant compte de chaque type concret de situation, soit à travers des règles règlementant un fragment de rapport de droit. Dans le premier cas, il s'agit de tenir compte de chaque secteur nouveau en droit international. On peut notamment citer les exemples des « droits de l'homme », du droit de l'environnement ou encore du droit commercial. Chaque secteur ayant ses propres fondements et affectant un aspect spécifique de la société, il en résulte un régime déterminé de propriété. Celui-ci représente, indiscutablement, une institution juridique propre à chacun de ses secteurs car reposant sur des mesures préconisées pour améliorer la situation existante et lesquelles, tout naturellement, prennent la forme de principes et règles juridiques.

L'autre tendance de la spécialisation des règles du DIP en raison de la matière consiste à établir des règles particulières pour certains problèmes ou certains aspects d'un rapport de droit. En d'autres termes, il s'agit de souligner que cette forme de réglementation spéciale n'est plus due à l'apparition de nouvelles matières impliquant un nouveau type de rapport, mais à des règles qui ont pour objet un problème particulier, c'est-à-dire des « issues »¹²⁶ ou un fragment déterminé d'un rapport de droit. Dès lors, différents aspects de la même matière sont soumis à des rattachements et le résultat évident en est un morcellement ou un dépeçage du rapport concerné¹²⁷.

b) La prise en compte de la dimension judiciaire du DIP

Cette spécialisation découle aussi bien de la complexité dans la réglementation par le droit international des situations de la vie publique internationale des sujets mais surtout d'une prise en considération plus attentive des réalités à régler par le juge international. Cela s'observe aussi bien dans le domaine de la compétence judiciaire, de la procédure et de la reconnaissance que celui de l'exécution des décisions. D'abord, le premier problème qui se pose est celui de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire international. Il faut dire qu'avec la possibilité accordée aux institutions internationales de légiférer, plusieurs types de litiges peuvent survenir sur la scène internationale notamment ceux opposant deux ou plusieurs Etats à propos de l'interprétation ou de l'application d'un traité, ou encore, ceux pouvant éclater entre une organisation régionale et une organisation universelle poursuivant des buts semblables. Dans cette perspective, le problème à résoudre est celui de déterminer l'intensité des liens que le juge international entretient avec le litige pour pouvoir dégager sa compétence. Mais cette compétence n'est cependant pas seulement

¹²⁶ Dans la *common law*, le terme « issue » exprime l'existence d'une question ou d'un point controversé dans un litige et qui possède une grande importance dans la phase dite de « pré-trial » destinée à identifier les points ou questions controversés entre les parties et sur lesquels le juge est appelé à se prononcer, ainsi que dans la procédure ultérieure. Car il est entendu que le juge ne rendra une décision que s'il existe une « issue between the parties » portant soit sur un point de fait (*issue of facts*), soit sur le droit applicable (*issue of law*).

¹²⁷ Julio D. GONZALEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 169.

tributaire des seuls liens du juge avec le litige : elle peut aussi être influencée par la compétence que d'autres organes ou d'autres États attribuent à leurs propres tribunaux. En tout état de cause, le fait qu'un litige naisse dans le cadre d'une organisation internationale ne peut manquer de se répercuter sur sa nature ainsi que sur son mode de règlement.

Ensuite, le développement du droit international de source conventionnelle a aussi provoqué dans les ordres juridiques étatiques une spécialisation par les États auxquels sont rattachées les situations de la vie internationale des personnes. Cette spécialisation par les États ou par voie de traité se manifeste surtout dans la dimension judiciaire du droit international et, en particulier, dans le secteur de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. D'une part, le principe de réciprocité, largement accepté au XIX^e siècle, agit conformément à l'idée que la reconnaissance d'un acte de souveraineté étranger et qu'on ne doit pas, en conséquence, faire à l'État étranger une concession qu'il refuse aux jugements du *for*¹²⁸. Ce qui conduit à une fragmentation des solutions en fonction de l'attitude, envers les jugements du *for*, des États où à l'origine des décisions soumises à une application en droit interne. D'autre part, il y a le jeu du droit conventionnel international, multilatéral et bilatéral. Ici, les organisations internationales étant normalement créées par des accords, ceux-ci ne sont pas constitués par une simple série de rapports juridiques bilatéraux entre les États membres ; ils instituent entre eux un réseau interdépendant de droits et d'obligations réciproques. Si un seul État venait à méconnaître ses obligations, l'équilibre sera rompu et le différend qui en naîtra n'affectera pas seulement l'État partie en cause dans le litige, mais aussi les autres États signataires de l'acte constitutif.

Enfin, dans un monde qui évolue rapidement, l'acceptation de secteurs nouveaux en droit international exige un système juridique international reposant sur la concentration des compétences et la spécialisation des juges. Face au processus de spécialisation normative du système de DIP, le rôle des juges et de la doctrine devient très important pour assurer la cohérence interne du système. En effet, une spécialisation excessive peut conduire, insensiblement, soit à un particularisme de l'interprétation rattaché au cas concret à résoudre, soit à une orientation « topique » ou fondée sur le problème. Ce qui conduit dans les deux cas à l'abandon de critères généraux pour résoudre les contradictions pouvant surgir entre les sous-systèmes normatifs¹²⁹. Une telle tâche des juges et de la doctrine est sans doute plus complexe que par le passé, car elle exige une connaissance plus approfondie du système et des divers régimes spéciaux pour pouvoir ensuite les interpréter et les appliquer correctement. Ce qui ne semble pas du tout aisé dans le cadre du DIP non seulement en

¹²⁸ P. LAGARDE, « La réciprocité en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 154, (1977), pp. 103 et s. puis, pp. 139 et s.

¹²⁹ C. W. CANARIS, « El sistema en la Jurisprudencia », *op. cit.*, notamment à la page 99 souligne l'importance du système pour assurer tant l'unité que la cohérence dans la valorisation lors de l'évolution du droit.

raison de la technique particulière qu'il impose, mais aussi et surtout du fait de la pluralité de ses sources aussi bien internationales, communautaires que régionales.

En plus, cette tâche demande également une meilleure connaissance des méthodes de l'interprétation juridique. L'existence d'une pluralité de règles spéciales n'est pas de nature à rendre la tâche plus facile car elle impose au juge une maîtrise parfaite de la classification correcte des niveaux de généralité, de spécialité et d'exceptionnalité. Car c'est seulement à partir de cette classification que l'on pourra déterminer si, à propos d'une lacune de réglementation, il convient d'avoir recours à l'analogie ou à une interprétation *a contrario* ; ou si, face à une contradiction normative ou à une lacune de valorisation, le juge est tenu de la résoudre en faveur de la règle générale. Par exemple, si l'on se place dans le cas d'une règle spéciale qui peut détenir un sous-système, en elle-même par leur détachement de la règle générale, il ne faut pas s'adresser à celle-ci pour résoudre les lacunes éventuelles, mais épuiser par contre les possibilités d'interprétation qu'offre ce sous-système. Or, dans le cas d'une règle spéciale ayant une nature exceptionnelle, la solution pour les lacunes se trouve dans l'application de la règle générale.

2/- La spécialisation par « degrés d'hétérogénéités » du droit international

La spécialisation par *degrés d'hétérogénéité* prend en considération l'internationalité plus ou moins forte de la situation juridique ou plutôt une dispersion géographique plus large des éléments dans certaines situations juridiques en droit international. Il est ainsi recherché des solutions spéciales dans les règles de droit international qui ne tiendraient compte que de la réalité sociale vécue dans un espace géographique bien spécifique. En d'autres termes, il s'agit désormais de prendre en compte différents critères de rattachement dans des situations juridiques impliquant diverses personnes ou sujets de droit international. Il peut s'agir par exemple, entre autres, des critères de nationalité, lieu de résidence, de la filiation, comme dans le cas de l' « *Affaire Nottebohm* »¹³⁰.

Ainsi, la règle générale ayant un seul rattachement, elle peut donner une réponse adéquate dans deux cas extrêmes : d'abord quand la situation est absolument homogène parce que tous les rattachements concernent les personnes ou des faits qui appartiennent à la sphère d'un seul ordre juridique. Deuxièmement, quand la situation est absolument hétérogène, car le degré de dispersion des éléments peut justifier le recours à une seule loi pour la régir. Mais le problème apparaît lorsqu'il s'agit des situations à mi-chemin de l'une et de l'autre hypothèse, comme cela fut le cas dans l'affaire de la « *Barcelona Traction* »¹³¹ dans laquelle un juge espagnol prononça un jugement de faillite à l'égard de la Barcelona Traction, qui était, à l'époque, la plus importante entreprise d'électricité

¹³⁰ , *Affaire Nottebohm*, Arrêt du 6 avril 1955, Principauté du Lichtenstein c/ Guatemala

¹³¹ CIJ, « *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Cie* », Arrêt du 5 février 1970.

d'Espagne, constituée selon le droit canadien mais comportant cependant, une majorité d'actionnaires belges. Dans l'arrêt au fond (arrêt portant sur la substance de l'affaire et non sur les problèmes de compétences et de procédure), la CIJ, examinant les systèmes de droit interne, reconnu le statut de société anonyme mais en faisant remarquer qu'il existe une nette distinction entre les deux entités que sont la « société » et « l'actionnaire », chacune étant dotée de droits distincts.

Pour trouver des solutions à de tels litiges, le juge international a souvent recours au processus de spécialisation par « degrés d'hétérogénéité », caractérisé par l'adoption de solutions différentes pour les situations ayant des degrés distincts de dispersion dans l'espace. Ce qui implique que le législateur tienne compte d'une réalité sociale qui n'est pas la même dans toutes les situations à caractère international et qu'il cherche une réponse appropriée en fonction de la différenciation découlant de la présence plus ou moins large, dans une situation donnée, de l'élément étranger. Ici la règle de DIP est édictée non plus du fait de la responsabilité due à chacune des parties au contrat¹³², mais en prenant en compte des situations qui sont « internationalement distinctes » parce que rattachées soit à un seul, soit à plusieurs ordres juridiques distincts entre eux. Dans un tel cas, la règle de portée générale ne saurait suffire à la résolution du problème posé par la matière à régler.

3/- La spécialisation par le domaine spatial des règles ou régionalisme international

Dans l'esprit des pères fondateurs de la Charte, le besoin de disposer de règles ayant une étendue générale et s'appliquant quel que soit l'ordre juridique particulier dans lequel le rapport de droit était « localisé », était fondamental. Et de ce fait, la règle de conflit permettait de régler toutes les situations à caractère international, sans prendre en considération les États auxquels elle était rattachée. Comme l'a reconnu le Professeur CAMPO, cette portée universelle de la règle de conflit était le résultat non seulement de la validité générale à laquelle pouvaient prétendre les concepts et les catégories dégagés par la science juridique, mais aussi de l'idée d'une « communauté de droit »¹³³ du fait de l'existence et de l'égalité de divers ordres juridiques en son sein. Aujourd'hui, même si plusieurs règles de conflit sont conformes au modèle classique¹³⁴ et possèdent une portée universelle, d'autres règles en droit international sont destinées à régler des situations à caractère

¹³² La règle spéciale ici n'est pas édictée en raison de la diversité des éléments matériels de la relation qu'elle prend en considération, mais en fonction de la diversité qu'offrent les situations à caractère international par rapport à leur homogénéité juridique.

¹³³ Julio D. GONZALEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 181.

¹³⁴ C'est notamment le cas des règles de *jus cogens* qui conservent une portée générale et qui ne peuvent être dérogees que par des règles de valeurs équivalentes.

international rattachées à un cadre régional. Au même titre qu'il existe des règles pour des situations qui concernent seulement deux ordres étatiques.

La manifestation la plus visible de la spécialisation par l'étendue spatiale est le régionalisme international. Ce dernier peut être considéré, à bien des égards, comme le résultat de la prise en compte des « diversités culturelles » dans la production et l'application du droit international. Aussi, l'esprit de « régionalisation » du droit international est, dans les faits, le simple reflet de l'évolution, en deux temps, de la globalisation du monde économique. En effet, il existe, à n'en point douter, un lien étroit entre les processus intégratifs tels qu'ils se développent au niveau régional et la nécessité dans laquelle se trouvent les pays de renouveler des formes de coopération plus étroites à l'échelle internationale. Cette dynamique régionale qui pousse les pays à se rapprocher et à coopérer toujours plus étroitement entre eux sur le terrain économique et politique, d'une part, et de promouvoir des valeurs ou des intérêts qui leur sont propres ou encore se donner, individuellement et collectivement, une plus grande marge de manœuvre dans l'exercice de leur souveraineté d'autre part, a conduit le droit international à appréhender, à son tour, ces nouvelles situations.

Cette prise en compte des « régionalismes » à la fois politiques et économiques par le droit s'est soldée par la mise en place d'institutions communes d'inspiration fédéraliste¹³⁵ à l'image de l'Union Européenne (UE)¹³⁶, de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)¹³⁷, de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALENA)¹³⁸, du Marché Commun du Sud (MERCOSUR)¹³⁹, la Communauté Monétaire et Economique de l'Afrique Centrale (CEMAC)¹⁴⁰ ou de l'Organisation

¹³⁵ C. DEBLOCK et D. BRUNELLE, « Le régionalisme économique international : de la première à la deuxième génération », Texte publié dans : *Tous pour un ou chacun pour soi. Promesses et limites de la coopération régionale en matière de sécurité*. (Sous la direction de Michel FORTMANN, S. Neil MACFARLANE et Stéphane Roussel, Institut québécois des hautes études internationales, Québec, 1996).

¹³⁶ Rassemblement de 27 pays autour d'actions économique (marché commun, libre échange...) mais aussi volonté d'union politique, ce qui la différencie beaucoup des autres organisations régionales.

¹³⁷ Il s'agit d'une Organisation politique, économique et culturelle regroupant 10 pays d'Asie du Sud-Est et qui a pour but de renforcer la coopération et l'assistance mutuelle entre ses membres, d'offrir un espace pour régler les problèmes régionaux et peser en commun sur dans les négociations internationales.

¹³⁸ Il s'agit d'un Traité créant une zone de libre-échange entre les trois pays d'Amérique du Nord : le Mexique, les États-Unis et le Canada avec comme objectifs principaux d'éliminer les barrières douanières et assurer les conditions d'une concurrence équitable. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1994.

¹³⁹ Il s'agit de la communauté économique des pays de l'Amérique du Sud, qui signifie littéralement Marché Commun du Sud (Mercado Común del Sur en espagnol), le Mercosur est né le 26 mars 1991, avec la signature du traité d'Asunción. C'est le troisième marché intégré au monde après l'Union européenne (UE) et l'ALENA. Ses buts sont la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production, la création d'un tarif extérieur commun, le rapprochement des politiques économiques et l'harmonisation des législations entre les membres.

¹⁴⁰ La CEMAC est née de la volonté des Gouvernements de six Etats Membres de l'ancienne UDEAC (Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad). Sa mission essentielle est de promouvoir un développement harmonieux des Etats membres dans le cadre de l'institution d'un véritable marché commun.

pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)¹⁴¹ pour ne citer que ces quelques exemples.

Ainsi, le régionalisme international s'entend de ces différentes organisations, aussi variées que diverses, qui enrichissent et obscurcissent en même temps le mouvement d'organisation internationale en lui donnant une signification multiple. Sur le plan de l'enrichissement, le régionalisme vise à renforcer l'uniformité du droit dans une région et permettre une action concertée en vue de l'exécution d'un instrument international¹⁴². Il permet, de ce fait, une intégration poussée des économies à travers un renforcement des interconnexions et une unification des marchés. Il permet, en outre, de forger des modèles de développement originaux, ressort de stabilisation et une nouvelle méthode d'expression des petites économies en quête d'audience et de légitimité. Toutefois, si cette interdépendance peut être source de stabilité et de croissance, il n'en demeure pas moins qu'elle est également porteuse de nouvelles préoccupations pour les acteurs régulateurs de la vie internationale, notamment dans le domaine juridique.

En effet, le droit international général qui renvoie initialement à une acceptation des différentes unités juridiques qui le composent, produit aujourd'hui un effet contraire car, il a fini par dessiner ces dernières décennies une trajectoire assez complexe à travers sa différenciation en multiples secteurs et sous-systèmes¹⁴³. Ces derniers essaient, par tout moyen, de s'imposer sur la scène internationale, créant parfois des tensions dans les liens entre universalisme et régionalisme. S'il ne constitue pas un exemple de régionalisme, « l'impérialisme ou unilatéralisme juridique américain » en matière de « politique juridique extérieure »¹⁴⁴ reste un cas frappant en droit international qu'il faut souligner. Cette politique est marquée par une réinterprétation unilatérale des normes relatives à l'emploi de la force et plus particulièrement à la légitime défense¹⁴⁵ ; par un mépris et une marginalisation du droit international et enfin par le recours à des normes internes américaines pour régir les relations internationales.

Par ailleurs, le nombre de traités fondamentaux non ratifiés par les USA est dans ce contexte impressionnant et lui aussi parlant. On peut citer entre autres : le PIDESC, les deux protocoles

¹⁴¹ L'OHADA a été créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice). L'OHADA regroupe aujourd'hui 16 pays (les 14 pays de la Zone franc CFA, plus les Comores et la Guinée Conakry) et elle reste ouverte à tout Etat du continent africain.

¹⁴² Pour plus d'éléments sur ce sujet, lire C. Wilfred JENKS, "The Conflict of Law-making Treaties", 1953, *BYBIL*, pp. 401-453.

¹⁴³ Lire à ce propos, J. ROSENAU, « The Dynamics of Globalization: Towards an Operational Formulation » in *Security dialogue*, 2002, pp. 78-90.

¹⁴⁴ Le concept renvoie à G. LADREIT de LACHARRIERE, « La politique juridique extérieure de la France », Paris, Economica, 1989, pp. 27 et s.

¹⁴⁵ Notamment celle de l'article 2 §4 de la Charte des Nations unies dans le sens de l'élargissement du champ du droit à la guerre ; pour plus d'informations, lire Slim LAGHMANI, « Du droit international au droit impérial ? Réflexions sur la guerre contre l'Irak », *Actualité et Droit International*, avril 2003, <http://www.ridi.org/adi>

facultatifs relatifs au PIDCP, les protocoles I et II additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949¹⁴⁶. C'est la raison pour laquelle des auteurs n'ont pas hésité à qualifier le droit des USA de « droit impérial de libre interprétation du droit international », de « droit impérial de non-participation au droit international » et de « droit impérial en rupture avec le droit international »¹⁴⁷. Cette stratégie nord-américaine consistant dans le refus obstiné d'encadrer leurs actions impériales dans la légalité internationale, impose au reste du monde une domination et a des conséquences directes sur tout le système de sécurité collective construit après la deuxième guerre mondiale, mais aussi sur les règles du droit international en tant que système de régulation des rapports sociaux internationaux. Le plus bel exemple de cette situation se reflète à travers l'accentuation des conflits normatifs, lesquels, dans le cas du régionalisme, sont principalement dû au fait que le système normatif créé au niveau régional se situe entre les systèmes globaux et les systèmes nationaux¹⁴⁸. D'où la concurrence qui peut s'instaurer entre les différents systèmes en cause. Mais quelle est la véritable portée du phénomène de spécialisation en droit international ?

B/- PORTEE ET EFFETS DE LA SPECIALISATION EN DROIT INTERNATIONAL

La spécialisation traduit avant tout le mouvement de développement spectaculaire et contemporain des multiples systèmes régionaux et spécialisés. Elle se manifeste à travers les rapports qui existent d'une part entre le droit international général et ses matières et, d'autre part, la division qui règne à l'intérieur des matières ou secteurs nouveaux. A cet effet, l'émergence de nouveaux domaines d'action en droit international a suscité non seulement la diversification des règles et la pluralité des procédés de règlementation (1) mais aussi une tendance à l'autonomisation de ces secteurs (2).

1/- la diversification des règles et la pluralité des procédés de règlementation

Le lien entre l'universalisme et le régionalisme peut expliquer, dans une première approche, la tension qui existe entre unité et fragmentation du droit international. En effet, l'existence, voire la multiplication de systèmes juridiques régionaux implique, au-delà des traités à portée régionale, la possibilité de normes et principes qui, en quelque façon, auraient un caractère « général » au-dedans du sous-système. Dans une telle approche, on est plus en présence d'une relation systémique entre un système universel, un système régional et un système sous régional. Se pose alors une question centrale de savoir si le système le plus large, à savoir le système universel, a la primauté sur les systèmes plus étroits.

¹⁴⁶ Slim LAGHMANI, « Le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit international », *op.cit.*, p. 68.

¹⁴⁷ *Idem*, pp. 68 et s.

¹⁴⁸ Ce système est souvent plus spécifique que les régimes globaux, et plus étendu que les régimes nationaux.

Il faut, avant toute chose, dire que tous ces systèmes dits « autonomes » ne sont pas le fruit d'une apparition fortuite, bien au contraire. En effet, les nouveaux types de droit spécialisés répondent généralement à un souci de réglementer les nouveaux besoins techniques et fonctionnels de la société internationale. Ainsi le « droit de l'environnement » répondrait au souci croissant que suscite l'état de l'environnement international et notamment le souci de préservation des éco-systèmes mondiaux ; le « droit commercial » répond lui à un besoin de réglementation des relations économiques internationales ; le « droit des droits de l'homme » vise à protéger les intérêts des personnes physiques et enfin le « droit international pénal » traduit en termes juridiques la nécessité de lutter contre l'impunité au niveau international.

En cela, les acteurs et les espaces étant différents, l'élaboration des règles spéciales pour certains aspects particuliers des situations de la vie internationale, au vu de certains problèmes concrets ou en fonction du degré d'hétérogénéité de la situation, a réduit le recours aux règles d'application générale. Cela est simplement dû au fait que la règle spéciale permet, pour le juge, une localisation plus appropriée de la situation, ainsi que l'emploi de procédés non conflictuels. En outre, la règle spéciale établie par le législateur donne au juge une indication de la finalité que le législateur a voulu véhiculer en édictant cette règle ; ce qui limite largement les risques de subjectivisme dans le résultat puisque le juge ne peut aller à l'encontre de cette finalité. Ce qui ne pourrait être le cas par la voie des règles d'application générales.

Ensuite le processus de spécialisation a aussi conduit à des problèmes d'application en donnant naissance à des solutions distinctes dans chaque secteur et, de ce fait, offrir des réponses plus adéquates aux besoins de chaque règle spéciale. Ce qui a, d'une part, contribué à réduire l'ordre public international en l'écartant de la résolution de conflits¹⁴⁹; de même l'ordre public ne s'accommode pas à la protection de certains intérêts spécifiques, par exemple ceux de l'enfant ou des consommateurs ou encore de la politique monétaire d'un Etat. Ce qui exclut que le juge soit obligé d'arriver au résultat exigé par le respect de ces valeurs ou objectifs de politique législative tels que préconisés par la voie de l'ordre public. D'autre part, la spécialisation normative permet l'adaptation de clauses générales en fonction des différents secteurs du droit ou par rapport aux Etats concernés tout en réduisant l'incertitude juridique associée au jeu d'une clause générale. De même, le processus de spécialisation accroît l'importance des problèmes de qualification dû au nombre très élevé de règles de conflits à l'heure actuelle en droit international. En effet, même en cas de solution pour un éventuel conflit de qualification, le juge peut se trouver confronté à plusieurs règles

¹⁴⁹ Certains besoins sociaux ne pouvant se satisfaire des solutions apportés par l'ordre public général du fait de leur éloignement des circonstances des cas d'espèce.

spéciales qui, soit traitent ensemble d'une même catégorie de situations juridiques, soit apportent une solution aux mêmes problèmes de droit.

Enfin, l'autre trait caractéristique de l'accroissement des secteurs nouveaux en droit international est le pluralisme des méthodes ou de procédés de réglementation des situations de la vie internationale des sujets de droit. Ceci dans la mesure où chaque domaine matériel exige ses propres procédés, différents des procédés utilisés par la règle générale dans un domaine matériel donné. On observe ainsi un déplacement du centre du droit international, « passant de la production de normes fondamentales de nature générale à la mise en place de mécanismes destinés au règlement de différends »¹⁵⁰. Aujourd'hui, on a plus recours à des règles flexibles là où la justice du cas concret l'exige et le juge peut trouver la réponse adéquate après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances du cas qu'il est appelé à trancher. De même, l'emploi d'un procédé unilatéral pour édicter des règles spéciales semble justifier leur but ou leur finalité. Dès ce moment, selon l'objectif poursuivi par le juge, aucun procédé ne peut prétendre être supérieur à un autre dès lors qu'il reste conditionné par le besoin de satisfaire à la situation imposée par chaque cas à résoudre.

2/- La tendance à l'autonomisation des secteurs nouveaux du droit international

Ce qui détermine le plus les nouveaux secteurs du droit international, c'est leur besoin d'autonomie vis-à-vis du droit international général. Autrement dit chaque nouvelle branche créée en droit international se caractérise par une technique particulière qui l'amène, le plus souvent, à se démarquer des autres règles de droit international qu'il s'agisse de celles édictées par le droit international général ou de celles des autres branches du droit international.

En effet selon TEUBNER et FISHER-LESCANO, la fragmentation du droit global est plus profonde que toute autre perspective réductionniste de nature juridique, politique, économique ou culturelle¹⁵¹. De cette fragmentation découle un processus d'autonomisation des domaines du droit international. Ainsi, ce qui semblait à un moment donné être réglementé par le droit international général relève désormais du champ d'application de régimes spécialisés comme le droit commercial, les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit de la mer, le droit européen, chacun de ces régimes possédant ses propres principes et institutions. Ensuite, paradoxalement, on assiste à un savant processus de complexification des différends interétatiques et transnationaux. Ceci a lieu, notamment, par l'emploi de normes du droit international général, de normes de droit national, ou bien de normes du droit transnational, à l'intérieur des tribunaux de ces systèmes spécialisés. Ces tribunaux transnationaux et interétatiques, qui possèdent a priori comme seul

¹⁵⁰ Alberto Do Amaral Junior, « Le dialogue des sources : ... in regards d'une génération sur le droit international, *op.cit.*, p.13.

¹⁵¹ Cité par Alberto DO AMARAL, "Introdução ao Direito Internacional Público", *op.cit.*, p. 78.

mandat d'appliquer une certaine convention ou un corpus normatif spécialisé du droit international, se voient confrontés à l'utilisation des normes dites « externes » à son système.

Il n'est pas abusé de dire que cette autonomisation tire sa source dans le principe majoritaire, traduction du besoin de faire prévaloir les intérêts sociaux sur les intérêts individuels. Pour ce faire, les Etats se dessaisissent peu à peu de certaines de leurs obligations, notamment en ce qui concerne l'élaboration, la modification et surtout l'exécution des normes à valeur internationale. De plus en plus, cette dernière est confiée à des organes permanents, distincts des organes étatiques, créés par les traités et dotés d'un pouvoir autonome de décision. Tous ces changements ont amené les praticiens du droit à adapter leurs méthodes de travail à travers de nouvelles pratiques.

§ 3 : La diversification des pratiques juridiques

Comme il a été vu précédemment, il est aujourd'hui difficile d'appréhender le droit international dans toute sa plénitude du fait de l'élargissement continu de son rayon d'action consécutif à la multiplication des activités objet de cette discipline. Le droit international définit ainsi les expressions telles que « droit de la mer », « droit humanitaire », « droit de l'homme », « droit de l'environnement » ou « droit commercial » comme des régimes spéciaux qui peuvent, aux fins d'interprétation, souvent être considérés comme formant un « tout »¹⁵². D'ailleurs à ce propos, Jean Bernard AUBY soutenait que « la globalisation perturbe les catégories dans lesquelles on est habitué à classer les réalités juridiques. Elle transforme les pratiques du droit, comme notre rapport aux droits étrangers. Elle réclame de nouvelles avancées théoriques, susceptibles de rendre compte du pluralisme de sa structure et de son fonctionnement en réseau »¹⁵³.

Il va sans dire que la diversification trouve sa source aussi bien dans la prise en compte de situations particulières et nouvelles créées par le droit international (diversification par rapport au domaine des problèmes : par rapport au but visé par chaque groupe) (A) que par rapport aux situations à régir dans chaque secteur, c'est-à-dire découlant des diverses méthodes et procédés techniques pouvant être utilisés par les organes législateurs pour édicter leurs normes (diversification d'après les procédés de réglementation) (B). Mais la diversification affecte également les habitudes des praticiens du droit (C).

A/- DIVERSIFICATION PAR RAPPORT AU DOMAINE D'ACTION

Par rapport au domaine d'action envisagé, la diversification des pratiques juridiques s'observe non seulement dans le cadre de la diversité et la complémentarité des profils juridiques en vigueur (1) mais aussi à travers l'imposition d'un savoir-faire spécial chez les juristes (2).

¹⁵² P. WECKEL, L'Influence des sources sur l'unité du droit international, *op. cit.*, p. 168.

¹⁵³ Jean Bernard AUBY, « La Globalisation, le Droit et l'Etat », Montchrestien, 2003, p. 25.

1/- L'importance de la diversité et la complémentarité des profils juridiques

Le début du XXe siècle a été marqué par la diversification du droit dû au progrès des sciences et des techniques. L'économie est de plus en plus complexe et l'interventionnisme économique se fait de plus en plus présent même dans les pays les plus industrialisés. De nouvelles matières de droit sont apparues avec le développement des relations sociales et internationales dont le droit de la concurrence, de la consommation, ou le droit de l'environnement. Cette diversification a été suivie par une vague de spécialisation de la part des professionnels dont les juristes. Une première distinction des spécialités de juriste doit être apportée d'abord entre le droit national (ordre juridique interne à un pays) qui régit les relations sociales entre les nationaux d'un même État, et le droit international (ordre juridique qui lie deux ou plusieurs pays ou organisations internationales) et qui est l'ensemble des règles de droit régissant les relations entre les ressortissants de différents États. Cette *summa* division a des répercussions sur l'ensemble des matières du droit.

Dans le cadre du droit des affaires, par exemple, des conventions entre gouvernements en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune sont périodiquement signées entre les ambassadeurs d'un Etat et le pays dans lequel cet Etat possède ses résidents. Ce qui, au final, fait toujours ressortir des liens dans l'application du droit interne et celui du droit international et les juristes de l'un comme de l'autre des ordres juridiques en présence sont appelés à collaborer ensemble pour une plus grande cohésion. On peut même ajouter, dans cette optique, que le juriste international a le devoir de maîtriser les textes et règlements qui régissent le droit interne. Cela d'autant plus que le juriste de droit international touche de plus en plus à la restructuration de sociétés afin d'apporter une assistance et un accompagnement à des entreprises en difficulté dans le cadre d'une reprise ou d'une restructuration de filiales éparpillées dans le monde entier. Il peut, de ce fait, avoir un rôle déterminant dans la poursuite, la cession ou la cessation complète des activités de l'entreprise.

Un autre exemple est celui de la protection des droits de propriété industrielle. Ici, ce sont les législations nationales qui permettent de protéger les brevets, les marques ainsi que les modèles et dessins. Dans le cas de la France par exemple, il faut les déposer à l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI). Les brevets sont ainsi protégés pour 20 ans, les marques pour 10 ans indéfiniment renouvelables et 25 ans pour les dessins et modèles. Or cette même protection peut se faire à l'international. En effet, l'Organisation Mondiale pour la Propriété Intellectuelle (OMPI), qui a acquis en 1974 le statut d'institution spécialisée des Nations Unies, a pour objectif de veiller à la protection des droits des créateurs et autres titulaires de droits de propriété intellectuelle à travers le monde. Son activité consiste également à la reconnaissance et la rémunération des inventeurs et des auteurs pour leur créativité, essentiellement au-delà de leurs frontières nationales. Il s'agit là encore

de veiller sur une adéquation et une harmonisation des législations nationales en matière de propriété intellectuelle ; à l'échange d'information en matière de propriété intellectuelle ; à la fourniture de l'assistance juridique et technique aux pays dont ceux en développement, mais aussi et surtout au règlement de litiges de propriété intellectuelle, notamment d'ordre privé.

Enfin, en matière de droits de l'homme, ce sont les tribunaux internationaux créés à cet effet qui jouent ce rôle de coordination des actes illicites commis sur le territoire d'un Etat mais dont les conséquences sont internationales. A cet effet, on a d'ailleurs vu s'internationaliser la notion de « crime international » avec les manifestations du terrorisme, la violation du principe de la proportionnalité, l'agression d'un Etat souverain, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Aussi, même si leur bilan peut être mitigé¹⁵⁴, les tribunaux pénaux internationaux sont une étape importante dans l'élaboration d'une justice internationale effective et dans le recul de l'impunité dans ou par les Etats. Jusqu'à aujourd'hui, ils ont permis de juger des personnalités de premier plan tel que l'ancien président de Serbie Milosevic¹⁵⁵, ou encore les inculpations récentes devant la CPI des anciens chefs d'Etat comme Laurent GBAGBO de la Côte d'Ivoire.

Au final, « la globalisation transforme les pratiques du droit autant que notre rapport aux droits étrangers. Elle réclame de nouvelles avancées théoriques, susceptibles de rendre compte du pluralisme de sa structure et de son fonctionnement en réseau »¹⁵⁶. Elle impose surtout aux juristes un savoir-faire spécial.

2/- L'imposition d'un savoir-faire spécial de la part des juristes

Avec la mondialisation du droit les questions de droit international public sont de plus en plus importantes et imposent désormais un savoir-faire spécial¹⁵⁷. Souvent le juriste ordinaire a du mal à identifier, dans un dossier, toutes les situations juridiques relevant du droit international. De même que les autres métiers liés à l'apprentissage du droit évoluent, la primauté de la *juridictio* oblige désormais le juge à rendre des décisions plus rationnelles et argumentatives, à maîtriser le droit international et à s'ouvrir aux autres systèmes juridiques et judiciaires. Cette dynamique de spécialisation dans un savoir-faire s'explique avant tout par la complexité actuelle du langage juridique, le foisonnement des normes juridiques et par les perpétuelles modifications de la loi aussi bien au niveau national qu'international.

¹⁵⁴ Beaucoup d'auteurs critiquent, par exemple, la mise en place du TPIY et estiment que les résultats obtenus ne sont pas à la hauteur des moyens déployés.

¹⁵⁵ Slobodan Milosevic, l'ancien président de la Serbie puis de la Yougoslavie refusait la légitimité de ce tribunal qu'il qualifiait d'« illégal ». Aussi, sa mort en détention provisoire a laissé ce tribunal muet car il n'y a eu ni condamnation, ni sentence prononcée contre lui. La clôture brutale de l'affaire faisant perdre au Tribunal une partie de sa crédibilité.

¹⁵⁶ Jean Bernard AUBY, « La Globalisation, le Droit et l'Etat », *op.cit.*, p. 25.

¹⁵⁷ Notamment le droit des traités, celui de la responsabilité de l'Etat, toutes les questions relatives à la condition et aux compétences de l'Etat, la maîtrise réelle de la jurisprudence internationale.

A l'ère de la mondialisation des échanges, les lois tout comme les autres textes de droit sont préparées par des techniciens et des spécialistes dont, il faudrait encore avoir recours en cas de conflit de droit. En l'absence même de conflit, et cela dans des situations de plus en plus nombreuses, il faut dire que la simple application du droit exige de plus en plus le recours à un professionnel. On assiste donc à une « professionnalisation » du droit puisque, « *d'un point de vue général, on constate que les professionnels du droit sont les seuls maîtres dans l'art de fabriquer, comprendre et pratiquer le droit*¹⁵⁸ ».

Or cette professionnalisation exige des juristes un savoir-faire de plus en plus pointu de manière à pouvoir apporter des solutions spécifiques à des problématiques tout aussi spécifiques qu'entrecroisées. De plus, le juriste contemporain ne saurait se contenter de la simple mise en œuvre des connaissances acquises ; il doit, à tout moment, être prêt à imaginer de nouvelles questions à poser, de nouveaux arguments à avancer et de nouvelles solutions à proposer. La mondialisation s'étant accompagnée d'une réglementation de plus en plus complexe et d'une judiciarisation de la vie, l'expertise juridique est désormais très sollicitée dans presque tous les domaines de la vie et fait apparaître de nouvelles méthodes et procédés juridiques.

B/- DIVERSIFICATION PAR RAPPORT AUX METHODES ET PROCEDES TECHNIQUES EMPLOYES

Toute société se caractérise avant tout par ses traits d'évolution ainsi que par les diverses modulations dont elle peut faire l'objet au fil du temps. La société internationale n'échappe pas à cette règle comme on peut le constater à travers l'évolution de son ordre juridique. L'examen de la diversification du droit international par rapport à ses méthodes et aux différents procédés employés se fera tant bien au niveau de la création des règles (1) que dans le cadre de leur application (2).

1/- Dans le cadre de la création du droit

La force de la justice résulte non seulement dans ce qu'on qualifie d'*imperium* mais aussi de *la jurisdictio* par l'interprétation du droit. Or l'évaluation juridique permanente pratiquée par la communauté judiciaire et soucieuse d'efficacité en vient à modifier les modes de production et de reproduction du droit. A cet effet, si les Etats ont été pendant très longtemps les seules personnes de droit international à faire et dire le droit, cette thèse se trouve aujourd'hui limitée du fait de l'universalisme du droit¹⁵⁹. Dans ce contexte de remise en cause de la place et du rôle de l'Etat dans la définition et l'application du droit, c'est le droit positif lui-même qui est « critiqué » du fait de

¹⁵⁸ Juristes-Solidarités (Association), « Pratiques du droit, productions du droit : initiatives populaires », Synthèse documentaire, Juriste-Solidarités, Paris, 1990.

¹⁵⁹ Pascale VINCENT, Olivier LONGIN, « Le droit autrement : Nouvelles pratiques et pistes pour adapter le droit aux réalités contemporaines », CIEDEL, Editions Charles Léopold Mayer, 2001, p. 71.

l'apparition de nouveaux enjeux, l'émergence de nouvelles identités juridiques et le développement de nouvelles formes reconnues de gestion des conflits et d'institutions judiciaires. Au final, on assiste partout à l'émergence de nouvelles formes de droits négociés, voire imposés par des acteurs extra-étatiques. Le développement de ces nouvelles formes juridiques traduit, d'une certaine manière, la recomposition du système normatif moderne.

Ce déplacement ou plutôt cet « accroissement » du centre d'élaboration et d'application des règles juridiques de l'Etat vers les acteurs transnationaux a fini par amener certains auteurs en droit international à se demander si l'Article 38 du statut de la Cour internationale de Justice reflétait toujours la réalité concernant les sources formelles du droit international¹⁶⁰. En d'autres termes, d'autres acteurs que les Etats sont-ils devenus plus importants dans la création du droit international ? Comment évaluer le rôle du Conseil de Sécurité dans la création du droit ? La réponse à toutes ces questions est à rechercher dans les tendances modernes du droit. Celles-ci imposent petit à petit une diversification des acteurs dans la production du droit. Ainsi, de nos jours, les Organisations internationales tout comme les grandes firmes internationales, voire même certaines ONG se mêlent aux Etats pour créer un droit international qui, dans la plupart des cas, permet de protéger davantage les intérêts particuliers. D'ailleurs, l'intervention de ces différents acteurs a profondément modifié les procédés de création et d'application du droit international. Ainsi à côté de traditionnelles règles de droit conventionnel, on trouve désormais des règles de source institutionnelle.

De même, le positivisme légaliste, caractérisé autrefois par une foi absolue dans la capacité normative du législateur, connaît aujourd'hui une forte altération¹⁶¹. Aujourd'hui, en droit interne comme en droit international, le rôle des juges, dans la création du droit, a augmenté d'une façon considérable pour plusieurs raisons. D'un côté, du fait des défaillances que présentent les énoncés des lois, causant un amalgame avec les concepts et expressions utilisés dans le langage courant. Pour éviter contradictions, obscurité et ambiguïtés, les juges sont souvent amenés à démultiplier les solutions et, donc, des solutions de jurisprudences afin de trouver le sens le plus approprié. De l'autre côté, il y a l'incapacité du législateur à donner une réponse précise à tous les besoins d'une réalité aussi complexe que celle présentée par la société internationale actuelle ; ce qui l'oblige à utiliser, le plus souvent, des règles « ouvertes », des clauses générales, ou des concepts juridiques

¹⁶⁰ Lire à ce propos le programme de la 4^e Conférence Biennale de la Société européenne de droit international, « Agora 8 : La création du droit international », Conférence SEDI, Lauterpacht Centre for International Law, Cambridge, CB3 9BL UK, posté sur www.esil.law.cam.ac.uk.

¹⁶¹ Détenant son pouvoir de la souveraineté populaire, on estimait, en effet, que le législateur était le seul ayant légitimité pour créer des règles juridiques. Ce qui limitait, dans le même temps, toutes les autres possibilités de création du droit, soit par la coutume, soit par les décisions des juges en application de la loi.

indéterminés¹⁶². Confronté à de tels cas, le juge se voit dans l'obligation de parachever, de concrétiser l'œuvre « incomplète » du législateur en trouvant la décision la plus appropriée face à l'emploi de règles laissées ouvertes par ce dernier. Ce qui, au final, enlève le monopole normatif d'entre les mains du législateur et permet la création normative au juge contraint de combler les espaces ouverts de l'ordre juridique.

2/- Dans le cadre de l'application du droit

Avec la mondialisation des concepts juridiques, on a vu naître de nouveaux procédés d'application du droit sur le plan international. D'abord, l'édiction des règles soit très spéciales, soit trop générales en droit international a provoqué, par exemple, le besoin de recourir à des experts, agents de plus en plus adaptés à incarner l'extériorité du droit, notamment devant les tribunaux internationaux. Ainsi, du fait du foisonnement des systèmes juridiques, la nécessité de prendre en compte des concepts externes au système considéré devient grandissante. Cela est d'autant plus vrai encore dans le cas du droit de l'environnement ou de celui du droit commercial. Les experts scientifiques sont souvent amenés à intervenir dans des procédures judiciaires dans lesquelles les intérêts en conflit exigent une évaluation de la réalité extra juridique : cette évaluation indépendante des faits affecte et détermine l'application du droit international. Ainsi, comme le souligne J. RIOS RODRIGUEZ dans son étude sur le juge et l'expert : « *Les espaces normatifs internationaux communiquent ainsi non seulement par leur contenu juridique matériel, mais aussi par un ensemble de méthodes et procédures d'interprétation mutuelle. Ces procédés fonctionnent à la manière de canaux de circulation de concepts créés directement à cette fin, ou bien d'instruments préexistants, dont la portée acquiert à présent une nouvelle signification* »¹⁶³.

L'autre constat que l'on peut faire est qu'il existe aujourd'hui une application universelle des règles internationales, notamment dans le cadre de la préservation des intérêts communs et dans celui de la protection de l'humanité. Dans le premier cas, il s'agit d'une mise en œuvre « mondialisée » d'une norme parce que cette dernière cherche à protéger des intérêts communs partagés par la communauté internationale dans son ensemble. Son application nécessite alors la participation de tous les Etats quel que soit le lieu où s'est produite sa violation : on parle alors de compétence universelle des Etats¹⁶⁴. Cette compétence universelle des Etats implique que tous les Etats du

¹⁶² Pour le caractère « ouvert » du système juridique et la « mobilité » du système, voir C.-W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (traduction espagnole de J. A. Garcia Amado de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2^e éd., Berlin, 1983), Madrid, 1998, pp. 71 et s.

¹⁶³ Jacobo RIOS RODRIGUEZ, « la connaissance spécialisée dans les procès internationaux, *In la circulation des concepts juridiques*, op.cit., p. 268.

¹⁶⁴ La compétence universelle trouve son fondement dans la nécessité de la protection de valeurs et intérêts reconnus par tous les Etats et dont leur respect relève de la responsabilité de tous. Généralement, elle sera mise en œuvre pour juger des crimes de droit international : crime de guerre, crime de génocide, ou crime contre l'Humanité par exemple. Pour plus de

monde aient le droit de poursuivre la violation d'une règle, même si celle-ci n'est pas commise sur leur territoire ou à l'égard de leurs nationaux, si un intérêt commun de l'humanité le requiert. Selon le professeur Brigitte STERN : « *Un intérêt peut être commun, soit du fait de ses capacités virtuelles d'extension à toute la planète, soit du fait de la gravité intrinsèque de la violation, qui en fait un acte profondément attentatoire à ce qui fait l'essence de l'humanité* ». ¹⁶⁵ Dans la première catégorie, on songe aux actes de piraterie aérienne, au terrorisme international, à la prise d'otages, au trafic de drogue, mais il y a bien d'autres exemples. Dans la seconde catégorie, sont visés les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les actes de génocide ou les actes de torture réprimés par la convention contre la torture (1984), qui a servi de base à la poursuite en Espagne du général Pinochet.

Enfin, l'autre innovation sur le plan international provient du fait que la poursuite de certains actes peut désormais être assurée par des instances internationales créées à cet effet. On parlera alors de compétence internationale, qu'il s'agisse des tribunaux pénaux internationaux existants ou de la Cour pénale internationale. Il est significatif que ce soit à propos des actes mettant en danger l'essence de l'humanité que se sont développées des juridictions ayant une compétence internationale : il existe aujourd'hui deux tribunaux internationaux qui peuvent poursuivre les crimes de guerre, les actes de torture, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. L'espoir tant attendu d'une Cour pénale internationale fonctionnelle est aujourd'hui une réalité certaine ; celle-ci a désormais une compétence internationale pour poursuivre ces mêmes crimes, non pas toujours et partout, mais dans un très grand nombre d'hypothèses. Il convient cependant de souligner les limites de ces progrès de la répression des crimes les plus odieux : ils ne concernent, en l'état actuel du droit international, que les individus, et non les Etats. La souveraineté de l'Etat fait encore obstacle à ce que les Etats acceptent d'être considérés comme « coupables » dans le cadre d'une responsabilité pénale internationale.

Finalement, les systèmes juridiques doivent rendre leurs décisions accessibles aux autres et préparer les juristes à ce nouveau dialogue en les faisant voyager et évoluer dans ce nouvel espace judiciaire. L'accès aux décisions étrangères doit être facilité dans les universités ; et l'ensemble des juristes doit apprendre à passer d'une culture du cloisonnement à une culture confrontant en permanence des principes à des réalités. Cela a pour conséquence d'apporter des bouleversements dans les habitudes des praticiens du droit.

détails sur cette question, Lire « Lecture de la loi par l'ULB », Centre de Droit international de l'Université Libre de Bruxelles, <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/competence.html>.

¹⁶⁵ Brigitte STERN, « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, 1998, p. 281.

C/- DIVERSIFICATION PAR RAPPORT AUX HABITUDES DES PRATICIENS DU DROIT INTERNATIONAL

Le débat sur la fragmentation porte aussi bien sur la substance de la matière que sur la manière dans laquelle la profession ou mieux, les professions liées au droit international, se sont structurées pour mieux s'adapter aux différents changements de cette matière. En effet, la globalisation a entraîné la standardisation du monde¹⁶⁶ : politiciens et législateurs ; magistrats, avocats, notaires et huissiers de justice, bref tous les acteurs et les milieux juridiques s'organisent pour mieux s'adapter à la mondialisation, créent des unions pour une collaboration plus efficace et un échange plus rigoureux et efficace¹⁶⁷. L'analyse de cette nouvelle structuration sur le plan pratique (1), débouchera sur celle des modalités d'adaptation des professionnels du droit au plan institutionnel (2) face à cette évolution.

1/- La structuration des professions juridiques sur le plan pratique

Les bouleversements survenus en droit international ont profondément changé les habitudes des praticiens de ce droit. On est ainsi en droit de se demander si l'aube du XXI^e siècle correspondrait à la fin du règne des généralistes du droit international. D'abord, ces différents changements s'expliquent par les turbulences sociales intervenues au sein même du droit international comme le démontre si bien le changement de paradigme de la société internationale. De ce fait, la règle juridique accompagne, de manière médiate ou immédiate, les transformations sociales sur lesquelles elle tend à agir. L'opérateur juridique qu'il soit diplomate, juge ou professeur doit s'adapter aux différents changements que ce soit sur le plan pratique ou institutionnel¹⁶⁸.

D'abord les universitaires sont contraints d'intégrer à leur savoir-faire l'essentiel du développement du droit dans les rameaux périphériques de leur discipline ; on assiste donc de plus en plus à la libéralisation des prestations juridiques et de l'établissement des professionnels du droit dans les divers pays, avec une reconnaissance mutuelle des diplômes étrangers et par des évolutions des formations juridiques en ce sens, pour permettre l'accès des étudiants étrangers aux professions juridiques d'autres pays que le leur. Ce qui contribue au développement des relations entre les divers systèmes juridiques et à des échanges ou collaborations entre des professionnels du droit de pays différents. Cela permet en outre d'ouvrir les formations de droit international aux spécialités

¹⁶⁶ Cf. « La Mondialisation du droit dans un espace de justice universel », Actes du colloque International de Tunis, 9 mai 2003, Etude (broché) paru en 11/2003.

¹⁶⁷ On peut citer comme exemple d'organisation d'une profession au plan international l'Union Internationale des huissiers et officiers Judiciaires (UIHJ). Pour plus d'information sur cet organe, Cf. « La mondialisation du droit dans un espace de justice universel », *op. cit.*, pp. 17- 23.

¹⁶⁸ Ici la coopération des sujets internationaux cherche de nouvelles structures pour faciliter l'accomplissement des nouveaux intérêts communs ou partagés.

secondaires : avoir une formation en droit international à notre époque implique d'avoir des «connaissances moyennes » dans l'ensemble des disciplines se rapportant à ce droit.

Ensuite, les services juridiques des ministères des affaires étrangères doivent trouver le juste équilibre entre ce qui relève du système global de leur activité et ce qui est de la spécialisation accrue. Cette tendance s'est notamment renforcée avec l'intégration des normes juridiques internationales dans les législations nationales et dont l'application a des incidences sur la vie quotidienne des gens. Par ailleurs, on constate aussi l'insertion de juristes du monde entier dans l'organisation des professions juridiques existant dans les divers pays pour mettre en œuvre ce processus d'internationalisation et de globalisation des activités des juristes dans le monde. Cela se fait, par exemple, par la mise en place de réseaux qui permettent à la fois de réduire l'isolement chez certains pratiquants du droit et concourt à renforcer les pratiques par le soutien qu'ils peuvent s'apporter les uns et les autres à travers l'échange d'actes ou de méthodes.

Enfin, les juristes et les professionnels du droit ne peuvent plus, de nos jours, se limiter à la connaissance et à la pratique de leur droit national en ignorant les droits étrangers et les relations internationales que comportent l'internationalisation et la mondialisation des échanges économiques, des relations humaines et sociales. Le droit étant devenu une matière d'échanges dépassant les frontières, les règles juridiques sont de plus en plus perméables aux influences étrangères, entraînant une réelle mobilité du droit. Par exemple, le simple fait qu'un système juridique national comporte des règles visant à garantir qu'un État s'acquitte de ses obligations découlant du droit international ne signifie pas pour autant que ces obligations seront respectées. Les règles du droit national doivent elles-mêmes l'être. En particulier, elles doivent être appliquées d'une manière qui soit compatible avec les obligations internationales de l'État. Pour ce faire, il importe que ceux qui font appliquer le droit (notamment les magistrats) et ceux qui donnent des conseils sur l'application du droit (en général, les juristes et les avocats) soient au fait du droit international, sachent effectuer des recherches et travailler dans ce domaine et en comprennent les principes.

2/- L'adaptation des professionnels sur le plan institutionnel

Le droit international contemporain est un droit qui permet un échange souple d'actes judiciaires entre les États ou les différentes juridictions internationales. En effet, l'intensification des échanges entre tribunaux conduit parfois à des revirements de jurisprudence inspirés de décisions étrangères¹⁶⁹. Plusieurs cas peuvent illustrer la collaboration entre tribunaux. Ainsi l'Europe offre des exemples de communication entre juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'UE, chargées de veiller respectivement au respect de la CEDH pour l'un et des

¹⁶⁹ Par ex, une décision texane s'est inspirée d'un arrêt de la CEDH.

traités de l'UE pour l'autre. De même, la Cour pénale internationale pratique l'évaluation mutuelle des systèmes judiciaires étrangers recherchant la décision efficace (principe de complémentarité) ; la même coopération rapproche le tribunal pénal international et le Conseil de sécurité de l'ONU. Dans ce dernier exemple, on parle de plus en plus de « diplomatie normative institutionnalisée » dont le rôle se révèle très important dans la société internationale. Le besoin de réglementation donne lieu à des conférences internationales, à un rôle accru du Conseil de sécurité dans l'adoption de textes contraignants et à une hausse des institutions internationales capables d'adopter des textes contraignants pour les Etats comme dans l'exemple de l'OMS. Cependant cette nouvelle forme de diplomatie n'est pas représentée dans l'Article 38 du Statut de la CPI.

Il s'agit ici de ce que d'aucuns qualifient de « commerce judiciaire » qui fonctionne comme un réseau constitué d'échanges d'informations et d'idées entre magistrats exerçant une mission commune plutôt qu'un système judiciaire globalisé. Ce réseau se caractérise par des relations entre juridictions dont les jurisprudences ne s'imposent pas aux autres mais sont perçues comme une ressource ou une concurrence. Ces relations ont, selon les affaires, une fonction de médiation, de stimulation incitant d'autres cours à l'action, ou encore une fonction d'évaluation (principe de complémentarité) ou de collaboration, complémentaire dans l'application d'une convention internationale. Ce réseau exige une mise en relation constante entre cours tenues à une attitude active et non passive. Cette mondialisation de la justice pénètre les systèmes judiciaires sans les faire disparaître¹⁷⁰. Cette forme d'ouverture aux autres systèmes juridiques peut viser à rechercher la meilleure décision ou à acquérir une réputation internationale. L'un des objectifs recherché est d'exercer une influence croissante sur le contentieux des droits fondamentaux et développer ainsi une fonction d'éthique, complémentaire de sa fonction régulatrice déjà solidement ancrée dans le domaine économique et commercial.

En particulier, les juges, loin de se borner à une interprétation stricte du droit, ont contribué largement à ces transformations. Ils entretiennent entre eux des relations variées, nouvelles (échange d'arguments, dialogues, formations communes, associations...). Toutes ces relations reflètent les deux facettes de la mondialisation du droit à savoir un réseau d'échanges et un désir d'entretenir des relations communes. Ainsi, se constitue progressivement un réseau judiciaire autour de projets communs et surtout à travers des échanges. Ces derniers encouragent les juges à comparer l'efficacité des diverses solutions possibles et, partant des systèmes juridiques, à recourir à des arguments de décisions étrangères. Selon le professeur Marie-Hélène MALEVILLE, « ce cadre

¹⁷⁰ Par exemple, les précédents issus de la Common law sont réinterprétés selon les principes du droit européen.

judiciaire se dessine indépendamment de toute allusion à un système juridique existant, et constitue la nouvelle révolution du droit »¹⁷¹.

Ainsi, la communication entre juges s'est accrue ces dernières années, contribuant à la construction d'un droit prétorien légitime et efficace issu de juridictions internationales et des besoins de normes de régulation. De même, il faut relever ici que l'échange souple entre juristes et juridictions a aussi entraîné une souplesse dans l'exécution des décisions de justice car les juridictions internationales sont appelées à s'adapter à la complexification de la matière. Tous ces changements ont, sur un plan pratique, eus d'énormes conséquences sur l'effectivité du droit international.

Section 2 : Les manifestations de la fragmentation en droit international

A l'image des autres droits, le droit international a connu une accélération récente de son évolution dans le cadre de la mondialisation. Longtemps soumis au principe de souveraineté, cette matière juridique tend peu à peu à s'émanciper de ce seul paradigme étatique et s'ouvrir à de nouveaux acteurs non étatiques. Parmi ces acteurs, on dénombre notamment les institutions internationales mais aussi les organismes internationaux non gouvernementaux ou les acteurs économiques privés qu'on désigne plus généralement sous l'expression de « société civile ». Ces acteurs, souvent mal appréhendés, sont constitués sur la base d'un « contrat-organisation »¹⁷² à partir duquel ils développent un pouvoir normatif et économique à travers les frontières. Cette « *multiscalarité ratione materiae et ratione personae* »¹⁷³ génère à son tour une modification des sources du droit et favorise, par la même occasion, une perte du monopole des États dans la production normative. Cette perte n'est pas subie par les États mais elle est consciemment consentie comme le démontre la réception au sein des ordres juridiques étatiques de la réglementation des acteurs transnationaux. Cette multiplication des sources du droit mondialisé suscite des difficultés résultant de la superposition des « espaces juridiques » et entraînant un phénomène de fragmentation du droit international.

Mais la fragmentation n'est pas que normative ou sectorielle car, au-delà du développement de la réglementation, on constate également une multiplication des institutions internationales de tout genre ; on assiste à la judiciarisation du règlement des différends internationaux, à la protection des individus et des groupes et, pour finir, à l'adaptation du droit aux nouvelles contraintes économiques et sociales. A ce propos, dans son cours à Castellon sur la « *Concurrence et complémentarités des systèmes juridictionnels de protection des droits de l'homme* », Emmanuel DECAUX distingue

¹⁷¹ Lire l'article de Marie-Hélène MALEVILLE, « La nouvelle révolution du droit », *In Les Juges dans la Mondialisation*, Par J. ALLARD et A. GARAPON, Ed. Seuil, 2005, p. 89.

¹⁷² Gaylor RABU, « La mondialisation et le droit : éléments macro juridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit public*, ISBN, 9782804157524, pp. 335-356.

¹⁷³ *Idem*.

trois approches de la fragmentation en faisant l'inventaire des grandes lignes de fracture que constituent les clivages conventionnels des droits de l'homme fondé sur les principes d'universalité et d'indivisibilité : une approche géographique qui se réfère à la coexistence d'un système universel avec plusieurs systèmes régionaux et/ou particuliers ; une approche temporelle qui vise la coexistence des normes qui se succèdent dans le temps et enfin une approche matérielle qui se réfère à la coexistence du droit international des droits de l'homme avec les traités relatifs aux droits de l'homme mais qui n'appartiennent pas au sous-système du droit international des droits de l'homme¹⁷⁴.

Ainsi, comme on peut le voir, le panorama actuel du droit international peut sembler de fait assez brouillé, voire désordonné. Les mutations fondamentales de ces cinquante dernières années, parmi lesquelles l'accélération de la mondialisation, ont notamment contribué à remettre en question son caractère unitaire. Par ailleurs, la multiplication des sujets internationaux et l'accroissement considérable de leurs rôles ne permettent plus aujourd'hui d'appréhender strictement le système juridique international sur le modèle interétatique westphalien. Le contexte actuel favorise donc une certaine hétérogénéité du droit international, laquelle se manifeste tour à tour au niveau organique ou sectoriel (§1), au niveau normatif (§2) et au niveau institutionnel (§3).

§ 1 : Les manifestations au regard des sources et des matières du DIP : Fragmentation organique et sectorielle

Elle concerne les manifestations survenues en droit international au vu de ses matières et tourne autour de l'apparition et la consolidation de régimes spéciaux et de sous-disciplines techniques en droit international public. Dans cette partie, il s'agira, d'une part, de mettre en relief « la diversification des sources des règles du DIP » c'est-à-dire analyser par qui et comment le DIP est créé. Ce qui implique par conséquent la détermination des instances et les procédés formels d'élaboration de la règle de droit international (A). D'autre part, on fera une analyse de la coexistence des divers systèmes juridiques acceptés en DIP (B).

A/- MULTIPLICATION DES INSTANCES ET DES PROCÉDES FORMELS D'ÉLABORATION DE LA RÈGLE DE DIP

L'architecture générale du système des sources du droit international montre que, jusqu'à une certaine époque, seules les règles coutumières et les règles conventionnelles cohabitaient. Toutefois dans le cadre de la présente étude, le droit international autonome de source coutumière ne sera pas examiné ici en tant que source de création des règles de DIP car une bonne partie des règles

¹⁷⁴ Voir Emmanuel DECAUX, « Concurrence et complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des droits de l'homme », CEBDI, 2001, vol. V, p.731.

coutumières ont été codifiées par la suite. Il faudra juste préciser que si les traités ne sont pas une création récente, c'est en premier lieu la coutume qui a été le principal vecteur de formation du droit international général. D'ailleurs, la coutume n'a pas la même acception en droit interne que dans l'ordre international.

En effet, au plan interne, elle est vue comme une norme issue de la pratique, qui serait adaptée aux besoins de la société et à ses évolutions. On peut aussi reprendre l'expression de Montesquieu dans « l'Esprit des lois » qui parle de « *ces rapports nécessaires qui découlent de la nature des choses* ». La coutume traduit donc une certaine idée de cohésion au sein d'une société. Or, dans l'ordre international, les sujets de droit sont très différents tant sur le plan juridique que politique et ils ont souvent des intérêts antagonistes. La coutume qui se forme n'exprime donc pas forcément une solidarité entre Etats mais représente plutôt une norme qui s'impose au terme d'un processus concurrentiel afin de faciliter les relations internationales. Autre différence, au sein des Etats les canaux qui interviennent dans la formation d'une règle coutumière sont diffus et difficilement identifiables. Dans l'ordre international au contraire les acteurs du processus coutumier sont peu nombreux et clairement identifiés, il s'agit essentiellement des Etats même si le rôle des organisations internationales se développe en la matière.

Deux sources de création des règles internationales retiennent précisément notre attention ici : d'un côté le contexte de la société des Etats souverains, indépendants et égaux, ce qui conduit au DIP de source conventionnelle (1) ou, si l'on veut, aux règles établies par les traités internationaux, bilatéraux ou multilatéraux. De l'autre côté, le contexte des organisations internationales, entités caractérisées par l'exercice des pouvoirs que les Etats leur ont attribués dans leurs traités constitutifs ; ce qui conduit, par la voie d'actes normatifs des organes de l'institution, à la création du DIP institutionnel (2).

1/- Le DIP de source conventionnelle

De manière très particulière, on peut constater que les règles de DIP sont créées, d'abord, dans le contexte interétatique par l'accord de deux ou plusieurs Etats, c'est-à-dire par un traité international, bilatéral ou multilatéral. Et, dans ce cas, on peut parler de règles du DIP conventionnelles, attestés depuis l'Antiquité pour ce qui est des traités bilatéraux¹⁷⁵ et à partir du XIX^e en ce qui concerne les traités multilatéraux. Il est à souligner qu'à l'heure actuelle l'accroissement du nombre de traités portant règles de DIP témoigne de l'augmentation des relations internationales de coopération¹⁷⁶. L'article 2/1-a de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 définit le traité comme un « *accord*

¹⁷⁵ H. LEWALD, « Conflits de lois dans le monde grec et romain », *Revue critique*, 1968, pp. 419-440 et 615-639.

¹⁷⁶ H. BATIFOL, « L'Etat du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *Clunet* (1973), p. 26.

international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quel que soit sa dénomination particulière ». Ainsi, les conventions, les accords, les protocoles et les échanges de lettres ou de notes constituent des traités. Un traité doit être régi par le droit international et il doit être consigné par écrit. Mais quoique la Convention de Vienne de 1969 ne s'applique pas aux accords qui ne sont pas consignés par écrit, sa définition du traité indique que l'absence de consignation par écrit n'a pas d'influence sur l'effet juridique des accords internationaux.

Le Traité peut être bilatéral ou multilatéral. Le traité bilatéral est un accord conclu entre deux sujets de droit international, qu'il s'agisse de deux Etats ou d'un Etat avec une Organisation internationale. Ils concernent la plupart du temps des conventions d'échanges commerciaux ou d'investissements dans un cadre général ou régional. Par rapport à leur statut juridique, ces accords sont des instruments classiques du droit international : ce sont des traités régis par la Convention de Vienne de 1969. Ils ne peuvent être signés et ratifiés que par des Etats souverains et, ces derniers définissent leur contenu à travers des organes dûment habilités. Comme tous les autres traités, ils contiennent des droits et des obligations opposables aux parties. En cas de violation des règles qui y sont consacrés, ces accords établissent normalement les moyens de procédure en matière de règlement des différends qui peuvent surgir lors de l'application ou de l'interprétation des dispositions contenues dans le Traité.

Les traités multilatéraux sont ceux conclus entre plus de deux parties. On peut y classer toutes les conventions de codification et de développement progressif du droit international, mais aussi tous les traités ouverts à une participation universelle, sous certaines conditions prévues ou non dans leurs textes¹⁷⁷. Dans cette classification, on y retrouve les traités multilatéraux en général et les traités multilatéraux de caractère restreints¹⁷⁸.

Autrefois instrument par excellence des relations diplomatiques entre les Etats résultant de l'accord de plusieurs volontés, le traité, dans le cadre onusien, est de moins en moins préféré à la convention multilatérale générale à objet universel. Ces dernières peuvent être classées en fonction du degré d'implication des Nations Unies dans le processus de leur confection. Ainsi distingue-t-on d'abord les conventions élaborées complètement par un organe spécialisé de l'ONU¹⁷⁹. C'est par exemple le cas de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Ensuite il y a d'autres

¹⁷⁷ *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale, Ann. CDI, 1974-II, p. 176, §16.*

¹⁷⁸ Ce sont les traités visés par l'article 17 §3 de la Convention de Vienne : il s'agit de traités auxquels la participation de tout autre Etat exige le consentement de toutes les parties en cause du fait de ses termes ou en raison de son objet et de son but, ainsi que du nombre restreint des Etats qui ont participé à sa négociation.

¹⁷⁹ Le plus souvent la Commission du droit international, les débats ayant lieu au sein de l'Assemblée générale et le vote sous forme de résolution.

conventions qui ne voient l'intervention des Nations Unies que soit dans les différentes phases de l'élaboration du projet, soit au stade de la négociation du texte, à l'exemple de la Convention de Montego Bay du 19 décembre 1982 sur le droit de la mer. Enfin, il existe des conventions qui sont adoptées sous les « auspices des Nations Unies », l'Organisation se limitant ici à une simple aide matérielle ou humaine pour la bonne marche des travaux.

De manière générale, l'objet de ces conventions multilatérales générales entraîne une certaine adaptation du droit des traités¹⁸⁰ et, par conséquent, illustre le développement de systèmes conventionnels à plusieurs vitesses et dotés de structures institutionnelles autonomes pour en contrôler le respect sous l'égide des Nations Unies¹⁸¹. Toutefois, même si les conventions présentent l'avantage d'être des instruments sûrs dans le cadre de la négociation multilatérale, il n'en va pas moins qu'elles ont une portée limitée car conditionnée par les aléas de leur entrée en vigueur qui dépend de leur ratification et par leur effet limité aux seuls Etats les ayant ratifiées.

2/- le DIP de source institutionnelle

La nouveauté des règles dans l'ordre juridique international est constituée par le droit international spécial car de source institutionnelle. La manifestation la plus importante se trouve aussi bien dans les règles de l'OMC que dans celles créées par le droit humanitaire. Ainsi, à côté des actes concertés conventionnels, la pratique et la jurisprudence internationale reconnaissent l'existence et la contribution à la formation du droit international d'autres catégories d'instruments juridiques qui se distinguent des traités soit par leur caractère unilatéral, soit par leur autonomie par rapport au droit des traités. Ce qui soulève un certain nombre de problèmes pour le DIP en tant que système normatif (b) même si cette possibilité offre de nombreux choix d'adaptation juridique face à de nouveaux phénomènes en DI (a).

a) L'adaptation juridique face aux phénomènes nouveaux du DIP

Aujourd'hui plus que par le passé, les modes non conventionnels tendent à retrouver une place importante dans la formation du droit contemporain. La rigidité intrinsèque du droit conventionnel constitue un obstacle à l'évolution nécessaire de la société internationale et ne garantit même pas un respect scrupuleux des règles fondamentales¹⁸². Face à cette rigidité, les normes institutionnelles se caractérisent plutôt par leur souplesse, leur adaptabilité et leur « spontanéité » permettant une relation plus directe avec les exigences de la société internationale contemporaine.

¹⁸⁰ Cela se vérifie, par exemple, à travers un assouplissement de l'admission des réserves ou des conditions d'entrée en vigueur avec la ratification d'un nombre suffisant d'Etats censés représenter de manière significative la communauté internationale.

¹⁸¹ C'est surtout le cas dans les domaines des droits de l'homme, du désarmement ou encore du droit de l'environnement.

¹⁸² P. DAILLIER, A. PELLET et M. FORTEAU, *Droit international public*, 8^e édition, LGDJ, 2009, p. 319.

Parmi ces normes institutionnelles, figurent en première place les actes unilatéraux des Etats et des organisations internationales. Les actes unilatéraux des Etats peuvent être des propos écrits ou oraux tenus par un chef d'Etat, un chef de gouvernement ou un Ministre des Affaires Etrangères, les propos des autres ministres étant totalement exclus¹⁸³. En ce qui concerne les actes unilatéraux des organisations internationales, malgré le fait qu'ils soient votés par l'ensemble des Etats membres au sein d'un organe collégial, restent toujours imputables à l'ONU du fait de sa personnalité juridique propre. Pour les qualifier, on utilise le plus souvent le terme générique de « résolution » en faisant une nette distinction entre les « résolutions auto-normatives » et les « résolutions hétéro-normatives »¹⁸⁴. Les premières sont émises à destination des seuls Etats-membres tout en s'imposant à tous les autres organes de l'organisation dont ils définissent les modalités de fonctionnement interne. Les secondes ont une portée plus générale puisqu'ils s'imposent également aux Etats tiers ainsi qu'aux autres organisations internationales. Elles tirent leur fondement de l'article 13 §1 de la Charte des Nations Unies en exprimant la volonté de l'ONU en tant que personnalité juridique objective¹⁸⁵ et dont la mission principale est de « développer la coopération internationale dans le domaine politique et encourager le développement progressif du droit international et sa codification ».

De telles résolutions rendent bien compte de l'évolution des modes de création et de formation du droit international car elles mettent en évidence le rôle des organes onusiens dans l'élaboration des normes internationales et plus encore leur pouvoir de qualification juridique des situations particulières qu'elles sont appelées à régler et, éventuellement, leur pouvoir de sanction. Par exemple, il peut s'agir de recommandations préconisant des lignes de conduite à adopter dans le domaine des droits de l'homme, du droit économique international, du droit humanitaire ou encore du droit de l'environnement. Dans la plupart des cas, ces résolutions illustrent ce que les internationalistes qualifient aujourd'hui de *soft law*¹⁸⁶ puisqu'elles vont, le plus souvent, dans le sens de l'édiction de nouvelles règles juridiques appelées à modifier le droit général existant en la matière.

A côté de ces actes, on remarque également l'émergence d'une multiplicité d' « actes concertés non conventionnels » et de « principes directeurs »¹⁸⁷ émanant de diverses autres institutions. C'est le cas, par exemple, de la « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la

¹⁸³ *CIJ, 17 novembre 1953, Minquiers et Ecréhous.*

¹⁸⁴ Pour plus de détails, consulter l'ouvrage de Julio D. GONZALEZ, *Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des règles de droit privé*, *Recueil des Cours* 287, 2000, pp. 156 et s.

¹⁸⁵ Frédérique MESTRE-LAFAY, *L'ONU*, *Idem*, p. 55.

¹⁸⁶ Contrairement aux conventions par exemple, les résolutions sont des instruments normatifs plus souples du fait de la facilité de leur entrée en vigueur : une simple majorité suffit à les adopter contrairement aux conventions qui restent soumises à la règle de l'unanimité.

¹⁸⁷ *Bulletin officiel du BIT*, vol. LXXXIII, 2000, série A, no 3. <http://www.ilo.org>

politique sociale »¹⁸⁸, instrument mis en place par le Conseil d'Administration du Bureau international du travail (BIT) et dont les principes ont une portée universelle¹⁸⁹. Dans cet exemple, les Etats considèrent que l'OIT, du fait de sa structure tripartite unique, de sa compétence et de sa longue expérience dans le domaine social, a un rôle essentiel à jouer en élaborant des principes pour orienter les gouvernements, les organisations de travailleurs et d'employeurs ainsi que les entreprises multinationales elles-mêmes ». ¹⁹⁰ Il en est de même pour d'autres entités multilatérales, à l'exemple de l'OMC, dont les objectifs premiers sont centrés sur la facilitation des échanges et l'ouverture commerciale.

En tout état de cause, ces entités semblent aujourd'hui, du fait de la mondialisation, disposer d'un pouvoir d'édiction et de contrôle d'application de normes et principes juridiques dans leur domaine de compétence. C'est le lieu de s'interroger ici sur le rôle des institutions internationales et régionales et de leurs États membres et sur l'effectivité et l'universalité de la règle de droit. Le risque du "chaos" ou de la "cacophonie" normative que les opérateurs économiques concourent à entretenir permet de mettre à l'ordre du jour la question d'un nouvel ordonnancement ou de nouvelles architectures du pluralisme juridique¹⁹¹ induisant également les craintes d'un risque systémique ou fragmentation.

b) Les problèmes posés par le droit international de source institutionnelle

Si au XX^e siècle le contexte international de la création du droit s'est enrichi par l'action des organisations internationales, ce fait a eu divers effets sur le DIP. D'une part les OI ont permis d'assurer la continuité nécessaire à l'effort visant la création du droit uniforme de source internationale, que ce soit à caractère « matériel » ou conflictuel¹⁹². Et le résultat est un essor du droit conventionnel international, dont la naissance est largement rattachée à présent à ces institutions intergouvernementales.

Mais d'autre part, ce qui intéresse ici en particulier, c'est l'apparition au sein des OI de nouvelles instances et procédés formels de création de règles de droit international public : les actes ou décisions émanant des organes des institutions internationales. On peut ainsi parler, à côté des règles

¹⁸⁸ Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204^e session (Genève, novembre 1977), telle que modifiée par le Conseil à sa 279^e session (Genève, novembre 2000).

¹⁸⁹ Ces principes sont destinés à guider les entreprises multinationales, les gouvernements, les employeurs et les travailleurs dans des domaines tels que l'emploi, la formation, les conditions de travail et de vie et les relations professionnelles. Ses dispositions s'appuient sur celles d'une série de conventions et de recommandations internationales du travail que les partenaires sociaux sont instamment priés d'avoir à l'esprit et d'appliquer dans toute la mesure possible.

¹⁹⁰ *Bulletin officiel du BIT*, vol. LXXXIII, 2000, série A, no 3.

¹⁹¹ Isabelle DAUGAREILH, Rapport de la Vingt-cinquième session du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du Conseil économique et social des Nations unies, Genève, 23 avril – 11 mai 2001, E/C.12/2001/5.

¹⁹² R. AGO, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », *Hommage à P. Guggenheim* Genève, 1968, pp.93-131.

du droit international public autonome et du droit international public conventionnel, des règles d'un droit international public qui peut être appelé « institutionnel », et dont la manifestation la plus importante se trouve dans les institutions internationales ayant pour but l'intégration économique et politique régionale¹⁹³. Or, cela ne va pas sans créer des difficultés quant à l'harmonie de l'ensemble du système.

D'abord la multiplication d'actes concertés accroît la diversification au sein de l'ordre juridique international. En cela, les règles de source institutionnelle sont difficilement rattachables aux sources formelles traditionnelles du droit international. Leur normativité souvent contestée fait d'ailleurs que ces instruments sont au centre d'une controverse quant à leur rôle véritable dans l'élaboration du droit. En effet pour une partie de la doctrine, il s'agirait d'engagements purement moraux et politiques, sans portée juridique et qui, dès lors, ne seraient pas régis par le droit international¹⁹⁴.

Ensuite les règles spéciales peuvent, dans certains cas, opérer en tant que limites du droit international général, notamment dans le cadre du droit de l'UE¹⁹⁵. Tout comme, a *contrario*, les règles de droit international général incluses dans les actes communautaires peuvent remplacer, dans certains domaines, les règles de source institutionnelle. Ce qui implique, en somme, un processus qui peut conduire à la « communautarisation » des systèmes de DIP au service des objectifs de certains organes internationaux à l'image de l'OMC. Ainsi, si une institution venait à exercer des compétences qui appartenaient jadis à ses États membres, la participation de cette institution à une autre organisation requiert que les règles de cette dernière aient admis cette possibilité. C'est le cas, par exemple, au sein du GATT ou de l'actuelle OMC, les règles de cette organisation ayant permis que la communauté européenne puisse négocier et conclure des accords commerciaux multilatéraux.

Enfin, la lutte contre la corruption témoigne à la fois de la dynamique d'expansion du droit international et des modalités complexes de son élaboration. A l'heure de la mondialisation, et dans le contexte d'une criminalité qui se globalise, il faut en effet souligner une forte convergence du droit international en faveur de la mise en œuvre effective et efficace des textes relatifs aux diverses formes de corruption, y compris le recel et le détournement de fonds publics. Cette exigence de construction d'un dispositif anti-corruption au niveau international sera le produit d'initiatives multiples mais convergentes issue des principales conventions prises dans un cadre mondial¹⁹⁶,

¹⁹³ Pour l'exemple des communautés européennes, voir AVM STRYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Recueil des cours*, tome 232 (1992), pp. 257 et s.

¹⁹⁴ Patrick DAILLIER, Alain PELLET et Mathias FORTEAU, *op. cit.*, p. 391.

¹⁹⁵ Ronny ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, 1989, 223 p. – J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, CE, 6^e édition, 1993.

¹⁹⁶ ONU, Convention Contre la corruption, 11 décembre 2003.

quasi-mondial¹⁹⁷, ou régional¹⁹⁸ et démontre une prise de conscience nouvelle de la nécessité de lutter contre les circuits financiers criminels qui ont connu plus d'engouement à travers la mondialisation des échanges.

Au final, ces nouvelles sources du droit international vont déboucher sur deux types de processus différents : tandis que le rapprochement des ordres juridiques étatiques atteste de la formation progressive d'une communauté de valeurs, placée sous le sceau de l'universel, on assiste à la construction d'un corpus de règles spécifiques, provenant d'initiatives diverses, visant à favoriser le développement des échanges¹⁹⁹. Ce qui va favoriser, en quelque sorte, le développement de systèmes et sous-systèmes en droit international.

B/- LE DEVELOPPEMENT DES SYSTEMES ET SOUS-SYSTEMES EN DROIT INTERNATIONAL

Les données précédentes ont permis de constater qu'il existe une « dualité » au sein des règles du DIP car ce dernier peut être créé aussi bien dans le contexte d'un ordre inter étatique que dans celui d'un ordre inter étatique et/ou institutionnel ou même « inter-institutionnel ». Cela implique la coexistence de règles de sources différentes. De ce fait, le droit international public contemporain offre l'image d'une maison à plusieurs étages selon l'expression du professeur GONZALEZ CAMPO²⁰⁰ : En bas des règles de source « institutionnelle », au milieu des règles de source « communautaire » ou régionale et, en haut, des règles de source « conventionnelle ».

Ainsi, l'expansion matérielle du droit international et son approfondissement le rendent de plus en plus proche des systèmes juridiques internes, de plus en plus intrusif par certains aspects. Le revers du phénomène d'internationalisation du droit est constitué par le fait que le droit international devient de plus en plus sujet à des luttes d'influence (plus ou moins conscientes, ouvertes, avouées) entre les différents systèmes juridiques ou les différentes traditions juridiques. Compte tenu de l'origine distincte et des particularités de chaque source, il convient de classer les règles dans trois groupes ou structures normatives afin de procéder à leur examen séparément : le système juridique international (1), le système juridique régional (2) et le système juridique spécial (3).

¹⁹⁷ OCDE, convention Sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationale, 21 novembre 1997.

¹⁹⁸ Union Européenne, Convention Relative à la lutte contre la corruption concernant des fonctionnaires des communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats membres, 26 mai 1997 ; Conseil de l'Europe, Convention Pénale sur la corruption, 27 janvier 1999 ; Union Africaine, Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption, 11 juillet 2003 et pour mémoire la Convention Interaméricaine du 29 mars 1996.

¹⁹⁹ Jacques CHEVALIER, « Mondialisation du droit », *In Le Droit saisi par la Mondialisation*, *op.cit.*, p. 51.

²⁰⁰ Voir Julio D. GONZALEZ CAMPO, « Matérialisation des règles du droit international privé », *op.cit.*, pp. 73 et s.

1/- Le système juridique international général

Le système juridique international est incarné par le droit international public général et correspond à l'ensemble des règles de droit organisant les relations entre les Etats et entre les autres sujets du droit international. Il a une portée universelle dans la mesure où non seulement son objet mais également ses sources et ses sanctions sont internationales. Les sources du droit international public sont effectivement supranationales puisqu'elles reposent sur des conventions ou traités internationaux et des principes généraux du droit admis par de nombreux Etats. Les sanctions sont également internationales puisqu'il existe un certain nombre d'institutions supra-étatiques chargées de veiller au respect de ce droit des relations entre Etats souverains²⁰¹. Toutefois, la fragilité du droit international public réside dans l'inefficacité relative de ses sanctions dans la mesure où de nombreuses règles qu'il pose peuvent parfois être violées en toute impunité. Aucune des institutions chargées de son respect ne dispose d'un pouvoir coercitif efficace. Le respect du droit international public est donc soumis au bon vouloir des Etats souverains. Toutefois, il apparaît à l'observation que la plupart des Etats acceptent de se soumettre sans trop de résistance aux règles qui sont édictées par ce droit.

Deux raisons principales peuvent justifier une telle soumission : d'une part, le système juridique international trouve son fondement au sein des conventions générales et des traités internationaux ratifiés par la majorité des Etats souverains et, d'autre part, il s'intéresse aux seuls phénomènes traditionnels du droit international. Dans le premier cas, c'est la conscience morale qui formule des règles relatives à la vie internationale et qui, de manière progressive voire spontanée, réussit à imposer ces règles dans les relations internationales en leur octroyant un caractère juridique. Dans le second cas, les matières codifiées par le droit international concernaient initialement des domaines avant tout techniques alors que le droit international contemporain règle aujourd'hui des problèmes politiques et sociaux qui touchent directement chaque citoyen²⁰².

Pour prendre en compte tous ces phénomènes, le droit international général s'appuie sur ses principales sources²⁰³ que sont les conventions internationales générales²⁰⁴, la coutume internationale et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Une quatrième source est généralement admise, à savoir les « actes unilatéraux » des Etats au sujet desquels la CDI des Nations Unies a élaboré des « principes directeurs » en 2006.

²⁰¹ Assemblée générale des Nations Unies, Conseil de sécurité, Cour internationale de justice de La Haye pour ne citer que ces trois exemples.

²⁰² Anne PETERS, le Droit International Public expliqué aux enfants, in « *Regards d'une génération sur le droit international* », *op. cit.*, p. 78.

²⁰³ Toutes ces sources sont énumérées, de manière générale, par l'article 38 du Statut de la CIJ.

²⁰⁴ En partant des principes inhérents au droit international tels que repris par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Cette convention, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, a été ratifiée par plus de 100 pays.

Par ailleurs, on peut également mentionner les mesures prises en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En effet, bien qu'elles soient fondées sur les dispositions d'une convention internationale (notamment sur l'Article 25 de la Charte), celles-ci méritent une mention spéciale au regard des obligations juridiques qu'elles imposent au monde entier, de leur importance politique et de leur remarquable développement depuis la Guerre du Golfe en 1991. Ces mesures prises par le Conseil de Sécurité décrètent non seulement des sanctions aussi bien militaires qu'économiques à l'encontre de certains Etats²⁰⁵, de partis politiques insurgés²⁰⁶, voire au pouvoir²⁰⁷, mais encore la création des tribunaux spéciaux pour juger des crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité²⁰⁸ ou de zones administratives spéciales²⁰⁹ ainsi que des mesures contre le terrorisme en général²¹⁰. Ces sources du droit international général sont complétées par deux moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international que sont les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations²¹¹.

Toutefois, le développement des relations économiques internationales, le besoin d'échapper au monopole des droits nationaux étatiques ont conduit la pratique à imaginer d'autres modèles de soumission des relations étatiques ou non étatiques à des règles particulières. Ainsi sont nés le droit régional et le droit « transnational ».

2/- Le système juridique international régional

Il existe aujourd'hui une tension entre l'universalisme et le régionalisme qui se traduit par l'existence, au sein d'un système général, de systèmes juridiques régionaux. Ces derniers sont formés par l'ensemble des règles de droit international régional tiré du droit conventionnel émanant de groupements régionaux d'Etats. Certaines régions du monde ont ainsi formalisé leurs relations internationales en se réunissant. Il en découle que de nombreux pays d'Europe, d'Amérique, d'Asie ou d'Afrique offrent aujourd'hui le visage d'Etats composés, mettant en place une asymétrie institutionnelle et juridique au profit de certaines régions disposant d'une capacité d'action politique forte, particulièrement grâce à un pouvoir législatif. Se pose alors le problème de l'organisation juridique de cette diversité régionale au sein du système général. De même, dans quelle mesure le développement du droit au niveau régional pourrait avoir un effet de contagion et quelles

²⁰⁵ C'est notamment le cas de l'Erythrée, de l'Iraq, de la Sierra Léone, de l'ex-Yougoslavie, etc.

²⁰⁶ Cas de l'UNITA en Angola, cf. Rés. 1173/1998 du 12 juin 1998.

²⁰⁷ Cas de la faction afghane des Talibans, cf. Rés. 1267/1999 du 15 octobre 1999 ou Rés. 1333/2000 du 19 décembre 2000.

²⁰⁸ Les exemples de l'ex-Yougoslavie avec le TPIY, cf. rés. 827/1993 du 25 mai 1993 ou du Rwanda avec le TPIR, cf. Rés. 955/1994 du 8 novembre 1994.

²⁰⁹ Cas du Timor oriental, cf. Rés. 1272/1999 du 25 octobre 1999 ou encore du Kosovo, cf. Rés. 1244/1999 du 10 juin 1999.

²¹⁰ Cf. Rés. 1373/2001 du 28 septembre 2001.

²¹¹ Cf. Art. 38 Ss1 du Statut de la CIJ.

conséquences pourraient en découler face au droit international général ? Il paraît assez évident qu'à chaque fois qu'une région devient plus unie sur le plan politique, non seulement le poids qu'elle pourrait exercer sur l'élaboration de normes universelles se renforce, mais aussi l'influence de ses propres normes à vocation universelle sur le reste de la communauté internationale augmente.

En tout état de cause, le concept de régionalisme institutionnel permet de rendre compte des évolutions de la souveraineté des Etats, et du fonctionnement d'un ordre juridique en équilibre entre unité politique et diversité régionale. Le but de cette analyse est de déterminer les conditions, les modalités et les conséquences du développement du régionalisme institutionnel et plus particulièrement l'impact des normes créées au niveau régional. La question du régionalisme est une question complexe qui répond à la préoccupation de certains Etats de mettre en partage un même espace géographique en voulant coopérer de manière plus étroite entre eux. Cette coopération peut se faire aussi bien sur un plan politique (c'est l'exemple de l'UE) ou sur un plan économique (c'est l'exemple de l'ALENA) avec le même objectif de signer des accords régionaux qui viennent compléter et élargir les accords signés à l'échelle des grandes organisations internationales.

Cependant, malgré les multiples avantages qu'il peut présenter, notamment en ce qu'il permet l'intégration d'un groupe d'Etats, le régionalisme, visible sur tous les continents, peut constituer un facteur de conflits entre les traités régionaux et les traités universels du fait qu'il préside à la formation de multiples accords sur des textes riches et complexes à la fois. Ainsi par exemple, il peut arriver que les accords souscrits dans le cadre « sous régional » ne soient pas en harmonie avec les accords souscrits de manière universelle par les représentants de ladite région. Ce qui, au niveau international, se caractérise par l'existence de normes incompatibles que les juges ont parfois du mal à interpréter et à appliquer en même temps. Cela est principalement dû au fait que le système normatif créé au niveau régional se situe entre les systèmes globaux et les systèmes nationaux, le système régional étant souvent plus spécifique que les régimes globaux, et plus étendu que les régimes nationaux.

Quoi qu'il en soit, le droit international doit de plus en plus faire face à un double universalisme au plan régional : l'universalisme européen et l'universalisme américain. A travers ces deux ensembles, on peut distinguer chez les Européens un « universalisme dit « expérimental » et de « persuasion » »²¹² alors même que l'universalisme américain serait plus de « contrainte », c'est-à-dire imposé par la force. Les différents courants juridiques tels que le droit communautaire (a) ou le *courant réaliste juridique internationaliste américain* (b) se livrent une bataille sans merci pour

²¹² Emmanuelle JOUANNET, « Universalisme du droit international », In Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats Unis, Emmanuel JOUANNET (Dir.) et Hélène Ruiz FABRI (Dir.), UMR de Droit Comparé de Paris, Société de Législation Comparée, 2007, pp. 29 et s.

imposer leur système juridique au niveau international. A côté, l'exemple de l'Union africaine (c) reste très embryonnaire.

a) Le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne est l'ensemble des règles de droit applicables au sein de l'Union européenne et qui forme, dans les pays qui y adhèrent, un ordre juridique différent de l'ordre juridique national, mais aussi de l'ordre juridique international. Il peut contenir des règles de droit privé, autant que des règles de droit public. Théâtre de la combinaison, sous la forme d'un compromis d'ailleurs évolutif, entre deux méthodes théoriquement opposées, la méthode intergouvernementale de la coopération et la méthode supranationale de l'intégration, la construction européenne a ainsi donné naissance à la méthode communautaire caractérisée, non seulement, au plan matériel, par une démarche progressive et sectorielle, mais aussi, au plan institutionnel, par la conjugaison entre le rôle déterminant des Etats membres et l'affirmation de l'autonomie

de l'Union à leur égard. Ainsi, de par la taille de son marché intérieur et son poids dans l'économie mondiale²¹³, l'Europe communautaire est une réussite en soi. Cette réussite ne se lit pas que sur un plan économique. En effet, sur le plan politique comme sur le plan social, l'Europe a non seulement beaucoup progressé depuis le Traité de Rome, mais elle a aussi conservé le projet politique qui a posé les bases de sa construction.

Exemple de réussite dans le cadre d'une intégration régionale, le droit communautaire se caractérise d'abord par le principe de la primauté²¹⁴ du droit communautaire sur les droits nationaux. Ce principe fait que le droit communautaire a des effets contraignants à l'égard des Etats et de leurs ressortissants, et apporte une protection juridique unifiée à tous les citoyens européens. La primauté implique que les règles et les actes du droit national ne peuvent contredire les normes de droit communautaire, lesquelles, en cas de conflit, s'appliquent et doivent être respectées. L'autre originalité du droit communautaire, par rapport au droit international notamment, réside dans le fait qu'il peut s'imposer directement aux citoyens européens sans qu'il soit nécessaire que les Etats membres ne les reprennent dans leur législation nationale²¹⁵. On parle d'effet direct du droit communautaire qui est un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire.

²¹³ Voir à ce sujet l'étude de Gary Clyde HUFBAUER et Jeffrey J. SCHOTT, NAFTA. An Assessment, Washington, Institute for International Economics, 1993.

²¹⁴ Ce principe qui ne figure pas dans le texte des traités, a été consacré par l'arrêt *Costa* du 15 juillet 1964.

²¹⁵ Il s'agit de l'effet direct ou immédiat du droit communautaire, consacré par l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963.

Une autre originalité du droit communautaire par rapport au droit international est que le premier regroupe un ensemble de normes qui n'ont pas la même valeur juridique et qui sont hiérarchisées entre elles. Ainsi les Traités forment le droit primaire et sont au sommet de la hiérarchie. Suivent les principes généraux du droit communautaire et les accords externes conclus par la communauté et le droit dérivé. Cependant, le droit européen est un cas à part car, fortement rattaché au droit international à ses débuts, il est désormais créateur de rapports de droit privé. En cela, il constitue un droit transversal²¹⁶. En effet, selon J. D. G. CAMPOS, « la logique de l'intégration détermine l'apparition de solutions spéciales dans le droit international (privé) des Etats membres exigées par le droit communautaire et, dans ce cadre régional, le droit international (privé) devient en conséquence progressivement un droit communautaire dans les situations privées à caractère international »²¹⁷. Mais si le droit communautaire est considéré comme un exemple de réussite d'intégration, il n'en est pas de même du courant réaliste américain qui tend de plus en plus à s'imposer sur la scène internationale.

b) Le courant réaliste juridique internationaliste américain et « l'américanisation du droit international »

De plus en plus, les juristes ne cessent de dénoncer lors des Colloques ou autres événements scientifiques le rôle de plus en plus éminent que jouent les Etats les plus puissants dans la formation des normes internationales.

Avec le nouvel ordre mondial, ce sont les USA qui sont devenus l'« hyper puissance »²¹⁸ mondiale, imposant leur volonté lors de chaque négociation²¹⁹. Au nom des impératifs de leur politique étrangère, cette « fédération d'Etats » agit comme si la mondialisation qu'ils prônent dans toutes les enceintes était irrémédiablement réalisée, balayant sur son passage les espaces économiques nationaux et les éventuelles velléités d'une politique différente que pourraient manifester d'autres Etats ou communautés d'Etats, à l'instar de l'Union européenne. Ainsi, l'influence du modèle juridique américain tend à s'étendre sur toutes les branches du droit²²⁰. Certains auteurs n'hésitent pas d'ailleurs à faire des analogies entre la manière dont les États-Unis entendent aujourd'hui se servir du régionalisme et des alliances qu'ils tentent de nouer autour de l'idée de libre-échange, pour pousser leurs intérêts sur la scène économique internationale et la manière dont ils avaient pu s'en

²¹⁶ Comme les autres droits mixtes, le droit européen a recours à l'ensemble des tranches du droit qui réalise une combinaison des règles de droit privé et celles de droit public.

²¹⁷ Julio D. GONZALEZ CAMPOS, « Matérialisation des règles de droit international privé », *op. cit.*, p. 135.

²¹⁸ Hubert VEDRINE, Face à l'hyperpuissance, *Textes et discours*, 1995-2003, Paris, 2003.

²¹⁹ On peut notamment citer l'exemple de Djibouti pour la non extradition des soldats américains à la CPI.

²²⁰ Voir *Revue des deux mondes 2000* et « L'américanisation du droit : mythe ou réalités », *Colloque de l'Association française de philosophie du droit*, Paris, 8-9 juin 2000.

servir à l'époque de la guerre froide pour endiguer et supplanter le communisme²²¹. Ainsi, sur la scène internationale, les enjeux sont si importants que les effets systémiques du régionalisme « à l'américaine » peuvent s'identifier sur plusieurs plans :

Sur un plan économique, les États-Unis n'ont eu de cesse, depuis la Deuxième Guerre mondiale, de chercher à mettre en place un ordre international libéral dont l'objet est de faire du monde un seul et unique marché, un marché dont ils seraient évidemment le centre. Ce qui est plus nouveau dans la stratégie actuelle, c'est que la réalisation de cet objectif passe tout autant par les voies traditionnelles du multilatéralisme que par celles du bilatéralisme et du régionalisme. D'ailleurs à cet effet, les nouvelles règles du « gouvernement d'entreprise », telles qu'elles ont été définies aux États-Unis, ont gagné l'ensemble des pays occidentaux. Il en est de même pour une série de règles relatives au fonctionnement des marchés financiers actuellement en voie de transposition.

Sur un plan politique, mis à part le rôle très accru ces dernières années du Conseil de Sécurité des Nations Unies, les USA sont de plus en plus tancés quant à leur rôle dans le choix et l'imposition des normes universelles, voulant ainsi, transformer leur puissance militaire en supériorité juridique sur la scène internationale. Cet attrait des USA « vers des moyens unilatéraux, notamment leur propre législation nationale, constitue pour eux un outil de politique étrangère permettant de subordonner les autres États à des lois créées unilatéralement ». Selon KRISCH, la position dominante des USA dans certaines institutions, combinées à leur engagement juridique sur la scène internationale, permet de fait à cet État de gouverner d'autres États²²². Ce qui amène la doctrine internationaliste à s'interroger s'il est encore véritablement possible de parler de droit international ou si plutôt on ne se dirige pas vers une régression du droit international au profit du bon vouloir d'une Puissance qui n'a de contreponds ?

Par ailleurs, les USA se croient également, du fait de leur suprématie, militaire, économique, technologique et culturelle, permis d'enfreindre certains principes de droit international²²³. Ce qu'il faudrait surtout retenir ici, c'est qu'un tel développement du rôle des USA mettrait en danger les fondements mêmes du droit international pour des raisons évidentes : la première est qu'aucun pays, soit-il si puissant, ne peut défendre à lui seul les intérêts de la communauté internationale sans pour autant être tenté de privilégier ses propres intérêts. La seconde raison est liée au fait que donner à un

²²¹ Christian DEBLOCK et Dorval BRUNELLE, *Le régionalisme économique international : de la première à la deuxième génération*, Texte publié dans : *Tous pour un ou chacun pour soi. Promesses et limites de la coopération régionale en matière de sécurité*. (Sous la direction de Michel FORTMANN, S. Neil MACFARLANE et Stéphane ROUSSEL, Institut québécois des hautes études internationales, Québec, 1996.

²²² Cf. Nico KRISCH, "More equal than the rest? Hierarchy, equality and US predominance in international law", in *United State Hegemony and the Foundations of International Law*, Michael BYERS and Georg NOLTE, ed. Cambridge, pp. 135 et s.

²²³ On peut encore citer l'exemple de Guantanamo Bay, avec la campagne du gouvernement américain pour saper l'intégrité de la CPI du fait de la guerre contre l'Irak en mars 2003.

Etat une tâche au-dessus de ses capacités reviendrait à rendre le système constitué par le droit international inopérant, voire caduc car cela déboucherait de manière certaine sur une situation conjoncturelle.

Il ne serait donc pas de bon aloi qu'une telle situation se pérennise, au contraire, comme le souhaite Brigitte STERN, « *il apparaît éminemment souhaitable que la mondialisation ne débouche pas sur une structure impériale de la société internationale dominée par une seule puissance, mais aboutisse à une véritable communauté internationale, où sera assurée la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques dans le monde* »²²⁴. En d'autres termes, toute unification, uniformisation ou harmonisation du droit à l'échelle du monde, « ces trois formes de réaction à la pluralité et à la diversité des ordres juridiques »²²⁵, devraient se traduire par l'adoption des normes générales tirées du « mixage » entre les différents ordres juridiques en présence à l'échelle internationale.

Pour aussi volontariste que soit l'approche américaine à l'heure actuelle, les réactions qu'elle suscite de la part de leurs partenaires économiques ou les effets systémiques qu'elle suscite sur le système international sont davantage de nature à engendrer des situations de plus en plus complexes et, partant, de moins en moins gérables à l'intérieur du système multilatéral, que de nature à mettre en place un nouvel ordre international libéral planétaire.

c) L'exemple du régionalisme en Afrique

Du fait de valeurs qu'il véhicule, le « droit mondialisé » est devenu un enjeu de lutte aux fins d'imposer son *idéologie* au niveau international. Dans cette lutte, seules les Nations les plus puissantes (Etats-Unis, Chine) ou les ensembles communautaires (Union européenne) tirent leur épingle du jeu. Ainsi que le constate Jacques CHEVALIER, « *alors que l'idéologie de la mondialisation est fondée sur l'idée d'un commun intérêt des Etats à la libéralisation économique, celle-ci tend à renforcer l'inégalité des échanges, à accroître le différentiel de développement, à entretenir la spirale de la dépendance : profitant avant tout aux pays développés, auxquels elle ouvre de nombreux marchés, elle aggrave l'exploitation des autres, voire entraîne leur appauvrissement comme en Afrique*²²⁶. »

Pourtant, face à une mondialisation galopante, la formation d'entités régionales pourrait constituer une solution de renforcement pour les pays en voie de développement. C'est donc à la fois par mimétisme et par souci de se protéger contre les effets de la mondialisation que les pays du tiers-

²²⁴ Brigitte STERN, « *Les Etats-Unis et le droit impérialiste* », *Le Monde*, 12 septembre 1996, p. 12.

²²⁵ Antoine JEAMMAUD, « *Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?* », in Filali Osman (dir), *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35.

²²⁶ Jacques CHEVALIER, « *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation* », *op. cit.*, p. 55.

monde ont éprouvé la nécessité de se mettre ensemble au sein d'entités régionales. Aussi, même si le régionalisme est à la mode, il semble que les Etats africains soient « tombés dans le piège de la transposition en presumant que les exemples d'intégration régionale entre les pays industrialisés pouvaient aussi s'appliquer aux pays moins développés²²⁷ ».

Le premier constat que l'on puisse faire est celui d'une prolifération des communautés économiques, politiques et monétaires en Afrique. En Afrique de l'Est, l'IGADD (Intergovernmental Authority on Drought and Development, Autorité intergouvernementale pour la sécheresse et le développement)²²⁸ créée en 1986 comme structure de coopération à objectif limité devient en 1996 IGAD (Intergovernmental Authority on Development), dont l'un des objectifs assignés est de « créer un environnement favorable pour le commerce et l'investissement étranger, transfrontières et domestique ». En Afrique de l'Est, la communauté créée par les Britanniques en 1917, reconduite par les gouvernements du Kenya, d'Ouganda et de Tanzanie en 1967, puis dissoute dix ans après, est reconstituée en janvier 1999. Le traité prévoit la formation d'une union douanière suivie d'un marché commun et d'une union monétaire, et assigne un rôle moteur au secteur privé.

Dans les autres sous-régions, la situation n'est guère différente. En Afrique de l'Ouest, le Traité de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) révisé en 1992 est remplacé par l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) créée en 1994. Le même scénario se produit en Afrique centrale où la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) est créée en remplacement de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC) et va coexister avec la Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale (CEEAC) et la Communauté économique des pays des Grands Lacs (CEPGL). Le résultat est que l'Afrique compte actuellement une quinzaine de communautés économiques et monétaires ; une situation unique au monde et qui constitue un sérieux handicap pour la réussite de l'intégration économique²²⁹.

En effet, la création de tels espaces économiques devrait, avant tout, s'appuyer sur une intégration des marchés des biens, des services, des capitaux, du travail, sur une harmonisation des lois et des règlements régissant le fonctionnement du secteur privé. Or, dans ces différents domaines, les pays africains n'excellent pas et cela constitue un frein pour leur décollage comme le notait un ancien Président de la Banque africaine de développement (BAD) : « *Les échanges intra-régionaux, représentent moins de 10 % du total du volume des échanges commerciaux de l'Afrique et le*

²²⁷ Emilie BACONNIER, Inter-Réseaux, Grain de Sel, voir <http://www.africa-union.org> posté le 25 décembre 2003.

²²⁸ Membres : Djibouti, Ethiopie, Kenya, Somalie, Soudan, Ouganda et Erythrée (depuis 1993).

²²⁹ Diouf MAKHTAR, *L'Afrique dans la Mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 23.

volume des échanges demeure donc en deçà de celui des autres régions en développement. »
L'impact limité des différents projets de coopération et d'intégration économique est liée, d'une part, aux difficultés des pays africains d'appliquer les réductions tarifaires communes et à supprimer les barrières non-tarifaires et, d'autre part, à la répartition judicieuse des coûts et des avantages des projets d'intégration régionale entre les pays membres.

En Afrique subsaharienne, par exemple, le bilan en matière de création et de maintien de structures régionales est généralement décevant. Dans la plupart des cas, ces processus de réforme qui permettent d'inciter les gouvernants à « sacrifier » les intérêts nationaux sur l'autel de la coopération régionale sont axés sur des objectifs et des stratégies antinomiques. En effet, le problème qui se pose à ces Etats est qu'ils n'ont pas de marché intérieur à proprement parler, car le revenu par tête y est très limité ; ce qui ne permet pas d'absorber la production locale, d'une part, et, d'autre part, met en avant le souci des avantages comparatifs spécifiques vu que les économies des Etats de cette sous-région ne sont pas complémentaires.

Sur l'ensemble de ces économies en développement, la réalité juridique est plutôt celle de la pluralité des droits (coutumiers, d'origine coloniale, islamiques, occidentaux...). Le droit musulman, par exemple, se réfère au coran ; le droit hindouiste repose sur une conception d'individus inégaux et de castes hiérarchisées. Le droit coutumier se fonde sur le comportement habituel et sur la conviction du caractère juridiquement obligatoire de ce comportement. Il repose, en Afrique, sur un principe de hiérarchie des âges qui souligne l'expression d'une mémoire. A côté des droits coutumiers, s'observe une très grande complexité des droits d'usage concédés par le législateur²³⁰. Toutes choses qui font que l'investissement en Afrique reste encore limité du fait de l'insécurité juridique et judiciaire provenant de l'ancienneté des droits en vigueur, de l'inadaptation des textes aux besoins de l'économie moderne, et de l'extrême retard de publication des règles juridiques. Aujourd'hui, certes l'exemple du droit de l'OHADA²³¹ est à souligner, mais l'idée de l'unification du droit africain a été considérée comme la seule solution pour éliminer les obstacles au développement résultant des différences dans les décisions de justice entre les Etats africains. Ce qui permettra à ces derniers de s'engager sur une voie d'intégration régionale et leur donnera la possibilité de défendre leurs intérêts sur le plan international.

²³⁰ Keba MBAYE, Avant-propos du numéro spécial de la Revue *Penant*, n° 827 (2000), p.123 et s.

²³¹ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été établie par un Traité entre les pays africains qui concerne principalement ceux qui ont en partage la langue française et qui appartiennent à la zone franc. Il a été signé à Port-Louis, aux Iles Maurice, le 7 octobre 1993 et est entré en vigueur en juillet 1995. L'objectif est d'élaborer un nouveau cadre juridique harmonisé dans le domaine du droit des affaires afin de promouvoir l'investissement et la croissance économique. Le Traité prévoit l'élaboration d'actes uniformes directement applicables dans les Etats membres nonobstant toute disposition du droit interne.

Finale­ment, le droit, identi­fié sous un plan ré­gi­o­nal, cons­ti­tu­e l'une des voies condui­sant à un droit effec­tif tout en lais­sant ouverte la par­ti­ci­pa­tion d'au­tres Etats. Reste à dé­ter­mi­ner si le droit in­ter­na­tion­al con­tem­porain res­tera frag­men­té alors même que le monde se glo­ba­lise ou si, dans le cas con­traire, on va au-de­vant d'une in­ter­ac­tion plus dy­na­mique en­tre le ré­gi­o­nal et l'univer­sel. La der­nière so­lu­tion sem­ble désor­mais la plus proba­ble au re­gard de ce qui se fait par le droit spé­cial, no­ta­ment l'exem­ple du com­mer­ce in­ter­na­tion­al, pour lequel les nor­mes ré­gi­o­nales du mar­ché com­mun et celles du GATT se sont mu­tu­el­le­ment ren­for­cées.

3/- Le sys­tème ju­ri­di­que in­ter­na­tion­al spé­cial ou ordre ju­ri­di­que « trans­na­tion­al »

L'ar­ti­cle 17, ali­néa c), de la Con­ven­tion de Bruxelles de 1968, la Con­ven­tion in­teramé­ri­caine sur la loi ap­pli­cable aux obli­ga­tions con­tractuel­les de 1994 et la loi sur le droit in­ter­na­tion­al privé du Ve­ne­zuela de 1998, en ad­met­tant le ca­rac­tère nor­ma­tif des usages du com­mer­ce in­ter­na­tion­al, ont in­di­rec­te­ment ad­mis la ca­pa­ci­té des groupes so­ciaux pour la créa­tion de rè­gles spé­ciales. Ain­si donc, le mor­cel­le­ment des an­ciennes caté­go­ries de rat­te­che­ment en droit in­ter­na­tion­al ont conduit à une « spé­ciali­sa­tion » des rè­gles du droit in­ter­na­tion­al public. Cette ten­dance a fini par dé­bou­cher sur l'ap­pa­ri­tion de rè­gles spé­ciales pour un groupe par­ti­cu­lier, c'est-à-dire un en­semble de rè­gles spé­ci­fiques pour des as­pec­ts par­ti­cu­liers ; la règle gé­né­rale opé­rant, désor­mais, comme une règle de clô­ture du sous-sys­tème pour les cas non en­vi­sa­gés par les rè­gles spé­ciales²³². Cet état de fait va être illu­stré avec les exem­ples sur­ve­nus dans le droit éco­no­mique in­ter­na­tion­al (a), le droit de l'OMC (b), les rè­gles de pro­tec­tion des droits de l'homme (c) ain­si que les tra­ité­s sur la pré­ser­va­tion de l'en­vi­ron­ne­ment (d).

a) *Le droit du com­mer­ce in­ter­na­tion­al ou lex mer­ca­to­ria*

Si la mon­di­a­li­sa­tion a bien af­fec­té un do­ma­ine du droit in­ter­na­tion­al depuis 1989, c'est sans doute celui du droit in­ter­na­tion­al éco­no­mique. Ce der­nier s'est lar­ge­ment trans­for­mé et cela grâce à l'in­ter­ven­tion de di­ver­ses in­sti­tu­tions au point où l'on pour­rait se de­man­der si on n'a pas vo­lon­tairement évi­té d'uti­li­ser le droit in­ter­na­tion­al, en re­courant de pré­fé­rence à des mé­ca­nismes de co­opé­ra­tion plus in­formels. Quo­i qu'il en soit, le droit in­ter­na­tion­al de na­ture éco­no­mique est, sans con­tes­te, le corpus ju­ri­di­que qui reflète le mieux les mu­ta­tions de l'ordre poli­ti­co-ju­ri­di­que sur­ve­nus lors de ces cin­quante der­nières an­nées.

En effet, les expo­sés qui pré­cèdent au­rons per­mis de con­sta­ter l'am­pleur de la di­ver­si­fi­ca­tion des rè­gles de droit in­ter­na­tion­al d'après leur source. Néan­moins, le DIP de source au­tonome, con­ven­tion­nelle et in­sti­tu­tion­nelle, n'est pas iso­lée d'un ter­rain où la con­struc­tion ju­ri­di­que offre des

²³² Cette ten­dance est claire­ment ex­pri­mée dans le rap­port de la CDI sur la frag­men­ta­tion.

contours moins précis : c'est le contexte dit « transnational »²³³, fondement de la nouvelle *lex mercatoria*. Dans ce contexte, on constate qu'il n'y a pas que les Etats puissants qui cherchent à imposer leurs règles à l'échelle internationale. On assiste de plus en plus au développement de normes extra étatiques, émanant d'acteurs privés qui prônent généralement une auto régulation de la globalisation, dont ils sont à la fois les acteurs et les sujets : on parlera alors de régulation transnationale, dont la classique *lex mercatoria*, ou la plus nouvelle *lex internautica* sont de parfaites illustrations. La *lex mercatoria* ou loi des marchands, qui incorpore les usages du commerce international et la jurisprudence arbitrale, a souvent été dénoncée comme un système ne reflétant que les rapports de forces économiques entre acteurs privés. Les « codes de bonne conduite » qui émergent sur l'Internet participent de ce phénomène de régulation privée, même si les relations y semblent plus horizontales et décentralisées²³⁴.

Ainsi, par multiples voies, les particuliers faisant partie de la « société internationale des commerçants »²³⁵ ont établi des règles à caractère « spontané »²³⁶, sans intervention des organes étatiques pour les édicter. Ces règles, apportent, d'une part, une réponse juridique directe aux rapports du commerce international; et ces règles ainsi que certains principes généraux sont largement appliqués par les arbitres dans les litiges se rapportant à ce noyau de relations privées. Et c'est compte tenu de ces données que certains auteurs ont estimé que la nouvelle *lex mercatoria* est déjà à elle seule une maison bien bâtie ou, au moins, une construction qui grandit jour après jour²³⁷. Autrement dit cette *lex mercatoria* peut être qualifiée d'ordre juridique autonome et complet pour le commerce international ou comme un système en devenir²³⁸.

Cependant, même si certains auteurs contestent le caractère juridique des règles de la *lex mercatoria*, mais aussi l'homogénéité et la plénitude de l'ensemble pour pouvoir constituer un vrai système juridique du commerce international²³⁹ force est de constater qu'il existe depuis longtemps un mouvement très net en faveur de l'autoréglementation des rapports commerciaux internationaux, parallèle à celui de l'unification qui se poursuit au sein de l'ONUDCI et d'autres organisations internationales. Sa principale caractéristique sur le plan juridique est la confusion et la fusion du droit avec les intérêts des marchands. C'est l'imposition du droit commercial au sens strict du

²³³ Sur la distinction entre « international » et « transnational », Ph. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956, et F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, 1977, n°74 et n° 195.

²³⁴ Nicolas STERN, *op.cit.*

²³⁵ Julio D. Gonzalez Campos, « Matérialisation des règles de droit international privé », *op., cit.*, p. 143.

²³⁶ Lire à cet effet R. AGO, « Règles générales de conflits de lois », *Recueil des cours*, tome 58 (1936), p. 251.

²³⁷ Julio D. GONZALEZ, *op., cit.*, pp. 142 à 147.

²³⁸ C'est la position classique adoptée par B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 171 et s.

²³⁹ H. BAUER, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue critique de droit international privé* (1966), pp. 537-574.

terme : les ressources naturelles, les micro-organismes, les écosystèmes, le corps humain, la santé, l'éducation, la culture, la recherche scientifique, les médicaments, la production des biens tous sont soumis à la loi du marché et font l'objet d'appropriation « légale » par les firmes privées et par les grandes corporations transnationales. Les institutions multilatérales d'ordre économique (FMI/BM/OMC), leurs tribunaux (ORD, CIRDI) ainsi que les pouvoirs de facto (G8, Club de Paris, etc.) constituent le fer de lance de ce nouvel ordre économique international. C'est la fin de la revendication du droit au développement et d'un nouvel ordre économique international, revendication si chère dans le passé aux pays du Tiers Monde.

Du point de vue de la diversification, la *lex mercatoria* peut constituer un facteur de diversification important car, d'une part, elle est créée dans un milieu social particulier, un groupement donné de commerçants. Dès lors, il n'existerait pas une seule *lex mercatoria*, mais plutôt plusieurs *leges mercatoriae*²⁴⁰ d'après l'expression de P. LAGARDE. D'autre part, il faut dire que la *lex mercatoria* est étroitement associée au recours à l'arbitrage commercial, parce qu'elle conduit à une procédure particulière pour la solution des litiges, souvent très spécialisée étant donné qu'elle est liée à un milieu d'affaires très déterminé. Enfin, la *lex mercatoria* est conditionnée par les dispositions impératives des ordres étatiques car cette dernière se trouve dans un rapport de complémentarité avec les ordres étatiques, les Etats gardant un pouvoir de contrôle toutes les fois que dans ce domaine les intérêts étatiques sont en cause²⁴¹. Il va de soi que les diverses tentatives de régulation d'un tel système ne sauraient répondre aux défis posés et ne bénéficient pas toujours de l'autorité des Etats ; d'où ces derniers restent le recours ultime, en cas de différend sur la scène internationale comme l'atteste le « processus de normalisation »²⁴².

b) L'exemple spécifique du droit de l'OMC

La création de l'OMC en 1993 à la suite de l'Uruguay Round a constitué un tournant essentiel du fait de la transformation des conditions de production du droit mondial des échanges. Ainsi, l'OMC a été créée comme un régime spécial pour réguler un domaine particulier : celui des relations commerciales internationales. En tant que régime spécial, celui-ci est censé cultiver sa spécificité pour s'adapter au plus près à l'objet de la réglementation. A cet effet, elle ne peut que vouloir prendre des distances vis-à-vis des règles du régime général, c'est-à-dire celles du droit international

²⁴⁰ P. LAGARDE, *op. cit.*, (1982), pp. 135-136 et 138-139.

²⁴¹ G. KEGEL, « The Crisis of Conflict of Laws », *Recueil des cours*, tome 112 (1964), pp. 260-261.

²⁴² Comme le notait Jacques CHEVALIER, (« Mondialisation du droit », *In le Droit saisi par la mondialisation*, Charles-Albert MORAND (Dir.), Editions Bruylant, 2001, pp. 47 et s.), « un certain nombre de règles conçues par les opérateurs économiques supposent pour prendre leur effet d'être reprises par les Etats ». Laurence BOY aborde dans le même sens (« La référence au principe de précaution et l'émergence d'un nouveau mode de régulation », *Revue de droit public*, n°3, 1997 », « Si elles sont élaborées par des professionnels, les normes techniques, documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux ».

et, parfois même, vis-à-vis des valeurs sociales émergentes qui président à l'évolution des règles de ce régime général. Or, est-il possible d'imaginer le développement de la mondialisation économique en dehors de tout encadrement juridique ? Sinon, ces règles doivent-elles se borner à encadrer le développement harmonieux de l'économie, par une transposition au plan international des théories du « laissez-faire, laissez-passer » ? Ou doit-on imaginer que certaines valeurs, de plus en plus protégées par ailleurs, pourront entrer en contradiction avec une mondialisation sans freins, et imposer des règles qui vont à l'encontre des règles économiques libérales ?

De manière générale, la loi spéciale, notamment dans le domaine économique, pose en réalité non seulement la question de l'insuffisance de la mise en œuvre de certaines valeurs, mais surtout celle de la pauvreté des normes internationales incorporant de telles valeurs et l'emportant sur les règles régissant la libéralisation du commerce international. Ces dernières, qui visent à supprimer les entraves au commerce international sont élaborées dans le cadre de l'OMC. Aujourd'hui, l'organe de règlement des différends de l'OMC est devenu un outil contraignant redoutable pour imposer aux Etats le respect de ces règles. On se demande cependant si les mécanismes développés par cet organe juridictionnel sont propices à concilier le libéralisme et le respect de certaines valeurs non économiques.

Dans tous les cas, la question d'une insertion dans les textes régissant l'OMC de certaines règles minimales de droit du travail (la « clause sociale ») a été proposée par les pays développés au cours des négociations de l'Uruguay. Mais toutes les tentatives pour introduire une protection des travailleurs, des règles sur la sécurité du travail ou l'âge minimum pour le travail des enfants, ou encore l'interdiction du travail forcé ont échoué devant le refus des pays en développement d'accepter de telles règles qui limiteraient leurs avantages comparatifs fondés sur une main-d'œuvre bon marché. Cette lacune est particulièrement inadmissible et paradoxale, lorsque l'on sait que les accords de l'OMC admettent certaines exceptions à la libéralisation du commerce pour protéger le bien-être animal et les espèces végétales. La crainte la plus souvent formulée ici étant celle de voir un jour l'Organe de Règlement des Différends de cette institution « s'ériger en forum universel pour reconnaître et sanctionner, aux dépend des obligations découlant des accords même de l'OMC, tous les principes et les règles qui aspirent au statut de *jus cogens*, et qui ne trouvent pas d'autres *fors*, ou d'autres *fors* aussi efficaces, pour les faire valoir »²⁴³.

Cependant, malgré ce fossé, il serait totalement erroné de penser que le droit de l'OMC, « en tant que régime spécial, est totalement insensible à l'absorption et à la transformation des valeurs

²⁴³ Idem.

sociales par le régime général en règles de droit international général »²⁴⁴. Il existe en effet une passerelle entre les deux types de régimes. Ainsi aujourd'hui, l'on ne peut plus interpréter les traités régis par l'OMC de manière « isolée cliniquement du droit international public »²⁴⁵, et l'on a débattu pour savoir dans quelles limites les valeurs commerciales pouvaient être modifiées par les valeurs issues des législations sur l'environnement, le travail et les législations sociales. On admet maintenant tout à fait qu'il faille appliquer le droit de l'OMC au titre de « toute règle pertinente en droit international applicable dans les relations entre parties »²⁴⁶. Et la politique d'interprétation actuelle se concentre sur le fait de savoir s'il faut se borner à appliquer les règles conformes au droit de l'OMC ou s'il est parfois possible de les limiter par le recours à des normes extérieures qui n'y sont pas conformes²⁴⁷.

De ce fait, la lutte hégémonique au sein de l'OMC s'est développée de manière significative à partir du formalisme strict des cas *Thon/Dauphin* (1991 et 1994) où les mesures protectionnistes unilatérales des Américains ont été déclarées illicites. Dans l'affaire *Crevette/tortue*, plus récente, l'organe d'appel a estimé qu'il était nécessaire de se référer aux valeurs internationales : communauté, protection et consensus qui peuvent parfois justifier un ajustement des règles de l'OMC²⁴⁸. Cette inclusion de valeurs contestées ouvre la porte aux manœuvres hégémoniques alors même que, comme l'exprime M. KOSKENNIEMI, « ce serait « bien » si les organes commerciaux s'inspiraient des règles de l'environnement ou des droits de l'homme »²⁴⁹.

L'autre problématique qui fait débat est la polarisation du clivage Nord/Sud au sein de l'OMC²⁵⁰ avec comme conséquence la restriction des possibilités d'innovation jurisprudentielles de la part des panels de l'Organe d'appel. En effet, le fait que la plupart des cas soient soulevés soit par les Etats Unis, soit par l'UE, donne à l'Organe de règlement des différends l'apparence d'un « club pour riches ». Tels qu'ils sont actuellement, les traités OMC fournissent une protection efficace aux droits privés des opérateurs économiques et laissent les questions de politique sociale et publique dépendre de l'ajustement flexible des normes ou de clauses d'exception étroite. Il est donc nécessaire de procéder à une réorganisation fondamentale dans le domaine du droit économique afin de placer

²⁴⁴ Georges ABI-SAAB, « Quel droit international pour le 21^e siècle », Rapport introductifs et Actes du Colloque de Neuchâtel, *op. cit.* p. 81.

²⁴⁵ Etats-Unis, *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, 1996, p. 621.

²⁴⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, article 31 § 3 (c).

²⁴⁷ Sur cette question, les experts du droit de l'OMC ont fait une proposition commune visant à ce que des règles extérieures au système de l'OMC soient prises en compte dans la mesure où elles restent conformes au droit de l'institution, mais que, dans le cas de conflit irréductible, « le droit hors-OMC (y compris les droits de l'homme) ne peut être appliqué directement ». Lire à cet effet G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL*, vol. 13, 2002, p. 805 ; voir aussi pp. 753-814.

²⁴⁸ P. SANDS, « Unilateralism, Values and International Law », *EJIL*, vol. 11, 2000, pp. 291-302.

²⁴⁹ Martti KOSKENNIEMI, « La politique du droit international », *Cerdin*, Doctrine (s), Ed. Pedone, 2007, p. 307.

²⁵⁰ Le problème est particulièrement évident dans le domaine de la propriété intellectuelle.

l' « empire de la société civile » entendu ici les relations économiques transnationales privées, sous la juridiction réglementaire et la contestation politique au sein de l'OMC si l'on désire vraiment fournir une base « constitutionnelle » efficace à ce système commercial²⁵¹.

Toutefois, mis à part ces différents manquements, l'OMC se pose aujourd'hui en modèle de remplacement pour les organisations internationales en ce sens que « les traités qui la fondent sont la préfiguration d'une constitution mondiale »²⁵². Emporté par une telle vision, le premier directeur de l'institution, Renato RUGGIERO, a ainsi pu affirmer que « l'OMC est en train d'écrire la constitution d'une véritable économie globale »²⁵³. Allant dans le même sens, FUKUYAMA, autre grand visionnaire, prétend de son côté que « l'Organisation mondiale du commerce est la seule institution internationale qui ait une chance de devenir un organe de gouvernement au niveau mondial, en fixant non seulement les règles qui régissent les échanges et les investissements d'un pays à l'autre, mais aussi celles du travail et de l'environnement »²⁵⁴.

c) Les règles de protection des droits de l'homme

L'importance des mutations en cours au niveau du droit international ne saurait être sous-estimée ; en cela, les principes qui présidaient jusqu'alors à l'organisation des relations internationales ont subi un net ébranlement, entraînant une sensible inflexion de la logique gouvernant le droit international. Le changement le plus notable réside dans la promotion de l'individu, érigé en véritable sujet du droit international et dont la protection est désormais mise en avant²⁵⁵.

En effet, il est à noter que dans ce domaine, alors que la protection des individus relevait de la seule compétence étatique dans la société internationale classique, il est indiscutable qu'aujourd'hui la mondialisation appelle les mêmes règles internationales protectrices des individus où qu'ils se trouvent. Le problème posé ici est celui de savoir s'il convient de laisser les individus à la merci des lois nationales, ou s'il faut, au contraire, construire un corpus de règles internationales applicables à tous les hommes. Il s'agit là d'un tout autre type de mondialisation et la dualité de sens qu'emporte cette expression peut aisément se comprendre à travers l'explication donnée par Mireille DELMAS-MARTY qui propose de parler de « globalisation » pour l'économie et d'« universalisation » pour les droits de l'homme²⁵⁶.

²⁵¹ Martti KOSKENNIEMI, *op. cit.*, pp. 309 et s.

²⁵² Charles-Albert MORAND, « Le droit saisi par la mondialisation : définition, enjeux et transformations », *op.cit.* p. 86.

²⁵³ Michel KOSTECKI, « Le système du commerce mondial et la clause sociale », *Maîtriser la mondialisation* (dir. Pierre DE SANARCLENS), Presses de Sciences po, Paris, 2000, pp. 115 et s.

²⁵⁴ Francis FUKUYAMA, « La gauche ingrate contre l'OMC », *Le Monde* du 8 décembre 1999.

²⁵⁵ Jacques CHEVALIER, Synthèse des travaux du Colloque tenu à la Maison de la Culture d'Amiens en décembre 1993, sur le thème de la genèse des normes en droit international, in *Mutations internationales et évolutions des normes*, PUF, 1994, pp. 189-196.

²⁵⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, essais, 1998, pp. 14-15.

Le mouvement d'universalisation s'est d'abord affirmé au niveau des Nations Unies avec l'essor du droit humanitaire²⁵⁷ et le basculement qui s'est produit en matière de protection des minorités, sur le fondement des droits de l'homme. Par la suite, l'expression d'un droit humanitaire international a pris forme à travers la préoccupation du droit international à protéger et à porter secours aux personnes en temps de conflits armés. Cette nécessité de protection va encore pénétrer la normalité internationale avec l'adoption, en 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, avant de s'accélérer avec la mondialisation. Aujourd'hui, sur la base du droit humanitaire ou du droit des droits de l'homme, non seulement le droit international protège les individus, mais il demande, en plus, des comptes à ceux qui portent atteinte aux droits de ces individus.

Concernant les règles de droits de l'homme, le problème qui se pose avec beaucoup d'acuité est celui de leur application et de leur interprétation. Consubstantielle au maintien de la paix, la protection des droits de l'homme ne relève plus de la souveraineté interne des Etats. Deux organes principaux et un organe subsidiaire ont entrepris de mettre en application les principes de la Charte : il s'agit de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), du Conseil économique et social (ECOSOC) et de la Commission des droits de l'homme de l'ECOSOC, remplacé récemment par le Conseil des droits de l'homme²⁵⁸, organe subsidiaire rattaché à l'AGNU. C'est ainsi que la « Déclaration universelle des droits de l'homme » a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale²⁵⁹ affirmant, dans un texte unique, l'ensemble des droits et des attributs de la personne humaine ainsi que les droits sociaux, politiques, économiques et culturels à dimension collective. Mais même si la Déclaration a une portée juridique certaine, il est difficile d'y voir un texte ayant la force obligatoire d'un traité. Il s'agit tout au plus d'une proclamation qui ne saurait suffire à garantir ces droits et libertés au sein de chaque Etat. Il en résulte que certains des droits fondamentaux soulignés dans la Déclaration ne sont pas toujours consacrés ou repris par les autres instruments applicables en droit international. Elle est donc, de ce fait, dépourvue de tout moyen pouvant en assurer l'application.

Cependant la Déclaration est très souvent invoquée aussi bien en droit interne qu'en droit international et les Etats ont de plus en plus de difficultés à renier ouvertement certaines des notions qu'elle contient. On ne compte plus aujourd'hui le nombre d'instruments conventionnels ou déclaratoires relatifs aux droits de l'homme : on est parti depuis l'élaboration des deux Pactes de 1966²⁶⁰ en passant par de multiples conventions²⁶¹ avant de finir sur des conventions protégeant des

²⁵⁷ Voir les résolutions adoptées par le conseil de sécurité en 1988 et 1990

²⁵⁸ Voir à cet effet la *Résolution 60/251, AG du 15 mars 2006*.

²⁵⁹ Résolution 217 – A (III), AG du 10 décembre 1948.

²⁶⁰ Il s'agit des deux pactes annexés à la résolution, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels ainsi qu'un protocole facultatif précisant que des rapports périodiques seront transmis par les Etats à la commission des droits de l'homme sur les garanties assurées par eux en la matière.

minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques²⁶², sans oublier la lutte contre les discriminations à caractère racial²⁶³.

En toute hypothèse, certains de ces droits, ceux qui constituent des attributs inaliénables de la personne humaine, sont considérées comme des normes impératives, insusceptibles de dérogation²⁶⁴. Il en est ainsi notamment du droit à la vie, du droit à ne pas être soumis à la torture et, par extension selon la CIJ, de l'interdiction du génocide²⁶⁵. Or, du fait de leur ambiguïté au point de vue normatif, la recherche d'un équilibre est généralement de mise en matière de droits de l'homme car il permet de restituer les droits dans le « vif » des cultures politiques auxquelles ils se rattachent. Il s'en suit un renforcement de la critique selon laquelle ces droits seraient « universels » alors même qu'ils se posent comme le reflet d'une stratégie hégémonique²⁶⁶.

d) Les traités sur la préservation de l'environnement

Des phénomènes tels que le changement climatique, le déboisement, la désertification et la déclinaison de la biodiversité ne datent pas de la fin de la chute du Rideau de fer, mais ils ont reçu une attention sans précédent durant les dernières décennies. Comment le droit international a-t-il appréhendé ces défis ? La prise de conscience du besoin de coopération a-t-elle débouché sur l'élaboration d'instruments internationaux juridiques bien adaptés à ces mêmes défis ? Quels sont les points faibles du droit international de l'environnement ? Les préoccupations environnementales ont d'abord été appréhendées de manière restrictive comme relevant du droit international du voisinage²⁶⁷, permettant ainsi à la CIJ de consacrer « le principe de l'utilisation non dommageable du territoire national »²⁶⁸. Cette règle de nature coutumière à son origine va acquérir une portée plus globale après la Déclaration de Stockholm clôturant la 1^{ère} Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain de 1972.

A partir de là, cette règle va constituer avec d'autres le droit international de l'environnement²⁶⁹. Le concept d'Humanité va jouer un rôle déterminant dans l'évolution de ce droit car la gestion de l'environnement humain apparaît désormais comme une nouvelle manifestation d'un droit de l'Humanité en pleine expansion et ce malgré les fortes résistances des Etats plus enclins à défendre

²⁶¹ C'est par exemple la Convention contre la torture du 24 février 1985 ou encore celle aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

²⁶² Résolution 47/135 AG du 18 décembre 1992.

²⁶³ La Convention pour l'élimination de toute forme de discrimination raciale du 7 mai 1966.

²⁶⁴ Règles de *jus cogens* en droit international.

²⁶⁵ Arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/Rwanda)*.

²⁶⁶ Lire à ce propos : C. BROWN, « Universal Human Rights : A Critique », cité par M. Koskenniemi, *op.cit.* p. 309.

²⁶⁷ Frédérique MESTRE-LAFAY, L' ONU, Collection Que-sais-je ?, PUF, 18^e éd., 2009, p. 80.

²⁶⁸ Principe consacré dans l'Arrêt du Détroit de Corfou du 9 avril 1949, (Royaume Uni c/Albanie).

²⁶⁹ Cf. CIJ, *Avis de juillet 1996 relative à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo – Nagymaros (Hongrie c/Slovaquie)*.

leur souveraineté. Ces Etats sont désormais invités à adapter leur comportement aux nouvelles normes environnementales contenues dans certaines conventions. La dimension planétaire des problèmes environnementaux va d'abord se traduire par l'adoption, sous l'égide des Nations Unies, de la Convention de Vienne du 22 mars 1985 sur la protection de la couche d'ozone, ratifiée par un grand nombre d'Etats avec son protocole additionnel adopté à Montréal le 16 septembre 1987 qui comporte un calendrier de réduction des gaz à effets de serre. Il en est de même pour la Convention sur les changements climatiques du 9 mai 1992 avec son protocole additionnel adopté à Kyoto le 11 décembre 1997, entré en vigueur en 2005 et qui fixe des objectifs quantifiés de réduction des gaz à effet de serre et un système de permis de polluer. Il s'agit là de conventions-cadres qui créent un dispositif institutionnel pour la mise en œuvre et le développement par étapes des règles qu'elles contiennent.

La Conférence des Nations Unies sur l'environnement ou « Sommet de la Terre » a quant à elle permis l'adoption de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992. C'est un texte formellement non contraignant qui met en évidence le nécessaire équilibre à trouver entre devoir de protection de l'environnement et droit au développement dans l'optique d'un développement durable destiné à sauvegarder les intérêts des générations futures. Il faut dire que les normes du droit international de l'environnement sont essentiellement constituées de directives de comportement plutôt que d'obligations strictes de résultat. Mais elles recèlent cependant une certaine particularité : celle de contenir à destination des Etats des orientations et des incitations à adopter un certain comportement. Dans une optique de pallier l'absence de véritables obligations juridiquement sanctionnées, la coopération internationale en ce domaine repose sur un dispositif institutionnel assez étoffé, avec de nombreux mécanismes de contrôle, d'incitation et de concertation.

Et, pour accompagner ce processus, l'Assemblée générale a créé plusieurs organes subsidiaires comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), le fond pour l'environnement et un comité de coordination pour l'environnement entre les différents programmes des Nations Unies relatifs au domaine environnemental. De même de nombreuses institutions spécialisées de l'ONU, dans le cadre de leurs activités respectives, ont adopté des programmes spécifiquement dédiés à la protection de l'environnement²⁷⁰. La conférence de Rio de 1992 a sorti un programme d'action dénommé « Agenda 21 », un dispositif déjà complexe qui a été complété par la création de la Commission de développement durable (CDD), organe subsidiaire de l'ECOSOC, de même qu'a été mis en place au sein du secrétariat des Nations Unies, un Département de la Coordination des politiques et du développement durable. L'environnement est

²⁷⁰ On peut citer dans le cadre de ses programmes, entre autres, la BIRD, l'UNESCO, l'OMS, OMM, l'OMI.

désormais considéré comme un « patrimoine commun », qu'il convient de sauvegarder pour le bien être des générations présentes et futures²⁷¹. Voyons quelle autre forme de manifestation peut avoir le phénomène de fragmentation.

§ 2 : Les manifestations au vu des normes et règles du DIP : Fragmentation normative ou législative

La fragmentation normative fait état de l'extraordinaire expansion des normes juridiques de droit international. Déjà, il faut dire que l'accroissement du nombre des Etats et d'acteurs nouveaux sur la scène internationale appelés à négocier de nouveaux traités dans divers domaines a fortement contribué à la « décentralisation de la production normative²⁷² ». En tant que corps unique de règles valables pour tous, le droit international a toujours fait valoir une pluralité de normes en son sein du fait de ses destinataires qui sont différents ne serait-ce qu'à travers l'état de leur développement économique. Mais l'apparition récente de multiples régimes normatifs, souvent antinomiques les uns par rapport aux autres, est venue quelque peu bouleverser le schéma traditionnel des interactions entre normes de droit international.

Dans un tel contexte, on en vient à se demander si toutes les sources du droit international ont toutes une vocation unificatrice. Autrement dit, les différentes sources du droit international se comportent-elles comme des mécanismes d'unité ou de fragmentation ? De même l'unification peut-elle se faire à travers, par exemple, le bilatéralisme qui trouve son expression dans la règle *res inter alios acta* et l'autorité de la chose jugée selon l'article 59 du Statut de la CIJ ? Ou encore dans ce que Luigi CONDORELLI a appelé « *la correspondance entre les normes coutumières générales et les normes des grandes conventions universelles* »²⁷³ ? Les réponses à ses différentes interrogations amènent à s'intéresser au phénomène de compartimentalisation du droit international en prenant en compte aussi bien ses sources (A) que ses normes (B).

A /- LA COMPARTIMENTALISATION PAR RAPPORT AUX DIFFERENTES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

Les traités et la coutume influent fortement sur l'unité et la fragmentation du droit international en ce que chaque traité constitue, en lui-même, un acte juridique international, établissant son propre régime et créant des obligations propres aux parties et qui ne sont applicables qu'entre ces dernières. A l'opposé, la coutume et les principes généraux du droit sont par excellence des facteurs

²⁷¹ Jospha LAROCHE, *Politique Internationale*, Paris, LGDJ, 1998, p.68.

²⁷² Alberto DO AMARAL JUNIOR, Le « dialogue » des sources : fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain, In *Regards d'une génération...*, *op.cit.*, p.48.

²⁷³ Luigi CONDORELLI, « conclusions générales » dans *La pratique et le droit international. Colloque de Genève*, SFDI, Paris, Editions Pedone, 2004, pp.229-293.

d'unification du droit. De manière générale, la possibilité de formuler des réserves à un traité peut sans aucun doute constituer un facteur important de fragmentation tandis que la règle *pacta sunt servanda* sert comme élément d'unité de la force obligatoire des engagements conventionnels. A travers le traité, on peut décider de l'imposition de certaines règles spécifiques à chaque partie ; ce qui ne peut être le cas pour l'application d'une coutume. Par conséquent, s'il s'agissait d'établir des liens et interactions entre les différentes sources, il ressort clairement que les traités (2) et les coutumes (1) comprennent des éléments de consolidation et de changement radical tandis que les principes généraux du droit ont été considérés traditionnellement comme produisant le cœur commun du système entier (3).

1/- L'influence des coutumes sur la fragmentation

Les coutumes, du fait qu'elles n'admettent généralement pas de réserves ou encore l'imposition de règles spécifiques à une seule partie, peuvent être considérées comme des sources ayant une vocation plus unificatrice à l'inverse des traités. Considérée comme le mode principal de formation du droit international à ses origines, la règle coutumière passe même pour être « *la clef de voûte de tout système des sources du droit international*²⁷⁴ ». Le droit coutumier est présent aussi bien dans le droit international général que dans ses sous-systèmes (droit de l'environnement, droit économique mais surtout droits de l'homme). Mais aussi présent soit-il en droit international, quels rapports entretient la coutume avec la fragmentation ? Cette dernière a-t-elle des incidences sur le processus de formation de la coutume ?

De premier abord, il existerait une certaine convergence, du moins partielle sur les composantes de la règle coutumière, à savoir l'*usus* et l'*opinio juris*. Le problème pourrait surgir en ce qui concerne la pratique (élément de la coutume) et ses rapports avec l'*opinio juris*. En effet, pour affirmer l'existence d'une règle coutumière, il faut en particulier établir la présence d'une pratique émanant des sujets de droit international, constante, répandue, largement uniforme. Il y a des changements au niveau de la pratique des Etats notamment dans les domaines du droit des droits de l'homme ou de l'environnement avec la prise en compte des pratiques internes aux Etats (*domestic practices*). En matière coutumière, si les acteurs privés jouent un rôle non négligeable en matière d'interprétation des règles coutumières, on ne peut cependant pas les ériger en sujets formateurs du droit coutumier qui reste une prérogative des Etats. De même, il semble difficile de dissocier la pratique de l'*opinio juris* car une coutume existe de la révélation de l'un par l'autre. Cependant, une évolution de la

²⁷⁴ Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain, *Cours général de droit international public* », 183, *RCADI*, 1983-V, pp.9-382, p.180.

coutume se dessine à l'époque contemporaine, faisant prévaloir *l'opinio juris* sur la pratique : on parle de plus en plus de coutume sauvage²⁷⁵.

Par ailleurs et contrairement aux règles conventionnelles, le droit coutumier se caractérise par la validité générale de ses normes qui s'imposent à la communauté internationale et non aux seuls Etats parties comme dans le cas des traités. Ainsi, on peut dénombrer aussi bien des pratiques spécialisées (coutumes régionales) que des pratiques déviantes (contraction ou limitation du droit existant).

Enfin, en ce qui concerne la pratique et l'application de la règle coutumière, il y a interférence entre le droit coutumier et le droit conventionnel. De ce fait, le droit international coutumier revêt une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il peut ainsi compléter ou éclairer la règle conventionnelle dans trois situations²⁷⁶ : lorsque la règle conventionnelle est obscure ou ambiguë ; lorsque les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier et, pour finir, lorsque le traité est muet sur le droit applicable. Dans ce dernier cas, l'interprète doit, appliquant la présomption de la conclusion de l'article 19 a) de la convention, rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question.

Toutefois, il s'agit là d'une question qui attise la nécessité d'une hiérarchisation des normes internationales. Par ailleurs, le juge international a un rôle à jouer face à la règle coutumière car c'est lui en effet qui va interpréter les pratiques étatiques, examiner leurs traits et constater ou non leur existence.

2/- Le morcellement des traités : source de la fragmentation

Les traités constitueraient la source par excellence de la fragmentation. En effet, dans son rapport à la CDI en 2000 énumérant les sept causes de la fragmentation du droit international, Gerhard HAFNER précise que cinq sont directement en rapport avec la prolifération des traités²⁷⁷. Et la CDI a également consacré la plupart de ses travaux en relation avec la fragmentation sur le droit des traités. Ainsi donc, le morcellement des traités peut se faire de deux manières : par la multiplication des régimes au sein d'un même traité (a), et par la multiplication de régimes juridiques par confluence de plusieurs traités (b).

²⁷⁵ Photini PAZARTZIS, « *Le rôle de la pratique dans le droit coutumier* », in *l'Influence des sources...*, *op. cit.*, p. 127 et s.

²⁷⁶ Pour plus de précisions à ce propos, se référer aux conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2).

²⁷⁷ Cité par Jorge CARDONA LLORENS, A/55/10, pp. 310 et s.

a) *La multiplication de régimes au sein d'un même traité*

Lorsqu'on examine les traités, on constate de plus en plus un phénomène de multiplication de régimes juridiques au sein d'un seul et même traité. Cela peut se manifester soit par des clauses restrictives, soit par des réserves au traité, soit par des amendements.

D'abord, on a les clauses restrictives lesquelles, dans le régime juridique de quelques traités, se manifestent par le fait de trouver dans le même traité un régime spécial pour quelques Etats parties, des obligations qui n'engagent pas l'une des parties mais engagent les autres parties entre elles. Elles peuvent également se décliner en déclarations interprétatives ou en clauses d'exclusion ou d'*opting* (ou de *contracting out*) qui sont des dispositions conventionnelles en vertu desquelles un Etat serait lié par des règles figurant dans le traité, à moins qu'il exprime sa volonté de ne pas l'être, par exemple pendant une certaine période ou par certaines de ces dispositions²⁷⁸. Dans la plupart des cas, ces clauses restrictives existent couramment dans le cadre d'opérations et d'ententes commerciales diverses, notamment, par exemple, à l'endroit des pays en développement ou des Etats sans littoral²⁷⁹. On peut parler ici d'un droit international des ententes et des monopoles²⁸⁰ dont les parties décident librement et dont l'objectif est de limiter la portée ou l'application du traité.

Ensuite on a les réserves au traité qui se définissent, en vertu de la Directive 1.1.8, adoptée en première lecture par la CDI, comme « *une déclaration unilatérale faite par un Etat ou une organisation internationale au moment où cet Etat ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties*²⁸¹. » La réserve peut aussi être « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat* »²⁸².

Les réserves aux traités sont une négation de la fragmentation et contribuent largement à l'insécurité des traités et à l'unité de l'ordre juridique international. Tous ces procédés restrictifs ont comme

²⁷⁸ Cf. Bruno SIMMA, « From bilateralism to community Interest in International Law », *Recueil des cours*, tome 20, 1994, pp.329; voir aussi: Christian TOMUSCHAT, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *Recueil des cours*, tome 241, 1993, pp. 264 et s.

²⁷⁹ Ici, les Gouvernements et les organisations ont pris conscience des liens étroits qui rattachent la question des pratiques restrictives à une série de problèmes d'actualité, tels que l'expansion du commerce des pays en voie de développement, le transfert des techniques à ces mêmes pays, les activités des sociétés multinationales, le problème des prix et de l'inflation, la limitation territoriale des droits nationaux concernant les attentés et les positions dominantes.

²⁸⁰ Lazar FOCSANEANU, *Pratiques commerciales restrictives et droit international dans la décennie 1966-1975*, *Annuaire français de droit international*, 1975, vol.21, numéro 21, pp. 701-735.

²⁸¹ CDI, Sixième Rapport sur les réserves aux traités, par Alain PELLET, document A/CN.4/518, 2001.

²⁸² Lire article 2, §1, d) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

point commun de modifier ou d'exclure l'effet juridique de certaines dispositions du traité puisqu'il est toujours possible de formuler des réserves à un traité²⁸³. Cependant il implique un examen au cas par cas des dispositions pour savoir si elles peuvent être écartées en prenant en compte l'objet et la finalité du traité. Le traité peut interdire les réserves et les dispositions finales ne peuvent faire l'objet de réserves car elles ont une nature opératoire (elles ont pour but de mettre en œuvre le traité). Une réserve est adoptée si aucune manifestation contraire d'une partie au traité dans un délai de 12 mois à compter de la notification par l'Etat dépositaire n'a été exprimée. Le principal problème qui se pose ici est celui de la difficulté de faire un inventaire de ces phénomènes ainsi que la difficulté de leur opposer des limites²⁸⁴.

Enfin il existe également des amendements qui interviennent lors de la révision d'un traité. Dans ce cas, les parties originaires au traité peuvent décider de ne pas être liées par ses amendements et seules les parties originaires qui les acceptent y sont liées au même titre que celles qui deviennent parties après l'entrée en vigueur du traité. Cela a également pour effet de multiplier les régimes juridiques au sein d'un même traité. Ces modifications sont d'ailleurs prévues par les articles 40-4 et 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités tout comme l'article 41 de la même convention prévoit la possibilité d'accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines Parties seulement. Il s'en suit des manifestations de fragmentation de régimes juridiques au sein d'un seul traité ; le problème existe aussi lorsqu'il y a pluralité de traités confluant dans le règlement juridique d'une même situation.

b) La multiplication de régimes juridiques par « confluence de plusieurs traités »

La multiplication des régimes par confluence de traités peut subvenir dans trois cas : soit dans le cas de plusieurs traités successifs qui traitent de la même situation juridique et c'est le cas par exemple des différents traités sur la protection de l'environnement marin ; soit plusieurs traités successifs portent sur des matières différentes mais complémentaires ayant un objet et un but semblable ou identique. C'est l'exemple d'un traité sur les droits de l'homme et un autre sur le droit humanitaire²⁸⁵ ; soit enfin plusieurs traités successifs portent sur des matières différentes mais les intérêts juridiques protégés se retrouvent ou s'affrontent dans un cas précis. C'est le cas, par exemple, des traités sur le commerce international et les accords multilatéraux sur l'environnement.

²⁸³ CIJ, *réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951* : "le principe majoritaire, s'il facilite la conclusion ses conventions multilatérales, peut rendre nécessaire pour certains Etats de formuler des réserves".

²⁸⁴ Michel VIRALLY, « Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités », in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p.6.

²⁸⁵ Voir l'avis de la CIJ du 9 juillet 2004 relatif aux Conséquences juridiques du mur.

A travers ces diverses situations, les Etats Parties aux divers traités peuvent être les mêmes comme ils peuvent être Parties à deux traités différents mais qui régissent un espace commun. Dans tous les cas, l'observation de l'ordre juridique international révèle que la coexistence de ces divers régimes des traités pose de graves problèmes de conflits des sous-systèmes et portent atteinte à l'unité de cet ordre juridique. L'idéal serait de trouver des règles communes relatives aux traités et qui peuvent s'appliquer dans tous les domaines des relations internationales.

3/- La particularisation des principes généraux

Avec l'émergence de régimes spécialisés ou régionalisés en droit, on constate un regain d'utilisation de principes généraux du droit car chaque régime génère sa propre souche de principes généraux : on parle ainsi de principes du droit communautaire ; des principes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme ; des principes du droit de l'environnement ; des principes du commerce international, etc. Il n'en demeure pas moins que la particularisation de certains principes généraux reste une conséquence de la diversification et de la spécification du droit international. On comprend mieux pourquoi l'idée selon laquelle ces principes généraux auraient une influence sur les phénomènes de fragmentation est largement acceptée de nos jours²⁸⁶. En effet, ces principes généraux connaissent un accroissement sur la scène internationale et voient leur fonction évoluer avec celle de l'ordre auquel ils appartiennent. Ils sont venus renforcer leurs fonctions classiques tout comme on a vu se développer de nouvelles fonctions.

D'un côté, le développement qualitatif des fonctions classiques des principes généraux montre que ces derniers remplissent deux fonctions principales dans le système juridique international : ils contribuent à maintenir la complétude et la cohérence du système c'est-à-dire qu'ils permettent de combler les lacunes du système et de résoudre ses antinomies. Par la fonction de complétude, les principes généraux contribuent à l'enrichissement normatif du droit international et à en diminuer les lacunes. La fonction de cohérence renvoie à l'idée que le système est fondé sur quelques principes de base à partir desquels vont être soit déduites, soit coordonnées, soit harmonisées, soit interprétées... les autres normes du système.

De l'autre côté, on assiste à l'évolution qualitative des fonctions classiques. Désormais, ces derniers ont un rôle qui connaît une évolution qualitative et pas seulement quantitative face à l'évolution du droit international. Ils jouent à la fois un rôle de transfert horizontal entre ensemble normatifs (évolution qualitative de la fonction de complétude) et un rôle de hiérarchisation verticale du système (évolution qualitative de la fonction de cohérence). Ces deux fonctions contribuent ensemble à donner une présentation ordonnée du pluralisme normatif (entre normes) ou systémique

²⁸⁶ Cf. Emmanuelle JOUANNET, In L'*influence des sources*, *op.cit.*, p.103-154

(entre ordres). Ils contribuent ainsi en droit international, de façon horizontale, à *enrichir mutuellement les différents régimes spéciaux ou systèmes voisins en servant de « passeurs horizontaux » entre un ordre ou d'un ensemble de normes*. Il existe ainsi un certain nombre de principes qui sont communs à tous les systèmes ou encore certains spécifiques à un ordre et qui ont fini par migrer vers d'autres ordres (ex : le principe de précaution pour l'environnement qui a migré vers le droit de la santé). Un principe peut aussi s'internationaliser, se nationaliser, se régionaliser ou se spécialiser. Ce passage d'un ordre à un autre ou d'un régime à un autre permet au principe de devenir commun à tous ces ordres.

Rappelons enfin que les principes généraux du droit international sont également des *instruments de hiérarchisation du système* utilisés dans la fonction classique de cohérence et vont jusqu'à préserver ce que R. DWORKIN appelle non plus la cohérence, mais l'intégrité du système. Au final, E. JOUANNET conclut qu'il y a plutôt une influence des principes généraux en faveur de l'unité ou plutôt de l'harmonisation et non pas de la fragmentation du système²⁸⁷. Mais la fragmentation ne dépend pas que de l'influence de ses sources ; elle peut également être influencée par les normes des différents systèmes et sous-systèmes.

B/- LA COMPARTIMENTALISATION PAR RAPPORT AUX NORMES DES DIFFERENTS SYSTEMES

Lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux normes lorsque ces dernières sont à la fois valables et applicables relativement à une même situation²⁸⁸. À cette fin, les relations pertinentes entre deux normes de droit international peuvent s'envisager soit sous la forme de relations d'interprétation, auquel cas les deux normes s'appliquent conjointement car l'une aide à appliquer, à préciser ou à modifier l'autre norme, soit sous la forme de relations conflictuelles ; c'est le cas où deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Or, ces relations conflictuelles entre normes, règles ou principes de droit international trouvent leur origine aussi bien dans la compartimentalisation des règles développées au sein de chaque système (1) que dans la manière dont le juge interprète ces mêmes normes (2).

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ Le fait que deux normes soient *valables* relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient *applicables* dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée.

1/- La diversification normative à l'intérieur de chaque régime juridique

Cette diversification peut se faire de trois manières : par rapport au domaine des problèmes considérés, par rapport au procédé de réglementation utilisé et par rapport aux règles des conflits internes. Par rapport aux buts de chaque groupe de problèmes, il est aisé de constater la fonction propre qui revient aux règles concernant la compétence judiciaire et la procédure, aux règles déterminant le droit applicable au fond du litige et, enfin, aux règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements provenant d'autres tribunaux. Par exemple, chaque sous-système est généralement enclin à prendre, vis-à-vis des autres systèmes, des mesures de prévention destinées à empêcher un risque ou du moins à limiter la réalisation de celui-ci, l'accomplissement d'un dommage ou encore l'accomplissement d'actes nuisibles en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens.

Les procédés de réglementation constituent la deuxième diversification à l'intérieur des règles dont la fonction est de réglementer les situations publiques internationales. Cela conduit généralement à un pluralisme de règles dans le système international, les divers groupes de règles existants pouvant être différenciés par le procédé technique dont elles relèvent. Ce qui conduit à une diversification des règles régissant les situations particulières en droit international public, chaque règle étant spécifique des différents buts et objectifs poursuivis par chaque organe qui la crée ou l'invoque. Et l'on peut estimer que la diversité dans ce cas n'est au fond qu'une dualité, étant donné que les règles sont orientées soit vers une localisation spatiale des situations en droit international soit, par contre, vers le résultat matériel à atteindre. Dans le cadre du droit international privé, F. K. JUENGER a qualifié les premières de *space-oriented rules* et les secondes de *result-oriented rules*²⁸⁹. Ainsi donc, les régimes autonomes se constituent de plus en plus de manière constitutionnelle faisant chacune la promotion de leur rationalité propre²⁹⁰.

Enfin, la diversification opérée par les règles pour les conflits internes évoque la dualité qui existe entre différents ordres juridiques au sein d'un même État créant des conflits de loi : on parle alors de dualité normative au sein d'un même État qui est généralement l'œuvre du régionalisme car l'Etat se trouve à la fois pris entre le besoin d'appliquer des normes qui lui sont propres et celui d'appliquer des normes qui le lient à d'autres Etats sur la base de la reconnaissance d'un « pouvoir législatif régional ». Ce pouvoir régional s'exerce dans les domaines prévus par la constitution nationale mais il peut être source de conflit.

²⁸⁹ F. K. JUENGER, « General Course of Private International Law », *Recueil des Cours*, tome 193, (1985), pp. 119 et s.

²⁹⁰ Cela se manifeste par la création d'organes propres comme c'est le cas de l'OMC par exemple avec la création de l'Organe de règlement des différends (OMD) créée en 1995.

2/- La diversification normative découlant de l'interprétation

Lorsqu'on considère l'interprétation des normes de droit international, trois hypothèses de fragmentation²⁹¹ sont à relever : la première est celle d'une interprétation différente du droit international général par les nouvelles institutions ; la seconde prend en compte le fait de considérer les nouveaux régimes comme des cas d'exceptions au droit international général et enfin le dernier cas celui d'une fragmentation qui peut avoir lieu entre chaque système juridique (droit du marché, de la santé ou des droits de l'homme) étant soumis à des autorités différentes qui peuvent décider du régime à privilégier selon les cas.

D'abord, il peut arriver que de nouvelles institutions spéciales ou régionales interprètent le droit général de manière peu orthodoxe. Dans l'affaire *Tadic*²⁹² en 1999, les Chambres d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ont remplacé la notion de « contrôle effectif » posée par la CIJ à propos de l'affaire du Nicaragua en 1986, en tant que règle gouvernant la responsabilité des Etats étrangers à l'égard des actes des Parties au cours des guerres civiles, par la notion plus vaste de « contrôle global » ; ce qui a notamment eu pour conséquence de renforcer de manière significative la notion de responsabilité dans le contexte spécifique de la lutte « contre l'impunité » dont le TPIY avait été l'un des principaux symboles.

Ensuite, la différenciation fonctionnelle en plusieurs régimes a créé de solides exceptions en droit général²⁹³. Les traités concernant les droits de l'homme ont, par exemple, été interprétés par les organismes de protection des droits de l'homme contrairement à la manière dont on avait interprété les traités « normaux » avec la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces différences ont été justifiées par « l'objet et le but » des traités ou par leur effet utile qui l'ont emporté sur le formalisme strict du droit traditionnel. Si un organisme de protection des droits de l'homme considère son pouvoir de manière extensive²⁹⁴, ou si la Cour de l'UE développe une véritable jurisprudence en matière des droits fondamentaux pour répondre aux défis posés par certains Etats membres²⁹⁵, il faut voir là des tendances dominantes à soutenir les intérêts particuliers représentés par ces organismes contre les intérêts (de nature essentiellement nationale) défendus par la CIJ ou une Cour

²⁹¹ Ceci ressort des débats à la Commission de droit international (CDI) lors de sa session de 2003. Voir le rapport de la CDI sur sa 55^e session (A/58/10), pp. 270-271, §419. Voir aussi M. Koskenniemi, P. Leino, « Fragmentation of International Law ? Postmodern Anxieties », *supra*, note 31, pp. 553-579.

²⁹² *Procureur c. Dusko Tadic*, 1999, Ss 122, p. 50.

²⁹³ Voir B. SIMMA, « Self-Contained Régimes », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 111-136. Voir aussi L.A.N.M. BANHOORN, K.C. WELLENS (dir.), *Diversity in Secondary Rule and the Unity of the International Law*, La Haye, Nijhoff, 1995, 365p.

²⁹⁴ Voir comité des droits de l'homme, *commentaire général n°24 (52) CCPR/C/21/Rev.1/Add.6*.

²⁹⁵ Voir B. WITTE, « The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights », in P. Alston (dir.), *The EU and the Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 863-866.

constitutionnelle nationale. Cette concurrence des interprétations, et des modes d'interprétation constitue un facteur d'anarchie juridique.

Enfin, l'autre aspect de fragmentation en matière d'interprétation des normes oppose les régimes particuliers entre eux : le commerce contre l'environnement ; les droits de l'homme contre le droit humanitaire ; le droit de la mer contre le droit de l'UE. Il est difficile de savoir de quelle compétence relèvent certaines affaires ou questions soit, par exemple, parce qu'elles sont qualifiées de problèmes de « commerce » ou de « santé »²⁹⁶ soit parce que leur objet essentiel est celui des « droits de l'homme » ou de la « sécurité » ; par exemple, un problème de pêche peut être vu en termes de protection de ressources naturelles ou de liberté du commerce et être contextualisé comme faisant partie du régime du droit général (organisation mondiale du commerce ou droit de la mer) ou du régime du droit régional (Union européenne). Chacune de ses qualifications renvoie à une autorité différente qui décidera selon les préférences et les pratiques issues de ses organes compétents²⁹⁷.

Ce qui permet de faire directement le lien avec la fragmentation générée du fait de la multiplication des juridictions et institutions chargés de l'application du droit international.

§ 3 : Les manifestations au vu des organes et juridictions chargées de l'application et du contrôle des normes de droit international : la fragmentation institutionnelle ou juridictionnelle

Par son caractère hétérogène et ambivalent, la pratique se manifeste dans toute son ampleur dans le domaine de la formation des règles internationales. Elle est un des éléments communs à la coutume et à l'application du traité mais elle peut exister de façon autonome comme c'est généralement le cas dans le droit international de l'environnement. Dans tous ces cas, la nature « abrogatoire », modificatrice ou « confirmatrice » de la pratique vis-à-vis d'une norme juridique préexistante ou en cours de création ne peut que jouer un rôle important vers l'unité ou la fragmentation du droit international.

De ce fait, la fragmentation du droit international a pris le relais de la « prolifération » des juridictions internationales dans l'expression des inquiétudes suscitées par la diversification et la complexification du droit international et de ses institutions²⁹⁸. Elle évoque l'anéantissement du

²⁹⁶ Voir par exemple, OMC, Rapport de l'organe d'appel : *Communauté européenne – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 13 mars 2001, P. 61, §168.

²⁹⁷ L'affaire de *l'Usine de MOX*, par exemple, qui concerne une réclamation de l'Irlande contre les activités de l'usine nucléaire de Sellafield au Royaume Uni, relève de la compétence concurrente du Tribunal du droit de la mer, de la Cour permanente d'arbitrage et de la Cour de justice des communautés européennes. Pour un bref aperçu, voir P. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *Revue générale de droit international public*, 2002, pp. 196-206.

²⁹⁸ Philippe WECKEL, « La CIJ et la Fragmentation du droit international », *In l'influence des sources sur l'unité et la Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, p. 167 et s.

système par sa dislocation ; les fragments seraient rendus à une autonomie complète et perdraient les caractères communs qui étaient propres au système auparavant. Par ailleurs, si « l'application de la loi nationale n'assure pas la conformité à la loi internationale d'origine »²⁹⁹, il y a là également risque de fragmentation.

L'effritement de l'unité du système juridique international peut donc provenir de « la multiplication des instruments de contrôle de mise en œuvre des normes souvent accompagnée elle-même d'une multiplication d'instances juridictionnelles (A). De plus l'application de concepts généraux en vue d'accommoder un cas spécial est une technique juridique qui peut constituer une menace de l'unité du droit. Ce qui, sur le plan juridique, emporte de très nombreuses conséquences (B).

A/- LA MULTIPLICATION DES INSTANCES JURIDICTIONNELLES DE PROCEDURE ET DE CONTROLE DU DROIT INTERNATIONAL

La fin du XX^e siècle a été marquée par une multiplication des juridictions internationales et des institutions de règlement des différends : Cour internationale de justice, Cour de Justice de l'UE, Organe de règlement des différends de l'OMC, Règlement des différends dans le cadre de l'ALENA, Tribunal international du droit de la mer, Cours des droits de l'homme (européenne, interaméricaine, africaine), Tribunaux pénaux internationaux, Cour pénale internationale, entre autres. Ce qui a fait dire à certains auteurs que la société internationale se « judiciarise » en même temps que le droit international se « juridictionnalise ».

Quelles sont les causes de la multiplication des juridictions internationales ? Si on ne tient compte que du dernier quart de siècle, on constate que les mécanismes juridictionnels ou quasi-juridictionnels ont doublé, et l'importance du contentieux international s'est accrue d'une manière considérable. Selon le professeur Syméon KARAGIANNIS³⁰⁰, l'insuffisance de l'offre judiciaire préexistante à faire face à la nouvelle demande a nécessairement justifié la création de nouvelles juridictions internationales. De ce fait, de nouveaux organes spécialisés animent désormais de vastes domaines du droit international (1). Il explique également que l'éclatement du monde en des régions plus ou moins bien définies a également favorisé la multiplication des juridictions internationales au sein du système juridictionnel international (2).

²⁹⁹ La pratique et le droit international, Colloque de Genève, *SFDI*, Paris, Editions A. Pedone, 2004, p. 230.

³⁰⁰ Syméon KARAGIANNIS, La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique, *In Société française pour le droit international*, Colloque de Lille sur La juridictionnalisation du droit international, Editions A. Pedone, Paris, 2003, pp.14-62.

1/- L'accroissement de l'activité contentieuse et l'insuffisance des juridictions internationales préexistantes

Les premiers pas de la justice pénale internationale sont à mettre au titre du Traité de Versailles qui prévoyait le jugement de l'Empereur Guillaume II, bien que ce dernier se soit réfugié aux Pays-Bas et que le gouvernement néerlandais en refusa l'extradition. Par la suite, au lendemain de la seconde guerre mondiale, les Tribunaux de Nuremberg et Tokyo furent mis en place pour juger les grands criminels de guerre allemands et japonais. Puis, en 1993, le Conseil de sécurité des Nations Unies créa un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie³⁰¹ ayant compétence pour juger les personnes accusées d'avoir commis dans ce pays des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou un génocide. Ce tribunal qui siège à La Haye a pour l'heure condamné définitivement 64 personnes sur 161 mises en accusation³⁰². Un autre tribunal, sera institué dans les mêmes conditions pour le Rwanda³⁰³, le 8 novembre 1994 pour juger du génocide commis dans ce pays. Enfin, une convention signée à Rome en 1998 prévoit la création d'une Cour pénale internationale permanente, afin de juger les personnes accusées de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre³⁰⁴. Cette convention, ratifiée par 114 pays (au 1^{er} janvier 2011 dont la France), est entrée en vigueur en juillet 2002. La Cour s'est alors installée, elle aussi, à La Haye et son parquet a depuis lors entamé des enquêtes dans plusieurs affaires concernant l'Ouganda, la République démocratique du Congo, la République Centre Afrique, le Soudan, le Kenya ou tout récemment la Libye et la Côte-d'Ivoire. Enfin des tribunaux nationaux à composante internationale ont été créés en Sierra Leone, au Timor oriental, au Cambodge et au Liban³⁰⁵.

En termes quantitatifs, il convient de noter que le nombre des affaires soumises au juge international a été en augmentation constante. Ainsi, la productivité des juridictions-inter étatiques a dans l'ensemble été en s'améliorant au cours des dernières années. L'organe d'appel de l'OMC prend tous les ans une dizaine de décisions. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie fait de même. Le Tribunal pénal pour le Rwanda a rencontré plus de difficultés puisque, depuis ses origines, seulement vingt et un cas ont été tranchés par ses soins³⁰⁶. Quant à la Cour internationale de justice, elle s'est prononcée en 2005 sur dix affaires. Les dossiers en instance n'en continuent pas moins de s'accumuler dans des proportions d'ailleurs variables : 13 pour la Cour internationale de justice, 840

³⁰¹ Conseil de Sécurité des Nations Unies, *Résolution 808* du 22 février 1993.

³⁰² Voir sur Trial, Les affaires devant le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie : <http://www.trial-ch.org/fr/trial-watch/recherche/judgement-place/11.html>

³⁰³ Conseil de Sécurité des Nations Unies, *Résolution 955* du 8 novembre 1994.

³⁰⁴ William BOURDON, Emmanuelle DUVERGER (introduit et commenté par), *La Cour pénale internationale. Le Statut de Rome*, Paris, Le Seuil, 2000.

³⁰⁵ Mireille DELMAS-MARTY, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1, 2003.

³⁰⁶ Jean-Damascène BIZIMANA, *La contribution du Tribunal criminel international pour le Rwanda à l'édification de la justice pénale internationale*, Université Toulouse I, 2004, 588 p. (thèse de doctorat de Droit international)

pour la Cour de justice de l'UE, 82.100 pour la Cour européenne des droits de l'homme, tandis que 45 prisonniers sont détenus à Scheveningen dans l'attente d'être jugés par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie³⁰⁷. Enfin, le parquet de la Cour pénale internationale s'est lancé dans plusieurs enquêtes alors qu'en dix d'existence, la Cour n'a pour l'heure que rendu un seul jugement en déclarant, le 14 mars 2012, le congolais Thomas LUBANGA coupable de crime de guerre.

Pour revenir aux causes de la multiplication des juridictions internationales, le professeur KARAGIANNIS explique que le problème ne se pose pas dans le cas des juridictions qui naissent des cendres d'anciennes juridictions internationales ayant démontré une insuffisance de leurs structures ou de la qualité de leur jurisprudence³⁰⁸. Dans un tel cas, ladite juridiction est jugée inadéquate aux exigences de la communauté internationale à un moment donné et devrait faire l'objet d'une suppression, puis de son remplacement par une nouvelle, jugée plus méritante. Par contre, la multiplication intervient lorsque la nouvelle juridiction est créée alors même que celle qui démerite n'a pas été supprimée, mais simplement placée dans une espèce de coma, qui n'exclut pas un « réveil miraculeux » de sa part³⁰⁹. Mais de plus en plus, c'est le degré de spécialisation des domaines ou secteurs concernés par le droit international public qui justifie la création de nouveaux organes juridictionnels. Face aux flux croissants des affaires à soumettre devant les principales juridictions, considérées comme étant de « droit commun », les Etats préfèrent en créer de nouvelles beaucoup plus spécialisés dans un domaine bien particulier³¹⁰. Comme le soutient toujours le professeur KARAGIANNIS, « *il est possible de considérer que la juridictionnalisation ferme de pans entiers du droit international [et] ne pourra passer que par la mise en concurrence des juridictions internationales* »³¹¹, notamment si l'on tient compte de la permanence de l'interétatique et de l'irruption du trans-national dans l'international.

³⁰⁷ Pour plus de détails, voir : René CÔTE, F. CREPEAU, Olivier DELAS, Peter LAUPRECHT, Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?, Bruylant, 2005, 208p.

³⁰⁸ Ici, le professeur KARAGIANNIS explique que cette insuffisance jurisprudentielle dont l'évaluation objective n'est pas toujours évidente, n'est que le corolaire de l'insuffisance professionnelle des juges qui faisaient fonctionner la juridiction impliquée ; pour plus de détails, lire notamment l'article de l'auteur : La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique, *op. cit.*, pp. 14-62.

³⁰⁹ L'exemple de la Cour Pénale d'Arbitrage (CPA) est fort bien illustratif de ce cas. Créée par la Convention du 29 juillet 1889 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, cette Cour a été très active durant les quatre premières décennies à la suite de sa création, avant de se voir concurrencer par la CPIJ ou encore par les tribunaux mixtes postérieurs à la Première guerre mondiale. Longtemps maintenue sur papier, la CPA a retrouvé un regain à travers l'effort de renouvellement et diversification de ses activités ainsi qu'une notoriété que lui a donnée, en 1999, la célébration de son centenaire.

³¹⁰ Ainsi par exemple, alors que tous les contentieux relatifs à l'ensemble des sujets du droit international lui étaient soumis, la CIJ doit désormais faire face à une concurrence que lui oppose, par exemple, le Tribunal international du droit de la mer pour tous les contentieux maritimes et cela même si, au niveau du droit international universel, la Convention de Montego Bay est la première qui ambitionne un règlement juridictionnel général des différends comme le précise l'article 286 de la Convention.

³¹¹ SFDI, *op.cit.*, p. 37.

Il faut noter cependant que cette judiciarisation s'est traduite par la création de diverses juridictions qui n'ont pour la plupart que des compétences sectorielles. Face à des problématiques nouvelles en droit international, des secteurs autrefois gérés et pris en compte par le droit interne sont aujourd'hui traités par le droit international public. Pour mieux prendre en compte ces secteurs nouveaux, on a créé de nouvelles institutions pour les gérer en référence aux intérêts et aux préférences qui diffèrent de ceux que représentent les institutions générales. Ainsi par exemple, l'expérience des deux tribunaux *ad hoc* mis en place par le Conseil de Sécurité, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et le Tribunal pénal international pour l'Ex Yougoslavie (TPIY), illustre le défi que présente la mise en place des concepts et des institutions du Droit pénal international qui soient à l'abri des considérations politiques, ou des intérêts de certaines puissances, même si cela n'est pas toujours vérifié dans la pratique³¹². De même le Tribunal international du droit de la mer de Hambourg a été institué en vue de trancher divers différends en ce domaine. Enfin, l'Organisation mondiale du commerce a mis sur pied un mécanisme quasi-juridictionnel de règlement des différends fort actif ces dernières années à savoir l'Organe de règlement des différends en matière de commerce international.

Au total, la justice internationale a fait au cours du XX^e siècle des progrès considérables. La confiance nouvelle dont les Etats ont témoigné envers la Cour Internationale de Justice au cours de la dernière décennie et la multiplication des juridictions spécialisées a donc conduit à une augmentation sensible du nombre des affaires soumises au juge dans des domaines de plus en plus nombreux. Si toute cette évolution s'est, pour la plupart des cas, faite au niveau international, le phénomène de régionalisation s'est également accompagné de la création de juridictions propres à chaque Traité ou Convention instituant un organe régional.

2/- La création de nouvelles instances juridictionnelles sur le plan régional

La judiciarisation des mécanismes de contrôle et de respect du droit international est indéniablement une plus-value pour la stabilité et la pacification des relations internationales. Trait marquant du droit international contemporain, la régionalisation du droit international constitue en même temps l'un des facteurs les plus importants de la multiplication des juridictions. Prenant appui sur les coutumes régionales ou encore les principes juridiques communs à un ensemble d'Etats, on a vu la société internationale faire apparaître diverses organisations régionales, des plus ancrés à ceux qui apparaissent plus comme un effet de mode. Les conditions socio-culturelles, les circonstances historiques et politiques ou encore les affinités entre Etats sont autant de facteurs qui séduisent les

³¹² En effet, l'expérience du TPIR a montré qu'un Tribunal International peut émaner d'un organe hautement politisé et diplomatique, à savoir le Conseil de Sécurité des Nations Unies, mais ceci n'empêche pas que son *héritage* soit critiqué, surtout comme étant « la justice des vainqueurs », plutôt que d'être la base d'une justice internationale équitable.

Etats et les incitent à répondre aux sirènes du régionalisme avec, comme objectif principal, d'institutionnaliser leur production normative en l'adaptant à leurs besoins particuliers. Ce qui les amène, dans le même temps, à prévoir des mécanismes juridictionnels de règlement de différends dans le cadre de la nouvelle organisation. Et, le plus souvent, le règlement juridictionnel dans le cadre de l'institution régionale sera de préférence assuré par une juridiction permanente plutôt que par le recours à des tribunaux arbitraux³¹³. Il existe ainsi près de 30 Organisations internationales qu'accompagnent une douzaine de juridictions internationales.

Ainsi sur le plan régional, il convient de mentionner la CJCE créé en 1952 et qui s'assure, depuis le Luxembourg, du respect du droit communautaire par les institutions de l'Union et de la cohérence de l'application de ce droit dans les Etats membres. A côté, il faut également relever l'établissement des Cours européennes (1959), interaméricaine (1979), et africaine (1998) des droits de l'homme installées respectivement à Strasbourg, à San José de Costa Rica et à Arusha. La probabilité de chevauchements entre ces organisations internationales génère une concurrence matérielle entre systèmes et, partant entre juridictions internationales, menaçant l'équilibre déjà précaire de l'ordre juridique international structuré traditionnellement autour des mêmes principes. Mais pour qu'il y ait concurrence, il faut qu'il y ait cohabitation territoriale ou spatiale. D'après Laurence BURGORGUE-LARSEN³¹⁴, la première cohabitation se fait *entre systèmes de nature différente*, par exemple entre le système de protection des droits de l'homme d'un côté et les systèmes d'intégration économique de l'autre. Cette cohabitation existe bel et bien sur les trois continents à des degrés différents. En Amérique et en Europe, l'Organisation des Etats Américains (OEA) et le Conseil de l'Europe ont chacun une compétence continentale qui rejaillit sur les Cours américaine et européenne de protection des droits. En Afrique, la particularité est double. En effet, on ne peut la qualifier de continentale du fait de l'existence de deux organisations régionales : l'Union Africaine³¹⁵ et la Communauté Economique Africaine³¹⁶. Ensuite, ce ne sont pas deux mais plutôt

³¹³ Il faut également signaler que dans la plupart des cas, le projet d'intégration instituant le recours à un organe juridictionnel permanent au sein de l'institution n'exclut pas le recours aux moyens juridictionnels dont disposent tous les Etats en général, à savoir l'arbitrage international ou le recours devant la CIJ.

³¹⁴ V. « La juridictionnalisation du droit international », Colloque de la SFDI (Lille 2003), *op.cit.*, p. 241 et s.

³¹⁵ L'Union africaine (UA) est une organisation d'États africains créée en 2002, à Durban en Afrique du Sud, en application de la déclaration de Syrte du 9 septembre 1999. Elle a remplacé l'Organisation de l'unité africaine (OUA). La mise en place de ces institutions (Commission, Parlement panafricain et Conseil de paix et de sécurité) a eu lieu en juillet 2003 au sommet de Maputo au Mozambique. Son premier président a été le Sud-Africain Thabo MBEKI, précédemment président de l'OUA. Ses buts sont d'œuvrer à la promotion de la démocratie, des droits de l'homme et du développement à travers l'Afrique, surtout par l'augmentation des investissements extérieurs par l'intermédiaire du programme du Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD). Ce programme stipule que la paix et la démocratie sont des préalables indispensables au développement durable. Les objectifs de l'UA comportent la création d'une banque centrale de développement

³¹⁶ La Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est une organisation intergouvernementale ouest-africaine créée le 28 mai 1975. C'est la principale structure destinée à coordonner les actions des pays de l'Afrique de l'Ouest. Son but principal est de promouvoir la coopération et l'intégration avec pour objectif de créer une union économique et monétaire ouest-africaine. En 1990, son pouvoir est étendu au maintien de la stabilité

trois juridictions régionales dont la compétence *ratione loci* est censée couvrir celle du continent : la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADH) créée sous la tutelle de l'ex-OUA ; la Cour de justice de l'UA et celle de la CEA qui n'ont pas encore vu le jour.

Le deuxième type de cohabitation est *intra-systémique* c'est-à-dire qu'elle se manifeste entre systèmes de nature équivalente à l'intérieur de chaque continent. Ici, si le problème ne se pose pas dans le contexte latino-américain qui exclut d'emblée une telle juxtaposition³¹⁷, l'enchevêtrement existe en Europe mais dans des proportions très réduites. Seul l'ouest du continent est partagé entre trois organisations d'inégale importance. En revanche, le problème est plus complexe en Afrique où la cohabitation est poussée à son paroxysme entre les différentes organisations d'intégration. Non seulement chaque sous-région (Centre, Est et Ouest) dispose d'au minimum deux organisations régionales aux objectifs d'intégration largement identiques³¹⁸ auxquelles il faut aujourd'hui ajouter l'Union du Maghreb Arabe (UMA) en Afrique du Nord. En plus de ces organisations sous-régionales, il faut rajouter le système OHADA qui étend son champ d'application territoriale sur plusieurs sous-régions, le Centre et l'Ouest et bientôt le Nord, voire en dehors de l'OUA en vertu de l'article 53 du Traité OHADA qui en fait un traité « ouvert »³¹⁹. Plusieurs Etats africains sont aujourd'hui membres de trois organisations d'intégration économique³²⁰, rendant ainsi la cohabitation territoriale particulièrement complexe, voire confuse.

Cette confusion se manifeste au niveau matériel car, quelles que soient les nuances d'intégration, la majorité de ces organisations, notamment en Europe et en Afrique, sont toutes animées par des desseins avant tout économiques visant la constitution d'espaces de libre-marché. Or, comment organiser le comportement du juge belge, néerlandais ou luxembourgeois, tous ressortissants du Benelux, et de la Communauté européenne ? Le même type de scénario peut être envisagé en Afrique où la concurrence de compétence peut avoir lieu entre l'UEMOA et l'OHADA, entre l'UEMOA et la CEDEAO ou encore entre cette dernière et l'OHADA pour ne citer que ces trois exemples. Ce type de difficultés ne se posera pas qu'au niveau du juge, mais également face au

régionale avec la création de l'ECOMOG, groupe militaire d'intervention qui devient permanent en 1999. La CEDEAO compte aujourd'hui 15 États membres. Selon le FMI, le PIB PPA global des États membres de la CEDEAO s'élève à 564,86 milliards de dollars US ce qui en fait la 25^e puissance économique du Monde.

³¹⁷ Les territoires du système andin et centraméricain d'intégration comme le système caribéen sont très strictement délimités, que ce soit au niveau de la géographie mais aussi de l'histoire de chacune de ses sous-régions. Ce qui explique l'absence de coexistence territoriale entre les trois organisations de type économique.

³¹⁸ Deux en Afrique de l'Ouest (CEDEAO et UEMOA) et du Centre (CEMAC et CEEAC) et trois en Afrique de l'Est (COMESA, SADC et CAE).

³¹⁹ Cette disposition stipule que le traité OHADA est ouvert, dès son entrée en vigueur, à l'adhésion de tout Etat membre de l'OUA et non signataire du traité et qu'il est également ouvert à l'adhésion de tout Etat non-membre de l'OUA « invité à y adhérer du commun accord de tous les Etats parties ».

³²⁰ Par exemple, le Burkina-Faso ou la Côte-d'Ivoire appartiennent toutes deux à la CEDEAO, l'UEMOA et l'OHADA axées sur l'Ouest et le Centre, tandis que la Tanzanie, pour sa part, fait partie des trois organisations Est-africaines, la CAE, le COMESA et la SADC.

justiciable qui ne saura pas toujours à quel juge régional recourir. De même, on pourrait imaginer qu'un jour, la compétence de la CADH soit menacée par les compétences de la Cour de justice de l'Union Africaine puisque rien n'interdira à la jurisprudence secrétée par cette dernière de faire des incursions sur le terrain des droits de l'homme³²¹. Il en est de même pour la Cour SADC si jamais elle voyait le jour³²². Dans le même ordre d'idées, la concurrence matérielle inter-systémique pourrait intervenir dans le domaine des droits de l'homme, notamment entre des instances comme les cours africaine, européenne ou interaméricaine de droits de l'homme.

Même si la compétition juridictionnelle entre ces différents organes reste encore hypothétique, il n'en demeure pas moins que leur multiplication, de laquelle découle la multiplication des juridictions internationales, est porteuse de désordre comme le montrent les exemples ci-après. Qu'elles soient permanentes ou temporaires, la compétence de ces juridictions est généralement limitée à un domaine déterminé des relations internationales et au droit qui les encadre³²³. Inévitablement, chacune d'elles a été ou sera confrontée à des questions ayant des impacts et des enjeux bien au-delà de leur domaine initial. En effet, l'impact des échanges économiques sur l'environnement et les droits de la personne, l'adéquation des droits nationaux et du droit international général, l'impact de la défense des droits de la personne sur les enjeux économiques et commerciaux sont autant de facteurs qui vont obliger les juridictions internationales à multiplier des décisions concernant pourtant un même enjeu de stabilité des relations internationales et de soumission de ces dernières à un ordre juridique international³²⁴. S'en suivra un accroissement de l'activité juridictionnelle qui ne sera pas sans conséquence en droit international.

B/- LES CONSEQUENCES PRATIQUES DE LA PROLIFERATION INSTITUTIONNELLE

Comment appréhender aujourd'hui l'impact de la multiplication des juridictions internationales sur l'espace normatif qui encadre les relations internationales ? Doit-on considérer que, malgré leurs différences, ces juridictions sont complémentaires et concourent à un meilleur respect des règles internationales ? Ou, au contraire, cette multiplication des juridictions et des systèmes de règlement des différends reflète-elle une atomisation de l'espace normatif international, peu propice à une stabilité des relations pour les Etats, qui placerait dès lors ces juridictions dans une situation de concurrence ? Plusieurs affaires montrent que la multiplication des juridictions internationales

³²¹ Voir le Protocole de Maputo (2008) sur l'avortement dont on se demandait s'il s'agissait d'un instrument juridique vantant les droits de la femme ou plutôt un Traité contre la mort.

³²² On consultera avec intérêt l'article de Frans VILJOEN, « The realisation of Human Rights in Africa through sub-regional institutions », *African Yearbook of International Law*, vol. 7, 1999.

³²³ Il s'agit, par exemple, des échanges économiques, la sécurité humaine ou la répression internationale du crime.

³²⁴ La multiplication des juridictions internationales, menace sur le droit international ? Colloque international de Montréal organisé par le Centre d'études sur le droit international et la mondialisation de l'UQAM, en collaboration avec la Faculté de science politique et droit de l'UQAM, et les facultés de droit des Universités de Montréal et Mc Gill, Sherbrooke, www.cedim.uqam.ca

entraîne des risques non négligeables de procédures parallèles, avec des risques induits de ce que le juge GUILLAUME a qualifié de « forum-shopping »³²⁵ et, in fine, des interprétations divergentes, voire inconciliables, menaçant l'unité du droit international. Pour le même juge GUILLAUME, cet état de fait constitue certes une avancée positive pour le droit international mais il n'en demeure pas moins que la « *prolifération des tribunaux n'en pose pas moins des problèmes sérieux* »³²⁶ pour l'unité et la sécurité de l'ordre juridique internationale (1). L'absence de hiérarchisation entre toutes ces juridictions internationales favorise la sectorisation du droit international (2) ; ce qui va être illustré par des cas pratiques (3).

1/- La menace pour l'unité et la cohérence du droit international

Lorsqu'on envisage la question de la multiplication des juridictions internationales, la principale inquiétude qui vient à l'esprit concerne l'unité du droit international³²⁷. En effet, il est devenu fréquent de rencontrer l'expression de « conflits de systèmes juridiques ». Une telle approche conflictuelle n'est pas forcément judiciaire car elle induit davantage une concurrence entre systèmes juridiques de niveaux différents. Cette compétition entre systèmes juridiques est bel et bien un phénomène qui tient certes à l'entremêlement croissant des situations juridiques mais aussi à l'augmentation considérable des communications. Elle résulte également d'une recherche croissante de l'élaboration d'un droit commun dont le droit international est l'incarnation la plus ancienne³²⁸. L'émulation et la concurrence qui en résultent peuvent déboucher aussi bien sur un conflit que sur une conciliation, sur une heureuse combinaison que sur un syncrétisme ou un gauchissement. Ces différents phénomènes peuvent également se conjuguer. Il existe une dynamique permanente ascendante comme descendante, mais aussi latérale. Un exemple éclairant peut être donné : celui du principe de proportionnalité, parti du droit allemand vers le droit européen avant de « redescendre » vers le droit français. Nombre d'exemples de concurrence des systèmes juridiques peuvent également être constatés devant les juridictions internationales, qui par principe combinent les différentes traditions juridiques.

En toute hypothèse, même si, au jeu de la concurrence, un système juridique peut paraître l'emporter sur un autre, cette « victoire » est relativisée par le fait que la transposition ne se produit jamais réellement à l'identique et que le système juridique d'origine sort lui-même difficilement «

³²⁵ Gilbert GUILLAUME, Progrès et limites de la justice internationale, Académie des sciences morales et politiques, séance du lundi 4 décembre 2006, <http://www.asmp.fr/travaux/communication/2006/>.

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ La théorie de l'existence d'une unité du droit international a toujours, depuis longtemps, fait l'objet de grands débats doctrinaux, plusieurs auteurs déniaient cette qualité à un système juridique composé lui-même de plusieurs sous-systèmes.

³²⁸ Filipa CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de la règle de droit », *Le Portique*, mis en ligne le 15 décembre 2007, Consulté le 07 mars 2010 : <http://www.leportique.revues.org/index591.html>

indemne » d'une telle concurrence. Ce qui a pour conséquence de multiplier aussi bien les mécanismes de règlement des différends que les divergences jurisprudentielles. Il faut dire que, contrairement aux traités, bilatéraux comme multilatéraux, la coutume internationale garantit au mieux l'unité du droit international dans la mesure où elle lie tous les membres de la Société internationale. Mais ce qui accentue les craintes, c'est surtout le risque de voir se développer, au niveau international, les risques de jurisprudences contradictoires. L'aspect premier du phénomène peut être envisagé lorsqu'un instrument instituant une organisation prévoit une juridiction unique chargée de l'interpréter et d'en contrôler la bonne application comme c'est le cas, par exemple, avec le traité instituant la Communauté européenne dont l'article 292 dispose que « *les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci* »³²⁹.

Un autre aspect de la multiplication des mécanismes de règlement des différends met en évidence les risques de chevauchement de compétences entre juridictions concurrentes. Elles se traduisent par le nombre très élevé d'enceintes juridictionnelles, ouvrant ainsi pour le demandeur un large choix de cas possibles pour l'élection d'une juridiction. On parle alors d'un recours au « *forum shopping* » c'est-à-dire que, pour une même matière, il existe plusieurs choix d'organes juridictionnels auxquels le même litige pourrait être soumis. L'exemple le plus spectaculaire en la matière reste celui de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui organise une véritable concurrence entre juridictions puisqu'il ne compte pas moins de quatre juridictions différentes, compétentes en la matière (article 287 §1). Or, une telle concurrence ne peut que faire courir le risque d'une « confusion » puisque, dans le même temps, il n'existe aucun procédé explicitement prévu pour résoudre les éventuelles contradictions.

Pour établir leur choix, les demandeurs préfèrent désormais s'appuyer sur des considérations relatives à l'accès aux tribunaux, à la procédure suivie, à la composition de la Cour, à sa jurisprudence ou encore à sa capacité de prendre des mesures d'urgence. Par exemple, le différend³³⁰ opposant le Chili et l'Union européenne sur la pêche à l'espadon est très illustratif de ce procédé car, on a vu les deux parties porter le litige devant le Tribunal international du droit de la mer pour l'un pendant que l'autre tentait de saisir l'Organisation mondiale du commerce. Ainsi, on comprend mieux que le choix d'une juridiction peut être motivé par exemple par le fait que la jurisprudence de cette juridiction se trouve être plus favorable à certains intérêts que celle d'une

³²⁹ Cette disposition du (TFUE) est identique à celle de l'article 193 CEEA. L'article 87 du traité CECA était encore plus explicite : « Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à ne pas se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existants entre Elles en vue de soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autres que ceux prévus par celui-ci ».

³³⁰ Tribunal du droit de la mer le 19 décembre 2000, Affaire n°7 concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-Est (Chili / Union européenne).

autre instance. Or, si on se réfère au fait qu'une juridiction s'évalue à la fréquence des saisies dont elle fait l'objet, il y a assurément une crainte de voir certaines jurisprudences déviées en vue de développer leurs activités en dehors de toute approche objective. Le corolaire étant de voir se perpétuer une justice internationale à « deux vitesses ».

Au-delà de la course aux tribunaux, on assiste également à des divergences jurisprudentielles. En effet, l'une des principales conséquences des chevauchements juridictionnels réside dans le fait qu'ils augmentent les risques de contrariété des jugements. Ainsi par exemple, deux tribunaux peuvent être saisis concurremment d'un différend et rendre des décisions complètement contradictoires. Tout comme il n'est pas rare de retrouver des interprétations différentes d'une même règle de droit au sein des motifs rendus par deux juridictions dans le cadre d'une affaire similaire. Ces différents risques, qui portent atteinte à l'unité du droit international, ont été observées dans bon nombre d'affaires³³¹. De même, on peut noter que l'autonomie revendiquée pour la mise en œuvre des différents régimes relatifs aux droits de l'homme, par exemple, constitue une manœuvre subtile de certains organes pour les universaliser, comme l'écrit Martti KOSKENNIEMI³³².

2/- L'absence de hiérarchisation des juridictions internationales favorise la sectorisation du droit international

La multiplication des institutions et la prolifération d'organisations internationales impliquent un chevauchement dans les mandats et parfois une duplication d'activités. Sur le plan pratique, on peut constater que l'absence de hiérarchisation entre juridictions internationales fait apparaître des pratiques institutionnelles divergentes ainsi que des procédures de plus en plus complexes.

Lorsque la CPIJ a été créée en 1922, elle était la seule juridiction internationale permanente. Aujourd'hui on assiste à une prolifération de cours et de tribunaux tels que le grand public a du mal à s'y retrouver. Ainsi, par exemple, au niveau régional, on peut citer des cours comme celles de Luxembourg et de Strasbourg ; au niveau mondial, les tribunaux pénaux internationaux, (Yougoslavie et Rwanda), et la Cour pénale internationale, créée récemment par le Traité de Rome et qui siège elle aussi à La Haye. Enfin, on peut répertorier également, dans cet « amas » juridictionnel, des institutions spécialisées tels le Tribunal international sur le droit de la mer à

³³¹ Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, jugement du 15 juillet 1999, n°IT-94-1-A, p. 57, § 137. Ainsi dans son jugement *Tadic* de 1999, le TPIY a expressément dévié de la jurisprudence de la CIJ et de son arrêt *Nicaragua* de 1986 concernant l'imputation de la conduite des forces armées irrégulières à un Etat. La décision de s'éloigner du standard du « contrôle effectif » vers le « contrôle global » a, de manière significative, accru la responsabilité des Etats indirectement impliqués dans des conflits internes. Une telle modification implique un changement de préférence normative à l'égard d'un ensemble de problèmes internationaux.

³³² M. KOSKENNIEMI, « La politique du droit international », *op.cit.*, p. 353.

Hambourg, l'organe d'appel de l'OMC à Genève ainsi qu'un certain nombre d'autres institutions, tribunaux administratifs internationaux etc. Il faut dire qu'une telle évolution était inévitable du fait de la multiplication des relations entre Etats, leur diversification et leur spécialisation qui impliquaient nécessairement la création de juridictions de ce genre.

Toutefois, comme cela a été précisé à plusieurs reprises, cela pose le problème de l'unité du droit international compte tenu de l'éventualité des conflits normatifs qui peuvent se poser. Il est vrai que plusieurs solutions de prévention contre les conflits normatifs existent mais elles ne sauraient constituer une panacée par rapport à cette problématique. Ce qu'il faut, c'est de radicaliser les procédures en soumettant hiérarchiquement les différents juges internationaux à un juge international suprême. S'il est vrai que la CIJ a prétendu qu'elle pouvait jouer le rôle de juridiction suprême, à l'image d'un Conseil constitutionnel en droit interne français, par exemple, la nature très particulière de la société internationale ne semble pas le permettre. L'absence d'une hiérarchisation des juridictions internationales constitue, de ce fait, un véritable problème pour la cohérence et l'unité de l'ordre juridique international. L'enjeu ici ne concerne pas uniquement une institution isolée mais l'ensemble du système juridique car il devient difficile d'identifier, entre les différentes réalisations partielles, les règles ou les normes juridiques qui sont inhérents au système en entier.

Une des manifestations de ce phénomène est visible dans une décision judiciaire qui met en avant le « pouvoir inhérent » de la juridiction internationale à laquelle elle se rapporte³³³. Ainsi par exemple, l'invocation par la Chambre d'appel du TPIY, dans l'arrêt *Tadic*, de la compétence de sa compétence pour s'engager dans un contrôle de licéité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies participe de cette mise en avant de son « pouvoir juridictionnel »³³⁴. Il en est de même dans l'arrêt *LaGrand* dans lequel la CIJ a affirmé le caractère obligatoire de ses ordonnances en s'appuyant, dans le cours d'une interprétation téléologique de son statut, sur sa « mission fondamentale [de] règlement *judiciaire* des différends internationaux »³³⁵. Peu de temps après, la CIRDI a aussi pris argument d'un pouvoir inhérent à toute juridiction pour affirmer, à son tour, le caractère obligatoire des mesures conservatoires qu'il adopte³³⁶. Comme l'explique Hervé ASCENSIO, ces prises de pouvoir sont caractéristiques du phénomène institutionnel.

A partir de là, on comprend le risque qu'il peut y avoir de ce que les juridictions internationales fassent apparaître des décisions de justice contradictoires et génèrent des complexités procédurales.

³³³ Le professeur Hervé ASCENSIO parle d' « Esquisse d'un pouvoir juridictionnel international » de la part de chaque juridiction internationale (cf. La notion de juridiction internationale en question, *SFDI*, Colloque de Lille, *op.cit.*, p. 192.

³³⁴ TPIY, App., Exceptions préliminaires, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, n°IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, §18.

³³⁵ CIJ, *Affaire LaGrand (Allemagne c/ Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 2001, § 102 (italiques ajoutées).

³³⁶ CIRDI, *Victor Rey Casado et Fondation Président Allende c/ Chili (mesures conservatoires)*, 25 septembre 2001, § 20, V. note Ph. WECKEL in *RGDIP*, 2002/3, pp. 683-695, et spéc. p. 687, rattachant également le raisonnement tenu dans cette affaire ainsi que dans l'affaire *LaGrand* à la théorie de l'*implied power*.

Dans le premier cas, on assiste de plus en plus à des pratiques institutionnelles divergentes concourant à l'apparition de décisions de justice contradictoires. Ainsi, différents organes évoluant dans le concert du droit international sont appelés à donner aux règles de droit international général, une interprétation différente de celle jusque-là retenues par la CIJ. C'est le cas, par exemple, des cours régionales des droits de l'homme et de l'organe d'appel de l'OMC. Or, ces interprétations pourraient avoir une influence grandissante sur l'ensemble des règles et des sujets du droit international. Ce fut, par exemple, le cas dans l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY rendu dans le cadre de l'affaire *Tadic*, le 15 juillet 1999 qui voyait la confirmation, par cet organe, de la condamnation du sieur Dusko Tadic pour violations graves du droit international humanitaire.

Cette décision a apporté des réponses nouvelles, et en partie controversées, à plusieurs questions importantes, réponses qui ne manqueront pas d'influencer la pratique du droit international humanitaire. Il s'agit, entre autres, de la qualification juridique du conflit (ou plutôt des conflits) sur le territoire de l'ex- Yougoslavie ; le concept de la participation au crime ; la définition de la notion de personne protégée ; l'applicabilité du concept de crime de guerre aux situations de conflits armés non internationaux ; l'importance des règles coutumières en matière de criminalisation de certains comportements lors de conflits armés non internationaux ; la notion de crime contre l'humanité, etc.

Les décisions de la Chambre d'appel de 1999 représentent des décisions phares du droit international contemporain qui voient l'amélioration de la définition d'un conflit armé et le champ d'application du droit international humanitaire : « *...un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non*³³⁷. »

Par ailleurs, les juridictions internationales génèrent des complexités procédurales. Cela se traduit par le phénomène de « forum shopping »³³⁸ qui est une pratique bien sûr contraire à la sécurité juridique internationale car elle va à l'encontre d'une interprétation uniforme d'une convention en laissant le soin à chacune des parties de porter le litige devant la juridiction de son choix. Or, la

³³⁷ *Procureur c. Dusko Tadic*, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, §70.

³³⁸ Terme désignant la faculté, pour un requérant, de choisir parmi les juridictions potentiellement compétentes celle qui répondra le plus favorablement à sa demande.

Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, élaborée sous les auspices des Nations Unies, prévoit des règles d'interprétation des Conventions internationales. L'article 31 de cette Convention, dispose en effet qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte, et à la lumière de son objet et de son but » (para. 1). Par ailleurs, « un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties » (para. 4). L'article 32 prévoit des « moyens complémentaires d'interprétation ». Selon ces dispositions, on peut utiliser d'autres références d'interprétation, notamment les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, soit pour confirmer l'interprétation qui résulte de l'application de l'article 31, soit pour en déterminer le sens si l'interprétation est ambiguë ou obscure ou si elle conduit à des résultats manifestement absurdes ou déraisonnables. Enfin l'article 33 renferme des dispositions relatives à l'interprétation de traités rédigés dans différentes versions linguistiques. Ces dispositions relatives aux méthodes d'interprétation pourraient guider les juridictions de chacun des Etats contractants pour en venir à une interprétation uniforme d'une Convention en cas de litige, au lieu de laisser chacune des Parties aller de son plein gré comme il sera vu dans les exemples ci-après.

3/- Exemples de divergences et de conflits de jurisprudence en droit international

Il serait judicieux d'analyser des exemples concernant les rapports entre la Cour internationale de justice et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'une part (a) et les exemples au niveau communautaires (b).

a) Les divergences entre la CIJ et le TPIY

La plupart des divergences entre juridictions internationales se manifestent essentiellement, à ce jour, entre la jurisprudence de la CIJ et celle du TPIY, même si certains auteurs classent également l'affaire *Loizidou c. Turquie* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) parmi les cas de conflits de jurisprudence³³⁹.

³³⁹ Selon ces auteurs, la CEDH donne dans cette affaire une interprétation restrictive de la réserve de la Turquie à la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme (cette réserve contient une clause de restriction de la portée territoriale de la réserve) alors qu'à ce jour, la CIJ n'a jamais déclaré une réserve incompatible avec le Statut de la Cour. Finalement, il s'agit ici non pas d'un cas de conflit entre les décisions de deux juridictions internationales, mais d'une prise de position par une juridiction sur un sujet sur lequel une autre juridiction n'a jamais pris position, sans doute parce qu'elle n'y a pas encore été confrontée. En effet, la CIJ n'avait jamais eu à connaître de la question que la CEDH avait à trancher dans l'affaire *Loizidou*, à savoir les conséquences de la déclaration d'acceptation de la compétence si une des réserves liées à cette déclaration est jugée invalide (V. K. OELLERS-FRAHM, « Multiplication of International Courts and Tribunals and conflicting Jurisdiction-Problems and Possible Solutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 81-83).

Ainsi, l'exemple le plus cité pour sensibiliser du danger de la fragmentation juridictionnelle³⁴⁰ est celui qui a opposé les positions jurisprudentielles de la CIJ et du TPIY à propos de la nature du contrôle exercé sur les belligérants par un Etat intervenant dans un conflit armé utilisé comme base d'imputation des actes incriminés ; à ce propos, l'opposition de jurisprudence de la Cour mondiale et celle du TPIY, a été la plus vive, à travers la contradiction entre l'arrêt rendu par le Tribunal en 1999 dans l'affaire *Tadic*³⁴¹ et celui rendu par la CIJ en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*³⁴². Dans l'affaire des *Activités militaires*, la CIJ était appelée à se prononcer sur le point de savoir si les Etats-Unis pouvaient être tenus pour responsables des actes commis par les *contras* en violation du droit humanitaire du fait qu'ils étaient intervenus aux côtés de ces derniers. D'après la Cour, les Etats-Unis n'ayant pas exercé un « contrôle effectif » sur les opérations militaires et paramilitaires au cours desquelles ces actes avaient été commis, ne pouvaient être tenus pour responsables³⁴³. L'aide apportée aux insurgés voire même la planification des opérations n'avait pas paru suffisant à la Cour pour constater la responsabilité des Etats-Unis.

Le TPIY eut à faire face à des faits similaires dans l'affaire *Tadic*. Il devait en effet se prononcer sur le point de savoir si les violations du droit international humanitaire perpétrés en Bosnie-Herzégovine par les factions serbes en tant que forces armées de la « République Srpska », aidées par la République fédérale de Yougoslavie pouvaient être imputées à cette dernière. Sur la base du critère du « contrôle effectif », la Chambre de Première instance du TPIY déclara qu'il n'existe aucun élément de preuve lui permettant de dire que la République de Yougoslavie a « jamais dirigé ou ressenti la nécessité d'essayer de diriger les opérations militaires effectives » des Serbes de Bosnie. La Chambre du TPIY a estimé que les forces armées de la « Republika Srpska » « étaient suffisamment distancées » du gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie pour être considérées comme des organes ou des agents *de facto* de celui-ci³⁴⁴.

Même si ces deux affaires se déroulent dans des contextes différents³⁴⁵ comme l'a d'ailleurs relevé le TPIY lui-même³⁴⁶, le plus surprenant dans les rapports entre la jurisprudence des deux

³⁴⁰ Voir, entre autres : La Déclaration de l'ancien Président de la CIJ, M. Stephen SCHWEBEL (Cf. communiqué de Presse, 99/46 du 26 octobre 1999) ; la Déclaration de l'ancien Président de la CIJ, Gilbert GUILLAUME à l'Assemblée générale des Nations Unies, le 26 octobre 2000 (Cf. le site de la CIJ : <http://www.icj.-CIJ.org>) ; il a rappelé sur cette question l'idée force dans son discours à la VIe Commission des Nations Unies le 31 octobre 2001 ; R. JENNING, « The Proliferation of Adjudicatory Bodies : Dangers and Possible Answer », art.préc.

³⁴¹ *The Prosecutor v. Tadic*, Judgment of Appeals Chamber 15 July 1999, *ILM*, 38, (1999), pp. 1518 et s.

³⁴² Arrêt du 27 juin 1986, CIJ, *Rec.* 1986.

³⁴³ *CIJ, Recueil*, 1986, p. 62, pars. 109-110 ; p. 139, par. 277.

³⁴⁴ TPIY, *Dusko Tadic*, 1^{ère} instance, n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, par. 605.

³⁴⁵ La décision de la CIJ dans l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis avait trait à la responsabilité internationale des Etats alors que celle du TPIY concernait la responsabilité pénale individuelle en raison de la violation des normes du droit international humanitaire

juridictions internationales n'est pas la divergence des positions, mais plutôt, comme l'explique Maurice KAMTO³⁴⁷, le fait que le Tribunal soit entré dans une discussion détaillée de l'arrêt de la CIJ, allant très loin dans la critique au point de considérer la décision de la Cour comme « *not always a straight line of reasoning* »³⁴⁸ et « *at first sight somewhat unclear* » quand bien même il n'y aurait pas lieu d'y voir une prétendue « *erreur de droit que la Cour internationale de justice aurait commise* »³⁴⁹. En apparaissant de la sorte comme « donneur de leçon », il semble que le Tribunal se soit institué en « sorte de juridiction d'appel » ou de contrôle ; ce qui a fait dire à certains auteurs³⁵⁰ que le Tribunal est allé bien au-delà de *sa jurisdiction* dans cette affaire, justifiant par la même occasion l'inquiétude soulevée par deux anciens présidents de la CIJ³⁵¹.

Toujours dans le cadre des relations entre la Cour mondiale et le TPIY, on relève ainsi que, dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ déclarait que tout droit de recourir à des représailles armées en temps de paix doit être, comme le droit de légitime défense, « régi par le principe de proportionnalité »³⁵². Quelques mois seulement après, le TPIY jugea dans l'affaire *Marti* que toutes représailles armées étaient interdites³⁵³, suscitant ainsi une désapprobation parmi les juristes³⁵⁴. Les divergences entre les deux juridictions internationales sont également apparues à l'occasion de la qualification des conflits de l'ex-Yougoslavie. Dans l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a déclaré, avec une certaine prudence, que pour les besoins de l'application de la convention de 1948, il fallait chercher à savoir si le fait que ces conflits soient internes ou internationaux était sans importance³⁵⁵. En revanche, dans la première phase de l'affaire *Tadic* en 1995, la Chambre d'appel du TPIY a affirmé la compétence du Tribunal en déclarant que lesdits conflits avaient « *both internal and international aspects* »³⁵⁶. Pour le TPIY, la

³⁴⁶ Le Tribunal relève que « les faits dans l'affaire du Nicaragua diffèrent énormément de ceux de la présente espèce... », cf. TPIY, *Dusko Tadic*, Chambre d'Appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 101.

³⁴⁷ Cf. SFDI, « La juridictionnalisation du droit international », Colloque de Lille, Edition A. Pedone, 2003, pp. 413 et s.

³⁴⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, N°IT-94-1-A, 15 July 1999, par. 108.

³⁴⁹ V. « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, t. 104, 2002/2, p. 540.

³⁵⁰ Voir notamment les Déclarations du Président GUILLAUME précitées, en particulier celle d'octobre 2000 où, selon lui, la décision du TPIY dans l'affaire *Tadic* apporterait « anarchie et chaos dans le droit international » ; F. OELLERS-FRAIM, *art. préc.*, p. 79 ; M. SASSOLI & L.-M. OLSON, « *Prosecutor v. Tadic*, *AJIL*, 94, 2000, p. 575 ; S. ROSENNE, *op.cit.*, pp. 127-128.

³⁵¹ Il s'agit de MM. Stephen SCHWEBEL et Gilbert GUILLAUME.

³⁵² Avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ, *Rec.*, 1996, p. 246, par. 46.

³⁵³ *The Prosecutor v. Milam Marti*, case n°IT-95-11-R61, T.ch. I, Decision of March 1996, reproduite dans 108 *ILR* 39, par. 17 (1998).

³⁵⁴ Lire par ex. T. CHRISTAKIS, « Les relations entre la CIJ et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : les premières fissures de l'unité du droit », *L'Observateur des Nations Unies*, 1996, n°1, pp. 62-67.

³⁵⁵ CIJ, *Recueil*, 1996.

³⁵⁶ *V. Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case n° IF-94-1, Ch., 2 october 1995, par. 77.

participation³⁵⁷, lors d'un conflit interne, de ressortissants d'un Etat étranger à celui où a lieu le conflit, est un élément d'internationalisation du conflit³⁵⁸.

A côté, d'autres exemples non moins importants peuvent être considérés. L'affaire *Kvočka* et autres jugée par le TPIY, attire l'attention sur une hypothèse de concurrence jurisprudentielle liée à la différence du champ de compétence *ratione personae* entre le TPIY et la CIJ. Les deux juridictions ayant compétence pour connaître d'une affaire relative à la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, la CIJ sur la base de l'article IX de la Convention et le TPIY sur la base de son Statut. Toutefois, la CIJ ne peut connaître que de la responsabilité de l'Etat pour violation des dispositions de cette convention à l'exclusion des individus alors que, de son côté, le TPIY ne peut poursuivre que les individus coupables de violation et non les Etats. Or, le fait que la CIJ puisse détenir des preuves de culpabilité des individus, en vertu de la position de leur Etats, peut l'amener à se prononcer sur ces derniers et donc sur une même question que le tribunal relativement à une même convention. En l'espèce, le sieur ZADIG avait fait une motion au tribunal, lui demandant de surseoir la procédure devant la chambre de jugement au motif que l'affaire, sur ce plan, était toujours pendante et en cours à la CIJ. Ce que refusa le TPIY, estimant qu'il ne revenait pas à la CIJ de se saisir de cet aspect du litige.

Quant à l'affaire de l'*Espadon (Chili c. Union européenne)* né de la fermeture des ports chiliens aux navires battant pavillon d'un Etat membre de l'Union, les empêchant ainsi d'introduire leurs prises au Chili, l'Union estima que cette mesure violait à la fois la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer relatif à la pêche, mais aussi les articles V et XI du GATT de 1994. Faute de solution amiable, le litige fut porté à la fois devant l'ORD de l'OMC et devant le TIDM. Si, en l'espèce, une solution amiable n'avait été trouvée entre les parties par la suite, cela aurait peut-être débouché sur deux décisions contradictoires sur cette même affaire³⁵⁹.

b) Exemples des affaires de « MOX » et du « Chemin de fer du Rhin »

La CJCE³⁶⁰ et même la doctrine spécialiste de la matière³⁶¹ affirment d'une voix singulière l'autonomie et le caractère sui generis de « l'ordre juridique communautaire ». L'article 292 du

³⁵⁷ Cette participation peut être directe ou par apport d'une aide matérielle ou organisationnelle.

³⁵⁸ Dans l'affaire *Rajic*, la deuxième Chambre de la Cour d'appel du TPIY vint à la conclusion que le conflit en Bosnie-Herzégovine était « un conflit international », non seulement en raison de la participation directe des forces armées croates mais aussi du fait que les forces bosno-croates avaient des relations si étroites avec la Croatie qu'elles pouvaient être considérées comme agents de ce pays (V. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case n° IF-95-12, 13 sept. 1996, par. 17-32).

³⁵⁹ Maurice KAMTO, in *SFDI, op.cit.*, p. 409.

³⁶⁰ Dès 1963, la Cour affirme, dans la célèbre affaire *Van Gend & Loos*, que la communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international (cf. CJCE 5 févr. 1963, aff. 26/62, Rec. pp.1-58). L'année suivante, dans un autre arrêt de renom, l'affaire *Costa c/ENEL*, la référence au droit international est abandonnée pour lui préférer la formule selon laquelle le Traité CEE a institué un « ordre juridique propre », (cf. CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, Rec. pp. 1141-1193).

³⁶¹ Voir notamment J. H. H. WEILER et U. R. HALTERN, « Response : The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass », *Harv. ILJ*, 1996, vol. 37, n°2, pp. 411- 448; P. PESCATORE, *Droit international et droit*

Traité instituant la Communauté européenne (TCE), en confiant l'exclusivité de la compétence de la solution des litiges relatifs à l'interprétation et à l'application du droit communautaire à la CJCE se pose en garant de cette autonomie³⁶². Plusieurs affaires devenues célèbres illustrent de manière éclatante cette détermination de la CJCE à garder jalousement l'exclusivité de sa compétence : c'est le cas de l'affaire *MOX* ou encore celle du *Rhin de fer*.

La première, l'affaire de *l'Usine MOX*, représente à juste titre l'un des exemples les plus pertinents pour souligner les possibles interactions qui découlent du pluralisme juridique international³⁶³. Sa particularité consiste notamment dans un entrelacement très complexe des deux questions de fond que ce pluralisme pose, à savoir la question des relations entre institutions appartenant à différents « espaces normatifs » de droit international (aspects institutionnels) et celle des relations entre les normes et les concepts juridiques desdits espaces (aspects substantiel). Les circonstances qui ont donné lieu au différend sont bien connues : elles partent des objections soulevées par l'Irlande à l'encontre du Royaume-Uni relativement à la mise en service d'une usine pour la production des combustibles pour réacteurs nucléaires associant de l'oxyde de plutonium à de l'oxyde d'uranium (« mixed oxyde = usine MOX) à Sellafied, localité située sur la côte britannique à 135 km des côtes irlandaises. Ces objections faisant référence en particulier aux possibles conséquences pour le milieu marin de la Mer d'Irlande des activités de l'usine.

Or du *point de vue institutionnel*, quatre organes de règlement de différends internationaux ont été saisis, à titre différent, de la question : le Tribunal arbitral institué conformément à l'article 32 de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est du 22 septembre 1992 (convention OSPAR) ; le Tribunal arbitral créé en application de l'annexe XVII de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982 (CMB) ; le tribunal international pour le droit de la mer (TIDM) et enfin la Cour des justices des communautés européennes (CJCE).

D'un autre côté, s'agissant de *l'aspect substantiel*, on a assisté à l'invocation, à titre principal, de dispositions appartenant à trois différents régimes juridiques conventionnels, à savoir : les dispositions de la convention OSPAR relatives à l'accès aux informations sur l'environnement,

communautaire – Essai de réflexion comparative, Nancy, Centre européen universitaire, 1969, 32p. Dans le cadre de la doctrine internationaliste, lire A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Académie of European Law*, vol. v-2, 1994, pp. 193-271.

³⁶² L'article 292 dit en effet que « Les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent Traité à un mode de règlement autre que celui-ci » et l'article 220 énonce pour sa part que : « La Cour de justice et le Tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité ».

³⁶³ Pour plus de précisions, lire le Rapport final du Groupe d'étude de la Commission du droit international portant sur la « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Rapport Koskenniemi*, UN doc. A/CN.4/L.682, 13 avr. 2006, points 10-13.

certaines dispositions de la CMB portant sur la protection et la conservation du milieu marin et, enfin, des actes contraignants de droit dérivé adoptés dans le contexte de la politique environnementale de la Communauté européenne.

Au regard du jugement rendu, on constate au final qu'à la différence du cas du Tribunal OSPAR, toutes les juridictions saisies de cette affaire ont manifesté une attitude positive, quoique parfois timide, à l'égard de la circulation des concepts environnementaux. Une telle attitude semble faire ressortir, à titre principal, une conception « fermée » des relations entre règles internationales appartenant à différents espaces juridiques.

En ce qui concerne *l'affaire du Chemin de fer du Rhin*, les faits tournent autour de la réactivation d'une ligne de chemin de fer « Rhin de fer » qui, partant du port d'Anvers (Belgique), traverse les Pays-Bas avant de finir dans le bassin de la Rhur en Allemagne. L'entreprise de réactivation est le fait de la Belgique mais les Pays-Bas, traversés par la ligne, conteste les modalités de sa réalisation. Le Traité de séparation qui donne un droit de passage à la Belgique sur le territoire néerlandais n'est pas mis en cause mais plutôt la tendance de la Belgique à minimiser, autant que faire se peut, l'impact sur l'environnement, notamment en ce que certaines portions de passage ont été désignées « réserves naturelles » sur le fondement du droit néerlandais et en conformité avec le droit communautaire. Les Pays-Bas estiment par conséquent que la réactivation de la ligne est sujette à l'adoption de mesures de protection de l'environnement adéquates afin de satisfaire la législation interne en la matière. Ce sont ces mesures de protection qui vont se révéler être un point de discordance central avec la Belgique.

Dans ce contexte, la Belgique trouve injustifiées ces mesures car, estime-t-elle, elles pourraient rendre l'exercice du droit de passage anormalement difficile, voire impossible et devraient, en tout état de cause, être assumées par les Pays-Bas. Ces derniers trouvent au contraire ces mesures légitimes et estiment même qu'il revient à la Belgique d'en supporter l'essentiel de la charge financière.

Comme on peut le voir, l'environnement et son droit sont au cœur de ce litige que les parties ont choisi de soumettre à un tribunal arbitral *ad hoc* constitué sous les auspices de la Cour permanente d'Arbitrage³⁶⁴. La sentence qui en résultera ne se rattache ainsi à aucun « système » particulier, si ce n'est celui du « droit international commun »³⁶⁵. Cet arbitrage « hors système » n'en constitue pas moins l'un des « points d'observation privilégiés sur les dynamiques de

³⁶⁴ *Belgique c/Pays-Bas* du 24 mai 2005, *sentence dite de l'affaire du Rhin de fer*, disponible sur www.pca-cpa.org

³⁶⁵ De l'expression de Ch. DE VISSCHER in, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p.92.

fragmentations/homogénéisation de l'ordre juridique international »³⁶⁶. En effet, pour déterminer le droit applicable au différend, le Tribunal n'hésite pas à emprunter aux normes et concepts du droit communautaire européen³⁶⁷. Cet emprunt témoigne ainsi de la circulation de concepts juridiques d'un système particulier à un système général. De plus, le tribunal adopte une attitude d'ouverture en incorporant certaines règles coutumières du droit international de l'environnement au droit applicable au litige qu'il est chargé de résoudre. Ce qui dénote une volonté d'homogénéisation avec l'ambition affichée de participer à la cohérence du droit international commun ou général. A cette fin, l'intégration des règles du droit international de l'environnement par la combinaison des techniques d'interprétation peut paraître un exercice légitime pour les arbitres... L'emprunt au droit communautaire cependant, s'il semble à première vue contribuer à l'unité du droit international, se révèle, à bien y regarder, une source potentielle de fragmentation de ce dernier.

Ainsi, le compromis d'arbitrage qui fonde le litige demande au Tribunal de se prononcer à la lumière du droit international mais aussi du droit communautaire³⁶⁸. Tout comme le Groupe spécial de l'OMC qui, dans *l'affaire des bananes*, n'avait pas d'autres solutions que d'examiner les dispositions de la convention de Lomé dans l'interprétation de la dérogation des parties au GATT, le Tribunal arbitral dans l'affaire du Rhin de fer se devait d'examiner le droit communautaire et notamment l'article 292 du TCE et d'évaluer leur pertinence pour la résolution du litige entre la Belgique et les Pays-Bas. Mais si le Tribunal n'a pas manqué d'expliquer, à travers de longs développements, le rôle du droit communautaire dans la solution du litige³⁶⁹, l'usage « anti-conventionnel » que les arbitres font du droit communautaire semble pourtant se révéler de nature à accroître les risques de fragmentation. Cet usage souligne effectivement la tension entre la déférence à l'égard de la CJCE et la recherche de cohérence de l'ordre juridique international d'une part, et la volonté du Tribunal d'affirmer sa compétence pour résoudre le litige en son entier, d'autre part.

La question du risque de fragmentation de l'ordre juridique international découlant, entre autres, de la multiplication des mécanismes de règlement des différends, fait l'objet d'une riche réflexion doctrinale³⁷⁰. Parmi les mécanismes susceptibles d'assurer la cohérence des interprétations entre

³⁶⁶ *Emergence et circulation des concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation*, Rapport pour la mission de recherche Droit et justice, 2008, p.4, http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/requete_resultat2.php?reference=401.

³⁶⁷ Pour légitimer l'examen du droit communautaire alors même que le compromis d'arbitrage constituait en l'espèce une base juridique, le Tribunal s'est appuyé sur les dispositions de l'article 31. § 3 alinéa (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui renvoie à « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Pour cette raison ainsi que pour des raisons relatives à sa propre juridiction, *le Tribunal a examiné toutes les dispositions du droit communautaire qui pourraient être considérées comme éventuellement pertinentes en l'espèce*.

³⁶⁸ En tenant compte, le cas échéant, des obligations des parties en vertu de l'article 292 du Traité CE, Cf. sentence, § 4.

³⁶⁹ Cela est parfaitement illustré à travers les § 97 à 107, sentence arbitral...

³⁷⁰ Sur la question de l'unité du droit international en général, Cf. entre autres, P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-489. Ainsi que le commentaire de Ch. LEBEN, « un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le Cours général de P-

juridictions, le juge Gilbert GUILLAUME propose celui d'un renvoi préjudiciel opéré au bénéfice de la Cour internationale de Justice³⁷¹. Cette technique de suspension d'une procédure au profit d'un renvoi préjudiciel opéré au bénéfice d'un autre organe judiciaire pour assurer la cohérence des interprétations entre juridictions, avait déjà été utilisée au profit de la CJCE par le Tribunal arbitral dans le cadre de l'affaire *MOX*³⁷² afin d'éviter deux décisions contradictoires. Cette vision est ainsi largement corroborée par la sentence du *Rhin de fer* car s'inscrivant dans le prolongement de l'affaire *MOX*. En agissant de la sorte, le Tribunal arbitral montre son envie d'assurer la cohérence du droit international en évitant la multiplication des interprétations de ses normes.

La conséquence qui découle d'une telle « appropriation » est d'une part une modification de la portée du mécanisme et, d'autre part, « un glissement du sens qui lui est attribué dans son ordre juridique d'extraction »³⁷³. A la suite de cette adaptation du mécanisme de renvoi préjudiciel de l'article 234 à la situation dans laquelle il se trouve, le tribunal transpose également l'interprétation autorisée des critères de mise en jeu de cette disposition. Là encore, en vue de déterminer si l'interprétation du droit communautaire est nécessaire pour que le Tribunal puisse rendre sa décision au cas dont il est soumis, et ainsi activer l'obligation de renvoi conformément à la jurisprudence *CILFIT*³⁷⁴. Or, en application de cette doctrine, le Tribunal en vient à conclure que ni l'interprétation et l'application des dispositions relatives au réseau ferroviaire transeuropéen, ni celles du droit communautaire de l'environnement, tels que découlant des critères établis par la jurisprudence relative à l'article 234, ne sont pas nécessaires pour qu'il puisse se prononcer sur l'affaire. Le Tribunal a ainsi retenu sa propre compétence estimant que les conditions d'activation de l'article 292 n'étaient pas réunies en l'espèce.

Par cette conclusion, le Tribunal arbitral a mis en jeu l'homogénéité du droit international à un double titre : D'une part en calquant les conditions d'activation de l'article 292 sur celles de l'article

M DUPUY, (*RCADI*, 2002,...), *RGDIP*, 2005, pp. 75-100 ; G. Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, pp. 23-30 ; N. VALTICOS, « Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international », in *Theorry of International Law at the Threshold of the 21 st Century : Essays in Honour of KRZYSZTOF SKUBISZEWSKI*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 301-322 sans oublier les travaux de la CDI portant sur la fragmentation du droit international.

³⁷¹ Cf. G. GUILLAUME, « La Cour internationale de justice. Quelques réflexions concrètes à l'occasion du cinquantième », *op. cit.* pp. 167-183.

³⁷² Ce Tribunal avait été établi sur le fondement de la Partie VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Cf. *Ordonnance* n°4 du 14 novembre 2003 disponible sur www.pca-cpa.org

³⁷³ Sur la question, Cf. V. BARRAL, *op.cit.* pp. 353-357.

³⁷⁴ Il ressort de l'arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 1962, dans l'affaire 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA/Ministère de la santé*, que l'autorité de l'interprétation donnée par la Cour en vertu de l'article 177 du traité CEE (devenu article 234 du traité CE) peut priver l'obligation de renvoi de sa cause et la vider ainsi de son contenu notamment quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ou que le point de droit en cause a été résolu par une jurisprudence établie de la Cour, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige.

234, le Tribunal se livre en fait à une interprétation de la portée de l'article 292 qui se révèle nécessaire à la détermination de sa compétence³⁷⁵. En cela, le Tribunal empiète sur la compétence exclusive de la CJCE. Ce qui donne lieu à de multiples interprétations d'une disposition juridique, avec des dissonances... D'autre part, l'organe arbitral ne se borne pas à interpréter le sens d'une disposition procédurale telle celle de l'article 292 ; il en vient, malgré lui, à interpréter certaines dispositions substantielles du droit de l'environnement. Ce qui aboutit, en substance, à un accroissement des divergences potentielles d'interprétation d'une juridiction à une autre, participant ainsi au phénomène de fragmentation de l'ordre juridique international.

Comme on peut le constater dans ces deux exemples, le fait qu'une Cour donnée comporte, au vu de son statut, une compétence limitée sur sa capacité à être saisie d'un différend, la conduit inévitablement vers un processus de fragmentation. De même, dans les décisions de justice, la fragmentation peut provenir de la compétence limitée d'une Cour ou d'une stratégie des parties orientée vers la fragmentation en préférant se baser sur la *lex specialis* en désavouant la cohérence et l'unité du système ou encore de la prise en considération de l'objet du différend par les juges.

Conclusion du chapitre premier

En conclusion de ce premier chapitre, on retiendra que toute société se caractérise avant tout par ses traits d'évolution ainsi que par les diverses modulations dont elle peut faire l'objet au fil du temps. La société internationale n'échappe pas à cette règle comme on peut le constater à travers l'évolution de son ordre juridique. On a pu ainsi distinguer une évolution importante dans le domaine des relations internationales, dans le domaine social et dans celui du produit juridique relevant de la transformation de cette société. Jean-Guy BELLEY parle à juste titre d'un « droit désorganisé » et constate qu'il tend à être « *un régime de droit réservé aux organisations et aux formes de sociabilité formelles qu'elles ont appris à mobiliser au sein d'elles-mêmes et entre elles* »³⁷⁶.

Le résultat est que le droit international connaît une production normative de plus en plus dispersée en de foyers multiples. Ce qui a pour conséquence de limiter de mieux en mieux sa validité dans le temps, une application exigeant d'importantes marges discrétionnaires et une étroite articulation avec d'autres dispositifs normatifs. Tout cela se rapporte aux concepts de droit « post- ou de néo-moderne » dont les rapports avec le droit international général ne pouvaient qu'avoir des impacts sur

³⁷⁵ Dans le cas contraire, une interprétation à la « lettre » impliquerait en effet que l'acte d'interprétation de l'article 292 lui-même entre justement dans le champ d'exclusivité qu'il définit, ce qui aurait pour conséquence d'imposer au tribunal arbitral de rejeter sa propre compétence.

³⁷⁶ Pierre GUINBETIF, Réaction à l'article de Jean-Guy BELLEY, « Le Pluralisme Juridique comme Doctrine de la Science du Droit », 2002.

l'ordre juridique international et sur le système juridique international. Ce sera l'objet du second chapitre de ce titre.

Chapitre II – La fragmentation : un phénomène qui accroît la complexité des interactions entre les normes internationales

Autrefois « politisé » sous sa forme classique³⁷⁷, le droit international s'est quelque peu « dépolitisé » et « *doit aujourd'hui prendre en considération, avec beaucoup plus de sérieux qu'autrefois, les impératifs techniques propres à chacune des catégories de relations, très différenciées, dont il doit s'occuper* »³⁷⁸. Cet état de fait, conséquent à l'interdépendance des Etats face à tous les grands défis planétaires, a induit une remise en question du fonctionnement de la communauté internationale et du rôle du droit international, notamment dans sa fonction de protection des intérêts planétaires exigeant des normes universelles impératives. Or, le « droit international étant le support du système international, il devrait logiquement évoluer avec celui-ci »³⁷⁹.

Ainsi de nos jours, les accords et traités signés par les Etats sur la scène internationale témoignent de cette interdépendance et de la nécessité de trouver des solutions communes aux problèmes globaux de plus en plus nombreux au plan international. Ces problèmes (pollution, terrorisme ou pandémies) qui vont au-delà du seul territoire d'un Etat ne cessent de s'accroître et font connaître au régime applicable en droit international une nouvelle expansion et densité normative comme analysé précédemment. Il ressort que « *le processus de mondialisation, en ce qu'il implique une accélération du rythme de l'évolution économique, sociale et politique et un foisonnement sans précédent d'idées et d'opinions diverses, se traduit par un besoin d'un droit idéal qu'il faut pouvoir actualiser* »³⁸⁰.

La principale conséquence à tous ces changements vient du fait que la vie en commun prônée par les acteurs internationaux se répercute au travers de nombreux principes, règles et institutions en droit international. Les règles et institutions existantes ayant montré leurs limites face au phénomène de la mondialisation, de nouvelles règles se sont créées pour permettre une vie en commun à l'échelon universel et renforcer ainsi les actions des autorités politiques nationales et des organisations internationales. Mais tout cela s'est-il fait dans le respect de chacun et du pluralisme ou même dans un cadre agréé par tous ? La réponse à cette interrogation mérite qu'on s'y

³⁷⁷ Le droit international avait jadis pour objet de régler les rapports intergouvernementaux et, à cet effet, il était quelque peu contraint de tenir compte, en première ligne, des rapports de forces et de la volonté de puissance.

³⁷⁸ Michel VIRALLY, le droit international en devenir, « *Essais écrits au fil des ans* » PUF 1990, p.24.

³⁷⁹ Yves SANDOZ, Lire le Rapport introductif et Actes du Colloque international organisé avec le soutien du Département fédéral des Affaires étrangères, Neuchâtel, 6 – 7 mai 2007, Yves Sandoz, éd. p. 15.

³⁸⁰ Mohamed SALAH, *Regards d'une génération sur le droit international contemporain*, op. cit., p.356.

attarde car c'est ici que prend toute son importance le phénomène de fragmentation du droit international.

En effet, le phénomène de fragmentation en droit international se vérifie aussi bien à travers un pluralisme systémique (plusieurs sous-systèmes) qu'à travers un pluralisme normatif (plusieurs normes). Les acteurs et les espaces étant différents, on a un système universel, un système régional et un système sous régional qui sont appelés à se côtoyer dans une première approche. Reste à déterminer lequel se trouve au-dessus des autres. Autrement dit, est-ce que le système le plus large, à savoir le système universel, possède une primauté sur les systèmes plus étroits ? Par ailleurs, il existe une toute autre approche sur les relations horizontales entre systèmes régionaux distincts et, enfin, une dernière approche distinguant les relations entre les systèmes et leurs sous-systèmes.

L'ensemble de toutes ces modifications agit aussi bien sur l'ordre juridique international que sur le système juridique international lui-même. Le premier se réfère, selon Pierre-Marie DUPUY, à l'unité et à la cohérence entre normes primaires alors que le second se référerait à l'unité et à la cohérence entre les normes secondaires du droit international³⁸¹. Il s'en suit une certaine dualité qui s'opère entre deux systèmes : l'ordre juridique international composé des règles et principes généraux contenu dans le droit international général et les ordres juridiques spéciaux issus des sous-systèmes du droit international.

Dès lors, on se demande dans quelle mesure l'émergence de sous-systèmes conventionnels dans divers domaines, peut-elle aboutir à l'existence d'ordres juridiques autonomes se situant en dehors du cadre du droit international général et, partant, comment s'articuleraient alors les relations, à la fois entre ces différents systèmes mais aussi entre ceux-ci et le droit international. De même, l'existence de régimes spécialisés n'emporte-t-elle pas en soi l'idée de limitations, de dérogations, d'exceptions à des règles générales ? Une double analyse des effets de la fragmentation sur l'ordre juridique international (approche systémique de la fragmentation) (section 1) d'une part, et, celle des effets sur le système juridique international (approche pratique de la fragmentation) (section 2) d'autre part, pourrait apporter des éclaircissements aussi bien sur le chevauchement des systèmes que sur celui des compétences en droit international.

Section 1 : Les effets de la fragmentation sur le système juridique international : interactions entre normes générales et normes spéciales

La question qui est mise en avant ici concerne le chevauchement des systèmes juridiques en droit international. La « globalisation du droit » correspond, au-delà de l'internationalisation des

³⁸¹ Pierre-Marie DUPUY, « Unité et fragmentation du droit international », In *l'Influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* : Travaux du séminaire tenu à Palma les 20 et 21 mai 2005, p. XVI.

échanges, au développement de normes globales liées à la mondialisation. Ces normes, le plus souvent constituées par des principes généraux, se traduisent par des Conventions internationales et constituent des modèles de règles juridiques incluant une sorte de régulation de la mondialisation, par exemple en droit des marchés financiers, en droit des sociétés, en droit des contrats, en droit de la concurrence, en droit de la consommation... »³⁸².

Aujourd'hui, le système juridique communautaire, le système de la convention européenne des droits de l'homme, le système de l'Organisation mondiale du commerce et, plus largement, ceux du droit de la mer, du droit international économique, du droit des droits de l'homme, etc... constitueraient des sous-systèmes au sein de l'ordre juridique international. Or, affirmer l'existence de ces sous-systèmes impliquerait un rattachement à un système principal, à l'ordre juridique général, chacun des sous-systèmes s'intégrant alors dans un ensemble plus vaste au sein duquel il est appelé à trouver sa place. Il en découlerait ce que l'on appelle, de manière générique, des « régimes autosuffisants », même si leur existence est jugée hypothétique et a été qualifiée, selon les mots de Pierre-Marie Dupuy, de « débilite conceptuelle »³⁸³.

Par conséquent, un constat sur la pratique quotidienne relative à l'usage de ces règles et principes enseigne que leur diversité ne fait qu'accroître la complexité entre les sources du droit international. Cette complexité se lit notamment dans la relation entre le droit général et les droits spéciaux, notamment en ce qui concerne le choix de la règle la plus pertinente quand survient une difficulté d'application dans un domaine donné. La question qui se pose est celle de savoir s'il existe des divergences d'approche entre les divers régimes spécialisés, d'une part et, d'autre part, entre ces régimes spécialisés et le droit international général quant à la formation du droit, son application et son interprétation (§1). Au-delà de cet aspect de production et de circulation des normes internationales, la complexité des interactions entre l'ordre juridique général et l'ordre juridique spécial créé par les régimes autonomes issus des différents sous-systèmes du droit international fera également l'objet d'une analyse (§ 2).

§ 1 : La fragmentation génère une transformation du processus de production et d'interprétation normative

Le droit international universalisé, mondialisé et territorialisé est composé par des règles générales et des règles spéciales. L'unité de l'ordre juridique international ne peut se faire que eu égard à l'unité de l'ensemble des éléments dont il dépend. En effet, comme l'expliquait le Pr. Jorge

³⁸² Globalisation du droit et des professions juridiques, Association Internationale de Méthodologie Juridique, voir <http://www.aimj.u-3mrs.fr>

³⁸³ Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2002, t. 297, p. 456.

CARDONA, « *l'ordre juridique est constitué d'un côté par l'ensemble des normes primaires établissant des droits et des obligations entre sujets et de l'autre côté par l'ensemble des normes secondaires relatives aux sources, aux sujets, aux critères de validité des normes, aux conséquences de leur violation ou aux moyens de règlement des différends. Ainsi, l'unité matérielle de l'ordre juridique, réalisé par ses normes primaires, dépend essentiellement de son unité formelle, réalisé par ses règles secondaires* »³⁸⁴.

Il faut rappeler que la fragmentation du droit international s'observe avant tout dans la multiplication des régimes autonomes et l'accroissement, au niveau international, de diverses normes régulant des domaines bien spécifiques. C'est le caractère systémique du droit international suscité par les changements survenus à la fin du XX^{ème} siècle et qui ont profondément altéré les aspects fondamentaux du droit international. S'en est suivi une « démocratisation juridique » qui a poussé les différents acteurs internationaux à se partager le terrain juridique international concrétisé par une diversification des modes de création du droit international et une application plus souple et plus limitée de ce droit. Ces différents changements ont notamment affecté aussi bien les principes structurels, le processus de création et d'articulation des règles (A) que la procédure d'interprétation de la règle juridique (B) en droit international.

A/- LES CONTEXTES DE PRODUCTION ET D'APPLICATION DES NORMES INTERNATIONALES

On se propose ici de faire une analyse des mécanismes généraux de production des normes de droit international qui permettent de ressortir la dualité normative au sein du système des normes internationales. A cet effet, on s'interroge principalement quant au fait de savoir si le mode d'élaboration actuel du droit international reste approprié et en adéquation avec les besoins de la société internationale. Autrement dit, ce mode peut-il, s'il ne l'est pas encore, s'adapter aux nouveaux défis planétaires ?

La diversité des normes internationales implique une analyse à partir des catégories existantes qui déterminent le régime juridique applicable. Il va de soi que le mode d'élaboration des conventions internationales, qui possèdent le plus haut degré de force juridique nécessitent une analyse particulière(1) tout comme celui des normes spéciales (2).

1/- Les normes internationales relevant de l'ordre juridique général

Dans une première approche, on pourrait affirmer que l'unité du droit international repose sur l'existence, dans le système, d'un ensemble de normes et de principes de portée générale qui

³⁸⁴ Jorge CARDONA, *op. cit.* p. 67.

répondent à la notion de « droit objectif »³⁸⁵. Comme dans tout système juridique, le système juridique général comporte deux processus de création de normes : d'une part, la création des règles en vue d'ordonner la vie sociale, et, d'autre part, l'application des règles aux situations concrètes³⁸⁶ : Cela revient à séparer d'un côté les règles dont la fonction est de régler les situations publiques internationales (a) et de l'autre les règles dont la fonction est seulement de résoudre certains problèmes particuliers soulevés par l'application des premières règles au cas d'espèce soumis au juge (b).

a) Les règles de réglementation du système

Les normes de réglementation du système sont constituées par les traités internationaux, la coutume internationale et les principes généraux du droit international général. Quelle évolution a connu le processus d'élaboration et de reconnaissance de ces normes ?

De manière générale, les mécanismes conventionnels ont subi une déformation, ou du moins une transformation leur permettant de s'affranchir de certaines servitudes contractuelles ; dans le même temps, la prise en compte des intérêts communs dans la Société internationale permet de fortifier les règles coutumières et de permettre un développement progressif des principes généraux du droit international. Selon le processus traditionnel, l'élaboration des traités internationaux repose sur l'adoption de texte par consensus dans des Conférences ouvertes à tous les Etats. Cette procédure présente un double avantage : d'une part, elle permet en amont une maturation des questions dans les différents Etats et régions du monde facilitant ainsi une meilleure compréhension des arguments des uns et des autres. Parallèlement, le processus facilite l'adhésion de nouveaux Etats car les textes finalement adoptés ne sont pas très éloignés de ce qui pourrait être acceptable par l'ensemble des Etats.

Toutefois, ce processus est lui-même miné par deux gros inconvénients : le premier se rapporte au fait qu'il n'aboutit pas à des textes tranchants du fait d'une recherche permanente de compromis entre les différents acteurs au processus. Ce qui égrène l'efficacité des normes adoptées ajoute un flou dans la clarification et donne lieu à des interprétations diverses lors de la phase de mise en œuvre. Le second grief que l'on peut faire à ce processus est lié à sa lenteur particulière. En effet, les débats sont d'abord axés sur des longues négociations ou tractations qui sont nécessaires pour arriver à l'accord. De plus, le processus ne prend pas fin avec l'adoption du texte mais marque

³⁸⁵ Rosario HUESA VINAIXA a notamment montré l'importance de *l'opinio juris* dans cette unité du droit international, notamment en ce qui concerne le rôle de la coutume, Cf. *L'influence des Sources sur l'Unité et la Fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma les 20-21 mai 2005, Rosario HUESA VINAIXA et Karel WELLENS, Bruylant, 2006, pp. 55-73.

³⁸⁶ Julio D. CAMPOS, *op. cit.*, pp. 81 et s.

plutôt le passage à sa deuxième phase à savoir la ratification par les Etats ; ce qui tend à rallonger les délais entre l'identification du problème et l'entrée en vigueur d'une norme à caractère international.

Face à tous ces défauts, la méthode d'élaboration connaît une nette évolution depuis peu. Ainsi par exemple, l'élaboration à Ottawa, puis l'adoption à Oslo, en 1997, de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines anti-personnel et sur leur production a constitué un exemple d'innovation en matière de processus d'élaboration d'une norme internationale. En effet, elle eut le mérite de mettre en place un texte clair et circonscrit (sans compromis) tout en alliant à cela une rapidité lors de son élaboration même s'il faille signaler ici le manque d'universalité d'un tel texte. Aussi, pour qu'un tel processus soit efficace, il faudrait qu'il repose sur une « masse critique » qui permette de donner sa crédibilité à un tel processus. Dans un tout autre registre, le rôle nouveau de quasi-législateur joué par le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans certaines circonstances, est également révélateur du processus d'évolution dans l'élaboration des textes internationaux. En effet, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de Sécurité a pris un certain nombre de résolutions³⁸⁷ qui ont une substance équivalente à celle d'une convention universelle avec comme double avantage la rapidité fulgurante dans leur élaboration et l'engagement ipso facto qu'elles suscitent auprès de tous les Etats³⁸⁸.

Il convient, ensuite, de s'arrêter sur la formation des normes par le biais de la coutume internationale. Celle-ci fait, depuis peu, l'objet d'un regain d'attention précisément du fait que « *les impératifs de la société internationale ... lui redonnent aujourd'hui une place que l'on croyait révolue* »³⁸⁹. On parle ici de « formation spontanée » de règles coutumières « par suite d'une prise de conscience juridique collective de la nécessité sociale », qui, seule, permet de fonder la validité *erga omnes* des coutumes générales tout en permettant les évolutions indispensables³⁹⁰. A cet effet, force est de reconnaître que certains traités ont d'ailleurs pour vocation de préparer la voie à une coutume ultérieure. Cependant, de grosses pressions peuvent s'exercer sur certains Etats de manière à les amener à accepter de se lier à de tels traités, qui restreignent par la suite leur liberté de s'en délier. C'est le cas notamment de la Convention de 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) et sur leur destruction. Les Etats parties à ce traité doivent justifier leur éventuel retrait par des « *événements extraordinaires, touchant à l'objet de la convention [qui] ont mis en péril les intérêts supérieurs du pays* »³⁹¹. De

³⁸⁷ Il s'agit notamment de la Résolution 1373 (2001) invitant « *les Etats membres à prendre des mesures tendant à lutter contre le terrorisme* » et de la Résolution 1540 (28 avril 2004) portant sur « *la non-prolifération des armes de destruction massive* ».

³⁸⁸ Lire à ce propos Luigi CONDORELLI, « les attentats du 11 septembre et leur suite : où va le droit international ? » *RGDI*, tome 105/2004/4, p. 834.

³⁸⁹ Patrick DAILLER, Alain PELLET et Mathias FORTEAU, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 311.

³⁹⁰ Pour plus de détails, Lire Yves SANDOZ, « Quel droit international pour le 21^e siècle », *op. cit.*, p.26.

³⁹¹ Art. XIV, par. 2 de la Convention.

même, le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1968 contient une clause similaire, une Partie au traité n'ayant le droit de se retirer que « *si elle décide que les événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent traité, ont compromis les intérêts suprêmes de son pays* »³⁹².

L'adoption, dans les organisations internationales, de normes impératives pour tous les Etats membres et dont « le respect reste une condition *sine qua non* d'adhésion pour les Etats qui font acte de candidature, peut par ailleurs avoir une influence non négligeable sur la formation des normes coutumières universelles ». Dans le cas de l'Union européenne tout particulièrement, l'imposition de normes sur le plan de la démocratie, du respect des minorités et des droits de l'homme a certainement, même s'il n'est pas objectivement mesurable, un tel effet d'entraînement.

En termes de catégories de normes, on retiendra que le droit international public n'est pas essentiellement fait de règles précises, mais aussi de principes généraux ne représentant pas de règles absolues ; ces dernières peuvent être plus ou moins transgressées et les collisions entre principes se résolvent par pondération³⁹³. De ce fait, les principes généraux du droit international peuvent jouer un rôle essentiel dans le processus de transition normative que traverse actuellement le droit international. Il s'agit aussi bien des principes généraux universels que des principes généraux dans certains domaines, comme le droit communautaire, le droit pénal, le droit du commerce, le droit de l'environnement ou de principes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme. Leur rôle ne peut être négligé car ils représentent du « droit » créé par les juges. Toutefois, il convient de se demander si, comme en droit interne, tous les juges internationaux sont habilités à faire œuvre de création du droit ?

Qu'à cela ne tienne, le principe général est entendu comme étant un principe juridique normatif (on met de côté les principes moraux et politiques), abstrait et général. Ces principes généraux du droit se définissent comme étant des normes non écrites créées par le juge, trouvant leur fondement dans les conceptions idéologiques, issues de la tradition juridique française, expression elle-même de la conscience collective française. Ils défendent certains principes tels que la liberté, l'égalité³⁹⁴, ou la protection des administrés³⁹⁵. Cependant, ces principes s'inspirent également de textes constitutionnels, comme par exemple de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁹⁶, législatifs³⁹⁷ voire internationaux. L'arrêt Blanco a été identifié comme étant celui ayant favorisé l'existence de principes généraux de droit.

³⁹² Art. 10, par. 2 de la Convention.

³⁹³ R. ALEXY, *Théorie der grundrechte*, Francfort, 2^{ème} éd., 1996, pp.75-77.

³⁹⁴ CE Ass., 28.05.1954, *Barel*.

³⁹⁵ Tel que la non-rétroactivité des actes administratifs CE Ass., 25.06.1948, *Société du Journal de l'aurore*.

³⁹⁶ CE Ass., 08.04.1987, *ministre de l'Intérieur c. Peltier*.

Néanmoins, notons que tous les principes généraux ne sont pas englobés dans le droit international général ; certains ne sont valables que dans le cadre des régimes spécialisés. En clair, chaque régime nouvellement institué ou progressivement consolidé semble inévitablement générer sa propre souche de principes généraux. De façon très commune, le principe général renvoie soit à une règle générale considérée comme étant importante pour le droit international, soit à une règle générale du système à partir de laquelle on va ordonner – de façon déductive ou non – la connaissance de ce système ou les autres règles du système. Il est à noter, enfin, que l'utilisation accrue des principes généraux exerce une influence face à la possible fragmentation du droit international et n'est pas à exclure de la récurrence des conflits de normes et de systèmes. On est donc en droit de se demander s'ils constituent un frein ou un remède aux conflits normatifs.

b) Les règles de résolution de conflits

Les principales sources du droit international, à savoir les traités, la coutume et les principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques³⁹⁷. Même si on ne peut s'hasarder à faire ici un raisonnement par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes, on peut néanmoins noter que la mondialisation a non seulement permis un processus de rapprochement entre droits étatiques, témoignant ainsi d'une perméabilité nouvelle des systèmes juridiques nationaux, mais elle a surtout permis une reconnaissance de certains principes d'application générale qui révèlent l'existence voire l'affirmation d'une communauté de valeurs entre tous les Etats. On observe ainsi des rapports hiérarchiques entre normes de droit international, notamment en ce qui concerne les règles *de jus cogens*, les *obligations erga omnes* ou l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

En effet, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme « fondamentales » ou comme l'expression de « considérations élémentaires d'humanité »³⁹⁸ ou de « principes intransgressibles du droit international »⁴⁰⁰. L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît. Ainsi, une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit

³⁹⁷ CE Ass., 22.06.1951, Daudignac, d'après la loi du 2-17 mars 1791 sur la liberté du commerce.

³⁹⁸ En outre, l'alinéa *d* de l'article 38 mentionne « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

³⁹⁹ Cf. l'Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), *CIJ, Recueil 1949*, p. 22.

⁴⁰⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *CIJ, Recueil 1996*, par. 79.

international (*jus cogens*, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise »⁴⁰¹.

La création d'une règle de *jus cogens* ne peut trouver de fondement unique que sur le passage par le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Certes ce passage peut favoriser la prise en compte d'une décision obligatoire, mais l'émergence d'une règle de *jus cogens* passe également par une conviction juridique large et profonde, constituant ce que l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités a décrit en termes d'« acceptation » et de « reconnaissance » de la règle et non de son caractère *jus cogens* « par la communauté internationale dans son ensemble ».

Une autre voie envisagée pour l'émergence des règles du *jus cogens* pourrait être la voie jurisprudentielle. En effet, il est très frappant de constater sur le plan pratique que les différentes juridictions internationales et régionales s'accordent très facilement sur la qualification de certaines normes en règles de *jus cogens*. C'est par exemple le cas de la règle sur l'interdiction de la torture où le Comité des droits de l'homme⁴⁰², le TPIY, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou la Cour européenne des droits de l'homme se référant à l'arrêt *Furundzija*⁴⁰³ disent tous que la règle de l'interdiction de la torture est une règle de *jus cogens*. A partir de cet exemple, on estime qu'il y aurait là matière à exploiter quant au fait de trouver de nouvelles procédures en matière de reconnaissance des règles impératives de droit international.

Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, et le droit à l'autodétermination⁴⁰⁴. D'autres règles peuvent également avoir le caractère de *jus cogens* dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

⁴⁰¹ Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

⁴⁰² Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Arrêt *Barrios Altos* du 30 novembre 2001.

⁴⁰³ Notamment dans l'arrêt *Procureur c/ Anto Furundzija* – Chambre d'Appel du TPIY - Affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998.

⁴⁰⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément no 10 (A/56/10)*, commentaire de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 à 6. Voir aussi le commentaire de l'article 26, par. 5. Voir également affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, CIJ, Recueil 2006, par. 64.

Selon le Professeur Dominique CARREAU, « *la reconnaissance de l'existence de règles constitutives de jus cogens constitue un retour marqué et notable à l'idée de "droit naturel"* »⁴⁰⁵ car les deux notions reposent sur le même fondement philosophique à savoir qu'il existe un certain nombre de règles fondamentales liées à la conscience universelle et inhérentes à l'existence de toute société internationale digne de ce nom. On comprend pourquoi dans ses rapports avec les autres normes, toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto*. D'ailleurs, la Charte des Nations Unies ayant été universellement acceptée par les États, il est difficile d'envisager un conflit entre les normes de *jus cogens* et les obligations résultant de la Charte. En tout état de cause, aux termes de l'Article 24, paragraphe 2, de la Charte, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies, lesquels comprennent des normes qui ont été par la suite traitées comme relevant du *jus cogens*.

A côté des règles de *jus cogens*, il existe d'autres règles spécifiant des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble : C'est le cas des *obligations erga omnes* qui sont, en droit international, des obligations ayant un statut spécial en raison de leur champ d'application universel. Ils décrivent des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble. Une obligation *erga omnes* existe en raison de l'intérêt universel et indéniable dans la perpétuation de droits critiques et la prévention de leur infraction. Par conséquent, ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés⁴⁰⁶. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui a violé de telles obligations⁴⁰⁷. Les exemples d'obligations *erga omnes* sont celles autour des normes incluant la piraterie, le génocide, l'esclavage et la discrimination raciale. Le concept a été reconnu dans une décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴⁰⁸. Le concept

⁴⁰⁵ Dominique CARREAU, *Droit international public*, 9^e édition, Pédone, p. 94, n° 183 et s.

⁴⁰⁶ Selon les termes de la Cour internationale de Justice: « Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)* CIJ Recueil 1970, p. 32, par. 33. Ou, conformément à la définition donnée par l'Institut de droit international, une obligation *erga omnes* est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»; Institut de droit international, «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1er.

⁴⁰⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément no 10 (A/56/10), projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 48, par. 1 b). Cela viserait notamment l'article premier commun de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, toutes du 12 août 1949.

⁴⁰⁸ Voir *Barcelona Traction (Belgique v Espagne) (Deuxième phase)*, CIJ, Rec. 1970 (3), §34: « ces obligations découlent, par exemple, en droit international contemporain, de la condamnation des actes d'agression et de génocide,

d'obligations *erga omnes* a aussi été évoqué pour viser des obligations relevant d'un traité multilatéral auxquelles un État partie à ce traité est tenu envers tous les autres États parties au traité (obligations *erga omnes partes*)⁴⁰⁹ ou envers des États qui, bien que n'étant pas parties, n'en sont pas moins reconnus en tant que tierces parties bénéficiaires. En outre, des questions de statut territorial ont été fréquemment qualifiées par l'expression *erga omnes*, visant leur opposabilité à tous les États⁴¹⁰. Ainsi, il a été dit que les traités territoriaux et de frontières représenteraient une réalité juridique touchant nécessairement des États tiers, parce qu'ils ont un effet *erga omnes*⁴¹¹.

D'après la CDI⁴¹², si toutes les obligations établies par des normes de *jus cogens*, comme il est indiqué ci-dessus, peuvent également avoir le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai⁴¹³. En effet, toutes les obligations *erga omnes* ne sont pas établies par des normes impératives du droit international général. Tel est le cas, par exemple, de certaines obligations découlant « des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine »⁴¹⁴, ainsi que certaines obligations relatives à l'*indivis mondial*⁴¹⁵. La notion

mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondant sont entrés dans le corps du droit international général...d'autres sont conférés par les instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel ».

⁴⁰⁹ Institut de droit international, « Les obligations *erga omnes* en droit international », Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1er b).

⁴¹⁰ Voir l'opinion individuelle de M. De CASTRO, dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1971*, p. 177: «... parce que le statut, comme les *jura in re* – avec lesquels on le confond –, a une efficacité *inter omnes* ou *erga omnes*». Voir aussi l'opinion dissidente de M. SKUBISZEWSKI dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *CIJ Recueil 1995*, p. 248, par. 78 et 79.

⁴¹¹ *Government of the State of Eritrea v. The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, tribunal arbitral, 9 octobre 1998, I.L.R., vol. 114 (1999), p. 48, par. 153.

⁴¹² Lire les Conclusions des travaux du Groupe d'étude sur La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Nations Unies, 2006, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2).

⁴¹³ Selon la Cour internationale de Justice: «Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général ... d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.». Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, *CIJ Recueil 1970*, p. 32, par. 34. Voir aussi affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *CIJ Recueil 1995*, p. 102, par. 29. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*. Avis consultatif, *CIJ Recueil 2004*, par. 155 et 159 (incluant, en tant qu'obligations *erga omnes*, «certaines des obligations ... en vertu du droit international humanitaire» ainsi que le respect du droit à l'autodétermination). Pour l'interdiction du génocide en tant qu'obligation *erga omnes*, voir affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, Arrêt, *CIJ Recueil 1996*, p. 595, par. 31, et affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *CIJ Recueil 2006*, par. 64. Dans l'affaire *Furundzija*, la torture a été définie à la fois comme norme impérative et comme obligation *erga omnes*, voir *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire no IT-95-17/1, Chambre de première instance II, I.L.R., vol. 121 (2002), p. 260, par. 151.

⁴¹⁴ Affaire de la *Barcelona Traction*, *ibid.*

⁴¹⁵ Traduction de l'expression anglaise « *global commons* » pour traduire des objectifs de développement. Ici, les obligations sont illustrées par l'article premier du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, Nations

d'obligations *erga omnes* a trait aux effets des obligations internationales et non pas à la nature de la norme.

Une dernière catégorie de normes à valeur supérieure concerne l'article 103 de la Charte des Nations Unies. En effet, une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle. Ainsi, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. » Autrement dit, l'article 103 représente un élément de la hiérarchie structurelle générale de la Charte des Nations Unies⁴¹⁶. Cet article est d'ailleurs, à juste titre, considéré comme précurseur du *jus cogens* dans le cadre des efforts destinés à consacrer par un texte conventionnel, la nature « constitutionnelle » de certaines normes⁴¹⁷. L'article 103 aborde ainsi la hiérarchie du point de vue des normes ; il parle d'*obligations* et permet ainsi d'apprécier, dans chaque cas, l'intensité des obligations contradictoires à travers les dispositions rigides ou souples, détaillés ou schématiques de la Charte même si la pratique des organes des Nations Unies n'a pas contribué jusqu'à présent à la réalisation de cet objectif⁴¹⁸.

L'Article 103 s'applique non seulement aux articles de la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité⁴¹⁹. Vu le caractère de certaines dispositions de la Charte, la nature constitutionnelle de la Charte et la pratique établie des États et des organes de l'ONU, les obligations résultant de la Charte peuvent aussi prévaloir sur le droit international coutumier en cas de divergence. Ce qui confère également à la Charte un statut spécial en raison de la nature fondamentale de certaines de ses normes, en particulier ses buts et principes, et de son acceptation universelle (Cf. l'Art. 2 §6). Et, par conséquent, il est difficile d'envisager tout conflit entre les règles *de jus cogens* et les obligations résultant de la Charte. Cela en vertu de l'Article 24, paragraphe 2, de la Charte, qui impose au Conseil de sécurité d'agir conformément aux buts et principes des Nations Unies, lesquels comprennent des normes qui ont

Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p. 205, et par l'article 136 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 396.

⁴¹⁶ Sur cette disposition, voir notamment L. GOODRICH, E. HAMBRO, A. SIMMONS, *Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, 3^e éd., New York, 1969, pp. 614-617; T. FLORY, « Commentaire dans la Charte des Nations unies », J.P. COT, A. PELLET (éd.), Paris, 1985, pp. 1370-1379 ; J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Paris, 1974, pp. 268 et s.

⁴¹⁷ H. KELSEN, « *The Law of The United Nations*, 1950, pp. 111-121; Lord Mc Nair, « *The Law of Treaties*, Oxford, 1982 (1961), p. 217; C.W. JENKS, « *The Conflict...*, *op.cit.*, pp. 409 et s.

⁴¹⁸ Emmanuel ROUCOUNAS, « *Engagement parallèles et contradictoires* », *Recueil des Cours*, Vol. 6 ; vol. 206, Académie internationale de la Haye, 1987 (VI), M. Nijhoff Publishers : Dordrecht/Boston/London.

⁴¹⁹ Affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique) (Mesures conservatoires)*, CIJ Recueil 1992, par. 42; et affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni) (Mesures conservatoires)*, CIJ Recueil, 1992, par. 39 et 40.

été par la suite traitées comme relevant du *jus cogens*. Toutefois, il est important de relever que l'article 103 peut avoir des effets pratiques limités, notamment en ce qui concerne certains domaines à l'image du droit des relations économiques et commerciales internationales qui relèvent d'une réglementation et d'une logique toute particulière⁴²⁰.

2/- Les normes internationales relevant d'un ordre juridique spécial

Pour essayer de discipliner et de canaliser le développement du droit international, on a vu apparaître, à côté du droit international classique, un droit nouveau, dont l'objet est d'encadrer et de réguler les flux résultant de l'interpénétration croissante des économies. Ce processus *d'émergence d'un espace juridique nouveau*⁴²¹ sous-produit de la mondialisation, s'est formé progressivement autour du concept des droits de l'homme. Mais il ne s'agit pas là du seul domaine ayant permis l'émergence du nouvel espace juridique ; on trouve en effet désormais, dans de nombreuses branches du droit, des normes d'origine internationale, souvent élaborées sous l'égide des organisations internationales spécialisées relevant du système des Nations-Unies, et incorporées à l'ordre juridique interne. On ne saurait donc ignorer ici le rôle non moins important que jouent les acteurs non étatiques, notamment l'influence des ONG sur l'élaboration, voire l'évolution de certaines normes du droit international. C'est pourquoi après avoir abordé quelques éléments de distinction des différents régimes spéciaux (a), on développera les modalités d'élaboration et d'application des normes issues de ces régimes en droit international (b).

a) *La distinction des différents régimes spéciaux en droit international*

La mondialisation a favorisé une concurrence entre les régimes juridiques même si, dans le même temps, elle occasionne indirectement leur convergence. Toutes les couches des activités humaines formant le substrat des échanges mondiaux sont concernées. En effet, les branches du droit des différents régimes juridiques sont directement influencées par ces échanges surtout que la mondialisation fait apparaître de nouveaux acteurs juridiques : les acteurs transnationaux. Ces derniers, souvent mal appréhendés, se sont constitués sur la base d'un contrat-organisation à partir duquel ils développent un pouvoir normatif et économique à travers les frontières⁴²². Trois cas différents méritent d'être analysés : il s'agit du cas de violation d'un groupe particulier de règles primaires qui entraîne la réaction des règles secondaires ; du cas d'un régime spécial formé d'un ensemble de règles spéciales, de droits et d'obligations relatives à une matière particulière et, enfin,

⁴²⁰ Jacques, CHEVALIER, Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation, in *Le Droit saisi par la Mondialisation*, Charles-Albert MORAND (Dir.), Editions Bruylant, 2001, p. 38.

⁴²¹ Idem, p.39.

⁴²² Gaylor RABU, La mondialisation et le droit : éléments macro-juridiques de convergence des régimes juridiques, *Revue Internationale de Droit Economique*, De Boeck Université, 2008, p.68.

du cas où le « régime spécial » est formé par un ensemble de règles et principes régissant une même matière à l'exemple du « droit de la mer » ou du droit des « droits de l'homme ».

Le premier cas fait état de la violation d'un groupe particulier de règles primaires, violation à la suite de laquelle réagissent des règles secondaires pour pallier ou corriger cette violation. Tel est le cas principal visé à l'article 55 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites. A ce propos, la Commission affirme que « *les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus* »⁴²³. Ensuite, un régime spécial peut être formé d'un ensemble de règles spéciales, de droits et d'obligations relatives à une matière particulière. Le plus souvent, ces règles intéressent soit une région bien définie, soit une question de fond nécessitant une réglementation bien particulière. Un tel régime découle principalement d'un traité unique, de plusieurs traités, ou d'un ou de plusieurs traités suivis d'une évolution non conventionnelle.

Enfin, existe le cas où le « régime spécial » est formé par un ensemble de règles et principes régissant une même matière. Dans ce cas, le groupe de règles forme un régime autonome applicable en tant que « *lex specialis* » et dispose d'institutions propres lui permettant d'administrer des règles pertinentes. C'est l'exemple du « droit de la mer », ou du « droit de l'OMC ». Le Professeur JOOST⁴²⁴ montre bien que le système de règlement de différends de l'OMC illustre bien cette catégorie car « il se situe à l'avant-scène du débat sur la fragmentation ». Deux principales raisons viennent étayer cette position. D'une part, la portée des accords de l'OMC, qui réglementent de nombreux domaines allant de l'environnement à la propriété intellectuelle. D'autre part, la nature obligatoire et automatique du système commercial de règlement des différends. Malgré cela, le système commercial ne favorise pas automatiquement l'idée de la fragmentation comme l'explique le professeur PAUWELYN. Ce dernier a cherché à démontrer que le droit de l'OMC s'insère dans le système global, comme en témoignent les multiples références faites au droit international général et aux autres régimes spécialisés, à la fois par les auteurs des accords de l'OMC et par les organes d'application du droit. Ce qui montre bien que l'application du droit commercial par les groupes

⁴²³ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10), § 76, cf. Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), CIJ, Recueil 1980, p. 40, par. 86.

⁴²⁴ Joost PAUWELYN, « Le règlement des différends au sein de l'OMC – The World Trade Organization » dans Huesa Vinaixa et Wellens, *supra* note 3 aux pp. 211-29. L'auteur est professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université Duke (É.-U.) et ancien conseiller juridique pour le Secrétariat de l'OMC (1996-2002).

spéciaux et par l'Organe d'appel repose largement sur la « boîte à outils » que sont les règles générales relatives aux traités et à la responsabilité internationale.

b) Modalités d'élaboration et d'application des règles des régimes spéciaux

Dans le cadre des contextes de production et d'application des normes spéciales, il faut rappeler que le droit étant un ensemble de règles coordonnées visant à organiser une société donnée, ces règles doivent ouvrir, entre elles, une alternative entre le respect de leurs prescriptions et une exécution potentielle par équivalence. Or, pour ce faire, ces règles de droit, générales ou individuelles, doivent être posées par des organes habilités à le faire. Ce qui ne semble pas toujours être le cas aujourd'hui du fait de la multiplication des acteurs en droit international car, on assiste de plus en plus à la création du droit par des organes non habilités à le faire.

En effet, la prolifération aussi bien normative que juridictionnelle s'est accompagnée d'un changement profond qui a affecté la nature même des sources du droit international. Aujourd'hui, des pans entiers du DIP sont désormais régis par des actes normatifs émanant de conventions passées avec des organismes internationaux. Or, les organisations internationales par lesquelles les Etats agissent n'ont pas toujours la capacité pour engendrer des obligations juridiques. Pour illustrer ce propos, l'exemple des « règles de l'OMC » reste le plus frappant puisqu'il montre d'une manière pragmatique que l'on ne sait plus vraiment qui est l'auteur de la réglementation qui pose les droits et les devoirs des sujets du droit international. Se pose alors le problème des sanctions de la violation des règles de cette matière ; ce qui génère des conflits de compétences car comment identifier dans ce « feuillage touffu » les organes et les autorités censés sanctionner la violation de la règle, notamment lorsqu'il n'est pas aisé d'en identifier l'auteur ?

Parallèlement, on assiste à une recomposition du champ normatif notamment avec l'émergence de nouveaux domaines de spécialisation avec toutes les conséquences qui en découlent. L'une de ces conséquences a trait à l'altération du *Law making process*⁴²⁵ du fait de la naissance de réglementation autonome des grandes organisations économiques, commerciales ou humanitaires, pour ne citer que ces deux exemples. Ces nouveaux acteurs du droit international arrivent généralement, sans trop de mal, à imposer leur réglementation à l'ensemble de la Société internationale, allant même jusqu'à instaurer, au sein d'elles-mêmes, leurs propres tribunaux ou organes arbitraux. Cependant, ces derniers n'offrent pas toujours des garanties d'indépendance suffisantes, foulant parfois au pied la suprématie des principes juridiques classiques. Finalement, on débouche sur la multiplication de « sous-systèmes » avec leur logique propre et leurs finalités

⁴²⁵ L'élaboration des normes de droit international se fait avec la présence inévitable de divers acteurs internationaux qui ont parfois des intérêts normatifs différents ; sans oublier l'évolution des problèmes et des intérêts à prendre en compte.

apparemment contradictoires, comme c'est le cas du système multilatéral de commerce, des traités sur la préservation de l'environnement ou sur la protection des droits de l'homme.

L'autre problème qui se pose en matière d'élaboration du droit spécial est celui des modes de pensée et des techniques de raisonnement utilisés pour créer, interpréter et appliquer les principes généraux des systèmes autonomes. De manière générale, les normes spéciales sont issues de conventions « dotées d'une indiscutable singularité de par les techniques qu'elles utilisent et les objectifs qu'elles poursuivent »⁴²⁶. A cet effet, le professeur KOSKENNIEMI souligne, à juste titre, que la question de l'élaboration de principes différents par les tribunaux peut être accentuée par l'élaboration d'approches et de pratiques différentes par les organisations internationales, les ministères des affaires étrangères et les services de l'Etat⁴²⁷. Ainsi, les agents et experts de gouvernements accrédités auprès des différentes organisations ou commissions d'élaboration font des déclarations qui sont contradictoires entre-elles la plupart du temps.

Comme on peut le voir, le processus de formation des normes internationales est sous l'influence des intérêts des divers acteurs de la Communauté internationale, notamment de la prise en compte des besoins spécifiques et des pressions lors des négociations. L'article 38 du Statut de la CIJ annexé à la Charte se réfère aux modes classiques de création du droit international et indique que ceux-ci ne peuvent se fonder que sur le principe général de l'égalité souveraineté des Etats. Cela implique, d'une part, que les règles de droit liant ces derniers procèdent de leur seule volonté et, d'autre part, qu'elles ne sont pas hiérarchisées entre elles. Or, l'affirmation d'une communauté internationale vient quelque peu relativiser cette vision en modifiant la structure de l'ordre juridique internationale.

Celui-ci admet désormais l'existence de règles d'ordre public supérieures⁴²⁸, normes impératives, auxquelles on ne peut déroger et, par conséquent, qui s'imposent aux Etats et conditionnent leur action. De plus, les procédés classiques de création du droit étant quelque peu limités dans le cadre d'une réponse adéquate et satisfaisante à la nécessaire production de normes à vocation universelle, notamment du fait de la mondialisation, une évolution du mode de création de normes internationales était indispensable comme l'atteste le cas des actes unilatéraux qui connaissent un développement notable, à côté des conventions multilatérales générales. Se posent alors d'énormes difficultés liées à l'interprétation de ces normes.

⁴²⁶ Do AMARAL JUNIOR, « Le « Dialogue » des sources : Fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain », *In Regards d'une génération sur le droit international*, Emmanuel JOUANNET et Louise FABRI (Dir.), Editions A Pedone, 2008, p. 32.

⁴²⁷ Martti KOSKENNIEMI, Lire le Rapport final du Comité des Conseillers Juridiques en Droit international Public (CAHDI), 34^e réunion tenue du 10 au 11 septembre 2007, Strasbourg : www.cahdi_2007_rapportdela34ereunionweb.pdf

⁴²⁸ Ce sont des règles de *jus cogens* qui s'imposent à tous les Etats du fait qu'elles protègent un intérêt commun supérieur et que leur respect est indispensable à la cohésion à la communauté internationale.

B/- LES DIFFICULTES LIEES AUX PROBLEMES ACTUELS D'INTERPRETATION DES NORMES INTERNATIONALES

Interpréter c'est déterminer ou définir le sens et la portée des règles de droit en vigueur. Il ne s'agit pas d'un exercice abstrait, mais d'une activité positive, comportant un objet particulier, tourné vers un but pratique. L'interprétation concerne à la fois les traités et les actes unilatéraux, même si ces derniers ne seront pas analysés dans le cadre de cette étude. Les traités présentent cette particularité que leur interprétation est exceptionnellement peu centralisée et où l'éclatement des modes d'interprétation n'est qu'imparfaitement compensé par leur hiérarchie. L'article 36 du statut de la CIJ prévoit sa compétence pour l'interprétation d'un traité ; la Convention de Vienne du 23 mai 1969 y consacre trois articles à savoir les articles 31, 32 et 33. Après avoir identifié les difficultés en rapport avec les organes et les méthodes d'interprétation des normes internationales (2), on abordera les différentes règles qui fondent l'interprétation d'un traité (3). Mais avant, il convient de faire une analyse de la relativité du champ d'application des normes internationales (1)

1/- La relativité du champ d'application des normes internationales

En dépit de la référence de l'article 38 §1 du statut de la CIJ aux « conventions générales... », il n'existe aucun traité qui puisse avoir un caractère universel, pas même la Charte des Nations Unies. En effet, même lorsqu'on qualifie un traité de « général », ce dernier ne peut immédiatement être étendu à des tierces parties en dehors de celles qui l'ont ratifié. Autrement dit, tout traité n'est applicable qu'à l'égard des parties qui y ont volontairement consentis. Ce principe de l'effet relatif est expressément consacré aussi bien par l'article 38⁴²⁹ lui-même que par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il en va de même pour les résolutions des organisations internationales qui ne produisent des effets qu'à l'égard des membres de l'organisation tout en ayant à l'esprit que ces membres disposent d'un droit de contestation. S'agissant des décisions juridictionnelles, arrêts, avis, sentences diverses, l'extension de leur force juridique reste enfermée dans le principe de l'autorité relative de la chose jugée, quelle que soit la généralité apparente de leurs démonstrations et l'abstraction de leur motivation.

Le principe est également applicable en ce qui concerne les règles coutumières, les principes généraux du droit, les normes ou même les actes unilatéraux des Etats, tous sont soumis à la même relativité de principe de leurs effets. Ils valent et ne sont opposables que relativement à ceux qui les ont acceptés. Certes il peut arriver qu'une norme ou un acte unilatéral puisse comporter un « engagement vis-à-vis de la communauté internationale »⁴³⁰ qui comporte, de ce fait, une portée

⁴²⁹ Art. 38§1 du Statut de la CIJ : « Les conventions internationales... établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ».

⁴³⁰ Voir l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des Essais nucléaires, 20 décembre 1974.

générale mais là encore, une telle affirmation n'est, en tout état de cause, revêtue que de l'autorité de la chose jugée.

Cependant comme le souligne Serge SUR, le fond du problème de la généralité des normes concerne à l'évidence la coutume, grande vivandière du droit international général⁴³¹. Ainsi, contrairement aux autres sources du droit, la coutume présente le plus souvent un caractère général qui semble être de droit commun au regard des variétés des coutumes régionales ou locales. Toutefois, cette position mérite également d'être tempérée au moins pour deux raisons : d'une part, les coutumes générales sont normalement applicables aux Etats, du consentement desquels elles proviennent, et non aux autres catégories de sujets, spécialement aux organisations internationales. Celles-ci sont essentiellement soumises au régime spécial déterminé par leur charte constitutive. D'autre part, du fait de leur contenu aléatoire, on peut dire que ces coutumes générales bénéficient d'une présomption de généralité, qui n'est pas irréfragable, qu'elles sont générales de façon approximative ou hypothétique⁴³². Sans oublier ici la possibilité largement établie de déroger à une coutume par des accords particuliers.

S'il est donc admis que l'application des normes de droit international admet une certaine relativité, il faut dire, sur un tout autre plan, la généralité est un élément constitutif des normes elles-mêmes, puisqu'elles doivent relever « du droit international général » notamment si l'on se réfère à la conception du *jus cogens* retenue par la Convention de Vienne (article 53, article 64). Il est certain que cette insistance sur la généralité est très importante pour la notion de *jus cogens*. Elle est précisément le signe d'un effort pour sortir d'une relativité congénitale, pour résoudre en faveur de la généralité la tension permanente que connaît le droit international entre relativité et généralité.

2/- La diversité des organes d'interprétation des normes internationales

L'interprétation présente en droit international public des caractéristiques très originales. Elle constitue un des éléments de sa singularité en ce que chacun peut abriter la promotion de ses positions et intérêts particuliers derrière l'interprétation subjective de règles indéfiniment malléables, sans qu'aucune instance ou procédure organisée ne puisse le conduire à se rallier à une interprétation objective.

D'ailleurs, lors de son examen relatif à la question de la « Fragmentation du droit international : *« difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »*, la CDI a certes

⁴³¹ Serge SUR, Quelques observations sur les normes juridiques internationales, Revue générale de droit international n°4, 2008, p.68.

⁴³² Guy de LACHARRIERE a justement souligné que l'égalité souveraine était susceptible d'atteintes, et l'on sait qu'on peut s'interroger, de façon générale, sur le développement d'un principe de spécificité des Etats qui mettrait l'accent sur leur situation concrète. Les Etats sont virtuellement souverains et égaux, mais, dans leur pratique juridique, ils acceptent un certain nombre d'amodiations qui portent atteinte à la généralité effective du principe.

adopté une approche qui se base sur la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, mais cette dernière montre clairement qu'il y a des difficultés réelles liées aux problèmes actuels d'interprétation de certains traités. Ainsi par exemple, le simple fait qu'il y ait de nombreux principes contradictoires conduit naturellement à accorder une place décisive à la décision de l'organe chargé de les interpréter et les appliquer. Le juge est alors amené à interpréter les normes internationales qui s'offrent à lui, c'est-à-dire qu'il devrait être amené à rechercher le sens exact d'une disposition en droit interne qui serait obscure ou ambiguë, de même d'une décision en droit international qui souffrirait du même constat.

Pourtant, selon la conception traditionnelle du droit, le juge n'est que « la bouche de la loi », comme le souligne Montesquieu. Or, de nos jours, la pratique a montré que le juge remplit également une fonction de concrétisation des normes générales supérieures, en interprétant des textes de loi ou en se fondant sur une disposition qu'aucun écrit ne contient explicitement. Il obtient alors un rôle de créateur de droit et découvre des règles générales, des normes de référence. C'est d'ailleurs ainsi que la norme jurisprudentielle prend forme. A cela s'ajoute le fait que le droit international peut également être soumis et donc interprété par un juge interne puisque la mise en œuvre de toute une série de ses normes dépend notamment des organes du droit interne de chaque Etat. Ainsi, si un traité contenant des droits individuels est conclu entre deux ou plusieurs Etats, celui-ci dépendra pour son exécution du travail régulier de l'exécutif et du juge interne qui seront donc amenés à interpréter ledit texte dans leur activité.

Si la prudence et la sagesse des juges peuvent certes contribuer à éviter que l'incohérence ne progresse dans l'interprétation des normes, on peut craindre qu'elles soient insuffisantes. C'est la raison pour laquelle les premiers acteurs de l'interprétation d'un traité sont les sujets du droit, c'est-à-dire les Etats ou les organisations internationales liés par ledit traité. En ce qui concerne les Etats, ils disposent d'une souveraineté qui implique la liberté d'interpréter leurs propres engagements, d'affirmer le sens qu'ils leur confèrent, et le plus souvent en pratique les limites qu'ils leur assignent, comme en contrepartie le sens qu'ils attachent aux obligations correspondantes des autres sujets. Les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969 (art. 31, 32 et 33 sur l'interprétation) manifeste d'ailleurs cette diversité même si elles ne sont pas exhaustives. Il découle de cette capacité souveraine que l'État est en droit commun juge de sa propre cause et dispose à cet effet de la capacité de donner un sens particulier à ses propres obligations. On se rend à l'évidence qu'un instrument commun à différents États comme un traité connaît une diversification, une individualisation de ses modalités d'application, de telle sorte que tout se passe

comme si un traité était en réalité une collection d'actes unilatéraux librement mis en œuvre par chacune des parties pour son propre compte⁴³³.

Quant aux organisations internationales, elles disposent certes également d'une capacité d'interprétation, mais la réalité intergouvernementale de leur création et de l'adoption de leur acte constitutif en fait un instrument de dépassement des interprétations unilatérales, une voie particulière et préférentielle d'interprétation concertée. Leur capacité interprétative dépend d'ailleurs largement de leur charte constitutive et organisée suivant des modalités variables du fait de l'existence d'un droit commun applicable à toutes les organisations, chacune d'elles restant dominée par le principe de la spécialité de ses compétences. Si on prend l'exemple de l'interprétation de la Charte des Nations Unies ou de celle du traité constitutif de l'Union européenne, on fait un double constat : dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, la Charte est silencieuse, mais un « Rapport sur l'interprétation », élaboré lors des travaux préparatoires, reconnaît la capacité inhérente des organes à cet égard. Pour les Communautés européennes, l'attribution à la Cour de Justice des Communautés est dotée d'une compétence obligatoire en matière d'interprétation qui figure dans le Traité de Rome lui-même (art. 177). Toutefois, pour les Nations Unies, la compétence des organes et partant de l'Organisation n'est pas finale ou obligatoire. Alors que la compétence de la CJCE lui a permis d'imposer aux Etats membres et à leurs juridictions une interprétation centralisée et autoritaire du droit communautaire, établissant son unité et sa primauté, la capacité d'interprétation des organes de l'ONU entre en concurrence avec celle des États membres⁴³⁴.

Au-delà cependant de toutes ces difficultés théoriques liées à l'interprétation des normes, il convient de dédramatiser largement les problèmes pratiques qui peuvent résulter de cette aporie. En effet, les sujets du droit international, essentiellement les Etats, sont souvent appelés à opérer une harmonisation dans l'application et l'interprétation des normes auxquelles ils ont eux-mêmes consenti. Aussi retrouve-t-on à ce stade, comme à ceux de l'élaboration des règles et de leur application, le caractère négocié et concerté du droit international public. Mais il s'agit d'une caractéristique plus que d'une carence, qui doit éloigner de tout rapprochement avec les systèmes juridiques internes.

Quoi qu'il en soit, aucun sujet agissant unilatéralement n'est en principe en mesure d'imposer son interprétation aux autres. Il existe ainsi une sorte d'égalité des interprétations qui peut déboucher sur une irréductible incohérence. Dans ces conditions, le seul recours à une interprétation concertée entre sujets intéressés peut résorber cette incohérence virtuelle en faisant droit entre tous. D'où la

⁴³³ Paul AMSELEK, *Interprétation et droit, RGDI*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 267.

⁴³⁴ Paul AMSELEK, *idem*.

nécessité d'examiner les différents modes de pensée et techniques de raisonnement sur les normes internationales.

3/- Les modes de pensée et les techniques de raisonnement portant sur les normes internationales

Lorsqu'il y a contradiction entre deux normes juridiques, la technique dite de l'interprétation, bien qu'elle ne soit pas la seule⁴³⁵, permet néanmoins de concilier les deux normes ou d'en écarter l'une au profit de l'autre et ainsi faire évanouir la contradiction. En principe, les articles 31 à 33, notamment l'article 31.3 c de la Convention de Vienne sur le droit des traités vise tout type de norme de droit international, qu'elle soit écrite ou non : principes généraux de droit, règles coutumières, actes unilatéraux, actes concertés non conventionnels, actes juridictionnels, droit conventionnel. En cela, il constitue l'un des moyens permettant de nuancer l'affirmation selon laquelle « tout ordre juridique forme un espace idéal parfaitement clos sur lui-même »⁴³⁶.

De prime abord, il faut préciser qu'il existe divers modes d'interprétation ainsi que plusieurs techniques de raisonnement sur les normes juridiques.

a) Les modes d'interprétation juridique

D'abord, l'interprétation unilatérale est la plus répandue mais son autorité est limitée. L'unilatéralité ne consiste pas toujours en ce que l'interprétation émane d'un seul sujet de droit, mais peut relever de questions de perspectives comme l'écrivait Robert KOLB : « il y a unilatéralité dans le sens que l'acte relève d'un *unus latus* en relation avec un *alterius latus* lui restant étranger. »⁴³⁷ Dans le cadre de cette étude, l'interprétation unilatérale désigne, effectivement, celle qui émane d'un seul sujet de droit, notamment d'un Etat, que ce soit à travers son exécutif ou son pouvoir judiciaire. On comprend mieux d'où vient la limite à une telle interprétation du moment où elle tend généralement à s'orienter tout d'abord aux intérêts particuliers de celui qui interprète. Ainsi, par exemple, l'auto-interprétation peut rapidement conduire à des dérives, notamment si l'interprète en question est une « super-puissance ». Ce cas est justement illustré par la Cour internationale de justice, dans l'affaire du *Nicaragua* (1986)⁴³⁸ pour laquelle la logique de réciprocité émanant du principe de l'égalité souveraine entre Etats n'a pas été appliquée.

⁴³⁵ Il existe, en effet, d'autres techniques de conciliation ou de résolution de conflits normatifs, à l'exemple de celle dite de « l'inopposabilité ».

⁴³⁶ François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale – Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1989, t. 213, p. 79.

⁴³⁷ Robert KOLB, *Interprétation et Création du Droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Ed. Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, p. 293.

⁴³⁸ CIJ, *Recueil*, 1986, p. 14 et s. Voir aussi l'affaire des *plates-formes* pétrolières (arrêt du 6 novembre 2003) mettant aux prises l'Iran et les Etats-Unis d'Amérique.

Ensuite, les Etats peuvent recourir à l'interprétation concertée : cette dernière est, en principe, obligatoire et donc difficile à réaliser car elle se déploie avec la plus grande liberté. Dans la mesure où elle émane des auteurs même de la règle à interpréter, on parlera d'interprétation authentique, si elle est formellement exprimée, et d'interprétation quasi authentique, si elle se dégage implicitement d'une pratique commune. Elle apparaît donc comme une technique d'harmonisation des capacités concurrentes, mais elle en est le produit plus que la négation, puisqu'elle résulte du libre exercice de cette concurrence. Elle n'est enfermée dans aucune condition de procédure et peut intervenir dans un cadre consensuel, par application convergente des mêmes dispositions, ou conflictuel, par solution négociée d'une difficulté ou d'un différend. L'interprétation concertée peut également résulter d'actes unilatéraux conformes, ou d'une déclaration collective, d'actes étatiques ou institutionnels, mais aussi de pratiques convergentes ou communes, voire combiner les actes formalisés et l'acquiescement tacite. Elle reste malgré tout un moyen sûr pour rechercher l'unanimité dans l'application des traités.

Enfin, l'autre forme d'interprétation reste l'interprétation juridictionnelle qui a surtout une autorité exemplaire puisqu'elle représente un cas particulier d'interprétation par une organisation internationale. En effet, elle émane soit d'un organe d'une organisation, soit d'une juridiction indépendante qui constitue à elle seule une telle organisation. De ce fait, on peut dire que l'interprétation juridictionnelle est à cheval entre l'interprétation unilatérale et l'interprétation concertée⁴³⁹. Dans tous les cas, son autorité reste également limitée car elle n'apporte que des solutions partielles dans les litiges normatifs en droit international⁴⁴⁰.

Les décisions relevant des différents organes d'interprétation ne sont en effet revêtues que d'une autorité relative de la chose jugée, de telle sorte que l'interprétation qu'elles incorporent ne saurait *a priori* être étendue au-delà du différend tranché et des parties à l'instance. Toutefois, chaque fois qu'elle permettra de canaliser le comportement ultérieur des Etats, l'interprétation juridictionnelle sera considérée comme un instrument ou une modalité de l'interprétation concertée. Par exemple la méthode de droit comparé accompagne ainsi très clairement le développement des principes-ponts entre les ordres juridiques alors que la méthode d'interprétation systémique ou téléologique du juge le conduit à poser des principes propres au système plus qu'à les induire d'autres systèmes juridiques. Les choix politiques opérés, les stratégies (judiciaire, étatique, doctrinale, militante etc.)

⁴³⁹ Elle est concertée puisqu'elle repose sur le consentement préalable des États intéressés à la juridiction. Mais elle demeure unilatérale en tant qu'imputable à un organe déterminé.

⁴⁴⁰ C'est d'abord le cas des avis consultatifs de la CIJ qui, même s'ils paraissent obligatoires au regard des organes qui les sollicitent, ils ne peuvent s'imposer directement aux Etats membres. Il en va de même pour les arrêts ou les jugements des tribunaux administratifs.

privilégées par les acteurs de l'ordre juridique international se font donc suivant le contexte dans lequel ils se trouvent, leurs modes de pensée et leurs techniques de raisonnement.

b) Les techniques et modes de raisonnement

En ce qui concerne les techniques, les interprètes tiennent compte des éléments de motivation les plus directement liés pour l'interprétation dans laquelle ressortent clairement le raisonnement juridique, l'analyse des normes pertinentes et des pratiques qui ont éclairé l'interprétation. De manière générale, ce sont les principes et les préceptes généraux qui doivent guider l'interprétation. Celle-ci est habituellement soumise soit à des effets de limitations, soit à des éléments de complexité. Dans le premier cas, l'interprétation va tendre vers des considérations *ad hoc* assez limitées dans leur portée et peu généralisables en ce sens qu'elle ne peut être centrée sur des arguments systématiques. Dans le second cas, l'interprétation va occasionner des situations hautement complexes issues de l'éclatement de la normativité entre plusieurs acteurs, de conflits entre normes de couches différentes ou encore d'une absence fréquente de règles détaillées. Tous ces facteurs combinés ont tendance à rendre impossible une interprétation linéaire et complète.

Par conséquent, les techniques et modes de raisonnement se caractérisent par la démarche concrète suivie par l'interprète. Si l'on prend exemple sur le concept de « développement durable », l'on s'aperçoit que celui-ci fait l'objet d'une interprétation qui varie d'un système à un autre selon que le système intègre le concept dans son instrument fondateur (cas de l'OMC) et ceux pour lesquels le développement durable est absent de l'instrument normatif de base (cas de la CEDH). Comme l'explique le professeur RUIZ-FABRI, la présence du concept dans les textes constitutifs du système commercial multilatéral et de l'Union européenne est source de répercussions tangibles quant au rayonnement du concept, notamment du point de vue de l'interprétation des normes du système et de la définition de normes ou institutions juridiques secondaires⁴⁴¹. Il confère en effet à l'interprète qui l'emploie une marge de manœuvre assez vaste, encourageant de la sorte ce dernier à s'y référer.

Par ailleurs, en plus des mésententes possibles sur le sens à donner aux termes du traité en fonction du but et de l'objet du traité, des différences d'appréciation peuvent désormais émerger sur la question de l'interprétation d'une norme. Plusieurs auteurs affirment que l'utilisation des règles par déduction ne suffit pas pour résoudre un problème ou un différend juridique. Il est désormais commun de lire que « le choix de telle ou telle méthode est dicté par les circonstances bien plus que par des positions doctrinales préétablies »⁴⁴², que l'interprétation est une activité au moins « semi-

⁴⁴¹ Hélène RUIZ-FABRI, *Emergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation*, décembre 2008, p.8.

⁴⁴² P. DAILLIER, et A. PELLET, M. FORTEAU, *Droit international public*, 8e édition, 2009, à la p. 265.

discrétionnaire »⁴⁴³, que l'interprétation des traités « présente un caractère indiscutablement créateur »⁴⁴⁴, voire que, « dans la plupart des cas, la décision sur l'issue du litige précède la motivation, qui a pour seule fonction de justifier la solution découverte par d'autres moyens⁴⁴⁵ ».

Enfin, l'analyse développée par David Kennedy⁴⁴⁶ et Martti KOSKENNIEMI⁴⁴⁷ est désormais bien connue. Selon ces deux auteurs, la nature imprécise du langage n'explique pas à elle seule les problèmes liés à l'interprétation des traités. Le problème réside dans le fait qu'à chaque argument ou méthode « *hard* » ou apologiste (fondé sur le consentement, la volonté des États) peut en être opposé un autre de nature utopiste ou « *soft* » (reposant sur des éléments extra-juridiques tels que la justice ou l'équité).

On le comprend, la question de la formation des normes internationales et de leur interprétation est fort complexe et ne saurait se réduire à ces quelques considérations. Au demeurant, si l'on admet volontiers que la situation actuelle du monde requiert de manière urgente l'élaboration et le respect des normes impératives plus nombreuses pour défendre l'intérêt collectif de la planète, il est difficile de concevoir un mode « démocratique » d'élaboration de ces normes. L'objectif qui devrait présider ici est celui affiché par Daniel THURER à savoir la recherche d'une « manière constitutionnelle de penser ou d'analyser le droit international qui faciliterait notre tâche de réconcilier les buts de l'ordre international de maintenir la paix et la sécurité avec les valeurs fondamentales de justice dans un système juridique international composé d'États égaux⁴⁴⁸ ». Sans omettre le fait que la recherche de l'unité d'interprétation et d'application de la règle de droit international à l'échelle universelle supposerait en pure logique la mise en place d'un véritable système judiciaire global⁴⁴⁹.

§ 2 : La fragmentation influence les interactions entre l'ordre juridique général et les ordres juridiques particuliers ou « systèmes autonomes »

Les périodes de tension internationale marquent toujours un recul du droit international disait le professeur Robert KOLB⁴⁵⁰. Poursuivant dans sa démonstration, il ajoutait que ces périodes « provoquent notamment un coup d'arrêt à l'évolution des normes générales au profit d'équilibres

⁴⁴³ D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales: Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, 1981, à la p. 143.

⁴⁴⁴ J. VERHOEVEN, J., *Droit international public*, 2000, à la p. 418.

⁴⁴⁵ Simon, *supra* note 10, à la p. 137.

⁴⁴⁶ Da. KENNEDY, « Theses about International Law Discourse » 23 *GYIL* (1980) 353; « The Sources of International Law » 2 *Am. U.J.Int'l L.*, (1987) 1.

⁴⁴⁷ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with New, Epilogue New York, Cambridge University Press, 2005, 683p.

⁴⁴⁸ Daniel THÜRER, *op.cit.*, note 24, p. 283, cité et traduction en français par Yves SANDOZ, *op.cit.*, p. 30.

⁴⁴⁹ Pierre-Marie DUPUY, « Unité d'Application du Droit International à l'Échelle Globale et Responsabilité des Juges », Vol 1, *EJLS*, No 2.

⁴⁵⁰ Robert KOLB, « *Théorie générale de l'interprétation du droit* », *L'Interprétation en Droit International*, Ed. Bruylant, 2006, p.146.

momentanés obtenus par accord »⁴⁵¹. Ainsi, à l'image de tout ordre juridique, l'ordre juridique international devrait tendre principalement vers sa cohérence, c'est-à-dire rejeter de son sein toute idée de contradiction. Se pose alors le problème de l'évolution du droit international général à travers l'interaction de ses productions, de ses interprétations et de ses pratiques spéciales » car les solutions apportées au niveau des organisations, bien que différentes, devraient, en toute logique, s'intégrer dans l'ordre juridique international général. Or, le sort réservé à une règle de droit varie selon le système dans lequel il est reçu (A) ; ce qui a tendance à favoriser les exceptions et les dérogations aux règles générales de droit international (B).

A/- LA RECEPTION D'UNE REGLE DE DROIT AUTONOME PAR LES DIFFERENTS SYSTEMES NORMATIFS

Le droit international moderne, tel qu'il a été décrit jusqu'ici, est constitué de systèmes normatifs disjoints. Dans un tel contexte, la circulation des normes issues des systèmes juridiques dits « autonomes » suppose leur réception par des systèmes normatifs en charge de la gestion d'aspects généraux, régionaux ou de niveau égal. Bien évidemment, cette réception n'est pas automatique et peut même varier selon la teneur juridique donnée dans ces cadres à la norme considérée. Ainsi, chaque norme juridique créée pourrait acquérir une signification spécifique dans chaque système normatif au sein duquel elle est réceptionnée et, au final, une signification différente d'un système à l'autre. Ce qui peut donner lieu soit à des relations verticales entre les différents systèmes qui opèrent en droit international (1), soit à des relations horizontales entre les différents systèmes régionaux (2).

1/ Les relations verticales entre le système universel et les systèmes régionaux ou sous régionaux

Toute organisation internationale engendre une série de normes particulières qui s'ordonnent autour de la Charte constitutive de cette organisation et constituent un système ou un ordre particulier. Ce droit particulier, chaque fois qu'il se précise, a tendance à s'éloigner et à se détacher des normes du droit international général. Or, si l'on veut que ce dernier reste et demeure un véritable système à part entière, il est primordial que les règles issues des ordres particuliers trouvent leur place au sein des règles générales afin que ces dernières puissent avoir une primauté sur toutes les autres règles valables en droit international.

L'interaction entre les traités et les normes non conventionnelles joue un rôle décisif dans la consolidation de ce qu'on appelle « secteurs » du droit international. Le secteur est en principe une

⁴⁵¹ Idem.

partie d'une matière ; le seul problème est que le secteur tend généralement à prendre son autonomie vis-à-vis de la matière. C'est la lutte entre la règle générale et la règle spéciale. Le principal problème, dans ce croisement est que la règle spéciale ou « *lex specialis* » est en train de prendre le dessus sur la règle générale ou « *lex generalis* » car le principe de spécialité apparaît désormais comme un élément qui peut dangereusement renforcer la fragmentation du système puisqu'il peut conforter l'autonomie de chaque régime et donc sa dérogation aux principes généraux du système global. L'inconvénient majeur ici étant que l'application continue de la « *lex specialis* » en fonction de chaque système spécial ou régional ne conduise à la dissolution du système global par son ineffectivité, laquelle serait due au non-respect en particulier de ses principes fondamentaux par de continuelles dérogations en vertu de la « *lex specialis* » comme l'étude le montrera un peu plus loin.

De manière générale, face à un « ordre transnational » à la base autonome face à lui, le droit international peut opposer ses propres normes et tenter d'instaurer un lien de subordination qui ne saurait exister de manière naturelle. Ainsi, les normes internationales seraient-elles susceptibles de limiter l'autonomie des règles spéciales puisque, par définition, les normes de droit international ne sauraient connaître de zones impénétrables. Pierre-Marie DUPUIS dira à ce propos que « le droit international n'a pas de vocation limitative »⁴⁵². De là, la norme internationale peut avoir un impact indirect sur la norme spéciale car, quel que soit le domaine incriminé, les Etats sont appelés à tout mettre en œuvre pour inciter la norme spéciale à respecter certaines règles générales définies au niveau international.

L'exemple du droit de l'environnement est celui qui décrit le mieux cette situation car il fait nettement ressortir les quatre prismes suivants⁴⁵³ : d'abord, à l'échelon universel, il existe une confrontation entre le droit de l'Organisation mondiale du commerce et le droit de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ; au niveau régional, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme évolue face au droit de l'Union européenne. Ces différents espaces sont tous caractérisés par la présence en leur sein d'un pouvoir juridictionnel institutionnalisé et compétent pour trancher des différends touchant à la protection de l'environnement. Du point de vue institutionnel, il s'agit d'espaces juridiques emboîtés. Du point de vue matériel, ils ont en commun que le juge international s'y trouve à arbitrer entre les exigences liées à la protection de l'environnement et les intérêts s'y opposant, qu'ils soient de nature économique ou sociale, publique ou privée. À l'intérieur de chacun de ces espaces, s'impose donc la prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux. Il en résulte que la circulation des normes du droit de l'environnement,

⁴⁵² Pierre-Marie DUPUY, Droit international public, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 244, n°520.

⁴⁵³ Sur cet exemple, cf. Hélène Ruiz FABRI, Lorenzo GRADONI, « La circulation des concepts juridiques : le droit de l'environnement entre mondialisation et fragmentation », Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, (Ed.), 2009, 575 p.

définies par principe dans des enceintes diplomatiques et juridiques spécifiques, suppose leur réception par des systèmes normatifs en charge de la gestion d'autres questions, commerciales par exemple. Bien évidemment, cette réception n'est pas automatique.

Par ailleurs, lorsqu'on considère les relations entre ces différents systèmes de l'ordre juridique international, on s'aperçoit que chacune des disciplines a généralement soin de borner préalablement son domaine et de faire prévaloir la spécificité des méthodes et des concepts qu'elle utilise. Cette « posture » peut s'avérer satisfaisante dans la mesure où elle est conforme à l'autonomie de chaque domaine délimité par un mode de raisonnement particulier, où elle obéit plus à un mouvement de diversification croissante des disciplines ; mais elle paraît insatisfaisante en ce qu'elle manifeste « l'éclatement de la science sociale »⁴⁵⁴ que représente le droit international, et qu'elle peut, à ce prix, « éparpiller sans profit les études portant sur des questions similaires, sacrifiant les tentatives de synthèse explicative à la multiplication des analyses de plus en plus techniques et de plus en plus spécialisées »⁴⁵⁵.

Ainsi, en plus d'acquérir une signification singulière dans le système de DIP général, les normes et principes véhiculés par les systèmes dits autonomes ou autosuffisants pourraient se voir priver d'existence et de reconnaissance par les autres systèmes de même valeur. Dans le premier cas, il s'agirait de « simples bribes normatifs »⁴⁵⁶ qui pourraient être, ponctuellement ou pas du tout, réceptionnés par les autres systèmes et donc avoir une diffusion limitée voire tronquée. Dans un second cas, le principe de spécialité pourrait, en cantonnant chaque régime juridique nouvellement créé dans un cadre qui lui est singulier, renforcer la fragmentation du système entier. En confortant l'autonomie de chaque régime, la spécialisation favoriserait en même temps les risques de multiplication des dérogations de ces systèmes spéciaux à l'égard des principes généraux véhiculés au sein du régime global.

En l'occurrence, les règles spéciales opéreraient en tant que limites du droit international général, notamment dans le cadre du droit communautaire⁴⁵⁷. Cela s'explique principalement par le fait que les normes non conventionnelles ont un caractère plus ordonné que les règles conventionnelles. Tout comme, *a contrario*, les règles de droit international général incluses dans les actes communautaires peuvent remplacer, dans certains domaines, les règles de source institutionnelle. Ce qui implique, en somme, un processus qui conduit à la « communautarisation » des systèmes de DIP au service des

⁴⁵⁴ Maurice DUVERGER, « Méthodes des Sciences sociales », PUF, Thémis, 1961, 2^e éd., p. 13.

⁴⁵⁵ Serge SUR, *L'Interprétation en Droit International Public*, LGDJ, 1974, p.18.

⁴⁵⁶ H. HELLIO, *Op.cit.* p. 56;

⁴⁵⁷ Le droit communautaire a recours à des instruments qui possèdent des caractéristiques propres, qui tiennent soit à leur objet – convention européenne et droit de l'homme – soit à leurs mécanismes institutionnels. Pour plus de détails, voir la jurisprudence Costa, Arrêt de la Cour de justice, *Costa/ENEL*, affaire 6_64 (15 juillet 1964).

objectifs de certains organes internationaux à l'image de l'OMC. Ainsi, si une institution venait à exercer des compétences qui appartenaient jadis à leurs États membres, la participation de cette institution à une autre organisation requiert que les règles de cette dernière aient admis cette possibilité⁴⁵⁸

Mais quoi qu'il en soit, les rapports de coopération entre l'ordre juridique universel et les ordres juridiques particuliers restent empreints par la supériorité du premier sur les seconds⁴⁵⁹. C'est ainsi qu'il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles le droit régional est appelé à respecter le droit universel. On peut citer en exemple le cas *des conventions à portée universelle interdisant l'abrogation ou la modification de leurs dispositions par des accords particuliers ; les conventions accordant un droit d'intervention dans une instance ou une procédure ; les conventions universelles fondant le régime juridique d'institutions régionales* ou encore le *caractère obligatoire de certaines règles du droit international général*⁴⁶⁰. Et, même si des conflits peuvent survenir entre normes universelles et régionales ou spéciales, le droit universel devrait toujours servir de cadre de référence aux autres droits autonomes. Peut-il en être de même en ce qui concerne les relations entre les différents ordres juridiques autonomes ?

2/ Les relations horizontales entre systèmes régionaux distincts

S'il est vrai que dans leur globalité les principaux effets de la mondialisation font la promotion d'une diffusion de concepts juridiques uniformisés, il n'en demeure pas moins que subsiste, selon une logique diamétralement opposée, une tendance à la singularisation des concepts lors de leur réception dans les différents espaces normatifs⁴⁶¹. Ainsi, comme le décrit le professeur RUIZ-FABRI, le fait que les États soient souvent parties aux différentes enceintes internationales ne peut, à lui seul, garantir la cohérence en ce qui concerne la production du droit. Ce qui fait craindre, dans le même temps, l'idée de fragmentation du droit international du fait de l'existence, au plan régional ou mondial, de systèmes juridiques ayant acquis un degré plus ou moins poussé d'autonomie par rapport aux États.

Cet état de fait trouve principalement sa source dans une diversité de principes et d'institutions s'ignorant les uns des autres. D'ailleurs, comme l'écrivent TEUBNER et LUMANN, « *la caractéristique principale d'un système c'est sa relation avec la complexité du monde* » en ce sens

⁴⁵⁸ C'est le cas, par exemple, au sein du GATT ou de l'actuelle OMC, les règles de cette organisation ayant permis que la Communauté européenne puisse négocier et conclure des accords commerciaux multilatéraux.

⁴⁵⁹ Voir L. DUBOUIS, Les rapports du droit régional et du droit universel, *In* Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, Colloque, SFDI, 1976, pp. 263 et s.

⁴⁶⁰ Pour plus de précisions, lire Dominique CARREAU, Droit international, 10^e éd., Pedone, 2009, pp. 99 et s.

⁴⁶¹ Hélène RUIZ-FABRI, Lorenzo GRADONI, « Emergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation », Mission de Recherche Droit et Justice, décembre 2008, p.2.

que le système juridique, par le biais de ses participants, communique avec les autres systèmes extérieurs et se doit d'aller chercher des informations afin de les transformer en « matériel juridique ». Dans le modèle de régulation horizontale, la question qui se pose est celle de savoir s'il existe des liens étroits ou plutôt de subordination voire d'influence réciproque entre les différents systèmes autonomes en droit international. En principe, les mouvements apparemment désordonnés qui affectent le champ juridique trouvent leur essence aussi bien dans l'ordre normatif que dans l'espace normatif auquel ils se rapportent. Ainsi dans l'ordre normatif, se développent trois types d'interactions :

D'abord des inter-normativités qui renvoient le plus souvent à des phénomènes de coordination sans aucune hiérarchie établie entre les normes en jeu. C'est l'exemple entre les normes de l'OIT et celles de l'OMC au sein des Nations Unies ou encore les normes posées par les institutions financières (Banque mondiale, FMI) dont la vitesse d'exécution diffère d'un Etat à un autre. Mireille Delmas-Marty parle ici soit de *polychronie* c'est-à-dire la prise en compte de la vitesse avec laquelle les Etats membres peuvent intégrer la norme commune à des vitesses différentes⁴⁶², soit de la *dyschronie* qui explique les dysfonctionnements qu'on peut observer lorsque plusieurs espaces normatifs évoluent à vitesses trop différentes et s'il y a trop d'écarts de vitesse d'un espace normatif à l'autre. D'ailleurs, depuis quelques années, la doctrine essaye de trouver des voies et moyens pour faciliter la réception des normes d'un système à l'intérieur de l'autre de manière plus harmonisée. Ce qui pourrait favoriser, à terme, des échanges sans pour autant permettre une cohérence.

Ensuite, on s'aperçoit que la multiplication des espaces normatifs dessine un ordre à géométrie variable. Pour arriver à une structure cohérente, il faudrait plutôt « verticaliser » les interactions, c'est-à-dire introduire une hiérarchie, plus ou moins stricte selon que l'on utilise un processus d'harmonisation ou de véritable unification. Or, si cela reste possible dans le cas des ordres juridiques internes, cela ne saurait encore se faire au niveau de l'ordre juridique international car une telle entreprise suppose des principes généraux communs et des principes d'intégrations communs. Mais la construction d'un droit mondial implique également une réflexion sur la synchronisation des vitesses d'évolution qui nécessitent de nouvelles articulations entre les différents niveaux, les instances et les acteurs. Ces articulations qui se veulent parfois souples, parfois rigides, se matérialisent par les notions de *soft Law* ou de *hard Law* en droit international. A cet effet, les relations normatives dites « horizontales » offrent un modèle d'autorégulation caractérisé par un système où il n'existe ni harmonisation, ni unification mais juste des échanges horizontaux entre

⁴⁶² C'est le cas en Europe avec l'espace Schengen qui intègre les Etats dans le domaine de la police des frontières et de l'immigration. C'est aussi le cas en droit de l'environnement avec le Protocole de Kyoto sur le changement climatique.

différents systèmes. Dans un tel système, les normes issues d'institutions les plus évoluées s'imposent aux autres.

Enfin, la réception d'une norme juridique par un système différent de celui ayant défini son élaboration peut tout simplement s'avérer impossible du fait des fortes contradictions qui pourraient exister entre les prescriptions juridiques de cette norme et celle du système normatif qui pourrait la réceptionner. Tout comme il peut s'avérer que certains systèmes normatifs soient largement, voire totalement fermés aux influences normatives extérieures comme le démontre la notion de *self-contained regimes* ou régimes autosuffisants. Selon cette qualification doctrinale dont il est fort possible de douter qu'elle recouvre une réalité bien pratique, un système juridique serait susceptible d'énoncer en son sein et sans aucune référence à des règles de droit qui lui sont extérieures, les prescriptions substantielles que doivent respecter ses sujets ainsi que les dispositions applicables en cas de non-respect de ses prescriptions⁴⁶³. D'où la multiplication de limitations telles que vécues aujourd'hui en droit international.

B/- LES SYSTEMES AUTONOMES FAVORISENT LES LIMITATIONS, LES EXCEPTIONS ET LES DEROGATIONS AUX REGLES GENERALES DE DROIT INTERNATIONAL

Le caractère fragmentaire du droit international a plusieurs conséquences qui se ramènent toutes, de manière générale, au fait que les règles de droit international tendent à être plus ou moins limitées, circonstancielles et liées aux faits auxquels elles doivent leur émergence. Ces règles tendent de plus en plus à être des unités autosuffisantes qui sous-tendent la difficulté plus grande d'étendre sans raisonnements serrés et laborieux leur contenu à d'autres par la voie d'interprétation extensive ou par analogie. Au final, c'est la sécurité juridique qui se retrouve affaiblie par cette pluralité complexe de régimes très individualisés. Après une brève présentation des aspects généraux relatifs à ces limitations (1), on verra comment la « loi générale » semble faire place à la « loi spéciale » (2) et la « *hard law* » à la « *soft law* » (3).

1/- Aspects généraux des limitations

Alors que beaucoup de juristes prônent aujourd'hui un droit impératif pour contrer les difficultés et les défis auxquels reste soumis notre planète, ce besoin d'un droit impératif va à l'encontre d'une autre tendance caractéristique de notre époque, à savoir « l'autorégulation ». Celle-ci conduit, plus ou moins à l'amollissement du droit ou, pour reprendre l'expression de Georges ABI-SAAB⁴⁶⁴, à son « assourdissement ». S'il n'est pas permis ici de nier l'existence et l'extraordinaire richesse de

⁴⁶³ cf. H. HELLION, Résolution et prévention des conflits normatifs, *op.cit.*, p. 56.

⁴⁶⁴ Georges ABI-SAAB, *Repetition as Reform* : Cours général de droit international, *Recueil des cours*, vol. 207, (1987-VII), p. 9-463.

production normative engendrée par ce droit d'autorégulation, il est tout à fait exclu de considérer que celui-ci pourrait aider à la résolution des problèmes auxquels reste confronté le droit international du fait de sa fragmentation. En effet, l'importance croissante du droit au niveau international privilégie surtout des phénomènes d'inflation juridique et se manifeste par une multiplication des textes et par des changements accélérés de leur contenu. Cette évolution loin de renforcer l'État de droit, menace un aspect essentiel de l'activité internationale : sa sécurité juridique.

Cette constatation trouve sa source d'explication surtout dans le fait qu'en matière de droit international contemporain, l'apport normatif (droit dérivé et actes unilatéraux) des Organisations internationales est particulièrement diversifié, notamment à travers multiples expériences. Ces expériences, menées plus au nom de l'éthique que du droit, sont à l'origine d'un foisonnement de normes rassemblées sous le terme devenu "attrape-tout" de *soft law*. Or, la *soft law* « ne prend consistance dans l'ordre juridique que si à la déclaration succède même partiellement et progressivement une application »⁴⁶⁵. La Déclaration de 1998 de l'OIT⁴⁶⁶ relève bien de cette catégorie puisqu'elle crée ou participe à une « effectivité en action »⁴⁶⁷. Néanmoins, une telle Déclaration ne risque-t-elle pas d'être dévaluée du fait de la prolifération de normes "concurrentes" émanant d'autres institutions internationales ou d'acteurs privés qui revendiquent leur part d'action et de normativité sur la question sociale ?

2/- De la « *lex generalis* » à la « *lex specialis* »

C'est une exigence rationnelle que le droit comporte des règles « générales » qui s'appliquent à toutes les personnes qui ont qualité de sujet de droit dans le « milieu » que celui-ci entend régir⁴⁶⁸. Si jamais il devait, pour quelques raisons que ce soit, laisser certaines d'entre elles échapper aux plus importantes de ses prescriptions, son effectivité serait remise en cause au même titre que son efficacité. L'universalité du droit international vient de ce qu'il déclare régir l'ensemble des collectivités humaines vivants sur la planète, notamment par l'intermédiaire des Nations Unies qui a réussi à accueillir pratiquement tous les Etats du globe. Pourtant, d'après la CDI, un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière peut former un régime spécial (« régime autonome ») et être applicable en tant que *lex specialis*.

⁴⁶⁵ P.-M. DUPUY (2000), p. 373.

⁴⁶⁶ Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable et la Résolution concernant le renforcement de la capacité de l'OIT d'appuyer les efforts déployés par ses Membres pour atteindre ses objectifs dans le contexte de la mondialisation. Pour plus de détails, consulter : http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/97thSession/pr/lang--fr/docName--WCMS_094040/index.htm.

⁴⁶⁷ Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international*, 4^e éd. (1970), p. 318.

⁴⁶⁸ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 26.

Ainsi défini, le droit spécial peut être utilisé pour appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier le droit général voire même dans le but d'écarter ce dernier. Cette prééminence du droit spécial sur le droit général tire sa source de la maxime *lex specialis derogat legi generali* qui est une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes : entre des dispositions figurant dans un seul traité; entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles⁴⁶⁹. Si le droit spécial prime sur le droit général, c'est parce qu'il semble plus concret et tient mieux compte des particularités du contexte dans lequel il s'applique. En cela, son application aboutit le plus souvent à un résultat équitable vu qu'il traduit au mieux l'intention, les priorités et les objectifs des sujets du droit.

Toutefois, son application n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent⁴⁷⁰ qui demeurera valable et applicable, notamment dans des situations non prévues par le droit spécial⁴⁷¹. Dans tous les cas, la contradiction intervient lorsqu'il existe une contradiction, soit verticale (entre la règle générale et la règle spéciale), soit horizontale (entre deux ou plusieurs règles spéciales). Dans le premier cas, le principe de la *lex specialis* entrerait en fonction en tant que technique de raisonnement juridique dans le droit international. Technique qui opère parfois comme un système d'interprétation et d'autre fois comme une technique de règlement de différends. C'est dans le second cas de contradiction horizontale entre deux ou plusieurs règles spéciales de secteurs distincts, que surgissent les problèmes les plus importants. C'est ici que le caractère prioritaire est problématique car on ne peut recourir au principe de la *lex specialis* vu que chaque secteur revendiquera sa spécialité. Pour les conflits entre le commerce et l'environnement ou entre la sécurité et les droits de l'homme, on recherchera la solution en faisant appel à une règle et non à

⁴⁶⁹ Pour ce qui concerne l'application du principe à des dispositions figurant dans un seul traité, voir *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, I.L.R., vol. 52 (1979), p. 97, 141 et 142, par. 36, 38 et 39; affaire C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Arrêt du 11 juillet 2002, CJCE (2002) I-06367, p. 6398 et 6399, par. 35 et 36, et p. 6404, par. 59; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Arrêt du 28 mai 1993, CEDH, série A (1993), no 258, par. 76;

⁴⁷⁰ Ainsi, dans l'affaire du Nicaragua, *ibid.*, p.95, par. 179, la Cour a noté : « Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique ».

⁴⁷¹ Dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, p. 240, par. 25, la Cour a décrit le lien entre le droit des droits de l'homme et le droit applicable dans les conflits armés de la manière suivante: « ... la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte... C'est toutefois ... à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du Pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du Pacte ».

l'autre ; cela supposerait aussi de recourir, dans ce cas, à un organe de règlement des différends ou à un autre.

Ce qu'il convient de faire valoir ici, c'est que l'unité du droit international dépendra largement des juges spécialisés qui se doivent d'accepter que la *lex specialis* qu'ils appliquent n'existe pas dans un vide et doit être lu à la lumière du droit international général.

3/- De la « *Hard Law* » à la « *Soft Law* »

Avec la mondialisation, la production de normes juridiques pose aujourd'hui la question fondamentale de la « part » du droit étatique et du droit négocié dans l'ordre juridique international. A partir des années 1970, le paysage international a été marqué par la forte expansion et l'institutionnalisation de l'activité politico-juridique aussi bien que par des changements dans les modes de fabrication du droit public⁴⁷². Dès cette époque, les juristes remarquaient la prolifération progressive de certains instruments, appelés instruments de *soft law*, dont la portée juridique et politique, contrairement à celle des traités, n'était pas clairement définie.

D'abord, sur le plan conceptuel, lorsqu'on fait une réflexion autour de la *soft law* et de son usage croissant dans les pratiques internationales, l'attention se porte davantage sur leur « juridicité atténuée » qui constitue leur principale spécificité. En effet, les actes de *soft law* se distinguent des actes conventionnels à caractère contraignant du droit international par le fait qu'ils n'ont pas nécessairement ni immédiatement un caractère juridique et, par conséquent, ne sont pas forcément contraignants. Or, en matière de théorie générale du droit, la règle de droit, en tant que norme créatrice d'obligations (de donner, de faire ou de ne pas faire), ne peut exister que lorsque le non-respect d'une prescription entraîne une sanction négative en principe prévue d'avance par les textes en vigueur. Elle est mise en œuvre grâce à des procédures de contrainte. Dans ce cadre, « la règle est rendue obligatoire par l'autorité publique au moyen de sa contrainte indépendamment de la forme qu'elle prend »⁴⁷³. Par conséquent, un texte ou un instrument international qui a une force obligatoire, produit un effet de droit, une modification quelconque dans l'ordonnement juridique existant, lorsqu'il crée, confirme ou consolide une situation juridique.

Pour ne citer que l'exemple du droit du travail, les instruments de *soft law* se traduisent par des « *codes of corporate conduct* » qui constituent un phénomène qui manifeste une tendance récente, dans le cadre de la mondialisation, à adopter des dispositifs normatifs non contraignants. Ces codes

⁴⁷² Filippa CHATZISTAVROU, L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit, Le Portique, 15/2005.

⁴⁷³ Cf. Dominique CARREAU et Fabrizio MARELLA, Droit international, 11^e éd., éditions A. Pedone, 2012, p. 301 et s. D'après les auteurs, la coutume aussi devient une coutume juridique, c'est-à-dire une source de droit, à partir du moment où son non-respect entraîne une sanction.

de conduite ont la particularité d'être des dispositifs d'auto-régulation ou « *self regulatory initiatives* »⁴⁷⁴ destinés, par exemple, par les entreprises à s'appliquer à leurs propres activités dans un environnement où un corpus de droit du travail existe habituellement par ailleurs, du moins sur le plan formel. Dès lors, ces codes posent le problème de leur fonction dans le domaine du droit du travail, de leur interférence avec les législations nationales en la matière et avec la *Déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux du travail*, et de leur impact sur les normes nationales et internationales adoptées selon les processus institutionnels dans lesquels l'État met en œuvre ses compétences normatives traditionnelles tant dans l'ordre juridique interne que dans l'ordre Juridique international.

Ensuite, sur le plan pratique, le *soft law* se particularise aussi par les différents rôles qu'il remplit par rapport au droit dur. Son usage est favorisé par son caractère « allégé » sur le plan procédural et par sa faculté d'extension de la marge d'action gouvernementale au niveau international. Ainsi, le développement de l'usage du « droit mou » face au « droit dur » conduit à ce que les concepts traditionnels du droit en tant que contrainte ou limite, cèdent la place à une gamme juridique à graduation diversifiée face au droit dur inscrit dans les textes⁴⁷⁵. Deux types d'explications sous-tendent cette évolution. D'un côté, les acteurs internationaux ont de plus en plus besoin d'instruments normatifs adaptés et différenciés, en fonction de la nature et du niveau de l'action entreprise. De l'autre côté, les gouvernements nationaux préfèrent souvent éviter les engagements trop contraignants au niveau international, afin de limiter la délégation de leur autorité à d'autres centres de pouvoir⁴⁷⁶.

Ainsi donc, les actes de *soft law* ont généralement trois fonctions en droit international⁴⁷⁷. En premier lieu, ils constituent un préalable à la formulation du droit dur en ce sens qu'ils sont des actes préparatoires des décisions sans pour autant constituer une base juridique dérivée. Dans le cadre de leur deuxième fonction, les actes de *soft law* ont tendance à se substituer au droit dur à travers leur contribution à la préparation du terrain du processus législatif à suivre. Et, même si ces actes demeurent sans effet juridique, ils gardent la possibilité d'être concrétisées à un stade ultérieur, sous la forme d'actes des institutions. Par conséquent, le *soft law* peut contribuer au développement du

⁴⁷⁴ Adele BLACKETT, « Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State : A Labour Law Critique of Codes of Corporate Conduct » (2000-2001) 8 Ind. J. Global Legal Stud. 401.

⁴⁷⁵ P.-M. EISEMANN, « The gentleman's Agreement comme source du droit international », *Journal du Droit International*, 1979, p. 329.

⁴⁷⁶ K. W. ABBOTT and D. SNIDAL, "Hard and soft law in international governance", *International Organization*, vol. 54, n° 3, Summer 2000, p. 453.

⁴⁷⁷ Pour plus de détails à ce propos, lire l'article de Filippa CHATZISTAVROU, L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit, *Le Portique*, n° 15, 2005.

droit dur ou se substituer à lui partiellement, sans menacer pour autant son intégrité et sa rigueur⁴⁷⁸. La dernière fonction serait d'accompagner un acte institutionnalisé, quand le dossier concerne des matières qui se chevauchent et qui ne permettent pas d'être traitées avec les mêmes outils juridiques⁴⁷⁹. Dans ce cas, la *soft law* joue un rôle de complément de la *hard law*.

Enfin, on ne saurait terminer cette présentation sans insister sur les conséquences sémantiques que l'usage du *soft law* entraîne concernant la notion de la règle de droit. En effet, avec la recrudescence de ces instruments en droit international, la conception unifiée et hiérarchisée du droit s'est fortement substituée à une conception « éclatée » du droit où la contrainte n'est plus un élément constitutif, mais fonctionnel de l'ordre juridique international. D'où les diverses définitions que cette notion suscite sur la plan doctrinal. Ainsi par exemple, René-Jean DUPUY traduit la notion de *soft law* comme du « droit mou » (ou droit vert)⁴⁸⁰. Ces deux traductions présentent deux fonctions qui ne coïncident pas nécessairement. Tandis que le « droit mou » se réfère au caractère infra-juridique d'une règle de conduite, le « droit vert » inclut plus une connotation temporelle et se réfère à la possibilité que le *soft law* puisse impulser le développement du *hard law*⁴⁸¹. P. PESCATORE avait proposé la dénomination de « droit vague » et F. RIGAUX de « droit assourdi » (immature). NGUYEN QUOC DIHN qualifiait les actes de *soft law* d'« actes non concertés »⁴⁸² et les distingue de l'ensemble des résolutions des organisations internationales. Il met l'accent sur le fait qu'il s'agit du résultat d'une négociation dont l'effet à l'égard des tiers pose problème. Michel VIRALLY préfère la traduction de « droit doux »⁴⁸³, considérant qu'il s'agit d'une sorte de « pré-droit », au même titre que pourraient l'être les considérations, les points de vue ou les engagements de bonne volonté.

Comme on peut le voir, le concept de *soft law* reste vague et fluctuant, provoquant une ambiguïté conceptuelle et une incertitude dans sa terminologie. Leur distinction par rapport aux autres catégories d'instruments juridiques internationaux n'est pas facile puisque ce type d'actes trouve sa source dans le droit international public. Filippa CHATZISTAVROU cite en exemple les résolutions de l'ONU souvent baptisées « *déclaration, charte, programme* » sans pour autant que ne soit précisée leur portée juridique. On comprend mieux, poursuit-elle la raison pour laquelle, selon l'article 38 §1 du Statut de la CIJ, les instruments de *soft law* constituent un moyen subsidiaire du droit international public. En tant que source matérielle du droit international public, ils

⁴⁷⁸ Jean COMBACAU, Serge SUR, *Droit international public, Domat droit public*, Montchrestien, 2006, p.620.

⁴⁷⁹ Filippa CHATZISTAVROU, *op. cit.* p. 123.

⁴⁸⁰ R. J. DUPUY, « La technique de l'accord mixte utilisée par les Communautés européennes », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, p. 259.

⁴⁸¹ Ici, le *soft law* est considéré comme arrière-plan de la création d'une règle du droit dur.

⁴⁸² Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., LGDJ, 1994, p. 378.

⁴⁸³ M. VIRALLY, « *La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus* », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, II, 1983, p. 221-223.

appartiennent à l'ordre (juridique) international stricto sensu. Mais, les actes ou les accords, élaborés avec ces instruments, ne sont pas véritablement régis par les règles du droit international dur, bien qu'il ne s'agisse pas de deux ordres juridiques hiérarchiquement différents⁴⁸⁴.

De plus, le recours croissant à ce type d'instruments infra-conventionnels rend les problèmes d'interprétation encore plus ardues que ceux concernant le droit traditionnel des traités. La portée juridique, n'étant pas uniforme, elle devrait être déterminée selon les cas et la forme de l'instrument. La qualification d'un acte doit s'appuyer sur la rédaction des clauses formelles⁴⁸⁵. Le droit international est ainsi un ordre juridique souple qui sait (dans la forme et dans le contenu) s'adapter à la réalité sociale, autant dans le processus nomo-génétique que dans les procédés d'application et d'interprétation de la règle juridique. C'est un droit dont la trame normative et institutionnelle, pour être connecté directement à la volonté de ses créateurs, répond fidèlement aux changements opérés, parfois de manière vertigineuse, dans le milieu social international⁴⁸⁶.

Au demeurant, la notion de « *soft law* » permet d'adapter le droit contemporain aux problématiques nouvelles auxquelles reste confrontée la société internationale. Elle permet un enrichissement du droit international en imprimant un regain de vigueur à l'activité normative internationale par le prolongement ou l'élargissement de son champ d'application. Mais il s'agit aussi de ne pas perdre de vue le fait que le « *droit mou* » peut occasionner des manquements dans l'ordre juridique international, voire même sur la sécurité du système juridique international. Certains auteurs n'ont pas manqué de le signaler à l'image de P. M. EISEMANN, qui estime que l'usage du concept de « *soft law* » « pourrait se révéler dangereux et menacer l'intégrité de l'ordre juridique »⁴⁸⁷.

En somme, les faits ci-dessus exposés permettent de constater l'ampleur de la diversification des règles de droit international d'après leur source. Ils auront permis d'identifier aussi bien les diverses sources des normes de droit international que leur impact sur l'ensemble du système juridique international. Cependant, cette diversification ne va pas sans conséquences communes sur l'ordre juridique international. Ce sera l'objet de la seconde section de ce chapitre.

⁴⁸⁴ C'est pour cela que ces accords, basés sur des instruments internationaux non conventionnels, ne peuvent pas avoir les implications ou les effets juridiques des instruments du droit international « dur ». Quoiqu'il en soit, ils sont inclus dans la Convention de Vienne sur le droit coutumier des traités [art. 2(a)], conçue pour les instruments juridiques contraignants.

⁴⁸⁵ Par exemple, des formules employées comme « nous sommes convenu de ce qui suit... », « on devrait... », font ressortir le caractère intentionnel et politique d'une résolution.

⁴⁸⁶ Mariano J. AZNAR GOMEZ, In Regards d'une génération..., *op.cit.*, pp.53-54.

⁴⁸⁷ P. M. EISEMANN, « Les Gentlemen's agreements comme source du droit international », *Journal du droit international*, 1979, p. 326-348.

Section 2 : Les effets de la fragmentation dans l'ordre juridique international : les conflits normatifs et juridictionnels en droit international

Dans cette seconde section, on aborde la question du chevauchement des compétences que ce soit entre textes normatifs ou entre juridictions internationales. Comme déjà indiqué, les nouvelles branches du droit, tant au niveau national qu'international, offrent aujourd'hui un foisonnement⁴⁸⁸ juridique intéressant. On peut considérer la place primordiale accordée à l'homme dans les relations internationales, le besoin d'intégration des peuples et le renouveau des techniques comme les principaux facteurs ayant déterminé ce foisonnement. Pour autant, l'émergence de ses normes et principes juridiques, et davantage encore leur circulation dans les divers systèmes normatifs, ne vont pas, loin s'en faut, sans faire naître de profondes incertitudes quant à la capacité de ceux-ci de s'imposer juridiquement, en faisant valoir de façon contraignante leur énoncé normatif.

S'il est fréquent de justifier ce constat classique par la faiblesse dont certaines de ces matières, à l'image du droit de l'environnement, font preuve, l'attention sera davantage tournée vers les obstacles exogènes à ses normes et principes juridiques autonomes. Dans cette perspective, l'émergence et la circulation desdits normes et principes s'avèrent difficiles en ce qu'ils se heurtent à la force juridique acquise par la normativité préexistante. A cet effet, les nouvelles règles de comportement définies dans des secteurs nouveaux du droit international peuvent, dans bien des cas, s'avérer en opposition directe avec les prescriptions normatives déjà en vigueur. Le problème devient alors très complexe car il affecte l'ensemble du droit international.

Le problème, viendrait du fait que chaque régime spécial possède ses propres principes et institutions qui ferait que l'élaboration d'un droit et la création de nouvelles institutions toujours aussi spécialisées tendraient à plus ou moins méconnaître l'activité normative et institutionnelle qui se déploie dans les domaines voisins ainsi que les pratiques et principes généraux du droit international. Peuvent donc surgir des conflits entre règles ou ensembles de règles et entre pratiques institutionnelles (§1). Fort heureusement, le droit a prévu des mécanismes en vue de régler de tels types de conflits (§2).

§ 1 : Les systèmes autonomes favorisent les conflits normatifs et institutionnels en droit international

Loin d'être homogène, la société mondiale se caractérise au contraire par plusieurs régimes internationaux et institutions internationales qui se trouvent à des stades différents d'évolution et de

⁴⁸⁸ L'expression « droit foisonnant » est une qualification proposée dès 1989 par A. KISS à propos du droit international de l'environnement en remarquant qu'« il existe une masse étonnante de textes qui tendent à la protection de la biosphère, ne serait-ce que par quelques-unes de leurs dispositions », *Droit international de l'environnement*, Pedone, Paris, 1989, spéc. p. 46.

regroupement. Cette hétérogénéité juridique au niveau international a fait naître et se multiplier les conflits de normes et de juridictions. A l'origine et, contrairement à ce qui est admis en droit interne, les hiérarchies entre normes et institutions internationales sont moins fréquentes et beaucoup moins solides. Ce fait, associé à l'intense production normative à laquelle l'on a pu assister ces dernières décennies, a fini par élargir de manière inhabituelle le champ régulateur du droit international.

De plus en plus, le droit international semble se présenter sous des formes diverses qui ne facilitent pas son application de manière uniforme. Il en résulte deux sortes de conflits : d'une part, des *conflits de lois* qui font appel au choix de l'ordre juridique applicable en cas de litige (A) et, d'autre part, des conflits de juridictions qui, engagent deux autres questions distinctes : la compétence internationale (le pays où le litige peut être jugé) et la reconnaissance des décisions étrangères (B).

A/- LES CONFLITS DE LOIS OU CONFLITS NORMATIFS EN DROIT INTERNATIONAL

Le conflit normatif, thème depuis longtemps connu dans le droit interne, éveille dans l'actualité un intérêt croissant chez les spécialistes du droit international. On peut aborder la question de la définition du conflit selon deux points de vue : selon qu'on choisit la matière des règles applicables ou les sujets de droit liés par ces règles. La Convention de Vienne opte pour le premier point mais l'expression « même matière » reste à préciser car elle concerne la plupart des instruments internationaux relevant des divers champs intéressant le droit international. De manière générale, le « conflit » suppose « une situation où deux règles ou principes suggèrent de traiter un problème à l'aide de moyens différents »⁴⁸⁹. Le conflit de loi pose la question de savoir quel est l'ordre juridique et le pays dont telle loi devrait s'appliquer. Ceci amène à examiner, après les principales sources des conflits normatifs (1), les conflits entre normes générales et normes spéciales (2) puis, entre normes conventionnelles et normes non conventionnelles (3).

1/- Les principales origines des conflits normatifs en droit international

Un conflit de lois se déclenche lorsqu'une situation déterminée comporte un élément d'extranéité, le rattachant à des ordres juridiques différents. Plusieurs lois ont, à des titres différents, vocation à régir cette situation et se retrouvent sinon en conflit, du moins en concurrence. Les sources d'existence de conflits normatifs peuvent être nombreuses. Elles relèvent, avant tout, du fait que le droit international ne comporte pas de pouvoir législatif centralisé⁴⁹⁰. De ce fait, l'adoption et le développement de nouvelles réglementations se font dans des cadres thématiques propres à chaque

⁴⁸⁹ Commission de Droit International, « *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », Rapport du Groupe d'études de la commission du droit international, Etabli sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, avril 2006, Nations Unies, p. 20.

⁴⁹⁰ Le problème avait déjà été relevé il y a plus de cinquante ans par W. JENKS qui s'inquiétait de ce qu'il manquait un organe législatif général à la communauté internationale : pour plus de détails, lire C. Wilfried JENKS, « The Conflict of Law-Making Treaties », *British Yearbook of International Law*, (BYBIL), vol. 30 (1953), p. 403.

question traitée. Pour chaque réglementation sectorielle du droit international, les paramètres pratiques de leur adoption ne permettent pas, à l'avance, une cohérence entre ces réglementations. En fait, la multiplication des obligations internationales s'inscrit moins dans une perspective de juste articulation entre elles que dans celle d'une juxtaposition imparfaite des systèmes normatifs. C'est d'ailleurs ici que prend naissance le phénomène de la *fragmentation* du droit international.

Il faut dire ici que la division du droit international en plusieurs groupements ayant chacun une existence internationale distincte les uns des autres ainsi que des règles qui leurs sont propres n'a pas été de nature à faciliter la coexistence normative aussi bien entre systèmes internes et système international qu'au sein même de ce dernier. Cette coexistence de plusieurs droits internationaux a, semble-t-il, plutôt occasionné une rupture de l'unité du droit international car chaque groupement possède une législation particulière et ses organes propres. Ce qui pose, en définitive, le problème de la « compatibilité des normes juridiques contradictoires, d'une part et, d'autre part, le problème de la compatibilité entre traités collectifs et traités particuliers (*lex generalis et lex specialis*). De même, il convient de relever une autre conséquence de la prolifération des normes internationales à savoir l'intervention d'un organe dans le champ de compétence d'un autre. Ainsi par exemple, il n'est plus rare que dans le domaine des droits de l'homme, certaines questions relatives au travail soient désormais traitées par divers instruments élaborés à des moments différents et avec des problématiques juridiques et des concepts qui peuvent différer d'un organe à un autre.

Par ailleurs, les conflits entre deux textes peuvent expliquer la fragmentation du fait des incompatibilités qui peuvent naître entre eux. En effet, tout droit ne pouvant être perçu que sous la forme d'un instrument juridique, les droits reconnus aux uns sont appelés à se confronter à ceux reconnus à d'autres. En matière de droits de l'homme, le problème se pose avec beaucoup d'acuité car le droit international agit comme une plate-forme pour l'ensemble de la communauté politique internationale en ce sens qu'il fait appel à ses aspirations populaires de paix, de justice et à des revendications portant sur les droits de l'homme⁴⁹¹. Ainsi, par exemple, si aucun ordre naturel antérieur n'établit de priorité ferme entre les différents objectifs que poursuivent les Etats, le conflit d'interprétation sur les objectifs subsiste à moins que l'on accepte que la procédure au sein de laquelle naît le désaccord soit susceptible de le résoudre à la satisfaction de tous.

Ce fut le cas dans l'Affaire *Al-Adsani* dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a limité la portée de l'article 6 relatif au procès équitable en se référant aux « règles du droit international public sur l'immunité des Etats reconnue de manière générale »⁴⁹². Et ce, alors même que le droit revendiqué (compensation) était formulé dans le contexte d'une affaire civile et que la

⁴⁹¹ Martti KOSKENNIEMI, « La politique du droit international », Cerdin, Doctrine (s), Ed. Pedone, 2007, p.321.

⁴⁹² Affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 2001, §56.

violation originale constituait une violation de *jus cogens* (le demandeur avait été torturé à l'étranger). Ce qui est parfaitement conforme avec la décision de la CIJ dans l'affaire *Yerodia* puisque la Cour a considéré qu'en ayant émis un mandat d'arrêt international à l'encontre d'un ministre des Affaires étrangères en exercice, la Belgique avait violé son immunité. Dans les deux cas, les droits ont été limités par les règles traditionnelles du droit diplomatique. Le raisonnement de la CIJ est significatif car elle a considéré que l'immunité était plus importante, d'un point de vue hiérarchique, que la responsabilité pour crime contre l'humanité. Le mandat d'arrêt a effectivement lésé l'immunité de M. YERODIA ... et était donc susceptible de porter atteinte au Congo dans la gestion de ses relations internationales⁴⁹³.

2/- Les conflits entre normes universelles et normes régionales ou spéciales

La CDI a reconnu dans son rapport sur la question que la fragmentation « reflète l'expansion rapide de l'activité juridique internationale qui se propage dans des domaines nouveaux et la diversification de ses objets et techniques »⁴⁹⁴. Elle précise d'ailleurs que le titre de son rapport « semble donner à penser que malgré la résurgence des « problèmes », ceux-ci ne sont pas complètement nouveaux, ni de nature telle qu'on ne pourrait pas les régler à l'aide des techniques auxquelles les juristes internationaux ont recouru naguère pour s'attaquer aux conflits normatifs »⁴⁹⁵.

Mais dans les faits, ces distorsions juridiques causent un effritement du droit général et à ce titre méritent qu'on s'y attarde. En prenant appui sur le cadre conceptuel que constitue la Convention de Vienne sur le droit des traités, on constate fort heureusement que « l'union » de la plupart des nouveaux régimes se fait au travers de cet instrument juridique dont tous font valoir et reconnaissent la force exécutoire en matière du droit des traités. C'est la raison pour laquelle, dans son étude, la CDI a tenu à examiner la question de la fragmentation, notamment les tensions ou les conflits entre règles et principes de droit sous les quatre types de relations suivants :

D'abord les relations entre le droit spécial et le droit général. Ainsi, par exemple dans le domaine des droits de l'homme, on constate une protection de quelques intérêts spéciaux par les organes mis en place (interprétation de la légalité des réserves de son traité constitutif par une Cour non prévue à cet effet) ; le problème est que ces traités ne sont pas toujours interprétés à la lumière de la Convention de Vienne. Pour la CDI (voir rapport), l'existence d'un régime autonome ne suppose pas la non application du droit international général pour ce que le régime autonome ne régulariserait pas ; elle suppose plutôt que quand le droit général ne s'applique pas, c'est parce que

⁴⁹³ Affaire YERODIA – Mandat d'arrêt, CIJ, *Recueil* 2002, p. 26, §71.

⁴⁹⁴ Commission de Droit International, « *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », Rapport du Groupe d'études de la commission du droit international, Etabli sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, avril 2006, Nations Unies, p. 14.

⁴⁹⁵ *Idem*.

le régime autosuffisant prévoit des mécanismes spécifiques qui rendent non opératoire, dans ce cas, le droit international général, et cela, à nouveau, pour l'intérêt essentiel que fixe ce régime.

Ensuite, il faut s'intéresser aux relations entre le droit antérieur et le droit postérieur. Dans le cadre des conflits entre normes successives, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pose la règle de la *Lex posterior derogat legi anteriori*. Selon cet article 30, lorsque toutes les parties à un traité sont également parties à un traité antérieur sur le même sujet, et que ce dernier n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Ce principe de la *lex posterior* admet toutefois certaines limites dans son application. C'est le cas, par exemple, lorsque les parties au traité présent n'étaient pas tous les mêmes que pour le traité postérieur. En pareil cas, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'État qui est partie à deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il risque d'être responsable de la violation de l'un d'eux, sauf si les parties concernées en décident autrement. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut lui aussi devenir applicable⁴⁹⁶.

Par ailleurs, il faut prendre en compte les relations entre les droits à différents niveaux hiérarchiques. Or, en prenant en compte les rapports hiérarchiques entre les normes de droit international, on se rend à l'évidence que les principales sources du droit international⁴⁹⁷ ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques entre elles⁴⁹⁸. C'est la raison pour laquelle il n'est pas, d'une manière générale, approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme « fondamentales » ou comme l'expression de « considérations élémentaires d'humanité »⁴⁹⁹ ou de « principes intransgressibles du droit international⁵⁰⁰ ». Parmi cette catégorie, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités traite notamment du

⁴⁹⁶ L'article 60 est relatif l'extinction d'un traité ou la suspension de son application comme conséquence de sa violation.

⁴⁹⁷ Il s'agit de traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁴⁹⁸ En outre, l'alinéa d de l'article 38 mentionne « des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

⁴⁹⁹ Affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*), *CIJ Recueil 1949*, p. 22.

⁵⁰⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, par. 79.

jus cogens qui est toute norme « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise »⁵⁰¹.

Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, et le droit à l'autodétermination⁵⁰². D'autres règles peuvent également avoir le caractère de *jus cogens* dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

A côté des règles de *jus cogens*, on cite également les obligations *erga omnes* ainsi que l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Les premières sont des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble⁵⁰³. L'Article 103 de la Charte est une règle de droit international qui tire sa supériorité des autres règles en vertu d'une disposition constitutionnelle qui dispose : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». L'Article 103 s'applique non seulement aux articles de la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité⁵⁰⁴.

Enfin, de façon plus générale, il faut tenir compte des relations du droit avec son « environnement normatif ». Cette prise en compte concerne aussi bien la *distinction entre les dispositions conventionnelles qui relèvent du même « régime » et les dispositions qui relèvent de « régimes »*

⁵⁰¹ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.».

⁵⁰² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément no 10 (A/56/10)*, commentaire de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 à 6. Voir aussi le commentaire de l'article 26, par. 5. Voir également affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, CIJ Recueil 2006, par. 64.

⁵⁰³ Selon les termes de la Cour internationale de Justice: «Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)* CIJ Recueil 1970, p. 32, par. 33. Ou, conformément à la définition donnée par l'Institut de droit international, une obligation *erga omnes* est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»; Institut de droit international, «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1er.

⁵⁰⁴ Affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique) (Mesures conservatoires)*, CIJ Recueil 1992, par. 42; et affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni) (Mesures conservatoires)*, CIJ Recueil 1992, par. 39 et 40.

différents ; les *types particuliers de traités ou de dispositions conventionnelles* et, enfin, le *règlement des différends à l'intérieur d'un régime ou d'un régime à l'autre*. Dans le premier cas, il s'agit beaucoup plus d'éléments de détermination des conditions d'application de *la lex posterior*, notamment selon qu'elle concerne des dispositions contradictoires ou faisant double emploi de traités institutionnellement liés ou dont l'objet est de promouvoir des objectifs similaires. Le deuxième cas concerne le fait que la présomption de *la lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but⁵⁰⁵. Enfin, le dernier cas invite les Etats à adopter des méthodes pertinentes de résolutions de conflits lorsque ceux-ci concernent des dispositions conventionnelles contradictoires. Selon le Groupe de travail de la CDI, ces règlements peuvent se faire par des « *Accords inter se* », c'est-à-dire le cas des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement et qui sont couverts par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Qu'en est-il des conflits entre les normes conventionnelles et les normes non conventionnelles.

3/- Conflit entre normes conventionnelles et normes non conventionnelles

Par normes conventionnelles on entend les normes posées par une convention, un accord ou un traité. Ces trois termes sont équivalents, mais par commodité de langage on utilisera le plus souvent celui de traité. Ils sont réglés par la convention de Vienne sur le droit des traités. Quant aux sources non-conventionnelles, il en existe plusieurs : la coutume, les principes généraux, l'équité, les actes unilatéraux, les actes concertés, etc. La plupart de celles-ci sont des sources non écrites. La plus ancienne source non conventionnelle est la coutume internationale. Il n'existe aucune hiérarchisation parmi les sources non conventionnelles. Qu'ils s'agissent du droit conventionnel ou du droit coutumier, les règles d'interprétation des traités de la Convention de Vienne (art. 31 et 32) sont admises et largement appliquées en cas de conflit entre ces deux catégories de sources du droit international.

a) La nature des conflits

Les conflits entre normes conventionnelles et normes non conventionnelles peuvent porter soit sur la même matière, soit sur des matières différentes. Les conflits portant sur la même matière sont les cas prévus par l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Lorsque survient un conflit entre règles portant sur la « même » matière, « l'application du traité devient alors fortement tributaire de sa classification en vertu du système de classification des différentes

⁵⁰⁵ Conclusions du Groupe de travail de la CDI sur la Fragmentation.

matières qui préexistaient »⁵⁰⁶. Toutefois, la difficulté majeure, comme le faisait remarquer VIERDAG⁵⁰⁷, est relative à la satisfaction aux critères de l'identité de matière. Ainsi, selon lui, « lorsqu'une tentative d'application simultanée de deux règles à un même ensemble de faits ou de mesures aboutit à des résultats incompatibles, on peut assurément affirmer qu'il est satisfait aux critères de l'identité de matière »⁵⁰⁸.

Concernant les conflits portant sur des matières différentes, on peut citer l'exemple de la confrontation qui peut naître entre les règles du commerce et celles de l'environnement. En effet, il faut rappeler ici que durant de nombreuses années, les aspects environnementaux ont été trop négligés dans les relations internationales, notamment commerciales. Longtemps, la protection de l'environnement va être considérée comme un facteur n'ayant aucune valeur économique. Mais avec le développement des politiques environnementales au niveau national vers la fin des années 1980, on a observé une évolution considérable, notamment avec la multiplication des échanges commerciaux qui n'ont pas manqué de multiplier les occasions de conflit. L'exemple le plus célèbre est celui qui a opposé les États-Unis et le Mexique en 1991⁵⁰⁹, lorsque les importations de thon mexicain ont été interdites sur le sol américain, au prétexte que la capture des thons à l'aide de filets dérivants causait la mort de nombreux dauphins et ne respectait pas la loi sur la protection des mammifères marins en vigueur aux États-Unis. Ce cas montrant la confrontation entre les règles du commerce et celles de l'environnement va faire naître un bouleversement ainsi qu'une prise de conscience voire même la nécessité de la promotion d'un développement durable et d'un environnement sain.

Dans un cas comme dans l'autre, les solutions à ces conflits sont prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment en son article 30. Mais celui-ci présente quelques limites dans son application.

b) L'article 30 de la Convention de Vienne et ses limites d'application

Dans l'application du droit international, la détermination de la relation exacte entre deux normes est nécessaire voire même primordiale, surtout lorsque ces règles ou principes s'appliquent simultanément à une même situation. Le problème ne se pose pas lorsque l'une des normes est prévue pour aider à l'interprétation de l'autre norme c'est-à-dire qu'elle sert par exemple à

⁵⁰⁶ Commission de Droit International, « *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », Rapport du Groupe d'études de la commission du droit international, Etablit sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, avril 2006, Nations Unies, p. 18.

⁵⁰⁷ VIERDAG a réalisé une étude sur ce critère eu égard à des accords ultérieurs au titre de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁵⁰⁸ E. W. VIERDAG, « The time of the « Conclusion » of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions », *BYBIL*, vol. LIX (1998), p. 100.

⁵⁰⁹ Affaire Mexique etc. /Etats-Unis : l'affaire « Thons-Dauphins », Restriction d'importations du thon.

appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier la première. En revanche, lorsque deux normes applicables à une même situation mènent à des décisions incompatibles, au point de faire opérer un choix entre elles, on parle alors de « relations de conflit » entre ces deux normes.

En règle générale, les principales règles concernant la résolution des conflits des normes de droit international figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités. Cet article ne peut s'appliquer que pour des matières portant sur des questions différentes. Cependant, avec les situations nouvelles nées de la prolifération des normes internationales, la Convention de Vienne n'as pas prévu tous les cas de conflits entre ces normes. Ce sont ces nouveaux cas d'espèces qu'il convient d'appréhender.

Il y a d'abord le cas où il existe un conflit entre deux normes : une norme (règle, principe, ou régime) en invalide purement et simplement une autre. Cela se produit dans les relations hiérarchiques impliquant des règles de *jus cogens*, des obligations *erga omnes* ou encore l'article 103 de la Charte des Nations Unies. Toutefois, il est important de signaler que dans ce genre de relation, la loi « invalidée » n'est pas toujours totalement écartée et peut conserver son pouvoir d'influence, notamment au moment de l'interprétation ou de l'application de la loi qui a été considérée comme prioritaire. Il y a ensuite le cas où il existe une divergence : les deux normes sont censées s'appliquer simultanément. Dans un tel cas, il y a soutenance mutuelle entre les deux lois, l'une constituant une interprétation de l'autre pour en faciliter l'application. Il y a enfin le cas où il n'y a ni conflit, ni divergence : les deux lois s'appliquent de façon harmonieuse sans que l'une ne rentre en conflit avec l'autre dans leurs applications.

Comme il n'existe pas officiellement de hiérarchie entre les sources du droit international, on s'appuie nécessairement sur « la procédure par laquelle les juristes abordent le droit applicable, allant de la *lex specialis* à la loi générale, soit de la règle la plus précise à la plus générale – c'est-à-dire habituellement du texte du traité au droit coutumier et aux principes généraux du droit⁵¹⁰. Deux présomptions s'opposent en l'espèce : ainsi selon la *présomption positive*, les parties sont censées « s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions que la Convention ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente »⁵¹¹. Selon la *présomption négative*, lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'ont pas l'intention

⁵¹⁰ Lire les conclusions du rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la question de la fragmentation du droit international établi dans sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, Doc. A/CN.4/L.682, p. 254.

⁵¹¹ Affaires *Georges PINSON* (France/Etats-Unis du Mexique), sentence rendue le 13 avril 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, p. 422.

de contrevenir aux principes généralement reconnus du droit international ni aux obligations conventionnelles contractées antérieurement envers les Etats tiers⁵¹².

Comme on peut le voir, ces différentes *présomptions* impliquent l'affirmation et l'application de principes de droit international coutumier chaque fois que la règle conventionnelle manque de clarté ou est rédigée en termes vagues et que son sens est déterminé par référence à un organe de droit international établi ou encore si les termes employés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier auquel il est supposé que les parties aient eu l'intention de s'y référer.

Lorsque les parties à un traité n'arrivent pas à s'entendre sur l'application de celui-ci ou lorsque l'une d'elle se sent lésée par cette application, ils ont recours à d'autres organes de résolution. A partir de là, un autre genre de conflits peut naître suite à un chevauchement de compétences entre juridictions.

B/- LES CONFLITS JURIDICTIONNELS OU CHEVAUCHEMENT DES COMPETENCES EN DROIT INTERNATIONAL

Les conflits de juridictions posent deux questions distinctes en droit international : celle de la compétence internationale – c'est-à-dire la détermination de la juridiction et du pays dans lequel le litige pourrait être jugé – et celle de la reconnaissance des décisions étrangères par les autres juridictions. A ce propos, certains auteurs préfèrent à la notion de conflit de juridiction, la notion de conflits d'autorité, plus large car visant par la même occasion le problème de la compétence des organes non judiciaires.

C'est donc en liaison avec le thème de la multiplication des juridictions internationales, particulièrement commenté en doctrine et lui-même étroitement lié à la problématique de la fragmentation, que beaucoup d'auteurs manifestent leurs craintes à l'égard des dangers de contradictions de jurisprudences⁵¹³ même si d'autres semblent remettre en cause l'idée même d'unité du droit international⁵¹⁴, comme on le verra par ailleurs. Il faut ici examiner, d'une part, comment la Cour internationale de justice et d'autres tribunaux se situent à l'égard de règles ou de situations juridiques gouvernées par un sous ordre juridique international doté non seulement de

⁵¹² *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (Portugal c. Inde)*, (*Exceptions préliminaires*), *CIJ, Recueil 1957*, p. 157.

⁵¹³ Voir, parmi d'autres, CHARNEY, "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", *Recueil des Cours*, 1998, Vol. 271, p. 101; TREVES, "Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *Symposium NYU*, pp. 809-sv.; "Le tribunal international du droit de la mer et la multiplication des juridictions internationales", *Rivista di diritto internazionale*, 2002. Tous ces auteurs rappellent justement que la multiplication des tribunaux internationaux ne doit pas nécessairement conduire à un conflit de jurisprudence.

⁵¹⁴ Voir M. KOSKENNIEMI, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, 2002, pp. 553 et s.; FISCHER LESCANO et TAUBNER, "Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", in *Symposium Michigan University*, p. 999 et s.

règles secondaires spécifiques mais aussi de son propre mode de règlement des différends (1). D'autre part, il faudra examiner la même situation pour les cas des régimes « auto-suffisants » entre eux (2).

1/- Concurrence entre une juridiction à compétence générale et un organe à compétence spéciale

Les normes émises par les organismes privés ou publics, tous niveaux confondus, ont fait, comme susdit, l'objet d'un développement exponentiel. Plusieurs domaines des relations internationales étatiques qui impliquent les relations individuelles qui n'étaient pas normés en droit international il y a peu de temps, font de plus en plus l'objet de réglementation accrue ou de codification. Accompagnant cette prolifération normative, le phénomène de la prolifération d'organes internationaux provoque des conflits de jurisprudence entre juridictions internationales et juridictions spéciales. L'une des raisons invoquées tient au fait qu'il n'existe aucune hiérarchie formelle entre les juridictions internationales.

En effet, nonobstant son prestige considérable et son autorité morale, la CIJ est loin d'être reconnue comme une cour suprême internationale. Cela tient avant tout à sa réalité statutaire car la Charte a expressément prévu un équilibre à travers deux dispositions. D'un côté, l'article 92 la désigne comme « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » ; de l'autre côté, l'article 95 précise cependant que l'on ne doit pas déduire de cette position éminente une contrainte imposée aux Etats pour le règlement de leurs différends : « aucune disposition de la présente Charte n'empêche les membres de l'Organisation de confier la solution de leurs différends à d'autres tribunaux en vertu d'accords déjà existants ou qui pourront être conclus à l'avenir ». Autrement dit, la Cour possède une situation hiérarchiquement supérieure dans le cadre *institutionnel* mais elle demeure une juridiction parmi d'autres dans le champ *relationnel*⁵¹⁵.

De manière générale, rappelons d'abord que c'est en fonction de la façon dont elle est sollicitée que la Cour détermine dans tous les cas l'objet exact du différend qu'elle doit trancher et l'étendue de la compétence matérielle qui est la sienne. Aussi, la concurrence entre la CIJ et les autres organes de règlement de différends peut s'établir pour des cas dans lesquels elle a rencontré l'existence de *leges specialis* dans le cadre desquelles des procédures de règlement étaient en cours ou bien des situations dans lesquelles des positions avaient antérieurement déjà été prises sur des questions juridiques dont la Cour avait elle-même à connaître. Dans le premier cas de figure, l'exemple de *l'affaire des activités militaires et paramilitaires entre le Nicaragua et le Honduras*, pose un

⁵¹⁵ Sur la distinction entre l'institutionnel et le relationnel, voir R.-J. DUPUY, *Le droit international*, Paris, PUF, 1961, 2001.

problème de recevabilité car la Cour était priée par le défendeur à tenir compte de la tentative de médiation, en cours à l'époque, dans le cadre de l'Organisation des Etats Américains dite 'procédure de Contadora' et du Pacte de Bogota sur le règlement des différends interaméricains⁵¹⁶. Autre situation, celle soulevée dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries, entre l'Espagne et le Canada ; ici, la Cour était invitée à prendre en considération la répartition des compétences entre la Communauté européenne et les Etats membres. Enfin, dans l'affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁵¹⁷, la Cour était confrontée à la position prise par le TPIY à propos de la qualification juridique préalable par ce même tribunal des faits dont elle avait elle-même à connaître.

Par ailleurs, la Cour peut être amenée à examiner des faits juridiques ou des questions de droit sur lesquelles une juridiction internationale spéciale avait déjà statué sur l'une des questions qu'elle avait à connaître. Dans un tel cas, même si le principe de la chose jugée pourrait être mis en avant, la Cour peut adopter un double comportement : soit elle est convaincue par le raisonnement de la juridiction ayant statué avant elle pour adopter de son propre chef la solution déjà retenue⁵¹⁸, soit la Cour joue à juste titre l'économie et refuse de se prononcer sur les arguments fondés sur des arguments juridiques ou des positions jurisprudentielles émanant d'autres juridictions lorsque cela n'est pas nécessaire au règlement du différend qui lui est soumis et refuse, de ce fait, de s'aligner sur la décision de la première juridiction saisie du même litige. L'exemple qui contribue le mieux au renforcement de cette réalité est celui de l'affaire *Tadic* où il s'est trouvé des juges pour contester l'autorité de la Cour à l'intérieur du cadre institutionnel onusien sur le fondement de l'autonomie dont bénéficierait chaque juridiction⁵¹⁹. Dans l'arrêt rendu par la Chambre d'appel du TPIY, la Cour

⁵¹⁶ CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières [Nicaragua c. Honduras]*, compétence et recevabilité, *Recueil CIJ*, 1988, § 91. Le Honduras avait notamment soulevé une exception d'irrecevabilité portant sur l'article IV du Pacte de Bogotá, selon lequel on ne peut pas avoir recours à une autre procédure pacifique avant l'épuisement de celle déjà entamée. Les parties étaient en désaccord quant à la qualification de "procédure spéciale" du processus de paix dit de 'Contadora'. La Cour constate que les parties sont d'accord pour poursuivre la médiation en cours mais elle note qu'au moment du dépôt de la requête du Nicaragua en juillet 1986 le processus de Contadora devait être considéré comme "épuisé" et que l'action ultérieure du groupe de Contadora déclenchée par l'accord d'Esquipulas II en 1987 en était indépendant. Elle remarque de plus que le groupe de Contadora n'avait pas réclamé un rôle exclusif dans le processus de paix (§ 97). Voir E. DECAUX, "L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire des actions armées frontalières et transfrontalières", *Annuaire français de droit international*, 1988, pp. 147-sv.; BUFFET-TCHAKALOFF, "La compétence de la Cour internationale de justice dans l'affaire des Actions frontalières et transfrontalières", *RGDIP*, 1989, pp. 623 et s.

⁵¹⁷ Pour l'expression de doutes sur le 'monopole' institué par l'article 55, voir: A. GATTINI, "A Trojan Horse for Sudeten Claims ? ", *EJIL*, 2002, p. 537; "La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité internationale", in DUPUY, SHAW et SOMMERMANN, *Essays in Honour of Tomuschat*, 2006, pp. 317-sv.

⁵¹⁸ Cette hypothèse paraît vérifiée dans l'arrêt du 11 septembre 1992 entre El Salvador et le Honduras à propos du statut juridique des eaux du Golfe de Fonseca et dans celui du 26 février 2007 ; <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>.

⁵¹⁹ Voir Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: "en droit international, chaque tribunal est un système autonome (sauf s'il en est prévu autrement)", *Prosecutor v. Tadic*, IT- 94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 oct. 1995, § 11. Le même tribunal affirmait, par ailleurs:

rentre ouvertement en conflit avec l'interprétation de la notion de responsabilité telle qu'elle a été donnée par la CIJ lors de l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Ce qui l'expose à la concurrence des autres juridictions internationales, étant entendu que chacune est généralement dotée d'une compétence spéciale⁵²⁰.

Même s'il est vrai que tous les régimes conventionnels ne disposent pas toujours d'un système propre de règlement de différends, c'est surtout dans le cadre du droit communautaire que cette autonomie vis-à-vis de la Cour s'est révélée être allé le plus loin possible. En effet, comme l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 30 mai 2006 relatif au contentieux provoqué par l'usine *Mox*⁵²¹ entre l'Irlande et le Royaume-Uni, l'article 292 du Traité CEE réserve un strict monopole de compétence à la CJCE pour assurer « le respect du système juridique communautaire ». Ainsi défini, le monopole en faveur de la Cour de Luxembourg s'impose à toutes les autres juridictions, y compris la CIJ. Un autre exemple illustratif de ce monopole a été donné récemment dans *l'affaire du Rhin de fer*⁵²² dans laquelle le tribunal arbitral saisi n'a pas hésité à vérifier si les questions faisant l'objet du différend ne rentrent pas dans le champ d'application de la CJCE.

L'exemple de *l'affaire du génocide*, bien qu'ayant été un succès, n'en est pas moins révélatrice des frictions et conflits qui peuvent naître entre deux organes juridictionnels internationaux puisqu'elle a laissé ouverte la possibilité de conclusions contradictoires entre la TPIY et la CIJ en ce qui concerne l'identification du génocide dans la pratique⁵²³. Autre cas de concurrence établie à la CIJ, celui imposé par l'article 55 de la Convention européenne des droits de l'homme qui réserve aussi en faveur de la Cour de Strasbourg, par le biais d'arrêts, le monopole de l'interprétation ou de l'application de la Convention lorsqu'elles font question entre Etats parties⁵²⁴.

Enfin, on ne saurait passer outre le cas du système de l'OMC pour lequel les articles 23 et 25 du Mémoire d'accord concernant les règles de procédures régissant le règlement des différends sont généralement interprétés comme établissant un régime strict de monopole pour le règlement

“il n'existe aucun lien hiérarchique” entre le Tribunal et la CIJ; *Celebici, Delalic et consorts*, IT-96-21, arrêt du 20 fév. 2001, § 24.

⁵²⁰ Ce fut le cas dans *l'affaire TPIY/CIJ* à propos des conditions d'imputation d'un fait illicite à un état.

⁵²¹ *Mox Plant [Irlande c. Royaume Uni]*, requête pour mesures provisoires, 3 déc. 2001, *ILM*, 2002, pp. 405-sv.

⁵²² *Royaume de Belgique c. Royaume des Pays-Bas*, 24 mai 2005, §§ 97-141, <http://www.pcacpa.org/upload/files/BE-NL%Award20240505pdf>.

⁵²³ Lire Pierre-Yves CONDE, « *L'Affaire du génocide*. Bosnie et Serbie devant la Cour internationale de Justice ou la dénonciation à l'épreuve du droit international », *Droits et Cultures, Revue internationale interdisciplinaire*, n°58/2009, pp. 109-140.

⁵²⁴ La Cour de Strasbourg a été instituée dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 18 septembre 1959 en vue de faire respecter la Convention européenne des droits de l'homme. Elle est le principal juge européen du respect des droits fondamentaux, elle veille par sa jurisprudence au respect des standards minimums communs aux Etats-membres du Conseil de l'Europe. Il n'y a en principe pas lieu ici d'envisager la compétence ordinaire de la CEDH puisqu'elle n'entre pas en concurrence avec la Cour, n'étant saisie que par des individus alors que la CIJ ne peut l'être que par des états.

des différends internationaux relatifs au commerce. Ainsi, l'OMC, à travers son organe de règlement des différends (ORD), donne l'impression d'un système vivant en « vase clos » et n'acceptant pas le recours à d'autres organes pour les litiges entre membres de l'Organisation. La procédure de l'OMC consacre le règne du droit en son sein et le système est fondé sur des règles clairement définies, assorties d'un calendrier pour l'examen d'une affaire. Les décisions initiales sont rendues par un groupe spécial et approuvées (ou rejetées) par l'ensemble des membres de l'OMC. Il est possible de faire appel sur les points de droit mais notons que l'objectif premier ici n'est pas de rendre un jugement mais, en priorité, de régler les différends, si possible par voie de consultations. Mais ce système n'est pas infaillible ; on comprend mieux pourquoi à la Conférence ministérielle de Doha, tenue en novembre 2001, les gouvernements des Etats Membres sont convenus de négocier pour améliorer et clarifier le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. De même, des possibilités sont laissées aux Etats Membres d'avoir recours à d'autres organes dont la CIJ, notamment si le différend présente assez d'éléments extérieurs au système OMC et qui justifierait que l'on sorte du cadre de son application stricte.

Cependant, il existe néanmoins un système beaucoup plus ouvert à savoir celui du droit de la mer⁵²⁵. En effet, l'article 287 ouvre largement l'éventail des procédures offertes au choix des parties; le Tribunal international du droit de la mer n'y constitue que l'une des options possibles parmi d'autres, dont le recours à la CIJ et à l'arbitrage. Qu'en est-il lorsque le conflit oppose deux juridictions à compétences spéciales ?

2/- Concurrence entre les organes à compétence spéciale

Le risque de contradiction entre jurisprudences existe notamment au niveau des instances spécialisées qui peuvent voir leur position contredite d'une manière directe ou indirecte par un autre tribunal. Le problème trouve son fondement dans la concurrence entre juridictions appartenant à des sous-systèmes distincts. Il se traduit le plus souvent par une interprétation divergente, par les différents organes judiciaires internationaux, d'une même règle de droit international dans des affaires qui ne présentent pourtant aucun lien. On remarque en effet que la multiplication des juridictions internationales crée une concurrence entre les différentes instances de règlement des litiges et donne l'occasion aux parties à un traité de pouvoir désormais saisir l'instance devant laquelle elles souhaitent une résolution du conflit, selon des critères qui lui sembleraient plus ou moins favorables. Ainsi, *l'accès au tribunal, la procédure suivie, la composition de la juridiction, sa*

⁵²⁵ Voir R. RANJEVA, "Règlement des différends", in R.-J. DUPUY et D. VIGNES, *Traité de nouveau droit de la mer*, Paris-Bruxelles, Pedone, Bruylant, 1985, pp. 1105 et s.

jurisprudence ou encore sa capacité à rendre certains types d'ordonnances »⁵²⁶ peuvent influencer sur le choix final de la juridiction.

L'exemple de *l'affaire de l'Usine Mox*, qui opposait l'Irlande au Royaume-Uni sur la question des effets possibles sur l'environnement de la mise en service de l'usine nucléaire de fabrication de Mox de Sellafield, est celle qui illustre au mieux les conflits entre juridictions internationales et le phénomène de « *forum shopping* ». Le rapport montre comment des faits identiques peuvent s'appliquer à trois régimes juridiques différents⁵²⁷ et comment un même litige peut être porté devant plusieurs tribunaux internationaux, en l'occurrence ici la Cour de Justice des Communautés européenne (CJCE), le tribunal arbitral créé en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et, en vertu de la procédure de règlement obligatoire des différends prévue par la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est.

Comment identifier, dans un tel cas, les règles pertinentes qui pourraient déterminer l'issue d'un tel conflit ? Le problème concerne essentiellement le droit de la mer, la pollution de la mer du Nord ou encore les relations à l'intérieur de la Communauté européenne. D'ailleurs, à ce propos, Philippe WECKEL, dans un commentaire au sujet de la sentence arbitrale du 2 juillet 2003 du tribunal arbitral OSPAR⁵²⁸, suggère que : « sans doute le tribunal aurait dû opérer une distinction nette entre la compétence *ratione materie* de la juridiction internationale, organe conventionnel, et le recours aux autres traités liant les parties en tant que moyen d'interprétation de la Convention OSPAR »⁵²⁹.

De manière générale, l'Affaire de l'Usine de Mox soulève deux principaux problèmes en droit international : le premier est relatif à la compétence des différentes institutions qui appliquent des règles de droit international dans leurs relations hiérarchiques et le second est en rapport avec le « saucissonnage » du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général. L'affaire soulève ainsi des problèmes de cohérence juridique dont les solutions n'ont pas forcément été prévues par le droit

⁵²⁶ Gilbert GUILLAUME, Discours devant l'AGNU, La Haye, 26 octobre 2000.

⁵²⁷ Trois régimes juridiques semblent devoir s'appliquer aux mêmes faits : un régime constitué par des règles universelles portant sur la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ; deux régimes différents entre eux mais constitué par des règles régionales de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est d'une part, et, les règles régionales de la Communauté européenne/EURATOM d'autre part.

⁵²⁸ La Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est ("Convention OSPAR") a été ouverte à la signature lors de la réunion ministérielle des Commissions d'Oslo et de Paris, le 22 septembre 1992 à Paris. Elle a été adoptée avec une déclaration finale et un plan d'action. La Convention a été signée et ratifiée par toutes les Parties à l'origine contractantes à la Convention d'Oslo et à la Convention de Paris (la Belgique, la Commission des Communautés Européennes, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Islande, l'Irlande, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, la Suède, le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord), et par le Luxembourg et la Suisse. La Convention OSPAR est entrée en vigueur le 25 mars 1998.

⁵²⁹ Cf. la conférence donnée par l'auteur sur : « La mondialisation du droit », posté sur le Monde.fr le 18/03/05 à 15h35, www.lemonde.fr/savoirs-et-connaissances/article/2003/06/25/philippe-weckel.

même si rien n'interdit d'appliquer le raisonnement juridique habituel au chevauchement ou au conflit potentiel entre les règles des différents régimes juridiques en jeu dans cette affaire.

Le professeur KOSKENNIEMI distingue à ce niveau trois principaux types de chevauchements : ceux par lesquels les tribunaux et autres organes administratifs adoptent des points de vue différents quant au contenu d'un seul élément de droit : on peut citer en exemple l'application d'une règle coutumière particulière ; ceux par lesquels les tribunaux et administrateurs appliquent différents éléments de droit (par exemple deux traités différents) de sorte qu'ils aboutissent à des résultats différents dans une même affaire ; et la fragmentation des faits qui prend en compte des positions divergentes sur le point de savoir si une certaine entité représente un Etat ou encore s'il y a eu génocide dans un cas d'espèce. Il s'agit là d'une question distincte. On peut ainsi avoir une concurrence entre la Cour de Strasbourg et la cour du Luxembourg⁵³⁰ ; entre la CEDH et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples et, enfin, une Concurrence entre le droit environnemental et celui de l'OMC⁵³¹.

Ainsi, le fait qu'une institution ou un traité relève d'un certain régime revêt une importance capitale pour cet organe ou ce traité. Si les problèmes conflictuels sont facilement résolus à l'intérieur d'un même régime juridique du fait des valeurs communes véhiculées en son sein, cette résolution devient moins évidente lorsque le conflit survient entre deux régimes, par exemple entre un traité commercial et un traité portant sur les droits de l'homme, il n'est plus possible de s'en remettre à l'existence d'un consensus ou d'un système de valeurs partagés pour régler ce conflit. Dès lors, il devient important de mettre en place des organes et des institutions de décisions indépendantes de ces régimes et, par conséquent, à même de résoudre durablement et de manière impartiale les problèmes auxquels ils sont confrontés.

Au regard des développements qui précèdent, lorsque deux jugements contradictoires sont prononcés pour une même affaire, le DI semble perdre sa crédibilité. C'est cette crainte qu'exprimait le juge Gilbert lors de son discours devant l'Assemblée générale de l'ONU à propos de la multiplication des instances judiciaires internationales⁵³². Ainsi le domaine spécifique des juridictions internationales a été à l'origine de beaucoup de controverses quant à l'élargissement des compétences. L'attrait des contentieux vers ces organes spécialisés ne peut se faire au détriment

⁵³⁰ Eric NGANGO, « La Cour de Strasbourg et la Cour du Luxembourg dans la protection juridictionnelle des droits de l'homme : duo ou duel ? Mémoire de fin de cycle, Master en droit, Université Libre de Bruxelles, 86 p.

⁵³¹ C'est notamment le cas pour *les conflits normatifs internationaux concernant les OGM*, Lire Philippe HUGON, Mondes en Développement, Vol.33-2005/1-n°129. Les experts internationaux au sein de l'OMC traitent en partie de la question « Mesures sanitaires et phytosanitaires SPS, obstacles techniques au commerce » mais par suite de la grande diversité des OGM et de la nouveauté des questions, les textes demeurent flous. L'article 5.7 du SPS peut servir de base à la question du principe de précaution appliqué aux OGM (Cf. l'attaque des États-Unis contre l'Union européenne à ce propos).

⁵³² CIJ, communiqué de presse 2000/36 du 26 octobre 2000, voir : <http://www.icj-cij.org/prescom/index.php>

d'une approche plus objective de leurs fonctions. Le fait que les instances juridictionnelles mesurent désormais leur utilité en référence au nombre d'affaires pour lesquelles elles sont saisies, contribue à élargir leurs compétences en relation avec leur niveau d'activité et cela, en dépit de la cohérence juridictionnelle. La contrariété des jugements menace non seulement la cohésion du droit international, mais complique la saisie des cours, encourage le « forum shopping et la création de risques sérieux d'incohérence jurisprudentielle.

Finalement, le phénomène de la multiplication des juridictions internationales n'est pas nouveau en soi mais il crée plus d'ambiguïtés de nos jours car il existe une différence entre les institutions créées entre 1945 et 1990 et celles d'aujourd'hui. Avant, les institutions créées répondaient à un souci ou plutôt, à « un besoin d'institutionnalisation des mécanismes de règlement pacifique des différends »⁵³³ alors qu'aujourd'hui, on remarque plutôt « une généralisation des régimes juridictionnels marqués par une compétence obligatoire »⁵³⁴. Ainsi, les nouvelles institutions créées se fondent bien souvent sur une obligation conventionnelle de porter le différend devant un organe particulier, lequel, est, la plupart du temps, interne. C'est le cas des accords de l'OMC. En permettant une certaine autonomie à certains organes, notamment juridictionnels, le phénomène de multiplication devient problématique car il fait désormais craindre la « guerre des droits »⁵³⁵ et l'« atomisation » du droit international comme l'illustre parfaitement les cas cités ci-dessus. Fort heureusement, il existe divers moyens et mécanismes offerts par le droit international lui-même en vue de résoudre ces conflits.

§ 2 : Les solutions offertes par le droit international aux conflits normatifs et leurs limites

La question développée dans ce paragraphe est celle de savoir comment sont résolus en droit international les antagonismes entre prescriptions sectorielles différentes ou, plus simplement, les conflits normatifs du droit international. La réponse doit être logiquement recherchée dans l'étude d'aspects propres aux règles du droit international général car c'est à lui qu'il appartient de proposer les moyens de résoudre cette question. De fait, à l'image des systèmes juridiques étatiques, le droit international général comporte effectivement des règles pertinentes en la matière. On se réfère surtout aux articles 30 et 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), qui renferment les adages « *lex specialis derogat legi generali* » et « *lex posterior derogat legi anterior* ». Pourtant, si ces règles existent, elles semblent d'une opérabilité limitée pour pleinement régler ces conflits.

⁵³³ Julien FOURET et Mario PROST, La multiplication des juridictions internationales : De la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure, Revue Québécoise de Droit International, fichier [http://www.sqdi.org/volumes/pdf/15.2 - 10_fouretprostchr.pdf](http://www.sqdi.org/volumes/pdf/15.2_-_10_fouretprostchr.pdf)

⁵³⁴ *Idem.*

⁵³⁵ *Ibid.*

De manière générale, les conflits risquent toujours d'être tranchés au détriment de l'application d'une autre norme, conformément aux intérêts du moment. Dans tous les cas, les parties peuvent adopter des dispositions conventionnelles de coexistence « pacifique » des traités ou encore prévoir la prééminence d'une règle juridique sur une autre. Il convient d'identifier les solutions selon que la résolution a lieu dans le cadre de l'application des normes (A) ou plutôt qu'elle a lieu lors de son interprétation (B).

A/- LES SOLUTIONS QUANT A L'APPLICATION DES NORMES INTERNATIONALES

La solution aux problèmes de conflits de normes peut se trouver soit dans la prise en compte de certains critères fondamentaux (2), soit dans le modèle juridique de la localisation (3). Mais les articles 30 et 41 de la Convention de Vienne ont prévu des mécanismes de résolution pour un conflit survenant dans une même matière (1). On examinera enfin comment lutter contre le phénomène de forum shopping (4).

1/- L'article 38 du Statut de la CIJ et les mécanismes prévus par la Convention de Vienne
Les solutions offertes aussi bien par l'article 38 §1 du statut de la Cour qui fait référence aux « conventions générales » que par les articles 30 et 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités font clairement ressortir l'effet relatif des normes internationales. En d'autres termes, les normes de droit international sont corrélatives entre elles et peuvent faire l'objet d'une interprétation commune.

D'une part, l'article 38 du statut de la CIJ lui donne mission de « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », par application :

- *des conventions internationales*, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- *de la coutume internationale* comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;
- *des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées* ;
- sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des juristes publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

Elle peut également statuer *ex aequo et bono* (en équité), si elle y est autorisée par les deux Parties. Ainsi, la fonction première de la Cour est de « dire le droit mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les États. » Que ce soit par ses arrêts ou par ses avis consultatifs, la CIJ a donc contribué au développement progressif du droit international public, imposant une conception plus flexible et insistant sur l'importance de la coutume en tant que pratique générale et

opinio juris des États. Pour elle, la coutume peut s'exprimer dans les conventions et traités internationaux par effet déclaratoire (la coutume préexiste à la convention), effet de cristallisation (règle en voie de formation) ou effet constitutif (une disposition conventionnelle devient une coutume).

Toutefois, depuis 1945, la CIJ fait preuve d'une certaine impuissance en ce qui concerne les conflits majeurs entre États, faute de saisine de la part desdits États. Elle ne s'est donc occupée que de quelques affaires marginales, soit parce que beaucoup d'États refusaient de se soumettre à son autorité, soit parce qu'elle-même ne voulait pas se saisir d'un certain nombre d'affaires.

D'autre part, la convention de Vienne est aussi un moyen indispensable pour la résolution de conflits normatifs. Elle détermine clairement les cas de conflits entre le droit spécial et le droit général ; entre le droit antérieur et le droit postérieur selon les différents cas qui puissent se poser⁵³⁶. La convention permet également de comparer les relations entre les droits à différents niveaux hiérarchiques ainsi que les relations que le droit peut entretenir avec son environnement. Les dispositions de la convention, notamment les articles 31 et 32 valent en tant que droit coutumier et donc font partie du droit international général. En cela, elles constituent l'une des modalités utilisées pour combler les lacunes laissées par un régime de droit spécial.

Cependant, l'article 53 de la Convention de Vienne laisse au justiciable la possibilité de recourir à divers autres modes de résolution pacifique des conflits qu'ils soient juridictionnels, amiable ou de tout autre ordre. Parmi ces autres modes, on assiste surtout à la « mondialisation de la procédure arbitrale »⁵³⁷. Mais on peut également évoquer la négociation ou l'intime conviction des juges appelés à statuer sur un litige.

2/- La prise en compte des critères fondamentaux du droit international

L'interrogation sur les fondements du droit international comme logique dans la résolution des conflits normatifs ou jurisprudentiels consiste à rechercher d'où les règles positives du DIP tirent leur validité et leur caractère obligatoire. Il existe en droit international quatre critères fondamentaux qu'il faudrait prendre en compte lorsque l'on se retrouve devant un cas de conflit normatif. Il s'agit précisément de la nature des obligations en jeu, du facteur temporel, du fondement des règles impliquées et de quelques principes du droit déduits de la logique juridique.

La nature des obligations impliquées fait que les conflits entre les règles de droit international devraient être réglés conformément au principe de l'harmonisation. Ainsi, si l'unification du droit

⁵³⁶ Le cas où une nouvelle loi invalide la première qui peut conserver un pouvoir d'influence ; le cas où deux normes s'appliquent simultanément et le cas où des lois s'appliquent de façon harmonieuse (complémentaire).

⁵³⁷ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Mondialisation de la procédure arbitrale, *In le droit saisi par la mondialisation*, Sous la direction de Charles-Albert MORAND, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 269 et s

impose une « *obligation de conformité* », l'harmonisation introduit une « *obligation de compatibilité* » entre les règles de droit international. Selon ce dernier, on s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles. Ainsi, en cas de conflit entre l'une des normes hiérarchiquement supérieures et une autre norme de droit international, cette dernière devrait, dans la mesure du possible, être interprétée d'une manière compatible avec la première. En cas d'impossibilité, la norme supérieure devrait prévaloir sur la norme inférieure. Certes un régime abordant de façon globale les questions de droit matériels au regard des problèmes susmentionnés est nécessaire, notamment au niveau universel. Ce régime serait un complément nécessaire à la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui fournirait un cadre juridique de base pour l'ensemble du système juridique international.

Concernant la prise en compte du facteur temporel, celui-ci implique que le juge se base sur la « règle de conflit », c'est-à-dire la loi applicable à une situation juridique spécifique, pour le cas où il y a une circonstance de rattachement. Autrement dit, il s'agit principalement de tenir compte du *milieu juridique* dans lequel le conflit juridique se situe. Cette solution s'impose notamment dans le cas de la succession normative où le juge recherchera le lien qui pourrait exister entre l'*esprit* de la règle de droit international et la *solution* du conflit. Il faut dire que « le droit positif envisage différemment le jeu du facteur temps selon le milieu interne, international, dans lequel le problème se situe⁵³⁸ ».

Pour ce qui est du fondement des règles impliquées, il fait appel aux principaux courants de pensées qui s'affrontent en droit international, à savoir les « *juristes idéalistes* » et les « *juristes positivistes* »⁵³⁹. Les premiers se basent sur l'affirmation selon laquelle il existerait un idéal de justice et des valeurs essentielles à l'être humain, supérieur au droit positif et qui s'imposent à lui⁵⁴⁰. Ce qui pose l'existence d'un droit naturel universel ayant vocation à fonder et à évaluer, du point de vue de la raison, l'ensemble des droits positifs. Pour les seconds qui rejettent toute idée d'un droit naturel transcendant vers lequel devrait tendre le droit positif, le droit n'est rien d'autre que le droit en vigueur sur un territoire bien défini et à un moment donné⁵⁴¹.

Enfin, pour ce qui relève des principes généraux du droit déduits de la logique juridique, Emmanuelle JOUANNET disait qu'il y a une logique implacable d'action/réaction derrière

⁵³⁸ GRAULICH, *Conflits de lois dans le temps*, n°68. Voir aussi, du même auteur, *Principes*, n° 176 s., et *Introduction*, n°61 et 62.

⁵³⁹ Kelsen est souvent considéré comme le principal représentant du positivisme juridique.

⁵⁴⁰ Selon ces doctrines, le juriste aurait pour fonction de découvrir le droit naturel et d'examiner si le droit positif lui est conforme, c'est-à-dire s'il peut être considéré comme valide et obligatoire.

⁵⁴¹ Parmi les textes de base de cette ligne de pensée, on trouve un ouvrage écrit par TRIEPEL en 1899. Heinrich TRIEPEL fut suivi par des juristes allemands (JELLINECK) et italiens, notamment ANZILOTTI.

l'influence réciproque qui s'exerce entre les acteurs du droit international et les principes en vue dans cette discipline. Cela donne à l'ordre international un caractère étrange et un rôle nouveau aux principes généraux qui s'explique au regard de la fragmentation : d'un côté ils sont le produit de la complexité croissante de l'ordre et se multipliant au sein de chaque régime, ouvrant la possibilité de stratégies politiques antagonistes de la part des acteurs du système. De l'autre côté, ils se posent en éléments de résistance à cette complexité car ils constituent un outil par excellence de simplification du système par la nouvelle verticalité qu'ils introduisent ainsi que par le rôle de passeurs horizontaux qu'ils accomplissent. C'est donc à travers ces principes généraux que pourrait se mettre en place une certaine constitutionnalisation du droit international⁵⁴².

Il faut signaler que du fait de sa « spécialité », un régime spécial ne saurait prévoir toutes les modalités de son fonctionnement. A ce titre, le droit international général, composé de règles coutumières et de principes généraux du droit, est appelé à combler les lacunes du régime spécial et offrir ainsi des principes d'interprétation pour le fonctionnement de ce dernier. D'autres méthodes sont tout aussi valables parmi lesquels la règle de la localisation.

3/- La règle de la « localisation » comme modèle juridique de résolution de conflits de lois
En appliquant au DIP la formule du professeur H. LEWALD⁵⁴³ concernant les conflits de lois en droit international privé, on pourrait définir la « localisation » comme un procédé de réglementation des rapports publics à caractère international par lequel « *chaque règle de conflit, en localisant un rapport international de droit (public), se réfère à une loi déterminée qu'elle déclare applicable. La règle de droit international (public) ne donne donc jamais la solution matérielle de la question litigieuse ; elle se borne à désigner le système juridique dans lequel la solution doit être recherchée.* »

Dans la transposition ci-dessus, il est à remarquer, d'une part, que l'idée centrale du procédé de réglementation est celle de la « localisation » des rapports dans un ordre juridique donné, ce qui exclut un examen préalable par le juge du contenu du droit matériel que la règle de conflit déclare applicable. D'autre part, il apparaît que la règle de conflit est identifiée, tout simplement, avec une « règle générale de droit international public ». Ce qui implique, en termes de philosophie de la science, l'admission par la doctrine d'un modèle ou paradigme scientifique constituant le point de départ de tout raisonnement.

⁵⁴² Emmanuelle JOUANNET, L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international, *In l'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 mai 2005, pp. 28 et s.

⁵⁴³ H. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé », *Recueil des cours*, tome 69 (1939).

Comme on peut le voir, il existe dans le système international plusieurs règles ou normes qui justifient un « rapport de droit » entre les différents systèmes juridiques de l'ordre juridique international. Il faut donc, chaque fois qu'il existe un conflit, remettre chaque règle posant problème dans son contexte et dans son système ou encore dans son ordre juridique d'origine afin de mieux l'identifier. De là, on pourrait aisément établir des comparaisons entre les différents systèmes juridiques en cause, puis trouver des solutions par une méthode de hiérarchisation. Ce qui permettrait plus facilement de désigner ainsi l'ordre juridique applicable et celui qui doit prévaloir dans la situation mise en cause par le litige.

Toutefois, une restriction existe fondée sur des lois d'« une nature positive et strictement obligatoire »⁵⁴⁴ et que le juge est tenu d'appliquer en s'écartant ainsi de la « localisation » du rapport du droit. Autrement dit, il existe dans le droit positif des règles qualifiées de « règles d'application immédiate » ou nécessaire, voire impérativement applicables à certaines matières⁵⁴⁵. L'autre critique la plus significative de la « localisation » est celle qui porte sur son indifférence envers le résultat matériel que l'on peut atteindre en appliquant l'ordre juridique désigné par la règle de conflit multilatérale. H. LEWALD a très clairement mis en relief ce résultat en affirmant que : « *La règle de droit international privé ne donne donc jamais la solution matérielle de la question litigieuse ; elle se borne à désigner le système juridique dans lequel la solution doit être recherchée.* »⁵⁴⁶ La « localisation » se limite donc à indiquer l'ordre juridique désigné par la règle de conflit multilatéral. Cependant, on est en droit de se demander si l'on peut résoudre un conflit de lois par la simple désignation de l'ordre juridique applicable. Il serait hasardeux de tirer une telle conclusion car la localisation permet également de parvenir à une réglementation « satisfaisante » des rapports publics internationaux.

4/- Les moyens de combattre le « Forum shopping »

On désigne par « forum shopping » la faculté, pour un requérant, de choisir parmi les juridictions potentiellement compétentes celle qui répondra le plus favorablement à sa demande. L'idée de *forum shopping*, qui s'est développée dans le cadre du droit international privé, trouve un terrain particulièrement propice dans le droit international public, notamment en ce qui concerne les différends internationaux. A ce propos, lors de son intervention prononcée lors du colloque du 6 juin 2005 à l'ONU, le Juge Gilbert Guillaume, mettant en garde contre ce phénomène, définira le « forum shopping » comme « la recherche du tribunal le plus favorable au plaideur ».

⁵⁴⁴ Julio D. CAMPOS, « Matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, ... , p. 59.

⁵⁴⁵ Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, 1966, pp. 1 et s. ; P. GRAULICH, « Règles de conflits et règles d'application immédiate », *Mélanges J. DABIN*, t. II, Bruxelles, 1962, pp.629 et s.

⁵⁴⁶ H. LEWALD, « Cours général de droit international privé », *Recueil des Cours*, Tome 69, (1939), p. 47.

Pour combattre ce phénomène, certaines instances telles que la Convention européenne des droits de l'homme, contiennent des articles comme c'est le cas de l'article 35 §2 (b) excluant les affaires qui ont déjà été soumises à une autre procédure d'enquête internationale⁵⁴⁷. De même, selon l'article 5 §2 (a) du Protocole facultatif du PIDCP, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ne peut pas considérer des communications reçues de la part des individus tant qu'il n'a pas confirmation du fait que la même affaire n'est pas soumise à une autre juridiction internationale. De même, le développement des relations entre différents juges et différentes juridictions reste également un moyen sûr pour lutter contre le « forum shopping » car le fait d'entretenir des relations pour suivre le développement des jurisprudences pourrait notamment aider à limiter les problèmes de contrariétés de jugement puisqu'il n'existe pas encore de hiérarchisation entre les organes juridictionnels en droit international⁵⁴⁸.

Enfin, il faut ici évoquer la « litispendance » qui est la circonstance qui se présente lorsque deux juridictions de même degré ont été saisies du même litige alors qu'elles sont également compétentes pour connaître de l'affaire. Ainsi, lorsque des affaires ont été portées devant deux juridictions différentes et de même degré et qu'il y a un intérêt à ce qu'elles soient instruites et jugées ensemble, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande ou à défaut d'office. C'est-ce qui ressort d'un arrêt du 11 juin 2008 de la première Chambre civile de la Cour de cassation d'Italie et qui permet de déboucher sur deux décisions contradictoires pour une même affaire⁵⁴⁹. Cette règle a d'ailleurs son pendant en droit communautaire⁵⁵⁰ et pourrait se voir étendue aux juridictions internationales.

Il s'agit maintenant d'analyser les solutions prévues en matière de règlement de conflits au regard de l'interprétation des normes internationales.

B/- LES SOLUTIONS QUANT A L'INTERPRETATION DES NORMES INTERNATIONALES

Comme l'a si bien relevé la CIJ, « *une règle de droit international, coutumière ou conventionnelle ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie* »⁵⁵¹. Aussi, quand il y a

⁵⁴⁷ Luzus WILDHABER, « The Case Law of the European Court of Human Rights », pp. 3-7.

⁵⁴⁸ Il faut en effet reconnaître que si une telle hiérarchie entre juridictions internationales existait, le problème serait, au moins en partie, résolu car l'organe qui se situerait au sommet de cette hiérarchie pour juger, en dernier ressort, l'ensemble des litiges entraînant des contrariétés de jugement au niveau inférieur.

⁵⁴⁹ Cass. 1^{re} Chambre civile, 11 juin 2008, n°06-20. 042. En l'espèce, il s'agissait d'un arrêt rendu en matière de divorce entre deux époux qui avait chacun saisi le même jour la juridiction de l'Etat dont chacun d'eux était originaire. La Cour de cassation d'Italie a jugé que lorsque deux juridictions appartenant à deux Etats ont été saisies à la même date et que la partie invoquant l'exception de litispendance prouve l'heure à laquelle elle a saisi la juridiction dont elle revendique la compétence, il incombe à l'autre partie, pour écarter cette exception, d'établir une saisine antérieure.

⁵⁵⁰ Cf. l'Article 27-1 du Règlement n°44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000.

⁵⁵¹ Cf. Avis consultatif, 20 décembre 1998, Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, Rec., 1980, p. 76 et s.

contradiction entre deux normes, il appartient au juge de les interpréter de manière à concilier les deux normes et de trouver la marge qui permettrait de « faire évanouir » la contradiction. Pour ce faire, le juge dispose de diverses techniques : soit il utilise le principe de la présomption de compatibilité (1), soit celui de la primauté de l'intérêt juridique (2), soit enfin le principe plus général de l'inopposabilité (3).

1/- L'interprétation par présomption de compatibilité entre deux normes

En principe, les relations entre deux branches du droit international devraient être régies par le principe de la présomption de compatibilité. Celui-ci consiste en ce que l'opérateur juridique doit toujours choisir l'interprétation qui permet le plus haut degré de compatibilité entre deux règles. En d'autres termes, il revient au juge d'instaurer une sorte de « dialogue » entre les différentes sources du droit à l'intérieur d'un même système juridique⁵⁵². Il s'agit là d'une condition à l'exercice efficace de la justice. Le « dialogue des sources » cherche à exprimer l'idée qu'il faut faire coopérer les règles de droit d'un système entre elles en cherchant à les harmoniser par une coordination plutôt qu'à souvent cherché, à l'évidence, d'écarter l'une d'entre elles. Dans cette conception, on peut par exemple utiliser la présomption de « non-conflit » même si cette dernière s'applique au mieux à des situations bien spécifiques, notamment celles dans lesquelles il n'y a pas une véritable incompatibilité et où l'interprétation est habilitée à concilier les normes antagoniques.

La présomption de compatibilité entre normes juridiques fait également appel au « dialogue systématique de cohérence ». Ce dernier surgit quand un traité (parce qu'il revêt un caractère général), fournit les concepts fondamentaux devant s'appliquer dans un traité spécifique constitutif d'un « sous-système » de normes qui n'est pas matériellement complet, à l'exemple des règles qui s'appliquent au sujet de la validité, la rétroactivité, l'interprétation et les conflits entre traités. De ce point de vue, il convient de signaler le rôle incontestable de la Convention de Vienne sur le droit des traités par rapport à la solution des litiges liés à la violation des engagements pris dans le cadre de l'OMC.

Par ailleurs, toujours dans le cadre d'une interprétation par présomption de compatibilité, il faut nécessairement un dialogue de coordination et d'adaptation entre les différentes normes juridiques. Ce « dialogue » découle de la nécessité de coordonner des traités isolés et des « sous-systèmes » normatifs de façon à ce qu'ils constituent un tout doté de sens. Ici on cherche principalement à diminuer l'influence des conflits normatifs et non leur éradication, peu probable d'ailleurs. Ainsi « la réalisation de consultations mutuelles aide à découvrir de possibles contradictions entre

⁵⁵² Dans son cours général à l'Académie de la Haye en 1995, Erik JAYME a mis en évidence que la pluralité des sources au droit postmoderne requiert la coordination des lois à l'intérieur du système juridique.

instruments internationaux qui portent sur des matières analogues⁵⁵³. De même, la collaboration inter-organisationnelle stimulée à travers de nombreux accords de coopération favorise la circulation des informations et la connaissance des activités des autres institutions. Par voie de conséquence, il est plus facile de savoir quels instruments sont en vigueur, la sphère où ils agissent, afin d'atténuer les risques futurs d'éventuels conflits entre eux. Il en découle une meilleure harmonisation des décisions de justice.

Enfin, il y a lieu d'évoquer ici la nécessité de complémentarité entre les normes principales et celles d'application complémentaire à partir des « clauses » insérées dans des instruments plus anciens et qui visent une interprétation des dispositifs semblables dans des accords réalisés postérieurement. Cela en vue d'accentuer l'uniformité interprétative et la précision des obligations conventionnelles dans un objectif de mise en valeur de l'unité d'objectifs des normes existantes.

2/- L'interprétation par la primauté de l'intérêt juridique le plus important

Le principe de la primauté de l'intérêt juridique protégé le plus important exprime l'idée selon laquelle, si l'interprétation de compatibilité n'est pas possible, l'opérateur juridique devra choisir la norme qui protège l'intérêt juridique le plus important. Autrement dit, il s'agit, le plus souvent, de remplacer la *lex specialis* par une *lex superior*.

Ainsi, l'un des moyens pour lutter contre les conflits normatifs procède de l'effet de la loi spéciale sur la loi générale qui est une méthode généralement admise pour l'interprétation et la résolution des conflits en droit international. La règle est toute simple : chaque fois qu'une règle spéciale vient à être en conflit avec une règle de droit général, la priorité est donnée à la première parce que plus spécifique à un domaine particulier. Cependant, tel que souligné plus haut, certains types particuliers de droit général⁵⁵⁴ ne peuvent faire l'objet d'une dérogation de la part de la loi spéciale. Il s'agit précisément de la règle de *jus cogens*, non susceptible de dérogation⁵⁵⁵. En outre, d'autres considérations peuvent amener à conclure que le droit général l'emporterait, auquel cas la présomption de la *lex specialis* ne pourrait pas s'appliquer⁵⁵⁶, notamment lorsque « l'on peut

⁵⁵³ J. PAUWELYN, *Conflicts of norms in Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp.237-240.

⁵⁵⁴ D'après le rapport final de la CDI sur le problème de la fragmentation du droit international, « il n'existe pas de définition acceptée du «droit international général». Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme «général» par rapport à sa contrepartie logique, le terme «spécial». Dans la pratique, les juristes sont généralement en mesure de faire cette distinction en se référant au contexte dans lequel elle apparaît. »

⁵⁵⁵ Dans l'affaire *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Irlande c. Royaume-Uni)* (Sentence finale du 2 juillet 2003), I.L.R., vol. 126 (2005), p. 364, par. 84, le tribunal arbitral a observé que: «même en ce cas, [le tribunal] doit suivre les règles pertinentes de *jus cogens* avec lesquelles la *lex specialis* des parties peut être incompatible».

⁵⁵⁶ Lire à ce propos les conclusions des travaux du Groupe de travail de la Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Copyright © Nations Unies 2006, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2).

déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas » ; si « l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le *but* du droit général »; la même situation est valable « si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et, pour finir, « Si le droit spécial risquerait de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établis dans le droit général ».

Dans le cadre de cette méthode, on parle également d'« intégration systémique ». Il s'agit d'une procédure prévue par le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et dans laquelle l'interprète d'un traité doit tenir compte de « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». Cet article exprime l'objectif d'« intégration systémique » selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait. Les autres aspects pertinents de cette méthode sont énoncés dans les autres paragraphes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces paragraphes décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront plus ou moins de pertinence selon la nature des dispositions conventionnelles dans le contexte de l'interprétation.

3/- L'interprétation par le mécanisme de l'inopposabilité entre deux normes

Le mécanisme de l'inopposabilité permet d'écarter une norme parce que celle-ci n'est pas applicable, faute de reconnaissance dans les relations particulières à une espèce donnée⁵⁵⁷. Dans ce cas, la norme considérée ne saurait avoir des effets à l'égard des tiers tant que ces derniers n'y ont pas consenti dans le cadre d'une relation conventionnelle. Il s'agit notamment de faire une distinction entre *tiers* et *parties* en ce sens que les premiers n'ont pas « pris part » à l'opération conventionnelle alors même que les seconds représentent ceux dont la volonté a été déterminante pour l'élaboration de la convention.

Mais ici encore, il faut pouvoir distinguer les différentes catégories de tiers avec tout d'abord les tiers absolus qui sont complètement étrangers à la convention et aux parties contractantes. Ensuite il y a la catégorie qu'on qualifie d'ayants-causes, sous-entendu tous les tiers qui peuvent bénéficier de tout ou partie des effets de la convention sans y avoir pris part de manière effective. Cette catégorie tiendrait simplement compte des relations précédentes qu'elle pourrait avoir avec l'une des parties à travers un autre traité et qui, de ce fait, l'autoriserait à pouvoir bénéficier des effets du traité actuel.

⁵⁵⁷ Dans l'affaire *Nottebohm* par exemple, (CIJ, 1955, p. 23), la Cour n'a nullement éprouvé la nécessité de frapper de nullité une nationalité fictive et s'est bornée à en prononcer l'inopposabilité. Sa position fut complètement différente en ce qui concernait les délimitations territoriales dans le cadre de l'affaire du Temple de Préah-Vihéar (CIJ, *Mémoires*, t. II, p. 350).

4/- L'interprétation par la prise en compte des critères de priorité

En cas de contradiction entre deux normes de droit international, il existe un certain nombre de priorités dont devrait tenir compte le juge pour guider et motiver sa décision. Certes ces critères n'ont qu'une efficacité réduite ou inexistante dans l'ordre juridique international, mais ils peuvent néanmoins aider le juge international dans sa recherche de solution.

Il s'agit d'abord du caractère formel des normes : Ce critère de priorité fondamentale en droit national s'applique difficilement en droit international où il n'existe pas de véritable hiérarchie de normes formelles car un traité peut, selon les circonstances, l'emporter sur une coutume et vice versa. Il y a ensuite l'étendue du cercle des Etats qui sont liés par la norme considérée ; certes, il n'y a pas de règles *stricto sensu* qui commanderait à un contrat liant cinq Etats de l'emporter sur un autre ne liant que trois Etats par exemple, mais la prise en compte de circonstances particulières peut déboucher sur l'établissement d'un choix. Par ailleurs, on peut également considérer la généralité de l'objet de la norme et son caractère général ou spécial.

Dans ce cas précis, il est de notoriété que la règle spéciale déroge à la règle générale, mais cela ne représente, finalement, que des principes d'interprétation qui ne renferment aucun caractère absolu⁵⁵⁸. De plus, le temps peut aussi agir en tant que critère prioritaire. On se retrouve dans une situation identique à la précédente puisqu'il s'agit là également d'une directive d'interprétation favorable à la norme postérieure. Enfin, le juge dans sa quête de résolution de conflit peut considérer la valeur intrinsèque supérieure d'une norme sur une autre comme caractère prioritaire. Il s'agit de considérer les normes impératives telles que le *jus cogens* tout comme rien n'exclut que certaines règles ou principes soient considérés comme ayant une valeur supérieure à d'autres. Tel est par exemple le cas des normes dites fondamentales de la personne humaine⁵⁵⁹ qui ont besoin d'être protégées en cas de conflit.

Conclusion du chapitre II

On pourrait retenir que la question de la fragmentation du droit international inclut aussi bien le chevauchement de régimes juridiques que la question du chevauchement de compétences entre les organes et juridictions internationales. C'est donc l'ensemble du droit international qui se retrouve ainsi affecté par le phénomène ; ce qui rend le problème beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît. Dans son rapport de 2003, la CDI n'a pas conclu à une effectivité d'une fragmentation du droit

⁵⁵⁸ Paul REUTER, *Droit International Public*, PUF, Thémis, 7e éd., 1993, p. 55.

⁵⁵⁹ Pour plus détails, consulter les affaires (CIJ, incident du Détroit de Corfou, 1949, p. 18 ; Réserves à la convention sur le génocide, 1951, p. 23.

international, mais a jugé opportun d'aviser la communauté internationale sur les dangers d'une probable fragmentation du droit international.

Ce qu'il faut, c'est faire évoluer la science juridique de manière systématique par la codification ou par un rôle accru du juge international. Ce dernier se doit désormais d'adapter son raisonnement et modes de pensée, soit en les renouvelant, soit en les modifiant de manière à y intégrer l'ensemble des phénomènes nouveaux qui se produisent sur la scène internationale. Le besoin voire la nécessité d'un changement de la science juridique répond avant toute chose à l'acceptation de l'*esprit du système* dans la construction juridique et à la recherche de la sécurité dans le droit. En effet seule la norme, en tant que règle générale acceptée de tous, peut apporter un droit compréhensible par tous et garantir les droits individuels, en offrant ainsi une protection des citoyens contre l'arbitraire du pouvoir, qu'il s'agisse du pouvoir du roi ou celui des juges⁵⁶⁰.

En tout état de cause, les techniques de résolution de conflits normatifs telles qu'examinées plus haut peuvent être utilisées de plusieurs manières parfois contradictoires. Leur caractère généralement indéterminé peut aboutir à contrebalancer leur utilité et favoriser le débat sur la fragmentation du droit international.

⁵⁶⁰ Julio D. Campos, *op.cit.*, p. 38.

Conclusion du Titre I

Le vaste mouvement de mondialisation juridique a fragilisé le droit international et rendu les frontières entre ordres juridiques nationaux et ordre international davantage perméables. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce phénomène : d'une part, la fin du bloc communiste et les transitions démocratiques (en Amérique Latine et en Europe de l'Est, surtout) ont entraîné une attitude plus réceptive de nombreux États à l'égard du droit international. D'autre part, les processus d'intégration régionale et l'apparition de nouvelles organisations internationales accentuent la présence de normes supranationales pesant sur le droit interne. Enfin, le nombre croissant de vastes conventions multilatérales ayant des effets sur les individus imposent des modifications internes conséquentes (que l'on songe à la Convention d'Ottawa sur les mines anti-personnel en 1997, ou au traité établissant la Cour pénale internationale (CPI) en 1998, ou encore la Convention sur les disparitions forcées en 2006).

Pourtant, malgré tous ces changements, les opinions doctrinales ne sont pas toujours unanimes quant aux conséquences des effets de la « mondialisation du droit » sur l'unité et la cohérence du droit international. Ce qui a donné lieu à une dialectique entre unité et fragmentation en droit international.

TITRE II : LA DIALECTIQUE ENTRE UNITE ET FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL

Le titre I de cette étude a traité du processus de la fragmentation, ses facteurs, ses différentes manifestations ainsi que son impact aussi bien sur l'ordre juridique international que sur le système juridique international. Cette analyse s'est principalement basée sur les faits et les transformations perceptibles sur l'ensemble de cette discipline juridique. Maintenant, l'objectif poursuivi dans le titre II est un examen des différentes appréciations du phénomène par la doctrine en droit international. De prime abord, il faut noter que ces appréciations sont très variables car la doctrine reste très partagée quant aux effets et aux conséquences découlant du phénomène de la fragmentation du droit international.

C'est ainsi que, pour une partie de cette doctrine, la fragmentation ne constituerait qu'un élément technique, capable de favoriser ou d'impulser le développement du droit international. Les défenseurs de cette thèse se fondent principalement sur le fait que le pluralisme normatif, institutionnel, juridictionnel et systémique suscités en droit par la mondialisation poursuit les objectifs de maintien de la paix et de la sécurité internationale telles que prévu au chapitre X de la Charte des Nations Unies et, dans le même temps, permettent le développement et l'enrichissement du droit international. En face, l'autre partie de la doctrine fait état de vives inquiétudes quant aux effets néfastes que pourrait avoir la fragmentation du droit international. Selon eux, la prolifération des tribunaux, la « trop poussée » diversification des sources du droit international sont à l'origine de l'augmentation des risques de chevauchements de compétences entre juridictions au détriment d'une application plus objective de la justice internationale et de l'unité d'ensemble du système juridique international. Ce qui, par conséquent, contribuerait à effriter l'unité du droit international et lui enlèverait tout son sens.

Toutefois, au-delà de cette dialectique, c'est l'ensemble des fondements juridiques, morales et philosophiques qui ont jusqu'ici présidé à la pensée du droit international qui semblent partiellement remis en cause. C'est pourquoi il est également intéressant de tenir compte de la dimension politique de la question car cette dernière a aussi largement influencé le « nouveau droit », mettant quelque peu à l'écart, l'ordre international fondé sur les principes de la Charte de 1945⁵⁶¹. Parce que la

⁵⁶¹ On comprend mieux pourquoi, face à la crise actuelle marquée par la globalisation des défis et la tentation de l'unilatéralisme, beaucoup d'observateurs avertis mettent en avant l'évidence de la nécessité d'une réforme du système de l'ONU.

mondialisation génère un double décalage territorial et temporel qui crée un vide juridique et politique au niveau mondial, elle a pour effet de « démanteler les normes protectrices qui font obstacle aux échanges ». *A contrario*, rien n'a été envisagé pour compenser cette déconstruction et favoriser la formation d'un droit universel fournissant des protections suffisantes pour corriger les effets négatifs de la mondialisation et, garder intact, l'ordre juridique international actuel si tant peu celui-ci existait⁵⁶².

S'il est donc avéré que la plupart des juristes, malgré quelques opinions divergentes, s'accordent à dire que le droit international se fragmente ou devient de plus en plus complexe du fait de la diversité de ses sources, d'autres préfèrent parler d'un « droit mondialisé »⁵⁶³. Dans les faits, ce qui semble porter le plus d'attention, c'est de trouver de nouveaux moyens d'adaptation de cette matière face aux différentes situations et mouvements dont elle doit désormais se saisir ; c'est tout l'enjeu de ce débat doctrinal. Quelle vision futuriste du droit international et quels moyens utiliser pour une meilleure régulation normative ?

Ces tendances conduisent à souligner la place de la doctrine dans le débat sur la fragmentation en présentant les différentes thèses en présence (Chapitre 1). Il s'agira ensuite d'apprécier comment l'aspect politique influe également sur l'évolution actuelle du droit international et comment systématiser aujourd'hui ce droit (Chapitre 2).

⁵⁶² Monique CHEMILLIER-GENDREAU, L'ordre juridique international, une chimère ?, Article publié dans le *Monde Diplomatique*, juillet 1999, voir [http : //www.monde-diplomatique.fr/1999/07/CHEMILLIER_GENDREAU/12220](http://www.monde-diplomatique.fr/1999/07/CHEMILLIER_GENDREAU/12220).

⁵⁶³ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, Le droit dans la mondialisation : une perspective critique, Actes du Congrès Marx international, PUF, 216 p. ; Roland SEROUSSI, Le droit international public à l'épreuve de la mondialisation, Jade Plantin, 1954, 327p. ; Charles-Albert MORAND, Le droit saisi par la mondialisation, 1936, Bruylant, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001, 342p. ; Eric LOQUIN, *La mondialisation du droit*, Colloque de Dijon, 13, 14 et 15 septembre 1999, Litec, 2000, 153p.

Chapitre premier – Analyse du débat doctrinal de la fragmentation du droit international

Le droit international d'aujourd'hui connaît de nouvelles évolutions en chaîne, une inflation de normes et de remise en cause qui alimentent autant d'intérêts que de doutes. L'une des conséquences de ces doutes se vérifie à travers le débat doctrinal autour de l'idée de la fragmentation et de l'unité du droit international. La fragmentation serait-elle une source d'instabilité et d'incohérence du droit international ou, *a contrario*, constituerait-elle un élément indispensable à son évolution ? La réponse à une telle question n'est pas évidente car le phénomène recèle à la fois des aspects positifs et négatifs⁵⁶⁴. C'est la raison pour laquelle ce débat oppose d'un côté ceux qui jugent que le droit international se « fragmente (diversité normative) et ceux qui estiment au contraire qu'il y a « constitutionnalisation » (donc évolution naturelle du droit international) et enfin ceux qui à l'évidence pensent que les deux processus ne sont pas mutuellement exclusifs.

La question de fond de ce débat doctrinal reste de savoir si « la problématique de la fragmentation est elle-même le reflet d'un parti pris idéologique, lequel ne refléterait pas nécessairement un phénomène socio-juridique réel ; ou bien si ce phénomène existant, la « grande peur » affichée par une partie de la doctrine ne serait plutôt que l'expression de son désarroi devant les mutations d'un droit international général au sein duquel l'expression de *l'opinio juris* est en passe d'émaner non 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 international⁵⁶⁵.

L'analyse du débat doctrinal autour du phénomène de fragmentation permet de saisir toute la portée du phénomène de fragmentation en droit international. L'idée d'une « crise » du droit international public, bien qu'avancée par certains auteurs déjà par le passé, a pris beaucoup d'ampleur à la fin de la guerre froide⁵⁶⁶. Cette idée implique une rupture plus ou moins soudaine de la doctrine avec l'équilibre antérieur que présentait le DIP jusqu'ici et, partant, l'existence d'incertitudes sur le fondement théorique et les fonctions de cette branche du droit.

⁵⁶⁴ Cf. l'Etude de la CDI sur la question de la fragmentation du droit international dont le résultat final a été rédigé par Martti KOSKENNIEMI en 2006.

⁵⁶⁵ P-M DUPUY, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », Rosario HUESA VINAIXA et Karel WELLENS, L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international, Travaux du Séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2006, Bruylant, 2006, préface, p.XIII.

⁵⁶⁶ Lire l'article de Rodolfo MATTAROLLO, « La crise du droit international », *Le Monde Diplomatique*, mai 1983, pp. 1-3.

Au demeurant, plusieurs attitudes peuvent être adoptées face à pareille situation. On peut être tenté de considérer que tous les ordres normatifs nouveaux apportent une clarté des droits et des obligations de chacun face à l'évolution sans cesse croissante de la société internationale. Le droit normatif s'adapte ainsi à cette évolution et constitue, un moyen efficace et un passage obligé de développement progressif du droit international (section 1). Il n'y a donc pas lieu de s'en inquiéter. La deuxième attitude consiste à adopter une méfiance face à un tel phénomène qui pourrait avoir, à moyen ou à long terme, des conséquences néfastes sur l'ensemble du droit international (section 2).

Section 1 : La fragmentation perçue comme un développement naturel du droit international

« *La colère des droits est un élément du progrès* »⁵⁶⁷. Cette assertion chère à Victor HUGO est révélatrice de l'idéologie défendue par une partie de la doctrine selon laquelle le droit international ne peut exister que du fait de son évolution... De même, parlant du phénomène d'« inflation normative », le Doyen CARBONNIER notait que « *plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit [...] est enivrante, tel le métier de changeur qui s'épanouit dans la multiplication des monnaies* »⁵⁶⁸. Il faut dire que la notion de fragmentation est liée, principalement, au développement et à la consolidation de certains secteurs du droit international en tant que *self-contained regimes*⁵⁶⁹. A ce titre, la Sixième Commission de l'AGNU avait déjà signalé quelques aspects positifs de la fragmentation en affirmant que cette dernière était, d'un côté, « révélatrice du fait que les Etats étaient de plus en plus disposés à soumettre leurs activités à des règles explicites du droit international, contribuant ainsi à la stabilité et à la prévisibilité des relations internationales »⁵⁷⁰. Mais le droit international peut-il maintenir son unité dans le respect de sa diversité ?

Parce qu'elle relève le degré d'obéissance aux normes internationales, la fragmentation a des effets positifs comme l'ont souligné plusieurs auteurs en droit international⁵⁷¹. Dans ce sens, les Etats seraient plus portés à obéir à des règles particulières qui reflètent mieux les spécificités d'un secteur donné et qui coïncident mieux avec leurs attentes. L'intensité normative issue de la multiplicité des régimes juridiques en droit international concourt à l'atteinte de ces objectifs en renforçant, d'une part, la vitalité du droit international (§1) et, d'autre part, son développement progressif (§2).

⁵⁶⁷ Cité par Bernard KOUCHNER, « *La justice internationale : une idée française* », Tribune conjointe du Ministre des affaires étrangères et européennes, Le figaro du 4 juillet 2009, www.franceonu.org, page visitée le 27 octobre 2009.

⁵⁶⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 45.

⁵⁶⁹ Voir l'étude de Bruno SIMMA, « *self-contained regimes* », NYBIL, vol. XVI, 1985, pp.111-136.

⁵⁷⁰ *Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'AGNU à sa cinquante-huitième session*, A/CN.4/537, p.52 et 220.

⁵⁷¹ G. HAFNER, « Pros and Cons : Ensuing from Fragmentation of International Law », *Michigan Journal of International Law*, vol.25, 2004, n°4, pp.849-850 ; la CDI elle-même l'a reconnu dans son rapport comme en témoigne le changement d'intitulé de son étude en : la Fragmentation du Droit International : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.

§ 1 : La fragmentation : un signe de vitalité et de renforcement du droit international

Pour de nombreux juristes, sociologues et historiens du droit, la fragmentation du droit international, si elle existe, ne peut en soi être une fatalité. Au demeurant, elle ne saurait expliquer rien d'autre qu'une division continue du droit international en branches régionales ou spécialisées ; division qu'on a qualifié de pluralisme juridique. De ce fait, il est permis de souhaiter, avec Emmanuelle JOUANNET, « *que cette pluralité nouvelle soit bénéfique à tous et non pas le signe d'un grand bazar international qui ne serait profitable qu'aux plus puissants de ce jeu désorganisé ; autrement dit que soit conservée la fonction sociale première du droit international qui est d'imposer des limites au libre déploiement des souverainetés étatiques ainsi que des puissances transnationales et mondiales de tous ordres* »⁵⁷².

Cette vision très optimiste sur les effets d'une fragmentation du droit international amène certains auteurs à considérer que l'évolution, l'extension et la mobilité permanente de l'ordre international contemporain n'offrent pas une situation sujette à caution. Pour eux, les doutes des uns au regard de l'évolution du monde actuel et l'évidence d'une réelle et profonde évolution du droit international s'apparentent davantage à une simple illusion d'optique engendrée par l'incapacité actuelle des internationalistes à faire face aux tendances nouvelles suscitées par le phénomène de fragmentation. C'est pourquoi, après avoir montré que la fragmentation agit plutôt en faveur du besoin d'innovation et de spécialisation (A), on verra ensuite que le pluralisme juridique actuel contribue à renforcer et à enrichir le droit international (B).

A/- LA FRAGMENTATION N'EST QU'UN PROBLEME TECHNIQUE LIE A L'ACCROISSEMENT DE L'ACTIVITE EN DROIT INTERNATIONAL

Le droit international est une pratique humaine complexe, marquée par une série de mutations qui ont affecté ses formes et ses significations en un devenir qui n'est ni linéaire, ni équivoque⁵⁷³ et qui fait apparaître, à terme, la tendance à la perte de son uniformité. Face à cette crainte de perte d'unité du droit international, d'autres auteurs ont rétorqué par des arguments en faveur du besoin d'innovation et de spécialisation. Ce qui implique la nécessité aussi bien d'universalisation du droit international (1) que de la multiplication des juridictions internationales (2).

1/- La nécessaire universalisation du droit international

En un siècle, le cadre juridique donc à la fois enrichi avec l'adoption d'instruments juridiques dans des domaines aussi divers que le droit des investissements ou du commerce, mais aussi le droit du

⁵⁷² Emmanuelle JOUANNET, « *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain* » ou L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international, CERDIN, 2008.

⁵⁷³ Emmanuelle JOUANNET, « le même et l'autre », *In Regards d'une génération...*, op. cit., p. 221.

travail, le droit des droits de l'homme, le droit pénal international. Cet inventaire, somme toute incomplet, montre déjà que l'enrichissement juridique ne passe pas seulement par une production de normes juridiques, mais aussi par l'apparition de juridictions ou de quasi-juridictions à vocation internationale, soit régionale, soit mondiale. C'est donc dire que la structure et la portée du droit international ont été profondément modifiées par ces différents bouleversements qui ont affecté la société internationale depuis 1945 comme cela a été analysé dans les chapitres précédents.

Le droit international s'est beaucoup diversifié d'abord en raison de l'hétérogénéité de ses sujets et de ses nouveaux domaines d'actions. Aujourd'hui, contrairement à ce qui était admis en droit international classique⁵⁷⁴, il existe désormais une hiérarchie des sujets de droit international qui peut être établie au regard de leurs compétences. L'Etat, en tant que sujet « originel » du droit international, occupe le sommet de cette hiérarchie et dispose, de ce fait, de la plénitude des compétences en droit international. Suivent ensuite les personnes morales de droit « public » qui possèdent des compétences spécialisées et d'attribution. Enfin, on considère aujourd'hui une dernière catégorie : celle des personnes privées encore mal intégrée et ayant des compétences subordonnées et fonctionnelles⁵⁷⁵.

Mais la diversification du DIP n'est pas que *ratione personae* ; elle est aussi *ratione materiae* en ce que le droit international ne se cantonne plus à la régulation des simples fonctions régaliennes de l'Etat classique⁵⁷⁶. Ses fonctions s'étendent désormais à de nouveaux domaines techniques aussi bien au niveau mondial qu'au sein de grands ensembles régionaux. Comme l'explique clairement Dominique CARREAU, « il existe maintenant une pluralité de droits internationaux « techniques » consistant le plus souvent dans un corps de règles minimales universelles complétées par de très nombreuses « variantes » régionales.

Ensuite, il faut avoir à l'esprit que le droit international contemporain est un droit en transition. Comme l'explique le Pr. BEDJAOUI, ce serait une erreur de considérer le changement et la spécificité qui caractérise le droit international comme opposés à l'unité de celui-ci. En effet, l'aménagement des procédures d'élaboration de ce droit transitionnel, la nature des instruments utilisés, de même que le cadre institutionnel et la spécificité de son objet n'impliquent pas sur le plan juridique une tendance, encore moins une réalité, à l'émiettement du droit international⁵⁷⁷. Bien au contraire, les différences qui peuvent exister entre les différents ordres juridiques nationaux

⁵⁷⁴ Ici seul l'Etat était sujet de droit international dont l'unique mission était de fonder les compétences de ses sujets et de les ordonner.

⁵⁷⁵ Dominique CARREAU, DIP, *op.cit.*, p. 48.

⁵⁷⁶ Ces fonctions se limitaient à la paix et la guerre, le règlement pacifique des différends, les privilèges et immunités diplomatiques...

⁵⁷⁷ Mohammed BEDJAOUI, « Pour un nouvel ordre économique international », Unesco, 1979, p.258.

impriment un *caractère différentiel* à ce droit sans toutefois l'atomiser et le parcelliser en autant d'ordonnements juridiques propres à chaque nation ou groupe de nations. D'ailleurs, Mohamed BEDJAOUI estime qu' « [E]n réalité, ces normes sont dialectiquement liées. Elles caractérisent dans leur ensemble l'unité des contraires »⁵⁷⁸. L'auteur poursuit en notant que : « La complexité croissante des rapports internationaux et l'apparition de nouveaux centres d'intérêts économiques appellent à une individualisation des règles juridiques et nécessitent des solutions concrètes, détaillées et techniques. »⁵⁷⁹

Ainsi, même si pour certains, cette évolution est susceptible de remettre en cause l'unité du droit international et, partant, sa primauté en entravant le progrès de celui-ci, pour d'autres, l'extension du champ d'application du droit international, la multiplication des institutions internationales et le gain d'importance des décisions judiciaires sont plutôt perçus comme une évolution du droit international vers un « *droit commun de l'humanité* »⁵⁸⁰. En effet, pour ces derniers, la spécialisation normative et institutionnelle redevient un élément positif pour développer ce « droit de la coopération »⁵⁸¹. Louis DUBOUIS estime par exemple que la fragmentation ne serait que le résultat de l'instrumentalisation du droit par les Etats⁵⁸² alors que pour M. KOSKENNIEMI, « *la fragmentation est souvent le résultat d'un défi conscient lancé à l'égard de certains aspects du droit général considérés comme inacceptables* »⁵⁸³.

Par ailleurs, la fragmentation est aussi une volonté de définir les méthodes d'approches du droit international comme autant de styles valables. En cela, la fragmentation reste un concept très subjectif car la multiplication des régimes spéciaux n'est pas qu'un élément de fragmentation possible mais peut favoriser également l'émergence de ses principes communs en raison de leur possible situation de conflictualité. En effet, la contradiction potentielle de normes applicables à une même situation suivant la façon dont cette situation est qualifiée par deux régimes différents (par ex droits de l'homme ou droit du commerce) peut tout à fait conduire les acteurs de ces régimes à faire appel à des principes d'harmonisation qui puissent rendre compatibles les deux régimes. Si bien qu'au total on voit se dessiner non pas vraiment un ordre fragmenté mais un ordre qui se coordonne globalement, du moins plus qu'il ne se hiérarchise véritablement et cela dans une tolérance assez bien adaptée au pluralisme juridique de ses normes et de ses régimes juridiques.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 259.

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ Lire W.W. BISHOP, « General Course of Public International Law », *RCADI*, vol., 115, tome II, 1965, p. 165.

⁵⁸¹ W. FRIEDMANN, *The changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, xvi, 410p.

⁵⁸² Louis DUBOUIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 5^e éd., 2001, pp. 136 et s.

⁵⁸³ Martti KOSKENNIEMI, « La politique du droit international », Coll. CERDIN, *Doctrine (S)*, éd. Pedone, 2007, p.306.

Enfin, le recours à la généralité des normes internationales reste une exigence classique du droit international. Ainsi, d'après la fameuse distinction opérée par Wolfgang FRIEDMANN⁵⁸⁴, le droit international est à la fois un droit classique de coexistence et un droit moderne de coopération. Il n'y a donc pas, dans la conceptualisation moderne du droit international, une remise en cause des préceptes qui l'ont guidé à ce jour, mais plutôt un enrichissement des anciennes règles par l'adjonction de nouvelles normes orientées vers des préoccupations différentes. Faut-il ici rappeler que le droit international traditionnel, essentiellement composé de règles de coexistence applicables entre Etats souverains, avait pour but de servir leurs intérêts particuliers en garantissant à chacun l'intégrité territoriale et l'indépendance politique par rapport aux autres⁵⁸⁵? Ce droit, idéologiquement neutre, était sanctionné par les rapports diplomatiques et le principe de non-intervention. Il n'intervenait pas dans le domaine social car l'Etat ne détenait aucune fonction publique liée au bien commun des personnes vivant sur son territoire, à l'exception de ses prérogatives régaliennes⁵⁸⁶. On comprend qu'en ce temps, le droit international ne contenait guère de valeurs communes et se bornait à agencer réciproquement des libertés et des pouvoirs.

A partir du XX^{ème} siècle, le droit international va évoluer vers un droit de coopération, transformant ainsi sa structure. Après la première guerre mondiale, on a assisté à une explosion des domaines où l'interdépendance a créé la nécessité de collaborer entre Etats en vue de l'accomplissement de buts communs : recherche sanitaire, maintien de la paix, contrôle des armements de destruction massive, protection des droits de l'homme et de l'environnement, etc. Ce besoin de coopération internationale à l'encontre des maux planétaires a conduit à l'éclosion d'un grand nombre d'organisations et d'organes internationaux qui se présentent comme centres d'actions pour la promotion d'intérêts collectifs⁵⁸⁷. Ce fut la naissance d'une tendance universaliste du droit international qui va se concrétiser, au fil du temps, par la mise en place d'organes juridictionnels.

2/- La nécessaire multiplication des juridictions internationales

La thèse selon laquelle la prolifération des juridictions internationales serait une chose positive pour le droit international tout comme le sont, dans une certaine mesure, les conflits qui peuvent en découler est largement soutenue par une partie de la doctrine. Cette prolifération présente des aspects positifs en droit international car, à la lumière des analyses précédentes, le droit international

⁵⁸⁴ Cité par Robert KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁸⁵ D'ailleurs, il faut rappeler que le droit d'un Etat de déclarer la guerre à un autre véhiculé par le *liberum ius ad bellum* au XIX^{ème} siècle à quelque peu remis en cause cette conceptualisation du DIP.

⁵⁸⁶ Les constitutionnalistes appellent fonctions régaliennes de l'Etat, les grandes fonctions souveraines qui fondent l'existence même de l'Etat et qui ne font, en principe, l'objet d'aucune délégation. Lire à ce propos l'ouvrage de Georges BURDEAU, *Traité de Science politique*, tome I, le pouvoir politique ; tome II, l'Etat.

⁵⁸⁷ Sur les diverses organes affiliés à l'ONU, cf. R. WOLFRUM (éd), *United Nations : Law, Policies and Practice*, 2 vols, Munich/Dordrecht/ Boston/ Londres, 1995 ; H.T. ADAM, *les organisations internationales spécialisées*, 4 vols, Paris, 1965-1977.

s'est beaucoup enrichi au cours des cinq dernières décennies. Il s'est d'abord enrichi avec l'adoption d'instruments juridiques dans des domaines aussi divers que le droit des investissements ou du commerce, mais aussi le droit du travail, le droit des droits de l'homme, le droit pénal international. Il s'est également enrichi par une production de normes juridiques, mais aussi par l'apparition de juridictions ou de quasi-juridictions à vocation internationale, soit régionale, soit mondiale. Ce dernier aspect présente un intérêt particulier car c'est un fait indéniable que les juridictions internationales se sont nettement multipliées après la deuxième guerre mondiale. Partie d'un plan régional, cette multiplication a été rapidement transférée au niveau international afin de prendre en compte l'évolution de la société internationale. Ainsi ce sont créés diverses juridictions parmi lesquelles la CIJ, le TPI, la CJCE, la CPI, etc... Et aujourd'hui, nul ne peut nier leur impact sur les normes internationales.

En effet, les juridictions internationales favorisent la cristallisation des valeurs sociales fondamentales. Grâce à l'action des tribunaux pénaux internationaux, la Société internationale a pu bénéficier d'une définition universelle de certains concepts bénéficiant jusque-là de diverses définitions, selon l'Etat qui les invoquaient. Ce fut le cas de la notion du « viol », par exemple, qui bénéficie aujourd'hui d'une définition universellement acceptée et en avance par rapport à la pratique de nombreux pays. Cette définition est la manifestation d'une conscience juridique universelle qui s'exprime dans l'application du droit positif matérialisé par le châtement des coupables. On peut également citer d'autres exemples comme le terrorisme international, le génocide,...

Mais l'action des tribunaux internationaux ne se limite pas à ce niveau car la multiplication des organes juridictionnels reste synonyme d'évolution et de progrès du droit international. En effet, tous les systèmes juridiques rencontrent, au-delà d'un certain stade de développement, la question des concurrences de juridiction et sa conséquence, le danger des contradictions de jurisprudence⁵⁸⁸. Les problèmes rencontrés à cet égard par l'ordre juridique international témoignent simplement de son accession à la maturité beaucoup plus qu'ils ne manifesteraient un état de crise endémique⁵⁸⁹. En cela, la prolifération des juridictions est, en un sens, synonyme de progrès, car les décisions prises par certains de ces organes ont une portée obligatoire (ex : organe d'appel de l'ORD dans le domaine du commerce international ou du BIT dans le domaine du travail) permettant une gestion collective des intérêts de la communauté internationale autour d'un mécanisme universel. Certains

⁵⁸⁸ Pierre-Marie DUPUY, « *Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges* », *European Journal of International Law*, Vol.1 EJLS No. 2, p. 20.

⁵⁸⁹ Voir, en ce sens, B. SIMMA, "Fragmentation in a Positive Light", *Symposium Michigan University*, pp. 847- s.; "interest triggered by the increase in the number of international courts and tribunals".

auteurs⁵⁹⁰ n'ont d'ailleurs pas hésité à admettre que le choc des jurisprudences n'était qu'un problème virtuel. En effet, il ne peut y avoir, dans la pratique, de choc de jurisprudences car chaque juridiction est créée dans le but unique de trancher les litiges qui sont juridiquement, matériellement et géographiquement délimités. La multiplication des organes juridictionnels ne serait que la conséquence de la diversification des relations qu'entretiennent les Etats mais également de l'irruption de nouveaux acteurs non-étatiques sur la scène internationale. Ce qui semblerait donner une certaine dynamique au droit international.

Deux raisons sont le plus souvent évoquées pour justifier que la prolifération des juridictions internationales ne peut constituer un danger pour l'unité du droit international. D'une part, la fragmentation est un phénomène systémique qui a simplement favorisé la diversification et la complexification du droit international⁵⁹¹. En ce sens, on ne saurait confier à une seule juridiction internationale l'ensemble des litiges issus de domaines divers. Par exemple, comment pourrait-on demander aux 15 juges de la CIJ de trancher, avec le même niveau d'expertise, des différends relatifs aux droits de l'homme, au droit de la mer, au droit de l'environnement ou encore au droit du commerce international ? On comprend mieux que ces nouvelles entités ne sont là que parce qu'elles revêtent une certaine importance sur le plan international qui a été reconnue et acceptée de tous. La nature complexe du système juridique international justifie leur création et leur indispensabilité.

D'autre part, la fragmentation est un phénomène dynamique à la fois fonctionnel et substantiel. Dans le premier cas, il s'agit d'un recours plus fréquent et plus général aux instances juridictionnelles dans les relations internationales. Dans le deuxième cas, le pluralisme juridictionnel évoque un « pluralisme intellectuel » qui se rapporte à une amélioration du modèle juridique pour des décisions plus adéquates et une interprétation plus spécifique, le tout débouchant sur une complémentarité juridique entre les différents systèmes. On a des idées nouvelles en droit qui font progresser le droit international.

Du simple fait qu'il existe une multiplication des juridictions internationales, on assiste à un accroissement d'affaires déposées et dans un nombre de domaines beaucoup plus élargi. Certains auteurs utilisent le terme de « juridictionnalisation » pour parler de l'expansion des domaines soumis au droit international, voyant cette dernière comme une volonté de soumettre toutes relations internationales au droit international, même celles qui auparavant étaient régies au niveau national.

La hausse d'affaires soumises à la CIJ est assez impressionnante : « *alors que dix affaires figuraient*

⁵⁹⁰ C'est le cas de Julien FOURET et Mario PROST qui estiment que le droit international est un droit simplement éclaté sur le plan pratique, avec des interprétations diverses ; Lire « La multiplication des juridictions internationales ».

⁵⁹¹ Emergence de nouveaux sujets en droit international et spécialisation des tribunaux et juridictions créés à la suite de cette spécialisation.

au rôle de la Cour en 1994 et douze en 1998, nous sommes passés à vingt-cinq à la fin de l'année 1999, ce qui constitue un nouveau record dans l'histoire de la justice internationale »⁵⁹².

La multiplication de juridictions internationales repousse les frontières du droit international. Le professeur Christina CERNA⁵⁹³ utilise l'exemple du système interaméricain des droits de l'homme pour démontrer les avancées du droit international dans ce domaine⁵⁹⁴. Elle indique que le domaine des « *interim measures* » a été renforcé par l'influence du système interaméricain puisque ce sont des mesures appliquées très fréquemment. Ces mesures n'étaient pas été prévues dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, mais le professeur CERNA montre comment la CEDH fait usage de ces dernières, d'une part, de leur volet protecteur « *the State is requested to provide security for an individual or group threatened* » et, d'autre part, pour arrêter temporairement toute action dans le but de préserver les droits de la victime : « *the State is requested to refrain from an action in order to preserve the rights of the alleged victim* »⁵⁹⁵.

Toutefois, selon la madame CERNA, « un problème majeur subsiste car ces juridictions, dans la plupart des cas, sont dotées de compétences universelles »⁵⁹⁶. Le droit international doit, certes, s'adapter aux divers domaines qu'il aborde, mais il se doit de conserver aussi son unité et fournir aux acteurs de la vie internationale un cadre sûr. La multiplicité des juridictions doit être source d'enrichissement et non conduire au chaos. D'où la nécessité de rationaliser et de coordonner l'ensemble des ordres juridiques suscités par le phénomène même si, au-delà, le pluralisme juridique contribue à enrichir le droit international.

B/- LE PLURALISME JURIDIQUE CONTRIBUE A RENFORCER ET A ENRICHIR LE DROIT INTERNATIONAL

La CDI a reconnu dans son rapport de 2003 que la fragmentation « *reflète l'expansion rapide de l'activité juridique internationale qui se propage dans de domaines nouveaux et la diversification de ses objets et techniques* »⁵⁹⁷. Elle précise, par ailleurs, que le titre de son rapport « semble donner à penser que malgré des « problèmes » certains, ceux-ci ne sont ni complètement nouveaux, ni de nature telle qu'on ne pourrait pas les régler à l'aide des techniques auxquelles les juristes

⁵⁹² Discours de M. Guillaume à l'Assemblée Générale des Nations Unies, http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cspeechPresident_Guillaume_GA55_20001026.htm

⁵⁹³ Le professeur Christina Monica CERNA enseigne le droit international public à l'Université de Georgetown ; elle est spécialiste des droits de l'homme et du droit inter-américain.

⁵⁹⁴ Christina CERNA, « How the inter-American system for the protection of Human Rights has contributed to the development of international law », in Olivier DELAS, « Les juridictions Internationales: complémentarité ou concurrence? », Collectif Mondialisation et droit international, Bruylant, 2005, p.135.

⁵⁹⁵ *Idem*.

⁵⁹⁶ P-M DUPUY, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », (1999) 31, *NYUJ, Int'IL & POL.*697 à la p. 698.

⁵⁹⁷ Documents officiels de l'Assemblée Générale de l'ONU, A/CN.4/L.682, p.14 à 15.

internationaux ont recouru naguère pour s'attaquer aux conflits normatifs »⁵⁹⁸. C'est pourquoi il convient de s'intéresser aux éléments de fragmentation qui permettent la cohérence et le développement du droit international (1) avant d'aborder le rôle de cette diversité juridique dans l'évolution du droit international (2).

1/- La fragmentation permet aux règles universelles de mieux s'adapter à des besoins diversifiés

La diversité juridique ne constitue pas toujours un danger pour l'unité du droit international ; bien au contraire, elle peut s'avérer être une source de richesse car, même si le droit ne règlemente pas l'ensemble de l'organisation sociale d'une manière actuelle ou s'il ne le fait qu'avec plus ou moins de précision, il reste susceptible, à tout moment, de pénétrer n'importe quel domaine, nouveau ou pas. C'est en ce sens que, pour plusieurs auteurs en droit international, l'arrivée sur la scène internationale d'acteurs non étatiques participe plus à un élan d'unité du droit international plutôt qu'à une approche de sa fragmentation⁵⁹⁹. A ce propos, Mme Marie JACOBSON⁶⁰⁰ déclarera que : *« la fragmentation du droit international n'est pas un développement négatif, mais elle doit au contraire être vue comme un signe de vitalité et de pertinence du droit international »*⁶⁰¹.

D'ailleurs dans son rapport de 2003, la CDI avait conclu non pas à une fragmentation du droit international mais plutôt à une « complexification de ce droit »⁶⁰². Or, si on en tient compte, il ressort clairement que l'« ordre complexe » et non « fragmenté » rend bien compte de l'évolution actuelle du droit international sans lui ôter sa qualité d'ordre juridique bien que recelant dans son intérieur de nombreux « sous-ordres juridiques ». Le monde étant évolutif, les problèmes autrefois pris en compte par le droit international ne peuvent plus être les mêmes de nos jours. Cette conception est d'autant plus réelle que la mondialisation conduit à adopter le système juridique le plus efficace et à universaliser ainsi le droit. Même si cette conception reste critiquable⁶⁰³, elle

⁵⁹⁸ Idem.

⁵⁹⁹ Lire à ce propos JOOST PAUWELYN, « Bridging fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter Connected Islands », *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, pp.903-904.

⁶⁰⁰ Marie JACOBSON était la représentante de la Suède lors des débats de la Sixième commission portant sur l'examen du Rapport de la CDI en 2001, doc. AG/J/332.

⁶⁰¹ Marie JACOBSSON (Suède), Déclaration faite lors du Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-huitième session, Assemblée générale, AG/J/3308, Sixième Commission, 18^e session, Genève, 2005.

⁶⁰² Voir le rapport du Groupe d'étude de la Commission de droit international établi dans sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI.

⁶⁰³ Pour certains philosophes ou sociologues, les conceptions anciennes et modernes, non occidentales et occidentales du droit, puisent leur source dans des visions des relations entre les êtres, des inégalités, d'un monde finalisé *versus* un monde d'individus, idéal, égalitaire mais sans finalité commune. Ainsi, même si toutes les sociétés connaissent un débat sur leurs dimensions spécifiques et universelles, que les luttes sociales et politiques conduisent à universaliser certaines avancées concernant les droits de l'homme et des hommes, il n'en demeure pas moins qu'en même temps, les puissances dominantes (coloniales ou postcoloniales) tendent à imposer leurs systèmes de droit positif au nom de leurs propres intérêts.

démontre cependant l'intérêt d'adaptation des règles juridiques aux phénomènes nouveaux dans la société.

Par ailleurs, les relations internationales étant de plus en plus complexes et, les domaines dans lesquels les Etats coopèrent connaissant un accroissement de plus en plus fulgurant, leurs besoins à la fois internes et externes au droit international ne pouvaient que favoriser la fragmentation dans une optique réelle d'apporter des réponses communes en prenant en compte les évolutions récentes. Sur le plan interne, ces facteurs concernent le fait que l'expansion des domaines soumis au droit international nécessite une pluralité d'institutions capables de résoudre les différends.

Cette expansion a pris trois formes à savoir les domaines qui auparavant étaient entièrement soumis au droit interne tel la justice pénale, ou qui ne faisaient pas l'objet des disciplines multilatérales tel le commerce international des services ou enfin qui étaient *vacua legis* à l'exemple des ressources naturelles de la haute mer. Aujourd'hui, tous ces domaines sont désormais pris en compte par le droit international. Cette tendance de la juridictionnalisation du droit international au cours des dernières décennies, témoigne la volonté internationale d'éradiquer l'insécurité en préservant la paix dans le monde. De plus, avec des accords de plus en plus spécifiques, il fallait que les instances soient dotées de compétences non plus générales mais spécifiques. Par conséquent, la CIJ qui a des compétences générales, ne suffisait plus et il devenait nécessaire de lui adjoindre des juridictions internationales dans des domaines particuliers.

Concernant les facteurs externes, certains estiment que la fin du bipolarisme est une raison majeure de la prolifération des juridictions internationales. En effet, on est passé d'un monde bipolaire à un environnement plus fluide, d'où le besoin de réformer les organisations internationales et leurs organes juridiques et la possibilité d'en créer d'autres. Ce qui ne pouvait finalement aboutir que sur le déclenchement d'un processus de développement de nouvelles instances juridictionnelles ayant des vocations diverses⁶⁰⁴. Par exemple, la chute du rideau de fer a eu pour conséquence l'expansion du Conseil de l'Europe vers l'Est et les réformes de la CEDH. La multiplication de ces instances judiciaires internationales accentue la dimension jurisprudentielle du droit international et constitue un signe de son efficacité et de sa crédibilité dans la mesure où l'élaboration des normes juridiques va de pair avec la création de moyens institutionnels aptes à en déterminer le contenu et à en assurer l'application pratique. Ainsi, un plus large éventail d'instances juridictionnelles au niveau international peut signifier qu'un plus grand nombre de différends feront l'objet d'un règlement

⁶⁰⁴ ISSA SAID, Contradiction jurisprudentielle de la Cour Internationale de Justice et les juridictions spéciales, Article posté le 12/08/2010 sur : <http://www.legavox.fr/blog/issa-said/contradiction-jurisprudentielle-cour-internationale-justice-2962.htm>.

judiciaire international, ce qui amortit les crises et diminue d'autant le nombre de différends qui, s'ils n'étaient pas réglés, pourraient mener à une rupture de la paix et de la sécurité internationales.

Enfin, la multiplication des accords régionaux économiques a aussi joué un rôle par rapport à la prolifération des juridictions internationales. La création des zones régionales de libre-échange mène naturellement à la création d'instances juridiques régionales pour régler les disputes entre les Etats Membres. Plus les Etats deviennent intégrés économiquement, plus le besoin de garanties juridiques se fait pressant selon ROMANO⁶⁰⁵ et BURGORGUE-LARSEN⁶⁰⁶. Il faut expliquer que les accords commerciaux régionaux⁶⁰⁷ ont une forte portée politique qui répond non seulement à un besoin de stabilité mais aussi à celui de loyauté dans le commerce, auquel l'OMC peine à répondre, malgré les tentatives de l'accord de Marrakech par exemple. En définissant des règles précises, les accords commerciaux régionaux sont alors considérés comme des « biens publics internationaux », garantissant équité et loyauté dans le commerce international⁶⁰⁸.

2/- Le rôle de la diversité dans l'évolution du droit international

Santi ROMANO estime que le droit international est une globalité et non pas une unité⁶⁰⁹. Pour lui, il existe un « ordre juridique » qui ne vit que parce qu'il est fait d'un ensemble d'institutions. Il faut donc faire éclater le cadre trop étroit qui réduit le droit aux seules normes et règles juridiques. Finalement, Santi ROMANO définit le droit comme une unité stable et permanente qui peut être composée de personnes ou de groupes qu'il transcende car, dit-il, « il existe autant d'ordres que d'institutions »⁶¹⁰. Or, dans chacun de ces ordres, chaque source du droit contribue en faveur de la cohérence du système, chacune avec ses limites certes⁶¹¹. Ainsi par exemple, les principes généraux comme la coutume sont, au contraire des conventions, des éléments unificateurs du droit international. En ce sens, Marcelo KOHEN estime qu'il ne peut y avoir de fragmentation du droit international car la coutume est perçue comme « le consensus social international »⁶¹². Tout cela permet, toute proportion gardée, une constitutionnalisation du droit international.

⁶⁰⁵ César ROMANO, « The proliferation of international judicial bodies: The pieces of the puzzle. » <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/31/pdf/31r.pdf>

⁶⁰⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des Etats de droit », in J. RIDEAU (Dir), « De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens », Paris, LGDJ, 2000, vi + 515 p, pp. 423-458.

⁶⁰⁷ J.M. SIROËN, 2004, *La régionalisation de l'économie mondiale*, Paris, La Découverte, 2^e édition, p. 71 et s.

⁶⁰⁸ CNUCED, Multiplication des accords régionaux commerciaux (ACR) de la nouvelle génération, UNCTAD/DITC/TNCD/2004/7, <http://www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=4194&lang=2>

⁶⁰⁹ Santi ROMANO, *L'ordre public*, Dalloz-Sirey, 2002, p. 36.

⁶¹⁰ Idem.

⁶¹¹ Emmanuelle JOUANNET, « Principes généraux et droit international contemporain », In *L'Influence des sources...*, Bruylant, 2006, p.139 et s.

⁶¹² Marcelo KOHEN, « Commentaires », In *L'Influence des sources*, *op.cit.*, p.106.

De plus, la fragmentation conduit les Etats à mieux se conformer à un droit international régional tout en leur imposant des obligations mutuelles exclusives notamment dans les domaines des droits de l'homme et dans celui du droit de l'environnement. Notons, à ce propos, que la plupart de ces accords régionaux véhiculent des principes moraux et permettent une meilleure intégration. Ils sont une extension du « droit matériel » de chacun des Etats membres tout en permettant une adaptation aux standards internationaux.

Enfin, le droit international en tant que système polycentrique et diversifié présente des avantages certains, notamment en ce qui concerne l'enrichissement de la jurisprudence. En effet, « le nouveau pluralisme juridique trouve des promoteurs et des acteurs privilégiés parmi les notables du droit »⁶¹³. Ainsi, grâce au pluralisme juridique, les affaires traitées par le droit international ont connu une augmentation. Autrefois pris en compte au niveau national, elles sont désormais prises en compte au niveau international, soumettant par la même occasion l'ensemble des relations internationales à cette discipline tout en permettant le développement et l'enrichissement de la justice internationale.

Cet enrichissement a, corrélativement, permis l'accroissement des travaux des cabinets d'avocats, des travaux de professeurs et l'imagination des juges. Ainsi par exemple, Jean-Guy BELLEY défend une conception selon laquelle les juristes jouent un rôle déterminant dans la production du droit, leur réflexion sur le droit étant actuellement structurée par leur rapport, pas toujours simple il est vrai, à l'environnement intellectuel de la science juridique, rapport d'une certaine manière organisé à partir de la science juridique elle-même, par la théorie du droit. C'est ainsi que les juristes qui se posent désormais en « entrepreneurs de normes », sont les spécialistes désormais indispensables « *de l'hybridation des régulations, de la conciliation des stratégies et des normes, des concessions individuelles nécessaires à la préservation du régime de coopération bilatérale ou multilatérale (...)* »⁶¹⁴. Les professionnels du droit jouent ainsi un rôle déterminant non tant dans ce qui pourrait être compris comme une simple application des textes, mais dans un travail de génération permanente de normes, d'ailleurs d'un caractère de plus en plus éphémère. Mais ce travail ne se fait que pour autant que les juristes aient une notion adéquate de leur rôle et de ses récentes transformations. C'est ici qu'intervient la recherche socio-juridique, laquelle, par la médiation de la théorie du droit, pourra fournir aux juristes cette compréhension de leur propre rôle nécessaire à une intervention efficace.

⁶¹³ Thèse de Pierre BOURDIEU cité par J.-G. BELLEY à la page 137.

⁶¹⁴ Jean-Guy BELLEY, "Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit." *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin. Bâle: Helbing & Lichtenham. 2002; 135-165.*

§ 2 : La fragmentation : une conséquence « maîtrisable » du développement progressif du droit international

La fragmentation ne serait que « la mise en équilibre des variations locales et des diversités sociales⁶¹⁵ ». Elle serait née de l'expansion peu contrôlée du système juridique international et de sa division en plusieurs branches. Il faut dire que la notion de fragmentation est liée, principalement, au développement et à la consolidation de certains secteurs du droit international en tant que *self-contained regimes*⁶¹⁶. A ce titre, la Sixième Commission de l'AGNU avait déjà signalé quelques aspects positifs de la fragmentation en affirmant que cette dernière était, d'un côté, « *révélatrice du fait que les Etats étaient de plus en plus disposés à soumettre leurs activités à des règles explicites du droit international, contribuant ainsi à la stabilité et à la prévisibilité des relations internationales* »⁶¹⁷.

Dans son cours général de droit public, Georges ABI-SAAB faisait prévaloir la thèse selon laquelle le droit international fixe les règles stables et continues susceptibles d'assurer l'équilibre sur la scène internationale mais il doit également pouvoir se modifier avec le temps, sans pour autant mettre en péril la sécurité juridique de ses sujets⁶¹⁸. Pour cela, le droit international a prévu lui-même des possibilités d'évolution en vue de combattre toute dispersion (B) ; tout comme une rationalisation et une coordination des différents ordres juridiques seraient à même de lutter contre les effets néfastes de la fragmentation (A).

A/- LA FRAGMENTATION RESTE MAITRISABLE PAR UNE RATIONALISATION ET UNE COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES SUSCITES PAR LE PHENOMENE

Les normes se créent, émergent et se développent dans un contexte où les dimensions supranationales et multinationales des phénomènes technologiques prennent une dimension croissante, voire prépondérante. Et, même si la mondialisation par la généralisation des échanges et l'accroissement des acteurs en droit international a eu pour conséquence une inflation des droits énoncés dans divers instruments juridiques, cette inflation ne va pas sans solutions. Ainsi, bien des chemins peuvent être empruntés, qui peuvent conduire à une meilleure application des normes internationales, et, partant, à lever les obstacles multiples qui entravent cette progression, au niveau national comme international, et dans tous les systèmes.

⁶¹⁵ Cf. le représentant de la Finlande lors des débats de la Sixième commission portant sur l'examen du Rapport de la CDI en 2001, doc. AG/J/332.

⁶¹⁶ Voir l'étude de Bruno SIMMA, « *Self-contained regimes* », *NYBIL*, vol. XVI, 1985, pp.111-136.

⁶¹⁷ *Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'AGNU à sa cinquante-huitième session*, A/CN.4/537, p.52, Ss 220.

⁶¹⁸ Georges ABI-SAAB, Cours général de droit international public, *Recueil des cours*, Volume 207, (1987- VII), pp.9-463.

En prenant en compte la nature politique ou juridique des obstacles et en considérant bien évidemment aussi les contextes sociaux ou économiques, on arrive à une rationalisation et à une coordination des ordres juridiques suscités par le phénomène. On a ainsi recours soit à une prise de conscience des acteurs internationaux (1), soit au concept d'internormativité (2), soit aux dispositifs juridiques d'équilibrages (3) ou, enfin, aux règles permettant de trancher d'éventuels litiges normatifs (4).

1/- La prise de conscience et la mobilisation des acteurs internationaux face au phénomène de la fragmentation

La première des démarches est bien évidemment la prise de conscience et la mobilisation des intelligences comme des acteurs, au plan national comme international. Les normes internationales, peu importe leur degré de contrainte immédiate, indiquent toujours la direction où aller, avec une certaine inspiration universelle et une dynamique tripartite. Un premier obstacle est toujours levé lorsqu'existe pareille conscience, notamment parmi les juristes spécialisés dans les nouvelles branches du droit international. Cette visibilité normative est de nature à éviter les pires errements, les plus graves égarements dans l'application effective et le respect du droit international. Une telle mobilisation des intelligences implique pour les juristes, au premier rang desquels les professeurs de droit, les avocats et surtout les juges, la diffusion la plus large des normes elles-mêmes, de leur contenu et sans doute plus encore de l'esprit de ces normes. A n'en point douter, le premier obstacle au regard de l'effectivité d'une norme juridique reste toujours celui de l'insuffisante connaissance de cette dernière.

Il en va de même en ce qui concerne l'application des normes internationales en droit interne. A cela, il est nécessaire de rajouter cette importante considération qu'est la langue car la traduction dans la langue nationale, voire régionale ou locale, est un facteur qui peut considérablement peser pour une meilleure application du droit. La résistance à la mise en œuvre du droit international peut d'ailleurs, en certains cas, être mesurée au peu d'empressement par le Gouvernement concerné de traduire les normes de telle façon qu'elles puissent être connues et utilisées par les personnes concernées. La question est loin d'être simple et connue singulièrement de toutes et tous les praticiens. La dynamique du droit international, qu'il s'agisse du droit du travail, du droit des droits de l'homme pour ne citer que ces deux exemples, prend nécessairement racine dans le droit national. C'est de cette acculturation que peut résulter la pratique de conformité qui est attendue de l'Institution internationale.

Cependant, contribuer à lutter contre les effets néfastes de la fragmentation implique en outre la mise en place d'une stratégie et la mobilisation des énergies notamment normatives dans une perspective plus large et d'intégration.

2/- Les thèses de l'internormativité permettent une adéquation entre les systèmes juridiques

Le phénomène de fragmentation se trouve mêlé à celui d'internormativité en ce sens qu'il englobe l'étude de la relation entre droit et société et notamment le droit international en tant que système juridique. Pour Gunther TEUBNER par exemple, « *la caractéristique principale d'un système c'est sa relation avec la complexité du monde* »⁶¹⁹ en ce sens que le système juridique, par le biais de ses participants communique avec les autres systèmes extérieurs, en allant chercher des informations afin de les transformer en « matériel juridique ». Le processus d'inter normativité⁶²⁰ représente un phénomène constitué des rapports qui se nouent et se dénouent entre plusieurs ordres ou systèmes normatifs. En effet, si elle peut sembler productrice de désordre prolongé ou temporaire pour les ordres normatifs engagés dans une dynamique d'échange, l'inter-normativité représente également une occasion de dialoguer et de transaction et apparaît ainsi comme un mode privilégié du passage du fait à la norme. A ce propos, Emmanuelle JOUANNET déclare qu' « *on a donc affaire à une nouvelle étape du développement du même droit, où le changement ne correspond pas à une rupture extérieure mais plutôt à un approfondissement de sa logique interne* »⁶²¹.

Il convient de comprendre ici qu'avec le pluralisme juridique, soit on observera une fragmentation poussée du droit international, soit on ira vers une inter-connectivité et une cohérence de ce droit. Cette inter-connectivité qu'on peut encore appeler inter-normativité commande aux différentes matières juridiques d'entretenir des rapports entre elles notamment pour venir à bout des situations ou des phénomènes d'incertitudes croissantes occasionnés par la mondialisation et les

⁶¹⁹ S'appuyant sur les travaux de LUHMANN, Gunther TEUBNER a réalisé une étude sur « l'interaction des systèmes entre eux » et dans laquelle il développe l'analyse des théories systémiques du droit, voir notamment Gunther TEUBNER, « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », (1992) 13 Cardozo Law Rev. 1443 ; voir aussi Michel COUTU, Le pluralisme juridique chez Gunther TEUBNER : La nouvelle guerre des Dieux ?, Recherches post-doctorales, 1997, Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

⁶²⁰ Les thèses sur l'internormativité ont été développées au sein du Centre International de Règlement de différends sur les Investissements (CIRDI), notamment à travers une analyse originale des rapports entre le règlement des différends du CIRDI et les normes externes à ce système, en ce qui concerne la question du droit applicable au litige a été réalisée. Elle propose désormais une vue du droit international comme un droit interétatique, avec plusieurs situations « ouvertes » dans le choix du droit applicable. Lire aussi M. CHIAVARIO (dir.), Droit comparé et droit international : interactions et internormativité », in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz / Giuffré, 2003, pp. 11- 26.

⁶²¹ Emmanuelle JOUANNET, « le même et l'autre », in *Regards d'une génération sur le droit international public*, op.cit., p. 222.

développements technologiques⁶²². Une troisième solution reste possible : elle prône l'émergence d'un nouvel ordre juridique qui n'est ni complètement fragmenté, ni complètement unitaire⁶²³.

De toute évidence, la diversification des sources constitue une fonction de l'expansion du droit international car c'est au travers de ces sources que le droit international existe. Qu'il s'agisse du droit diplomatique, du droit de la guerre, du droit international des personnes, du droit de l'environnement, du droit du GATT/OMC, du droit de l'espace ou du droit de l'Union européenne, toute cette diversité met en avant un risque de règles spécifiques dont dépend l'efficacité du droit international général⁶²⁴. Ainsi, la chimie des interactions entre les normativités impose l'hypothèse d'un droit soluble dans la société. Jean Guy BELLEY reconnaît d'ailleurs que la question du droit n'est soluble que dans l'interdisciplinarité⁶²⁵.

Pour Mireille DELMAS-MARTY, le concept d'inter normativité contribue à montrer que le pluralisme normatif est inhérent au droit international⁶²⁶. Démontrant la contradiction qui peut exister entre le pluralisme et le droit commun, Mireille DELMAS-MARTY note que « le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés, alors que le terme d'ordre invite à penser en termes de structuration, voire de contrainte. Pour dépasser la contradiction il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble »⁶²⁷. L'internormativité suppose donc un rapport, une relation, voire, dans le meilleur des cas, un dialogue entre des ordres juridiques ou normatifs ainsi que des relations entre des ensembles normatifs non hiérarchisés entre eux, à quelque niveau qu'ils se trouvent dans l'espace normatif. Ces rapports, pour exister, supposent naturellement l'existence d'au moins deux ordres soit, pour reprendre les enseignements du Doyen Carbonnier, le système juridique et un ou plusieurs autres systèmes normatifs, qu'il s'agisse de normes sociales, techniques ou commerciales. D'ailleurs, ce dernier voyait dans les phénomènes d'inter-normativité « davantage des phénomènes sociologiques que juridiques »⁶²⁸. Ce qui implique d'intégrer pleinement toute action normative dans une telle perspective et, partant, de donner aux normes une pleine effectivité et efficacité

⁶²² Mireille DELMAS-MARTY, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, Texte inspiré d'une conférence présentée le 26 janvier 2006 à l'Université Bordeaux IV sur l'invitation de M.C.PONTHOREAU, par renvoi au livre *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

⁶²³ William W. BURKE-WHITE, « International Legal Pluralism », *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, pp. 977 et s.

⁶²⁴ Cf. l'étude réalisée par le « Netherlands Yearbook of International Law en 1995 dans ces différents domaines pour analyser leur autonomie par rapport au droit international.

⁶²⁵ Jean Guy BELLEY, Contributions Québécoises à l'étude de l'internormativité, Coll. Droit et Société, LGDJ, Tome 16, 1996, 288p.

⁶²⁶ Mireille DELMAS-MARTY, op.cit..

⁶²⁷ Ibid.

⁶²⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 41.

3/- Les dispositifs juridiques d'équilibrage

Au-delà des thèses de prise de conscience et d'internormativité, il existe désormais en droit des dispositifs juridiques d'équilibrage qui permettent tout à la fois de synchroniser les différents espaces juridiques et de créer entre eux des passerelles ou mieux encore des articulations entre différents systèmes juridiques. Il s'agit, dans un premier temps, de l'utilisation systématique du droit « dur » et du droit « mou » qui permettent une communication entre les différents niveaux et/ou acteurs de systèmes juridiques différents.

Il s'agit, en effet, d'un ensemble de concepts nouveaux inspirant un renouvellement des méthodes qui utilisent dans le champ juridique des concepts régulateurs, des techniques de réglage, des mécanismes d'évaluation et de contrôle. Les premiers permettent d'ajuster des normes entre les différents niveaux alors que les « techniques de réglage » sont pour chaque institution une méthode lui permettant d'apprécier sa propre compétence par rapport à celle d'un autre organe ou d'une autre institution. Quant aux mécanismes d'évaluation et de contrôle, ils permettent, en quelque sorte, de régler l'intensité normative pour ne pas déboucher sur des éléments d'intégration trop excessifs qui dénatureraient les concepts d'un système lorsqu'ils sont reçus dans un autre système. Le contrôle s'effectue également à travers des instances créées aussi bien au niveau régional (Cour européenne des droits de l'homme) que mondial (Cour Pénale internationale).

Ainsi grâce à l'action de ces dispositifs et celle des différents juges, on peut ordonner la complexité et la multiplicité des normes à travers des régulations juridiques pour faciliter des ajustements ou des réajustements.

4/- L'existence de règles permettant de trancher d'éventuels litiges normatifs

Le DIP dispose certainement d'une « panoplie » de règles ayant pour rôle de limiter ou résoudre les conflits normatifs, mais ces règles ne sauraient prétendre avoir une efficacité pareille aux mécanismes utilisés en droit interne. Il existe des normes impératives en droit international (a) d'une part, et des mécanismes de régulation des conflits normatifs (b) d'autre part.

a) Les normes impératives en droit international

Une norme impérative de droit international public peut être définie comme une règle à laquelle aucune dérogation n'est permise. Il s'agit d'une norme supérieure qui doit s'imposer à toutes les conventions conclues entre sujets de droit international ; elle équivaut aux notions de

« *peremptory* » ou de « *mandatory rules* », et surtout de *jus cogens*⁶²⁹. Il convient d'en étudier les origines et la consécration et voir leur rôle dans la résolution des conflits normatifs.

Avant toute chose, les normes impératives de droit international trouvent leur origine dans le but d'assurer une lecture et une vision dynamique du droit international. Leur émergence s'apparente plus à la recherche d'un ordre public au niveau international ainsi qu'à la nécessité de fixer des limites à la liberté. Il faut, comme sur le plan interne, une méthode de création spéciale pour ce genre de normes. Cependant, sur le plan interne l'ordre public émane de la source supérieure, or du point de vue international il n'y a pas de hiérarchie⁶³⁰.

Ensuite, la consécration de la primauté de normes impératives a été reconnue par la convention de Vienne. On a déjà évoqué le rôle des règles de *jus cogens* et celui des obligations *erga omnes*, règles à partir desquelles le juge se réfère alors pour faire prévaloir la prescription ayant une valeur hiérarchique supérieure sur celle qui a un rang moins élevé dans la hiérarchie normative. Il existe aussi le principe de la *Lex specialis derogat legi generali* qui prévoit qu'en cas de conflit entre deux règles ou deux traités contradictoires, la priorité doit être donnée à la norme plus spécifique par rapport à la norme générale. Enfin, l'article 30 de la Convention Vienne vise quant à lui à préciser quelles sont les priorités d'application entre deux traités successifs portant sur le même objet. C'est ici la règle de la postériorité qui s'applique : le traité plus récent est censé primer sur le traité ancien ainsi que l'énonce le §3 : « ...le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. »

A côté de ces normes à caractère général, on peut également citer les principes généraux du droit dont la texture très ouverte et le caractère indéterminé, en raison de leur très grande généralité et abstraction, permettent au juge mais aussi aux Etats et aux organisations internationales, de les invoquer quand on ne trouve pas de normes plus précises ou plus techniques. On comprend mieux pourquoi ces normes jouent un rôle capital dans la résolution des conflits normatifs car il s'agit d'éléments permettant de coordonner, harmoniser ou interpréter les autres normes du système.

Toutefois, ces normes comportent certaines limites quant à leur formation, leur détermination et leur application. Par exemple, au sujet *du jus cogens*, la critique la plus significative est que si une règle

⁶²⁹ Littéralement, cela signifie « droit contraignant » par opposition à *jus dispositivum* ou « droit supplétif ». Selon la Convention de Vienne (1969) sur le droit des traités, catégorie des normes impératives du droit international ayant les caractéristiques suivantes : norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit internationale générale ayant le même caractère ; lire Jean SALMON (Sous la direction de), Dictionnaire de droit international public, Bruylant/AUF, 2001, pp. 631-632 ; voir parmi une littérature abondante : Dominique CARREAU, Droit international, 10^e Ed., Pedone, 2009, pp. 92-93 ; GAJA, *jus cogens*, beyond the Vienna Convention, *RCADI*, 1982, vol. 172, p. 271. M. VIRALLY, *Réflexions sur le jus cogens*, *AFDI*, 1966.5, et A. GOMEZ ROBLEDO, le jus cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions, *RCADI*, 1982, vol. 172, p.9.

⁶³⁰ On ne peut donc pas expliquer l'existence du *jus cogens* avec la théorie des sources.

est hiérarchiquement supérieure, alors elle doit avoir un mode de création particulier. Or, à ce propos, la coutume remplit ce rôle en DIP, et elle peut parfaitement être (sur le niveau du contenu) hiérarchiquement supérieure. En ce qui concerne les règles pertinentes promues par le droit international général et consacrées par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, ces règles conservent aussi une certaine faiblesse et sont très largement le fruit de la codification du droit international général préexistant à l'adoption de la convention. De ce fait, on y retrouve l'empreinte des adages *lex posterior derogat legi anteriori* ou encore *Lex specialis derogat legi generali* selon lequel la loi spéciale doit primer sur la loi générale. Aussi pertinentes que soient la *Lex posterior* ou la *Lex specialis*, il n'en reste pas moins qu'elles sont parfois difficile à mettre en œuvre. D'où la nécessité de recours au juge international.

b)- Les apports de la justice arbitrale et du règlement pacifique des litiges

La CIJ n'est pas le seul moyen de règlement pacifique des différends mis à la disposition des États ; l'art.33 de la Charte en précise un certain nombre : « *Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.* »

Ainsi, la multiplication des instances judiciaires internationales vient limiter le champ d'action de la CIJ. On peut citer le cas du Tribunal international du droit de la mer, né de la Convention de Montego Bay de 1982, qui intervient souvent sur le domaine de compétence de la CIJ en matière de délimitation maritime. La création en 1993 du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) puis en 1994 du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et en 2002 de la Cour pénale internationale (CPI) peuvent également introduire des conflits de compétence.

Au-delà des instances judiciaires internationales, les Etats parties peuvent recourir également à d'autres voies pacifiques de règlement de litiges telles que la « diplomatie normative institutionnalisée », l'arbitrage, les commissions et groupes spéciaux, la médiation, etc... Ce type de diplomatie a un rôle de plus en plus important dans la société internationale. Le besoin de réglementation donne lieu à des conférences internationales, à un rôle accru du Conseil de sécurité dans l'adoption de textes contraignants et à une hausse des institutions internationales capables d'adopter des textes contraignants pour les Etats (ex. OMS...). Cependant cette nouvelle forme de diplomatie n'est pas représentée dans l'Art. 38 du statut de la CIJ.

Signalons enfin qu'à l'exception des juridictions internationales et des procédures diplomatiques, l'arbitrage tient une place de choix en tant que mode pacifique de règlement des différends. En effet,

la justice arbitrale serait également un moyen efficace de concilier, dans le temps et dans l'espace, la diversité normative.

B/- LES FACTEURS CONTRIBUANT A COMBATTRE LA DISPERSION ET LA COMPLEXITE DU DROIT INTERNATIONAL

Ces facteurs sont soit inhérents au droit international lui-même (1), soit liés aux organes chargés de la création et de l'interprétation des normes (2) même s'il faut leur reconnaître également certaines limites (3).

1/- Les facteurs inhérents au droit international lui-même

S'il est généralement admis que le droit international n'a jamais constitué un ordre juridique parfait, le contexte international de la fin du XX^e siècle était largement favorable à la création de nouvelles juridictions. Trois principales raisons sont, de manière générale, admises pour justifier cet état de fait : la complexité des relations internationales qui se fait désormais à travers plusieurs domaines de coopération. Il s'en est suivie une évolution du nombre et de la qualité des acteurs internationaux qui ne pouvait que contraindre le droit international à s'adapter à cette nouvelle donne dans les relations internationales. Ensuite, des facteurs internes liés à l'expansion des domaines du droit international et à la nécessité d'accords spécifiques ont également contribué à accentuer la transformation du droit international. Enfin, il faut également prendre en compte les facteurs externes liés à la fluidité des relations à la suite de la bipolarisation et qui a largement concouru à la multiplication d'accords régionaux économiques à l'origine et politiques par la suite. Or, seul le droit international pouvait apporter des garanties juridiques aux nouvelles instances régionales.

Au regard de ce qui précède, le principe de spécialité ne peut apparaître comme un élément de fragmentation puisqu'il est lui-même un principe général de l'ordre juridique global. De manière générale, les règles spéciales ne peuvent se définir que par rapport au droit international général et c'est ce dernier qui leur fournit le cadre linguistique, conceptuel et instrumental rendant possible leur existence. En effet, même si certains évoquent le plus souvent l'idée d'une cassure entre le droit général et les droits spéciaux issus des nouveaux domaines reconnus en droit international, il faut préciser qu'en principe, ces droits spéciaux ne sont pas totalement en déphasage avec les normes générales, notamment en matière d'interprétation des normes internationales issue des conventions. D'ailleurs, il n'est pas rare de constater que, dans certains domaines juridiques, à l'exemple de celui du droit régissant les investissements entre Etats et personnes privées étrangères, longtemps disputé entre ordres juridiques concurrents, sont de plus en plus, aujourd'hui, gagnés à l'application des règles et principes du droit international général, duquel ils tireraient leur sens et leur portée. Cet exemple est, à lui seul, significatif de ce qu'une partie de la doctrine pense, à savoir que la

fragmentation du droit international ne constitue pas un réel danger pour l'unification du droit international et ne possède pas que des aspects négatifs.

Par ailleurs, les principes généraux et la coutume sont des sources d'unification du droit international car les idées des juristes sur les caractères de la coutume n'ont jamais atteint ni à l'unité, ni à la clarté du droit international. La logique étrange qui règne actuellement au sein des régimes normatifs offre parallèlement une auto-résistance de l'ordre juridique à sa complexité. En effet, l'influence qui s'exerce de manière réciproque entre les différents acteurs ainsi que les principes en interaction dans l'ordre juridique international donnent au droit international un caractère fort, notamment à travers le rôle des principes généraux.

Dans le cadre par exemple des coutumes, il faut dire que leur efficacité reste encore très disputée sur le plan international ; d'où la nécessité de protéger cette source par la doctrine de « *l'objecteur persistant* »⁶³¹. Il s'agit d'une doctrine qui a émergé à la suite des profondes mutations survenues récemment sur la Société internationale et qui consiste en la possibilité, pour un Etat, de se prémunir contre une règle coutumière en émergence c'est-à-dire cherché à empêcher l'opposabilité contre cette règle. Mais la règle de *l'objecteur persistant* ne saurait s'appliquer ni en cas de son traitement par une convention existante, ni dans le cadre d'une règle de *jus cogens*⁶³².

Toutefois, plusieurs auteurs⁶³³ critiquent ce système car ils estiment que la règle de l'objecteur persistant est une « règle floue » qui manque encore de clarté en droit international ; c'est la raison pour laquelle elle reste assimilée à une « simple opinion émise par des hommes politiques », à un fait ou une série de faits n'ayant pas encore été juridiquement qualifiés. D'autres pensent même qu'il s'agit d'un outil fondé sur les rapports de puissance et de pouvoirs dans les relations internationales⁶³⁴.

⁶³¹ La doctrine de l'Objecteur persistant est le nom donné à l'Etat qui prétend à l'inopposabilité à son égard du caractère obligatoire d'une coutume en cours de cristallisation. Pour plus de détails, lire The American Law Institute: *Restatement of the Foreign Relations Laws of the United States*, 1987, vol. 1, chap. 1, p. 26.

⁶³² Voir CIJ, 18/12/1951, Affaire des pêcheries anglo-norvégiennes, Recueil 1951, p. 131; Catherine BERGEAL, L'objecteur persistant, une règle persistante ? Paul TAVERNIER et Jean-Marie HENCKAERTS (sous la Dir.), *Le Droit international coutumier. Enjeux et défis contemporains*, Coll. Du CREDHO, Ed. Bruylant, 2008, pp. 66-67. Théodore CHRISTAKIS, Peut-on être un objecteur persistant à une règle de *jus cogens* ?, *Fonctions du Droit International Public*, Cours de Master Affaires Internationales, Sciences Politiques, Paris, 2008-2009.

⁶³³ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, pp. 26-28. P.M. DUPUY, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'objecteur persistant », *Mélanges Michel VIRALLY*, 1991, p. 270. Lire également l'article d'Olivier BARSALOU, *La Doctrine de l'Objecteur Persistant en Droit International*, *Revue Québécoise de Droit International*, n°19, 2006, pp. 32-46.

⁶³⁴ J. A. BARBERIS, *La coutume est-elle une source du droit international ?*, *In Mélanges Michel VIRALLY*, supra, p. 273.

2/- Les facteurs liés aux organes chargés de la création, de l'interprétation et de l'application du droit international

Ces facteurs mettent en relief le rôle joué par les principes généraux du droit international dans le maintien de l'unité de cette discipline juridique. En effet, lorsqu'on fait une analyse sur la pratique des juges aussi bien en droit interne qu'en droit international, on s'aperçoit que les juges ne font pas que « dire le droit ». Ils remplissent également une fonction de « concrétisation des normes générales supérieures », en interprétant des textes de lois ou en se fondant sur une disposition qu'aucun écrit ne contient explicitement. En découvrant ainsi des règles générales et des normes de références, on dit que les juges font œuvre de création du droit⁶³⁵. C'est de cette manière que naît la règle jurisprudentielle et, parmi ces normes, les principes généraux du droit ont une place et un rôle particulier.

Ainsi, la pratique montre que si les lacunes du droit peuvent entraver le développement de la justice, elles ne constituent pas un obstacle tel que la bonne volonté ne puisse le surmonter. Le besoin de rendre la justice est parfois si pressant que les Etats sont portés à reconnaître au juge international le pouvoir de statuer, à défaut de règles positives, sur la base de l'équité.

Mais le juge international n'est pas le seul à dégager les principes généraux ; il existe divers autres acteurs parmi lesquels la CDI reste le plus visible. En effet, il peut arriver que cet organe spécialisé des Nations Unies fasse œuvre créatrice de droit, notamment lorsqu'elle statue sur des questions transversales du droit international. Cette œuvre créatrice est trop souvent oubliée ou reléguée au second plan alors même qu'elle constitue un des moyens de rendre plus cohérent les règles du droit international, notamment lorsque ces dernières émanent de divers organes spécialisés. Ainsi grâce à l'action de la CDI, les nations se trouvent enserrées dans un réseau toujours plus dense de règles juridiques qui témoignent de l'existence d'une véritable communauté humaine universelle et, par son action de précision, de réformation, rend plus clair le droit en vigueur et en renforce petit à petit la cohésion. La codification ne donne pas seulement au droit international plus de précision, mais elle permet d'en combler plus rapidement les principales lacunes et en facilite la diffusion dans les masses ainsi que l'extension de la justice obligatoire.

⁶³⁵ L'existence même d'un pouvoir normatif du juge s'inscrit à contrario de la tradition politique et juridique française au sein de laquelle le rôle du juge a pendant longtemps été très restreint. En effet la tradition révolutionnaire qui par la suite a inspiré la législation du Code civil de 1804 s'exprime en réaction aux abus des Parlements de l'Ancien Régime au sein desquels régnaient l'arbitraire, comme en témoigne l'adage : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements ». Un tel pouvoir de création du droit est-il alors véritablement en accord avec la fonction de juger ? Ne présente-t-il pas un caractère contestable ?

La réponse à cette question peut être décelée à travers ce que nomme R. CHAPUS comme étant les « fleurons de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat » c'est-à-dire les principes généraux du droit dont l'origine est à la source même du pouvoir créateur de droit du juge administratif (...)

Certes il est important de souligner le caractère parfois ambigu des textes issus des travaux de la CDI qui d'ailleurs n'ont, en principe, qu'une valeur juridique restreinte, en raison des *compétences formelles* de la commission⁶³⁶. Mais l'apport des travaux de cet organe subsidiaire de l'AGNU reste considérable car on pourrait très bien penser qu'à travers les principes fondamentaux communs du droit international, la CDI pourrait, par la codification, favoriser la résolution des conflits entre traités collectifs et traités particuliers. La nécessité d'un tel travail s'impose en droit international pour faire cesser la confusion provenant de la multiplicité des règles applicables dans le cadre des relations internationales et permet d'assurer une certaine uniformité du droit. A ce propos, Karl STRUPP n'affirmait-il pas que « *la codification du droit international public ne peut se faire que fragmentairement, en tenant compte des différences qui existent entre les divers groupes juridiques*⁶³⁷ » ? Cela sous-tend que l'œuvre de la CDI contribue efficacement, au même titre que celle du juge international, à combattre la dispersion et la complexité du droit international contemporain. Des limites sont tout de même à signaler en matière d'interprétation créatrice des juges.

3/- Les limites opposées à l'interprétation créatrice des juges et le mouvement d'écriture du droit

Le juge international tient désormais une place de choix dans les sociétés contemporaines du fait de son rôle dans le règlement des litiges entre Etats et à travers l'interprétation des règles du droit international.

Cependant, l'exemple de l'affaire de Lockerbie⁶³⁸ vient quelque peu nuancer cette position car elle démontre bien des limites opposables au juge en matière d'interprétation. En effet, dans cette affaire, la Libye se prévalait devant le juge de la convention de Montréal de 1971 qui lui laissait le choix entre extradier ou poursuivre les auteurs présumés de l'attentat alors que, dans le même temps, les États-Unis et le Royaume-Uni lui opposaient les résolutions du Conseil de sécurité lui faisant obligation de livrer les intéressés. Or, justement, la Libye contestait devant la Cour par voie d'exception la licéité de ces résolutions au regard de la Charte des Nations Unies et du droit international. Se posait dès lors la question de savoir si la Cour avait compétence pour apprécier une telle licéité. Ce qui finalement pose des difficultés en ce qui concerne l'interprétation de la Charte par les divers organes juridictionnels notamment en ce qu'ils ne peuvent soumettre ces difficultés à

⁶³⁶ Les textes issus des travaux de la CDI ne constituent que des avant-projets de convention, voire de simples modèles de règles et ne sont susceptibles d'acquérir une valeur normative que grâce à l'acceptation conventionnelle des Etats souverains.

⁶³⁷ Karl STRUPP, *Eléments du Droit International Public*, cité par Anne-Charlotte MARTINEAU, *op. cit.*, p. 21.

⁶³⁸ L'attentat de Lockerbie a eu lieu le 21 décembre 1988 contre un Boeing 747-100 de la compagnie américaine Pan Am, qui assurait la liaison Londres – New York. Il explosa au-dessus du village de Lockerbie en Écosse et causa le décès de 270 personnes (259 passagers et membres d'équipage, ainsi que onze villageois).

une autre instance hiérarchiquement supérieure. Chaque organe disposant ainsi du droit d'interpréter au quotidien les dispositions de la Charte relatives à son domaine d'activité⁶³⁹.

La valeur, la place et le statut des principes généraux du droit ont, pendant longtemps, fait l'objet de grands débats doctrinaux. Les auteurs se demandaient surtout si ces principes étaient à valeur législative ou si leur place tenait compte de l'organe qui les avait dégagé et selon les actes auxquels ces principes s'appliquaient. Le professeur René CHAPUS note par exemple que, pour déterminer la valeur d'une règle de droit, il faut déterminer la place qu'occupe l'organe qui l'a créé⁶⁴⁰. En d'autres termes, pour distinguer la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes internationales, il s'agit avant tout de prendre en compte quel organe les a dégagés et dans quel but.

De toute évidence, comme le souligne Pierre-Marie DUPUY, « l'examen de la structure actuelle des relations entre juridictions internes et internationales d'une part, internationales entre elles d'autre part, conduit à la conclusion qu'au-delà de toutes les institutions juridiques, c'est d'abord dans la tête des juges eux-mêmes que se résout la question. Qu'ils soient convaincus de la nécessité d'application harmonisée des règles du droit international et l'unité de celui-ci sera assurée. Qu'ils méconnaissent au contraire, par culture ou par incompetence, cette unité fondamentale, et elle risquera bel et bien de dépérir »⁶⁴¹.

En définitive, les tenants de la thèse selon laquelle la fragmentation favoriserait le développement progressif du droit international estiment que c'est parce qu'il y a processus de complexification plutôt que processus de fragmentation et que, ce processus de complexification est fondamentalement positif pour le droit international, qu'il sera capable de se résoudre par lui-même, avec l'aide des acteurs du système international. L'ordre juridique international doit se concevoir comme le maintien de la conformité des ordres juridiques spéciaux avec le droit international général leur permettant ainsi de préserver une certaine unité. Pour ce faire, ces ordres doivent être intégrés et avoir recours aux mêmes sources du droit international.

Pourtant, s'il est vrai que le processus de fragmentation produit et va continuer à produire des conséquences en termes d'efficacité du système international, il faut cependant, admettre et prendre conscience du fait que la fragmentation ou la diversification pose un problème réel au système et, partant, à l'ordre juridique international.

⁶³⁹ Lire le Document de la Conférence de San Francisco UNCIO, vol. 13, p. 657, 719 et 833.

⁶⁴⁰ René CHAPUS, *Droit du Contentieux administratif*, Montchrestien, 2006, p. 473.

⁶⁴¹ Pierre-Marie DUPUY, *Unité d'Application du droit Internationale à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges*, Institut Universitaire Européen, Les Cahiers de l'Université de Paris II, Vol. 1, *EJLS*, N°2.

En effet, nier l'existence d'un tel phénomène reviendrait à accepter, quand on considère une conception systémique de l'ordre juridique, l'existence de régimes très spécifiques ou d'institutions hétérogènes pouvant graviter autour du droit international général sans jamais perturber le système. De même, affirmer que la fragmentation reste maîtrisable du seul ressort des acteurs du droit international est une acception bien difficile à réaliser dans le contexte actuel de complexification du système qui fait que ce dernier se développe d'une façon qui échappe en partie à la maîtrise de ces acteurs. On comprend alors mieux l'inquiétude nourrie par une partie de la doctrine.

Section 2 : La fragmentation perçue comme un danger pour l'unité et la cohérence du droit international

Les tenants de cette thèse sont les défenseurs de l'existence d'un droit cohérent et commun à l'humanité toute entière. En invoquant le phénomène de fragmentation, ils craignent l'indétermination grandissante qui entoure les règles de droit international car il n'est plus évident, pour le profane, de se référer à ces règles comme par le passé. C'est l'idée d'une cohérence du droit international qui est battue en brèche du fait de sa fragmentation car, bien qu'il soit appelé à s'adapter à l'évolution du temps et des relations internationales, le droit international « doit conserver son unité et fournir aux acteurs de la vie internationale, un cadre sûr »⁶⁴². La pluralité et la diversité des instruments régionaux et universels, déclaratoires et conventionnels, posent tout naturellement le problème de leur harmonisation. Ce qui implique des réticences et des divergences telles que le caractère universel se trouve d'emblée hypothéqué. Une analyse des éléments qui contribuent à l'érosion du droit international (§1) amènera à jeter un regard sur les difficultés actuelles de sa mise en œuvre (§2).

§ 1 : Les thèses présentant l'« érosion » du droit international

Avec l'expansion des juridictions internationales, il peut y avoir divers avantages, mais aussi le risque d'un chevauchement des compétences de ces instances pouvant mener à une possible contrariété de jugements et au *forum shopping*. Il faut rappeler qu'au cours des 50 dernières années, le champ d'application du droit international s'est tellement étendu qu'il est difficile d'imaginer, aujourd'hui un domaine d'activité qui ne serait pas soumis à une forme de régulation juridique internationale. Cette évolution, si elle a permis de rapprocher les ordres juridiques internes autour des droits fondamentaux et tenter de « civiliser » la globalisation⁶⁴³, elle s'est toutefois accompagnée d'une fragmentation croissante, c'est-à-dire de l'émergence de domaines d'action

⁶⁴² Olivier DELAS, « Les Juridictions internationales : complémentarité ou concurrence », *op. cit.*, p. XI.

⁶⁴³ Mireille Delmas-Marty, La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique, Conférence publique, Genève, novembre 2006.

sociale et de structures spécialisées et relativement autonomes. Tout cela a contribué à enrichir mais aussi à fragmenté le cadre juridique international.

Ainsi donc, la très forte spécialisation des organes juridictionnels a deux conséquences négatives sur le droit international : d'un côté, elle menace sa cohésion (A) et de l'autre, elle permet parfois une forte autonomisation de chaque domaine spécial, remettant en cause la « capacité systémique » du droit international (B). Ces conséquences contribuent finalement à éroder les points de repères traditionnels de cette discipline juridique (C).

A/- LA FRAGMENTATION : UNE MENACE A LA COHESION DU DROIT INTERNATIONAL

La crise du DI trouve sa principale source dans la fragmentation de l'espace et l'incohérence des normes. La fragmentation correspond sans doute à une période transitoire s'expliquant par l'affaiblissement de la cohérence du cadre juridique national alors même que cette cohérence n'existe pas encore au niveau supranational. A cet effet, le champ juridique est devenu un « vaste chantier » marqué par la diversification croissante des normes, des juridictions et des institutions qui s'organisent de façon plurielle et non pluraliste⁶⁴⁴. La pluralité d'acteurs occasionne la pluralité d'instruments juridiques qui, à son tour, contribue à déstabiliser le droit international (1) tout en menaçant l'ordre juridique international (2).

1/- Les facteurs de déstabilisation du droit international

Pour Emmanuelle JOUANNET, l'ordre juridique contemporain offre un caractère à la fois étrange et complexe : étrange, explique-t-elle, car dans son évolution, vers une éventuelle fragmentation, on constate surtout qu'il semble progresser de façon anarchique et non prévisible et de telle sorte qu'il déjoue en quelque sorte continuellement les craintes ou les attentes que l'on en a⁶⁴⁵. Complexe car il semble patent qu'à l'instar des ordres de droit interne, il connaît désormais un processus de complexification croissante qui peut justement faire craindre à terme sa complète fragmentation⁶⁴⁶. Plusieurs tendances viennent d'ailleurs étayer cette thèse :

D'abord, le droit international constitue le lieu privilégié des affrontements doctrinaux puisqu'il est difficile de concevoir que des entités souveraines existent sans un DI qui s'impose. Cette bataille des doctrines que l'on peut observer au niveau des relations internationales influence largement la conception du droit international contemporain, faisant craindre ainsi à ce dernier une dérive

⁶⁴⁴ Pour le professeur Mireille DELMAS-MARTY, le pluralisme supposerait le respect du contexte local et un effort vers ce « pluralisme ordonné ».

⁶⁴⁵ Emmanuelle JOUANNET, « *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain* », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁴⁶ *Idem.*

impériale⁶⁴⁷. Ainsi, avec les événements et les conflits récents, la question de la pertinence et la validité du droit international s'est posée avec force et acuité, faisant l'objet d'intenses débats ayant conduit vers la suggestion selon laquelle le cours des événements internationaux et le comportement de ses acteurs étaient surtout déterminés par les rapports de force dominants et que les organisations internationales étaient largement tributaires de leurs membres les plus puissants. Tout ne serait que politique⁶⁴⁸ comme l'a démontré la crise en Irak. Ainsi depuis 1989, le droit international serait confronté à deux tendances antagonistes : d'une part la juridisation croissante des rapports politiques internationaux dus à la mondialisation et qui s'accompagne d'une transformation qualitative⁶⁴⁹ ; d'autre part, on observe une remise en cause du système juridique international par les USA qui affichent des prétentions hégémoniques et tentent de saper les fondements mêmes du droit international.

Pour S. CORONE par exemple, « *l'essor du droit de la mondialisation a pour effet d'asseoir la domination de la conception anglo-saxonne du droit sur la conception romano-germanique*⁶⁵⁰. » En ce sens, le droit de la mondialisation ne serait ni plus ni moins qu'un vecteur privilégié d'un processus d'« américanisation du droit », corollaire de la puissance économique des Etats-Unis. Toujours est-il qu'entre différentes régions du monde (exemple des USA et l'Europe), il y a opposition de projets qui caractérisent le droit international : l'Europe entend aller de l'égoïsme souverain à l'unité du monde, les USA de l'uniformité opprimante de la domination globale à l'autodétermination et à l'identité⁶⁵¹. En référence à son aspect temporel, la crise doctrinale serait la conséquence de la recherche d'un modèle théorique nouveau par différents auteurs, notamment les auteurs américains ou bien la conséquence de l'existence de diverses « anomalies » par rapport au procédé traditionnel de la règle de conflit, lesquels ont été mises en relief par les auteurs européens. La crise serait ainsi née de cette « dialectique » entre le continent européen et américain chacun voulant exercer une plus grande influence dans le reste du monde.

Ensuite, le droit international connaît une forte sectorisation avec deux principales conséquences négatives. D'une part, les juridictions internationales spécialisées pourraient menacer la cohérence du droit et, d'autre part, si le droit international est trop divisé, chaque partie pourrait essayer

⁶⁴⁷ Fait de sa puissance, Rome classait les peuples en peuples amis (*amicci populi romane*), en peuples alliés (*socii populi romane*) et en peuple vaincus (*detritii*). Ceci est explicatif de l'organisation d'un ordre impérial et non colonial à l'image de ce que l'on observe aujourd'hui.

⁶⁴⁸ Voir par exemple, J. R. BOLTON, « Law in international Affairs ? », *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2000, vol., pp.1-48.

⁶⁴⁹ Ouverture du droit international à de nouveaux contenus, sources et sujets du droit et l'émergence d'un droit constitutionnel international et d'une « constitutionnalisation » du régime juridique international.

⁶⁵⁰ S. CORONE, « Mondialisation et inflation juridique », *Le Monde* 12 janvier 1999 et « Réguler la mondialisation », *Le Monde* 18 janvier 2000.

⁶⁵¹ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, pp. 422-457.

d'élargir son domaine de compétence pour attirer plus de contentieux. Cette possibilité du découpage du droit international amène certains auteurs à se soucier de l'intégralité du droit international notamment en ce qu'il ne devrait pas donner l'occasion aux différentes juridictions d'orienter leurs jurisprudences de manière à attirer à eux le plus de contentieux, au détriment d'une approche plus objective de leurs fonctions »⁶⁵².

Enfin, tout cela débouche sur des procédures de plus en plus complexes et favorise la concurrence entre instances juridictionnelles. La contrariété des jugements menace non seulement la cohérence du droit international, mais complique la saisine des cours dès lors que « l'accès au tribunal, la procédure suivie, la composition de la juridiction, sa jurisprudence ou encore sa capacité à rendre certains types d'ordonnances »⁶⁵³ feront certainement partie de la décision finale sur le choix de l'instance à saisir. Toutes choses qui entraînent une division du droit international en plusieurs groupements ayant une existence internationale distincte avec des principes propres, des règles spéciales et des organes qui leurs sont propres. La principale conséquence étant un risque de cassure totale entre le droit général et le droit spécial ou « *lex specialis* » qui serait réputé disposer de son propre modèle de contrôle et d'application de leurs normes, notamment par un système propre de révision et régime propre de sanction⁶⁵⁴. C'est-ce qu'on a qualifié de « *self-contained régimes* » qui sont signalés aussi bien dans les domaines des relations diplomatiques, puis le droit commercial, le droit communautaire et enfin au niveau des droits de l'homme ainsi que du droit de l'environnement.

Le problème mérite autant d'être souligné que le droit international éprouve encore d'énormes difficultés à mettre en place de véritables mécanismes capables de réguler cette « cacophonie normative ».

2/- Les faiblesses structurelles de la normativité internationale

Dans son cours général donné à l'Académie de droit international de la Haye, Prosper WEIL⁶⁵⁵ s'est attaché à mettre en exergue tous les problèmes relatifs à la crise contemporaine du droit international vu sous le jour de la normativité en examinant divers points.

D'abord, selon lui, le droit international souffre d'une « *normativité incomplète* ». En d'autres termes, il comporte de nombreuses lacunes par rapport aux autres ordres juridiques⁶⁵⁶. Pour M.

⁶⁵² Idem.

⁶⁵³ Discours de M. Gilbert GUILLAUME, « Multiplication des instances judiciaires internationales : perspectives pour l'ordre juridique international », http://library.lawschool.cornell.edu/cijwww/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cSpeechPresident_Guillaume_SixthCommittee_20001027.htm

⁶⁵⁴ Cf. CIJ, *L'affaire du personnel diplomatique des Etats-Unis à Téhéran*, 24 mai 1980.

⁶⁵⁵ P. WEIL, « Cours général de droit international public : le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol ; 237, 1992-VI, p. 203 et s.

SIORAT, « la lacune n'est ni une réglementation obscure⁶⁵⁷, ni une carence⁶⁵⁸ dans une réglementation... les lacunes supposent qu'aucun des traités ni la coutume ne prévoient de solution pour le cas d'espèce que l'on cherche à régler conformément au droit en vigueur »⁶⁵⁹, reflétant ainsi un vide juridique. L'existence de ces lacunes offre donc à chaque acteur d'un domaine nouveau du droit international le soin de développer ses propres règles.

Toutefois, ces lacunes gardent une certaine importance pour le développement du DIP car elles répondent à sa structure décentralisée et lui permettent d'avoir recours à plus d'effectivité pour pallier justement l'absence de normes dans plusieurs domaines d'action.

Ensuite, le droit international souffre d'une « *normativité incertaine* » car désormais truffé de standards et de normes de droit mou ou *soft law* qui donnent à l'ensemble du système un caractère peu contraignant. Il faut expliquer que le recours généralisé à la *soft law* correspond à un besoin social. L'intérêt de son usage correspond au fait qu'elle éclaire mieux sur le droit international contemporain car il est l'expression et le reflet des valeurs de la Société internationale contemporaine. Peu à peu, les règles de *soft law* sont appelés à se consolider et s'imposeront comme un impératif social qui devra être sanctionné par le droit. La *soft law* montre ce cheminement. Toutefois, le seuil du droit positif n'est pas clairement défini car on ne sait pas quand la valeur devient une norme. A cet effet, les Résolutions non contraignantes de l'AG de l'ONU représentent les supports principaux de la *soft law*.

A l'origine de ce phénomène, il y a le développement quantitatif du droit international, tellement important aujourd'hui qu'il se scinde en plusieurs branches⁶⁶⁰. Ce développement quantitatif des normes internationales s'est doublé d'un processus qualitatif : le processus de création des normes s'est rationalisé et s'est institutionnalisé du fait du recours aux conventions multilatérales à vocation universelle et du processus de renouveau de la coutume elle-même rationalisée. Ainsi avec la multiplication des normes au sein du système juridique international, un certain nombre de concepts flous ont vu le jour. L'existence et l'ampleur de ce phénomène sont notamment mises en lumière par les travaux sur la formalisation des règles et le développement du recours à un système d'experts pour la résolution de bon nombre de problèmes juridiques. Trois faits sont à l'origine de cette situation : d'abord le développement du droit conventionnel faisant du traité un « outil » ou figure

⁶⁵⁶ Lucien SIORAT, « *Le problème des lacunes en droit international, Contribution à l'étude des sources du droit, et de la fonction judiciaire* », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 13, 1961, numéro 4, pp. 901-902.

⁶⁵⁷ « Il y a obscurité dans la réglementation lorsque, au regard du cas d'espèce, le sens d'un traité ou d'une coutume paraît douteux », *supra* (p.63).

⁶⁵⁸ Il y a carence du droit lorsque les règles en vigueur prévoient pour le cas d'espèce une solution qui n'est pas jugée satisfaisante par les Etats parties au litige », *supra* (p.85).

⁶⁵⁹ Lucien SIORAT, *ibidem*.

⁶⁶⁰ Il y a des domaines nouveaux : l'espace, les droits de l'Homme, la protection de l'environnement, etc.

incontournable des relations entre Etats. Ensuite l'essor de l'arbitrage international devenu très technique et, pour finir, l'arrivée sur la scène internationale de nouveaux acteurs, notamment les organisations internationales.

Enfin la « *normativité internationale est éclatée* » en ce sens que l'ordre juridique international est devenu polynormatif avec plusieurs couches de règles qui coexistent sur un même point⁶⁶¹. A cet effet, il peut désormais y avoir pluralité par interaction de plusieurs situations spéciales⁶⁶² qui finissent par troubler la situation normative qui tend, dès lors, à « s'éclater en une multiplicité de représentations subjectives et divergentes »⁶⁶³. Beaucoup d'auteurs qualifient ce phénomène de « multiscalarité »⁶⁶⁴ avec un double effet sur la production normative : D'une part, la perte de monopole des sujets du droit international au profit des acteurs transnationaux. Ces derniers occupent de plus en plus une place non moins importante en tant qu'acteurs reconnus du droit international. L'Etat n'est plus, aujourd'hui, le seul objet et sujet du droit international. Il n'en est plus l'élément central car il existe d'autres sujets de droit international comme les organisations internationales, les individus ou même les sociétés multinationales. De plus, il y a un développement substantiel du droit international qui s'est étendu à de nombreux secteurs ; il ne s'applique plus seulement aux rapports entre Etats mais tend de plus en plus à s'appliquer dans le droit interne. D'autre part, les difficultés que pose la coexistence de pouvoirs normatifs. On assiste à la naissance de règles contradictoires au droit universel qui constituent une menace à l'universalité du droit international du fait de la multiplication des sources du droit mondialisé. Cette multiplication suscite des difficultés résultant de la superposition des « espaces juridiques » même si une harmonisation des régimes juridiques en cause reste toujours possible.

3/- L'inopérabilité des règles de résolution des conflits normatifs

Deux articles de la convention de Vienne sur le droit des traités sont généralement cités en tant que règles pertinentes de résolution des conflits normatifs du droit international. Il s'agit de l'article 30 d'une part, et de l'article 41 d'autre part. Or, il existe deux sortes de limites : celles relatives à leur champ d'application et celles relatives à leur application.

En premier lieu, il faut relever que ces règles ne concernent que les relations résultant d'engagements conventionnels et non ceux issus d'autres sources du droit international⁶⁶⁵. Il se

⁶⁶¹ P. WEIL, *ibid.*, p. 149.

⁶⁶² On peut par exemple retrouver, pour une même situation normative, des interactions entre une coutume régionale, des réserves au traité ou le recours à la règle de l'objecteur persistant.

⁶⁶³ P. WEIL, *op.cit.*, p. 149.

⁶⁶⁴ GAYLOR RABU, La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques, *Revue internationale de droit économique*, De Boeck université, 2008/3, (t. XXII, 3), 102p.

⁶⁶⁵ Voir l'analyse des rapports entre résolutions ou autres actes juridiques non contraignants et traités tel qu'envisagée par E. ROUCOUNAS, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, 1987- VI, tome 206, pp. 190-193.

trouve que les normes et principes de certains systèmes juridiques tels que le droit de l'environnement, par exemple, ne sont pas toujours énoncés ou prévus par les dispositions de conventions ou de traités internationaux contraignants pour les Etats. En deuxième lieu, les dispositions de l'article 30 de la Convention de Vienne concernent seulement les relations entre engagements résultant de traités « portant sur la même matière ».

Or, comme le rappelle H. HELLIO, « dans une acception stricte, les normes environnementales d'une part, et les traités relatifs à certains systèmes internationaux, à savoir par exemple ceux relatifs aux affaires commerciales, aux droits de l'homme ou aux espaces maritimes, d'autre part, ne semblent pas pouvoir être considérés comme portant sur la même matière. Dès lors, faute de satisfaire cette condition, les traités en conflit ne pourraient pas, pour leur résolution, faire appel à cette disposition de la convention de Vienne »⁶⁶⁶. Mais cette condition mérite d'être interprétée avec beaucoup de souplesse sur le plan pratique car l'analyse de la doctrine montre que, par essence, aucun traité ne porte sur une même matière de manière stricto sensu. En troisième lieu, les articles 30 et 41 de la convention de Vienne n'envisagent fort logiquement que le seul cas des relations entre Etats liés par deux engagements conventionnels. En d'autres termes, le principe de la souveraineté étatique impose qu'il ne saurait être possible de modifier les droits et obligations des Etats au nom d'un traité qu'ils n'ont pas accepté. Ce point trouve une acuité particulière dans le cadre du droit de l'OMC.

Pour ce qui est de l'application des règles, on constate que, du fait des incertitudes liées au champ d'application, les règles de conflits prévus par la convention de Vienne ne facilitent pas au mieux la circulation des normes des nouveaux systèmes internationaux dans les divers systèmes juridiques du droit international. De manière générale, il faut dire que la mise en œuvre des règles de conflits de la convention de Vienne conduit toujours à l'application d'une disposition conventionnelle au détriment d'une autre. Ainsi, il y a toujours dans un cas de résolution du conflit normatif, la « mise à l'écart » d'une règle du fait de la primauté accordée à l'une des règles conflictuelles dans le cadre des relations entre parties.

Au final, le droit international se retrouve aujourd'hui dans des situations de mélanges d'ordre et de désordre à l'égard de chaque normativité choisie (droit international général, droit de l'homme, droit commercial, etc.) et au regard d'une compatibilité pas forcément évidente entre ces différentes normativités. Ce qui fait dire à une partie de la doctrine en droit international que la fragmentation menace l'unité de l'ordre juridique international.

⁶⁶⁶ H. HELLIO, *op.cit.* pp. 65-67.

B/- LA PERTE DE LA SECURITE JURIDIQUE INTERNATIONALE ET DE L'UNITE DU D.I.

La diversité d'acteurs et d'instruments juridiques freine l'unité d'ensemble du droit international. Cela est principalement dû au fait que la multiplication des juridictions internationales et organes assimilés ne s'est pas accompagnée d'un encadrement juridique adéquat faisant naître, dans l'ordre juridique international, un « véritable pouvoir judiciaire » capable d'ordonner les normes juridiques internationales entre elles, comme cela se fait dans l'ordre juridique interne. Les conséquences sont à la fois la menace à l'unité de l'ordre juridique international (1) que la perte de la sécurité juridique internationale (2).

1/- La menace à l'unité de l'ordre juridique international comme conséquence de la crise du droit international

Cette menace provient d'abord de l'érosion du droit international général avec deux principales conséquences :

La première conséquence est « législative » car on va assister, sur le plan international, à la forte spécialisation des domaines pratiques juridiques et relativement autonomes entre eux. Ici, c'est le principe de la spécialisation et ses influences sur l'ensemble du droit international qui sont en cause car favorisant la division du droit international en plusieurs branches. Mis ensemble, les nouveaux domaines du droit international donnent l'illusion de sous-systèmes complémentaires mais autonomes, fondés sur des principes propres et totalement indépendants du droit international général. Cependant, les principes généraux qui sont édictés, dans le cadre de ces systèmes, ne sont pas toujours reconnus comme tels par le droit international général et méritent donc de faire l'objet d'une formulation officielle pour être valablement admis en droit international général⁶⁶⁷.

Dans une perspective générale, le processus de spécialisation normative entraîne des risques. D'abord la tendance à l'individualisation des solutions sous-jacente dans ce processus, peut conduire effectivement à une fragmentation de l'ordre juridique, celui-ci pouvant inclure une pluralité de règles conçues sous l'optique particulière de situations à régler mais qui manquent d'une perspective d'ensemble⁶⁶⁸. Ce qui peut provoquer l'abandon d'éléments fondamentaux de l'ordre juridique en tant que système normatif⁶⁶⁹.

Dans le cadre du droit international, ce risque est plus grand tant par l'objet de ses règles que par la diversité de ses sources. La matière réglementée est en effet constituée de situations de la vie internationale, c'est-à-dire de situations qui sont rattachées à deux ou plusieurs ordres juridiques et,

⁶⁶⁷ Cf. l'exemple de l'organe d'appel de l'OMC dans l'affaire du Bœuf aux hormones, jugement rendu le 16 janvier 1998.

⁶⁶⁸ Julio D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, pp. 206-210.

⁶⁶⁹ C. W. CANARIS, « El sistema en la jurisprudencia (traduction espagnole faite par Julio CAMPOS dans « Matérialisation des règles de droit privé, *Recueil des cours*, tome 287 (2000), p. 206, Madrid 1998, pp. 2-26.

par conséquent, une des fonctions générales du DIP est de coordonner les divers systèmes juridiques pouvant régir ces situations ou, si l'on préfère, de servir de « pont » entre ses systèmes, selon l'expression du Professeur CAMPOS. Or, cette fonction peut être compromise par une spécialisation excessive⁶⁷⁰ car si chaque secteur ou matière adopte une fragmentation très large des solutions, il semble difficile que les ponts entre différents ordres juridiques puissent coïncider. On comprend d'ailleurs pourquoi cette spécialisation croissante du droit international ne pouvait déboucher, par voie de conséquence, que sur une prolifération de règles ou d'ensembles de règles censées régir chacune des nouvelles matières du droit international.

La seconde conséquence, quant à elle, est « institutionnelle » en ce sens que le phénomène de fragmentation va s'accompagner de l'apparition d'institutions juridiques diverses sur le plan international. Celle-ci va avoir comme conséquences la diversité dans les pratiques institutionnelles, l'apparition de conflits normatifs et de décisions de justice contradictoires. Par exemple, la régionalisation n'est pas toujours cohérente car on assiste à une séparation des différents espaces d'intégration régionales : en matière de droits de l'homme, pour ne citer que cet exemple, il existe « deux cours de droits de l'homme en Europe » alors qu'il en existe au moins une dans les autres parties du monde⁶⁷¹. De plus, les conventions qui fondent ces différentes institutions, notamment en ce qui concerne la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, ne coïncident pas toujours avec les intégrations régionales économiques. Ce qui contribue à augmenter la complexité des interactions normatives.

D'autre part, cela peut aussi engendrer un manque de cohérence du système des solutions apportées par la jurisprudence internationale car chaque cas soumis à un juge apportera une réponse spécifique. Dans l'exemple des traités internationaux, ce risque de fragmentation est grand et ce malgré l'apport de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En effet, si l'on tient compte de la spécialisation provoquée par des conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, on peut observer que, dans la plupart des cas, ces instruments ont été conclus plutôt pour des raisons d'opportunité politique qu'en fonction d'objectifs liés à l'intensité des rapports publics entre Etats contractants ou de liens entre ceux-ci. En outre, même en prenant en considération le contenu de la réglementation à caractère bilatéral, on peut observer des divergences substantielles sur différents aspects, tels que les décisions judiciaires pouvant être reconnus ou non par les autres Parties.

⁶⁷⁰ J. FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *Recueil des cours*, tome 193 (1985), pp. 1 et s.

⁶⁷¹ L'ALENA pour l'Amérique du Nord, le MERCOSUR pour l'Amérique latine, ou encore l'ASEAN pour l'Asie n'ont pas d'équivalent en termes de droits de l'homme.

Or, il est important que le droit international soit encadré par des institutions à caractère universel si l'on veut lui maintenir des bases fixes, solides et communes pour la Communauté internationale dans son ensemble. A cet effet, trop de spécialisation et d'autonomie conduisent, généralement, à des périodes troubles et de confusion entre les différentes entités intervenant en droit international⁶⁷², lui faisant perdre ainsi toute sa cohérence.

Enfin, à toutes ces difficultés, viennent s'ajouter les incertitudes que crée l'absence de hiérarchisation des normes internationales sans oublier le fait que le droit international ne saurait être un droit autosuffisant. De manière générale, la « crise du droit » à l'aube du XX^e siècle et celle plus particulière du DIP porte sur le procédé de la règle de conflit en tant que « modèle » ou « paradigme » de la doctrine. En d'autres termes, on assiste depuis peu à une remise en cause de la théorie juridique qui était jadis fondée sur certains principes généraux et sur certaines règles et solutions des problèmes à caractère paradigmatique. En effet, d'après ce modèle d'analyse, « l'activité scientifique est considérée comme « normale » si elle est conduite à l'aide d'un « paradigme » acquis dans le passé et généralement accepté par la doctrine, c'est-à-dire comme une construction théorique offrant la possibilité de résoudre des problèmes particuliers qui peuvent se poser au cours de la recherche ».⁶⁷³

C'est exactement le phénomène contraire que connaît aujourd'hui le droit international et, dans une telle situation, il appartient à la doctrine d'individualiser les anomalies dans le système juridique entier et de procéder à sa confrontation avec les fondements théoriques traditionnels, en essayant d'adapter celle-ci au paradigme scientifique. Il faut dire qu'à l'origine de cette situation, l'identification de la règle de conflit avec la règle de droit international public n'a pas été faite ; ce qui a ouvert la voie à l'admission d'un pluralisme juridique et de procédés de réglementation telles qu'on les connaît de nos jours. C'est donc ce pluralisme de règles en droit international qui a donné lieu à une profonde réaction doctrinale à caractère conflictuel, et plus tard la recherche de « correctifs fonctionnels » tendant à, soit éradiquer le phénomène et ses anomalies, soit à valider la naissance d'un nouveau « paradigme » en droit international.

Toutefois, la résolution du problème ne semble pas toute évidente surtout lorsqu'on considère aujourd'hui que la fragmentation a non seulement des effets négatifs, mais aussi positifs comme le rappelle d'ailleurs la CDI dans son rapport sur la question.

⁶⁷² Anne-Charlotte MARTINEAU, « La Fragmentation du Droit International : un renouvellement répété de la pensée », http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Martineau.PDF

⁶⁷³ Julio D. CAMPOS, « Matérialisation des règles de droit international privé », Recueil des cours, tome 287, p.31.

2/- L'incohérence et la contrariété de la jurisprudence internationale posent le problème de la sécurité juridique internationale

Loin d'avoir la même vocation que les juridictions déjà existantes, la création de nouvelles juridictions internationales est bénéfique pour le droit international. Le phénomène serait d'autant plus salubre si les interprétations faites du droit international étaient concordantes. Mais c'est loin d'être toujours le cas et la prolifération des juridictions internationales pose au moins deux préoccupations: l'interférence des compétences et les contrariétés des jugements. De manière générale, la fragmentation reflète certes l'expansion rapide de l'activité juridique internationale, mais elle crée un risque de conflit et d'incompatibilité entre les règles, les principes, les régimes et les pratiques institutionnels car les nouvelles règles créées s'écartent souvent des dispositions prévues précédemment par le droit international général et ces écarts se glissent et se multiplient au détriment de l'unité du droit.

En effet, à la fin de la seconde Guerre mondiale, un important édifice juridique va être mis en place à travers la création de l'ONU qui va se substituer à la SDN et la guerre, comme moyen de règlement des litiges, va être bannie par l'entremise de la Charte des Nations Unies. Ainsi, en condamnant le recours à la force, sauf en cas de légitime défense, la Charte rendit obligatoire, en son article 33, le règlement pacifique des différends et précisa que, désormais, les différends internationaux devraient être soumis à la CIJ qui succédait ainsi à la Cour permanente de Justice. Cela rendait nécessaire la création de nouvelles juridictions internationales pour juger des autres différends ne rentrant pas dans le champ de compétences de la CIJ, selon leur domaine et leur spécialité : organes assurant le respect du droit communautaire par les institutions de l'Union et de la cohérence de l'application de ce droit dans les Etats membres ; organes compétents dans le domaine des droits de l'Homme, du droit commercial, du droit de l'environnement, du droit de la mer ou de la répression pénale...

On a ainsi vu apparaître tour à tour de nombreuses juridictions internationales régionales ou spécialisées, la multiplication de tribunaux administratifs internationaux chargés de régler les litiges opposants à leurs employeurs les fonctionnaires internationaux indépendamment de leurs institutions d'origine. Tous ces changements répondent largement aux transformations récentes de la société internationale⁶⁷⁴ et poursuivent un double objectif : le maintien de la paix et de la sécurité internationale d'une part et le développement et l'enrichissement du droit international d'autre part.

⁶⁷⁴ Accroissement du rôle du droit dans une économie libérale mondialisée, privilège de la répression pénale, multiplication des relations inter-étatiques dans de nouveaux domaines, apparition de nouveaux acteurs de la vie internationale et de groupes de pressions divers commerciaux, financiers ou idéologiques.

Pourtant, cette prolifération de tribunaux ne va pas sans conséquences sur l'unité d'ensemble du droit international et la sécurité juridique internationale car elle augmente les risques de chevauchements de compétences entre juridictions concurrentes⁶⁷⁵. Ces chevauchements juridictionnels font que deux tribunaux peuvent être saisis concurremment d'un même différend et rendre des décisions tout à fait contradictoires⁶⁷⁶. Ce qui, dans la plupart des cas, ouvre la porte au « forum shopping » du fait de l'existence de plusieurs *fors* pouvant se déclarer compétents pour connaître d'un même différend ou de différends voisins. Le souci primordial, dans un tel cas de figure, étant que l'importance de chaque juridiction se lit au travers de sa jurisprudence au détriment d'une application plus objective de la justice internationale et de son unité.

On comprend pourquoi la maîtrise de la création des juridictions internationales nouvelles reste une préoccupation majeure aux yeux des juristes ; elle fait prévaloir, par exemple, la nécessité d'un vide juridique avérée en la matière et nécessite une plus grande prise de conscience de la part des juges quant aux dangers de cette prolifération. De même on entend de plus en plus s'élever la revendication de voir un jour la CIJ être élevée au rang d'une « Cour suprême » en matière de droit pénal international. Quoi qu'il en soit, la recherche d'unité d'ensemble du droit international appelle deux raisons fondamentales : la première, technique, concerne le sens en ce que c'est de l'unité que dépend le sens c'est-à-dire la « direction » et la « signification » d'un système articulé de normes, de sujets et de sanctions. La seconde raison est plus socio-juridique et concerne l'efficacité des règles de droit international. Dans ce sens, une règle de droit international doit être comprise de la même manière partout où elle est appliquée.

Finalement, la multiplication des instances juridictionnelles internationales et leur spécialisation croissante, au lieu d'être un facteur d'enrichissement du droit international en représente une source d'anarchie, une menace de fragmentation de l'ordre juridique et une cause d'incohérence jurisprudentielle, la même règle de droit pouvant, dans des procès différents, faire l'objet d'interprétations divergentes sous prétexte de spécificités thématiques ou de réalités strictement régionales. En l'absence d'une cour suprême d'appel vis-à-vis des autres organes judiciaires internationaux qui veillerait à l'homogénéité de la jurisprudence, les décisions judiciaires s'exposent toujours aux conflits de compétences et aux contradictions. Or tout en prenant en compte les besoins spécifiques ou régionaux, le droit international doit conserver son unité et son approche d'ensemble, notamment si on veut qu'il demeure un système juridique.

⁶⁷⁵ Gilbert GUILLAUME, Progrès et limites de la justice internationale, Travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, Paris, décembre 2006, article posté sur : http://www.asmp.fr/travaux/communications/2006/guillaume_g.htm

⁶⁷⁶ Ici, c'est le fait qu'on ait une interprétation différente d'une même règle de droit qui porte atteinte à l'unité du droit international.

C/- LA DECONSTRUCTION DE LA « DIMENSION SYSTEMIQUE » DU DROIT INTERNATIONAL

L'étude des représentations et de l'imaginaire constitue l'une des dimensions essentielles à la compréhension des phénomènes normatifs car la création des normes juridiques fait parfois appel à la représentation symbolique du réel chez les auteurs de ces normes. Si le problème de la reconnaissance du droit international en tant que système reste encore fortement débattu de nos jours (1), plusieurs auteurs tels que Serge SUR (2), Pierre-Marie DUPUY (3) ou encore Ferdinand SAUSSURE (4) lui ont consacré des travaux d'une ampleur considérable.

1/- Le problème de la reconnaissance du droit international en tant que système juridique

Le problème de la reconnaissance du droit international en tant que système juridique à part entière, bien qu'abordé à plusieurs reprises au sein de la doctrine en droit international, n'a jamais été tranché. Bien que la présente étude n'ait nullement la prétention de le faire, il est tout de même important de rappeler les conceptions juridiques qui s'opposent par rapport à cette question. Ainsi, l'idée que le droit international constituerait un ordre juridique est une idée relativement moderne qui résulte d'une transposition des esprits formés aux analyses de droit international privé⁶⁷⁷ qui voudraient faire du DIP une discipline rigoureuse en le « purifiant » et en établissant une nette distinction entre ce qui relève du droit international public et ce qui relève des autres droits qui lui sont affiliés. A cet effet, tout ordre juridique se caractérise par les normes, générales et individuelles qui le constituent, par le caractère ordonné de cet ensemble et par une plénitude plus ou moins marquée⁶⁷⁸.

Or, en ce qui concerne le droit international, de grandes hésitations et controverses sont apparues quant au fait qu'il soit désigné comme système juridique ainsi que l'attestent les développements suivants. Ces incertitudes s'expliquent notamment en considération du milieu dans lequel évolue le droit international, ses sujets et ses sources mais aussi du fait que les diagnostics de même que les remèdes proposés varient au gré de la conception du droit de ceux qui les envisagent. D'ailleurs, dans son rapport sur la question de la fragmentation, la CDI a elle-même reconnu que : « *En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date*⁶⁷⁹. »

⁶⁷⁷ C'est le cas d'ANZILOTTI ou encore de TRIEPEL.

⁶⁷⁸ Paul REUTER, *Droit international public*, Thémis droit public, 7^e éd., PUF, 1993, p. 43

⁶⁷⁹ Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante-septième session. Projet de conclusion des travaux du Groupe d'étude sur « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, additif n°1 (A/CN.4/L.682/Add.1), p.2.

Cela montre à suffisance que le droit international constitue un système juridique, certes particulier, qui obéit à certains présupposés. Le Professeur HART a distingué deux types de règles inhérentes à tout ordre juridique : les règles primaires qui prescrivent des conduites aux Etats (délimitation maritime, traitement des étrangers,...) et les règles secondaires qui sont des règles d'ordre procédural : les modalités par lesquelles les règles primaires peuvent être adoptées, modifiées ou sanctionnées en cas de violation⁶⁸⁰. Pour lui, l'unité du droit international repose sur un ensemble de normes à portée générale qui répondent à la notion de droit objectif, reposant sur la nature et le caractère de sa provenance « matérielle ». Cette provenance matérielle est très diverse mais on peut en identifier deux instances qui jouent un rôle crucial quant à la détermination d'un droit objectif international : le droit impératif (*jus cogens*) et la notion de « système juridique international ».

D'après la définition de Hart, « un système juridique est une union de normes primaires et secondaires⁶⁸¹, mais celles qui caractérisent le système en tant que tel sont essentiellement les normes secondaires, celles qualifiées soit de normes de reconnaissance, soit de normes de changement ou encore de normes d'application. Ce sont donc ces normes secondaires qui donnent tout leur caractère au système entier et permettent l'application des règles primaires. Dans tous les cas, on a d'un côté l'*opinio juris* « secondaire » qui fait partie d'un sous-système qui lui-même appartient à un système général. De l'autre côté, le *monisme systémique et l'opinio juris* qui posent la question de savoir si certaines connexions dans les relations inter-systémiques se posent en termes de dualité ou d'intégration. Les sous-systèmes assurent-ils que le droit international leur est inhérent sans pour cela qu'il y ait modification quant à sa nature ou son contenu ? Cela impliquerait qu'il y ait une reconnaissance formelle, c'est-à-dire ce que Rosario HUESA qualifie d'« *opinio juris* « reconnaisante »⁶⁸², autrement dit la conviction juridique concernant la validité et l'applicabilité de la norme du droit international général (commun), soit, en d'autres termes, que le sous-système partage la même norme de reconnaissance que le système de base⁶⁸³. Toutefois, d'autres conceptions peuvent également se faire valoir.

2/- Le concept d'un droit international « utopique » chez Serge SUR

Développant l'influence et le rôle que joue l'utopie dans le développement de la société internationale et le droit international lui-même, Serge SUR déclarait que :

« Comme les autres systèmes juridiques, le droit international comporte trois dimensions - une dimension d'enregistrement, qui prend en compte les rapports de puissance et les officialise ; une

⁶⁸⁰ Exemple de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le droit de la responsabilité internationale.

⁶⁸¹ Herbert L.A. HART, « *The concept of Law* », London, Clarendon Press, 1961.

⁶⁸² Rosario HUESA VINAIXA, *op.cit.*, p. 69.

⁶⁸³ C'est ce qui résulte très clairement de l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Racke*, arrêt du 13 novembre 1984, *Racke*, aff. 283/83, rec. 1984, p. 3791.

dimension organisatrice qui contient les institutions, mécanismes et procédures du système ; une dimension utopique, qui comprend l'ensemble des représentations et objectifs qui dominent le système et l'informent. Mais, alors que ces trois dimensions sont cohérentes dans les systèmes internes, elles sont indépendantes, voire contradictoires, en droit international. Ainsi la dimension utopique y est particulièrement apparente et identifiable. Ses différentes fonctions - négation, affirmation, anticipation, transfert, dérivation -, peuvent dès lors être analysées »⁶⁸⁴.

En tant que méthode, l'utopie consiste à définir un objet idéal vers lequel les actions conscientes doivent converger. Son originalité et son mystère résident dans le fait qu'elle repose davantage sur une aspiration vague à une conversion qu'à indiquer une méthode de réalisation précise. Or, le système juridique international étant composé de normes et de sujets, la dimension utopique se retrouve dans l'un comme dans l'autre. A propos des normes, c'est leur applicabilité virtuelle qui est mise en avant et le droit international ne présente guère d'originalité sur ce plan. Par exemple, qui pourrait croire que la Charte des Nations Unies rend convenablement raison du comportement réel des États membres, et même des organes de l'ONU ? Ce qui reste objectif, c'est que le droit ne s'applique précisément qu'en cas de conflit car il aurait pour fonction essentielle de régler les conflits soit par dissuasion à travers l'énoncé de règles, soit à travers l'intervention du juge et/ou de l'appareil coercitif, qui lui est lié. La norme a ainsi une fonction d'encadrement des situations.

De cette fonction, découlent trois dimensions caractéristiques du rapport entre une norme juridique et la situation concrète qu'elle vise : d'abord la dimension organisatrice des normes qui concerne plus particulièrement la création de mécanismes, d'institutions et de procédures et qui met en avant le droit écrit qui peut contenir à la fois l'ensemble juridique cohérent nécessaire à l'existence d'un sujet de droit, d'une personne juridique ainsi que les mécanismes rationnels lui permettant de bien fonctionner. Ensuite la dimension idéologique des normes qui est sans doute l'aspect qui montre le mieux la projection utopique des normes. Elle représente l'ensemble des représentations et des références intellectuelles et morales qui dominent le système juridique. Ainsi par exemple, lorsqu'on considère des textes comme la Déclaration universelle des droits de l'homme dans le système juridique français ou encore les buts et principes de la Charte des Nations Unies, on constate que la portée proprement juridique de ces normes est en partie incertaine⁶⁸⁵. Enfin une fonction d'enregistrement basée sur la prise en compte des données extérieures, en se

⁶⁸⁴ Serge SUR, « Le droit international », Archives de philosophie du droit, tome 32, Sirey, 1987.

⁶⁸⁵ *Idem*. Ici, on remarque que les principes contenus dans ces textes ont à la fois un caractère transcendant et incomplètement juridique, comme l'illustre l'ancienne controverse sur la portée des préambules des constitutions.

fondant sur une réalité qui leur est étrangère, qu'elles ne se proposent pas de modifier mais seulement d'officialiser en l'incorporant⁶⁸⁶.

De manière générale, on pourrait conclure que, dans sa dimension utopique, le droit international est un « droit des faibles », qui tend ou doit tendre à compenser et à corriger les inégalités ; que, dans sa dimension organisatrice, il est un droit des égaux, reposant sur le principe de l'égalité souveraine des États, principe organisateur essentiel de la société internationale ; que, dans sa dimension d'enregistrement, il est un droit des puissants, consacrant de façon générale leur situation et leurs avantages particuliers. S'il est indiscutable que ces trois dimensions ont une articulation, une cohérence et une homogénéité qui permettent de l'assimiler dans le système interne, tel n'est pas le cas dans le système international où cette dynamique n'existe pas. Tout se passe comme si les trois dimensions, idéologique, d'organisation et d'enregistrement, étaient séparées, déconnectées voire contradictoires, mettant en avant un des aspects de l'éclatement du système juridique international, par opposition à l'unité de principe des systèmes internes. Toutefois, il faut souligner ici que tout cela tient à la nature du système, et lui permet de remplir des fonctions différentes sur des plans différents.

S'agissant maintenant des sujets du système juridique international, il faut considérer selon qu'il s'agit des États ou des organisations internationales. Pour les États, le droit international pose que la naissance de tout État devrait être un fait juridique⁶⁸⁷. Or, il s'avère aujourd'hui que certains États existent alors même qu'ils ne remplissent pas les conditions d'existence ou de naissance d'un État. C'est notamment le cas de la République Arabe Sahraouie Démocratique (RASD) pourtant reconnue par bon nombre d'États et par l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA). Dans l'exemple cité, on se demande s'il s'agit là d'un État réel ou d'un État utopique. En ce qui concerne les Organisations internationales, la question est plus délicate du fait même de la faiblesse des bases qui entourent leur naissance⁶⁸⁸.

Enfin, Serge SUR évoque également les fonctions jouées par l'utopie dans le système international. Il s'agit principalement du « *transfert* » de la « *dérivation* ». A travers le *transfert*, l'utopie permet de faire prendre en charge par la société internationale et partiellement par le droit international, des problèmes qui se posent fondamentalement dans les sociétés internes, mais qu'elles n'apparaissent

⁶⁸⁶ Ainsi de la majorité civique, par exemple, on peut considérer que l'exercice des droits du citoyen est lié à la maturation intellectuelle et physiologique de l'individu. Mais les variations dans le temps et dans l'espace de cette majorité illustrent sa relativité. Ou encore, lorsqu'on détermine certains critères permettant de définir ce qu'est une grande puissance maritime, il est clair que l'on parviendra à des résultats très différents suivant que l'on considère la longueur des côtes, l'importance des voies maritimes contrôlées, le tonnage sous pavillon, le potentiel aéronaval, voire la dépendance à l'égard des ressources maritimes.

⁶⁸⁷ Tous les États ont un statut identique, qui est acquis dès lors que sont remplies certaines conditions de fait : l'existence d'une autorité souveraine sur un territoire et à l'égard d'une population donnée.

⁶⁸⁸ Les organisations internationales n'ont ni territoire, ni sujets, ni moyens propres de coercition.

pas en mesure de régler elles-mêmes et pour elles-mêmes. La *dérivation* prolonge la fonction précédente et consiste à surestimer le rôle du droit, à attendre d'une solution juridique plus qu'elle ne peut donner. Elle repose sur l'utilisation de voies de droit, même non orthodoxes, et atténue les conflits en mettant l'accent sur la recherche d'accords. Elle tend au changement du droit par le droit et, en cela, elle constitue un élément indispensable pour atteindre la sécurité et la paix internationales.

3/- La fragmentation comme corolaire de la notion d'ordre juridique chez Pierre-Marie DUPUY

Il y a chez P.-M. DUPUY un lien étroit entre unité du droit international, fragmentation et ordre juridique international car, explique-t-il, la notion de fragmentation ne peut s'expliquer que par rapport à l'ordre juridique international considéré comme « un tout normatif et structuré »⁶⁸⁹. Pour lui, « *Le système juridique désigne un ensemble coordonné de normes dotées de forces obligatoires à l'égard de sujets déterminés et dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences juridiques* ». L'auteur revient ainsi sur la problématique de l'existence ou non d'un « ordre juridique international » faisant courir l'idée de sa remise en cause par la fragmentation. Or, suppose-t-il, pour qu'il y ait fragmentation, il doit, au préalable, exister un ordre juridique international c'est-à-dire des règles de jeu respectées et acceptées de tous⁶⁹⁰. Cela est d'autant plus soutenable que l'univers juridique demeure un ensemble de représentation et de convictions, lui-même véhiculé par un langage qui est également soutenu par des institutions.

Rappelons que c'est avec la doctrine internationaliste allemande contemporaine⁶⁹¹ que le terme d'ordre juridique a connu un essor, souvent rattaché ou mieux appliqué à la Charte des Nations Unies⁶⁹². La notion gagnera le droit international public à travers les ouvrages de TRIEPEL à la fin du XIXe siècle dans son célèbre ouvrage « *Droit international et droit interne (1899)* »⁶⁹³ Mais ce sera ANZILOTTI qui introduisit, d'abord dans ses travaux de droit international privé, la notion d'ordre juridique pour ensuite désigner le droit international général comme un tel ordre. La notion sera ensuite reprise par Santi ROMANO en droit international dans son ouvrage « *l'Ordinamento*

⁶⁸⁹ P.-M. DUPUY, Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? European University Institute, Department of Law, EUI Working Paper Law, n° 2006/14.

⁶⁹⁰ *Idem*.

⁶⁹¹ On la retrouve d'abord dans les travaux philosophiques chez KANT, puis HEGEL et SCHELLING, voir J.L. HALPERIN, « l'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX e siècle », Droits, octobre 2001, pp. 41-51.

⁶⁹² Voir Ch. TOMUSCHAT, "International Law : Ensuring the survival of Mankind the Ere of a New Century", *RCADI*, 1999, pp. 25 et s à propos de la Charte des Nations unies considérée comme la Constitution de l'ordre juridique international, voir *infra*, p. 20.

⁶⁹³ Denis ALLANT y relèvera l'emploi des expressions « système juridique » et « ordre juridique » mais pas encore « ordre juridique international ».

Giuridico » paru en 1947⁶⁹⁴. Mais c'est surtout Roberto AGO qui va définitivement fixer le concept en DIP, dans son Cours à l'Académie de la Haye, consacré au délit international⁶⁹⁵. Ce concept d'ordre juridique, même si son acception peut varier d'un auteur à l'autre, désigne l'organisation d'un système plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinés à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté déterminée⁶⁹⁶. La notion d'ordre juridique ne peut exister que sous certaines conditions :

D'abord pour KELSEN, il ne peut y avoir d'ordre juridique sans *unité* de celui-ci. La recherche d'une unité en droit international s'explique donc, comme le rappelle le professeur P.-M. DUPUY, de deux manières : la première c'est que « c'est de l'unité dont dépend le sens, c'est-à-dire ... la *direction* et la *signification* d'un système articulé de normes, de sujets et de sanctions. » En d'autres termes, une expression considérée en droit international devrait avoir le même sens, la même signification aux yeux ou à l'entendement de ceux qui l'utilisent créant ainsi une unicité de sens pour la sécurité des rapports réglés par le droit international. Cette « unicité » peut avoir lieu de deux manières : l'unité formelle orientée vers les modes de formation, d'interprétation et d'application du droit, unité intéressant pour l'essentiel les « normes secondaires » ; une unité substantielle qui remonte à l'affirmation par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 de l'existence d'un « ordre public international », constitué à partir de normes de droit impératif ou règles « *erga omnes* ».

L'auteur précise, en outre, que l'importance d'un ordre juridique sur le plan international est qu'il permettrait de garantir à tous un cadre efficace organisé pour leurs relations internationales⁶⁹⁷. D'où la question du maintien de son unité présente un double enjeu à la fois technique et politique. L'enjeu technique permet de faire rattacher le droit international à une source initiale de manière à lui donner une origine unique. En tant qu'émanation d'Etats souverainement reconnus et qui, par la même occasion, constituent ses sujets principaux, le droit international a toujours témoigné d'un besoin d'unification et de la nécessité d'une logique. Il s'agit là d'un besoin de logique car c'est de l'unité que dépendent le sens, la direction et la signification d'un système articulé de normes, de sujets et de sanctions. Par exemple, la responsabilité internationale doit avoir le même sens pour le type d'obligations auxquelles elle s'applique. On voit bien que l'enjeu technique tend à faciliter l'interpénétration entre l'application du droit international général et celle des droits internationaux spéciaux.

⁶⁹⁴ Voir S. ROMANO, « L'ordre juridique », Traduit de l'italien par L. ; FRANCOIS et P. GHOTE, Paris, Dalloz, 1975, 817p.

⁶⁹⁵ R. AGO, « Le Délit international », *RCADI*, 1939, vol. II, p. 415.

⁶⁹⁶ P.-M. DUPUY, Précis de droit international public, Droit international public, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2006, pp. 15-27.

⁶⁹⁷ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2006, pp. 15-27.

Concernant l'enjeu politique, il faut simplement rappeler que, si un Etat peut facilement écarter l'application d'un traité, il n'en va pas toujours de même de l'ordre juridique international auquel tous les Etats doivent être astreints. En ce sens, le problème de l'unité du droit international n'est pas qu'académique, mais aussi un « débat politique ». En effet, il est convenu de relever que plus une convention ou une norme deviennent « spéciales », plus elles auront du mal à recevoir l'adhésion d'un plus grand nombre d'Etats souverains. C'est pourquoi il faut lutter contre l'idée d'une fragmentation du droit international afin de préserver sa survie et ne pas remettre en doute l'existence et la cohérence de cette discipline.

Par ailleurs, la notion d'unité connaît un engouement car le droit international, malgré la subsistance de certains de ses caractères initiaux, est désormais pourvu d'un nombre croissant d'éléments étayant sa structure ; c'est le cas, par exemple, des conventions multilatérales générales avec des principes qui se recoupent, ou encore le nombre d'organisation internationales sans cesse croissant qui interviennent sur la scène internationale et qui produisent un droit dérivé substantiel. Enfin, on peut aussi évoquer la production jurisprudentielle sans cesse en évolution, qui nécessite chaque jour un besoin de cohérence intrinsèque. D'où tout l'enjeu de l'évocation d'une crainte des effets jugés dangereux d'une fragmentation du droit international.

4/- Les critères d'existence d'un système juridique international chez Ferdinand de SAUSSURE

Dans son célèbre « *Cours de linguistique général* » paru en 1916⁶⁹⁸, Ferdinand de SAUSSURE définit le système juridique de la manière suivante : « *Un tout organique dont les éléments ne peuvent être définis que les uns par rapport aux autres et par la place respective qu'ils y occupent* »⁶⁹⁹. Ainsi, Si on veut que le droit international existe en tant que système, trois éléments ou conditions sont nécessaires : la complétude, la cohérence et l'unité.

La complétude signifie qu'il y a toujours des règles pour régler un problème juridique donné. Autrement dit, il ne peut exister de lacunes si le DIP est un système juridique. Cela ne signifie pas qu'il y ait des règles précises sur tout, mais qu'il y a toujours quelques éléments qui permettent de régler les problèmes juridiques qui peuvent survenir. C'est le cas des *principes généraux de droit*, qui sont des règles inhérentes à tout système juridique, et qui sont applicables lorsqu'il n'y a pas de traité ou de coutume (Art. 38 du Statut de la CIJ). Certains auteurs interprètent ces principes comme une source propre du droit. En plus de ces principes généraux, le juge peut aussi recourir à l'*équité*, c'est-à-dire le fait qu'un jugement doit être *raisonnable* et servir à combler certaines lacunes tout

⁶⁹⁸⁶⁹⁸ Cité par André-Jean PETROFF, « *Saussure, la langue, l'ordre et le désordre* », L'Harmattan, 2004, 254p.

⁶⁹⁹ Cf. Ferdinand De SAUSSURE, « *Ecrits de linguistique générale* », Gallimard, 2002.

comme il pourrait s'appuyer sur le *principe de liberté* à savoir que tout ce qui n'est pas interdit est permis. La notion de cohérence signifie une présentation ordonnée et structurée des éléments qui constituent le système. Or, nul doute que le DIP a permis d'ordonner à ce jour la complexité des rapports interétatiques. Il ne peut donc *pas* y avoir de *règles contradictoires* pour un même sujet, au même moment et dans la même situation. La troisième et dernière condition concerne l'unité d'ensemble ; on y développe l'idée selon laquelle le DIP ne saurait se résumer à une simple juxtaposition de plusieurs ordres juridiques et donc qu'il ne peut y avoir qu'un seul système juridique international.

Mais d'autres courants doctrinaux se sont développés à l'image des Volontaristes. Ces derniers estiment qu'il n'y a pas de système sans consentement. Or, en droit international, il est difficile de trouver un consentement unanime pour une règle. Les volontaristes pensent qu'il y a des ensembles épars de groupes de règles ; il leur est donc difficile de considérer le droit international public comme un système. A contrario, selon la *théorie pure du droit*, le DIP constituerait bien un système en ce sens qu'il est un droit effectif. Mais là encore, pour assurer cette effectivité, deux conditions peuvent être mises en avant : d'une part la nécessité d'établir quelles sont les règles juridiques existantes et comment les interpréter et, d'autre part, se placer dans la *position du juge international* qui a une compétence générale.

Finalement, deux conceptions peuvent se dégager ; d'un côté, tous les auteurs qui adoptent une définition centrée sur le droit en tant que système de règles juridiques insistent sur l'unité du droit international comme réalité juridique ou ordre souhaitable des choses juridiques. Ainsi Pierre-Marie Dupuy n'a de cesse de dénoncer ce qu'il considère comme le mythe des « régimes autosuffisants » jetant une ombre sur le phénomène de complexification croissante du droit international que seul le concept de système juridique associé aux notions de normes impératives et/ou *jus cogens* prises en compte seraient à même d'éclairer. Sans rejeter une telle appréhension de la nature du droit international, Enzo CANNIZZARO développe pour sa part une vision de la réalité du droit international marquée par la fragmentation de la fonction juridictionnelle internationale conçue comme un « pis-aller temporaire » et nécessaire au respect d'un certain état du droit international⁷⁰⁰.

De l'autre côté, ceux, au contraire, qui concentrent leur attention sur les acteurs du droit non seulement ne nient pas la fragmentation mais encore tentent de transcender celle-ci en lui trouvant un sens brodé selon les préoccupations desdits acteurs. Ainsi Martti KOSKENNIEMI professe le dépassement du cloisonnement fonctionnel structurant le droit international en différents compartiments ultra spécialisés et hermétiquement définis par la défense d'une forme de

⁷⁰⁰ Enzo CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, éd. Giuffrè, 2011, p. 198 et s.

« constitutionnalisme républicain à la mode internationale ». Tony CARTY quant à lui s'attaque à ce qu'il considère comme l'illusion de l'unité du droit international dont le vice principal consiste à cacher la nature profonde du droit international⁷⁰¹. L'image républicaine s'efface ici devant le portrait du juriste–interprète placé au cœur du dialogue se jouant entre cultures juridiques nationales.

Le débat semble donc parcouru de multiples conceptions du droit international mais aussi de définitions pour le moins diverses de l'unité ou de la fragmentation en cause. Cependant, au-delà de ces divisions pourtant fondamentales, pointe une remise en question profonde du droit international classique animé par la déification/réification des grands ensembles étatiques, laissant les interrogations morales suscitées par leurs actions sans voix, et sans réponse. De loin en loin, se propage l'écho des paroles des grands juristes internationaux qui, usant de la voie académique, semblent tous appeler, que ce soit sous les traits d'un juriste sisyphéen ou sur la base de principes supérieurs et intangibles, à un renouveau du droit international, une nouvelle civilisation internationale.

Le droit international est véritablement un système cohérent, il est un ensemble organisé en système. Mais, comme le soulignent très bien Edouard DUBOUT et Sébastien TOUZE, le principal problème, bien repéré par la théorie des systèmes, est que la *complexité* affaiblit nécessairement la *complétude*, qui suppose un système de normes prises dans un ordonnancement strictement hiérarchique, et réduit inévitablement la *cohérence*, qui implique un ordre fait de valeurs homogènes⁷⁰².

Aujourd'hui, on s'aperçoit que l'ordre juridique international est toujours décentralisé mais n'est plus structuré de la même façon linéaire que par le passé. Ce qui inquiète, à juste titre, une partie de la doctrine à cause de la relativisation du rôle des principes fondamentaux en DIP, de même que la dissociation qui s'est opérée aussi bien dans les procédures de création de normes internationales que dans les règles d'attribution et de règlement des conflits internationaux. De ces différents changements, découlent certaines difficultés dans le règlement des différends internationaux et dans l'application des sanctions.

§ 2 : Les difficultés majeures dans la mise en œuvre du droit international contemporain du fait de sa fragmentation

Le droit international étant « l'ensemble des normes juridiques qui règlent les relations internationales »⁷⁰³, il constitue donc tout à la fois un « ordonnancement » et un « facteur

⁷⁰¹ Lire Anthony CARTY, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, 2007, 272p.

⁷⁰² Edouard DUBOUT et Sébastien TOUZE (sous la direction), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Edition A. Pedone, Paris, 2009.

⁷⁰³ GUGGENHEIM (P), *Traité de droit international public*, T.1, 2^e édition, Genève, 1967, p.1.

d'organisation sociale »⁷⁰⁴. D'où l'importance de la qualité des normes qui le composent car c'est d'elle que va dépendre, dans une large mesure, « la capacité de l'ordre juridique international à atteindre les objectifs en vue desquels il a été constitué. »⁷⁰⁵ Dans le même temps, selon Alberto Do Amaral, il existe une conception selon laquelle « le droit international constituerait un système qui ne se confond pas avec un conglomérat de règles, disposée aléatoirement, sans critère qui les organisent en un tout cohérent »⁷⁰⁶.

Cette double particularité du droit international est parfois source de difficultés dans sa mise en œuvre, aidée en cela par sa propre fragmentation. C'est la raison pour laquelle il faut dès à présent examiner les formes et modalités d'incorporation dans le droit et l'espace normatif internes des dispositifs normatifs et autres engagements élaborés ou souscrits au terme d'un processus concerté – conventionnel ou non conventionnel (B). Mais auparavant, il convient d'examiner les problèmes liés à la régulation des normes internationales (A).

A/- LES FAIBLESSES DES REGULATIONS INTERNATIONALES

La pluralité des ordres juridiques est un fait car depuis toujours, il y a le droit international et les droits nationaux, devenus d'autant plus nombreux que se multiplient les Etats membres de la communauté internationale. Face à la multitude des problèmes que posent l'expansion et la complexification des rapports à l'échelle internationale, le droit lui-même n'a pas prévu et n'apporte pas toujours les réponses adéquates à tous les cas d'espèces possibles. On parle plus concrètement du caractère insuffisant des solutions offertes par le droit international face au phénomène de fragmentation avec des solutions pas nécessairement adaptées (1) qui entraînent, le plus souvent, le recul de la justice internationale (2).

1/- Des solutions souvent inadaptées à l'ampleur du phénomène

Le problème qui se pose avec beaucoup d'acuité en droit international est relatif aux conflits de juridictions qui se subdivisent en deux principales questions : d'un côté, la compétence internationale qui se rapporte à la juridiction devant laquelle peut être porté le litige et la reconnaissance des décisions d'autres tribunaux par d'autres organes ou Etats ; de l'autre côté, le problème du règlement pacifique des différends internationaux.

Dans le premier cas, alors que la compétence des juridictions nationales vis-à-vis d'un crime se limite à la territorialité et à la nationalité de son auteur et de sa victime, le droit international admet

⁷⁰⁴ ROUSSEAU (C), *Droit international public*, Sirey, Paris, 1970, p. 25-26.

⁷⁰⁵ WEILL (P), « Vers une normativité relative en droit international », in *RGDI*, P.1982, p.7.

⁷⁰⁶ Alberto DO AMARAL, *Le Dialogue des « sources », fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain*, In *Regards d'une génération sur le Droit International*, Paris, Pedone 2008, p. 32.

une compétence universelle sur tout « fait jugé internationalement illicite »⁷⁰⁷. En effet, peu importe la nationalité des auteurs et des victimes et le territoire sur lequel le crime contre l'humanité a été commis, du moment où l'État a adhéré à une Convention ou à un traité international, les juridictions internationales sont compétentes pour juger des conséquences rattachées à la violation des obligations internationales des États. L'objectif recherché est de faire cesser le comportement jugé « illicite » et de réparer le préjudice causé à l'autre partie. L'État peut ainsi être tenu responsable pour les actes des entités agissant en son nom⁷⁰⁸, mais aussi pour des actes accomplis par des personnes privées.

Aussi, lorsque survient un litige, la procédure est régie par la loi du *for* saisi. Ce choix de *for* peut avoir des conséquences décisives sur l'issue des litiges internationaux. Ainsi, la première question à résoudre est celle de l'intensité des liens que le juge du *for* doit entretenir avec le litige pour pouvoir se déclarer compétent. Mais la compétence internationale du juge du *for* n'est cependant pas seulement tributaire des liens de celui-ci avec le litige : elle peut aussi être influencée par la compétence que d'autres États attribuent à leurs propres tribunaux. La régulation de la compétence juridictionnelle passe alors, dans un second temps, par une prise en considération de la compétence du juge étranger.

De toute évidence, la recherche des rapports harmonieux entre les différentes nations reste au centre de divers méthodes de résolution de conflits et d'acceptation d'un « droit étranger » dans son propre ordre juridique. Certes, on ne peut ici négliger le rôle non moins important des méthodes traditionnelles de règlement de différends reconnus à travers le droit international⁷⁰⁹, mais de nouvelles méthodes ne cessent de voir le jour⁷¹⁰, notamment du fait de la diversité des acteurs internationaux. Face à la dualité d'organisation de la société mondiale, à la fois internationale et transnationale, il devient difficile de mettre en œuvre les responsabilités et développer ainsi une justiciabilité internationale ou, plutôt, transnationale. Or, le droit international ayant souvent montré des limites dans son efficacité⁷¹¹, la mondialisation a fini par créer un éloignement entre ces différents ordres juridiques. La multiplicité des Conventions et des Traités internationaux conduit, en effet, à des conflits entre les normes. Dans le droit international, les formes contractuelles dominant, alors qu'elles n'ont pas vocation à atteindre l'universel. L'article 33 de la Charte des

⁷⁰⁷ James CRAWFORD, Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : Introduction, textes et commentaires, Editions A. Pedone, 2003, 461 p.

⁷⁰⁸ Cf. Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, *CIJ*, 24 mai 1980, *Etats-Unis d'Amérique c Iran*.

⁷⁰⁹ Le règlement pacifique des différends est un des principes fondamentaux du droit international qui figure à l'article 2§3 de la Charte parmi les buts et principes des Nations Unies.

⁷¹⁰ On peut par exemple évoquer l'intervention d'un tiers parti facilitateur.

⁷¹¹ Monique CHEMILLIER-GENDREAU et Yann MOULIER-BOUTANG, Le droit dans la mondialisation, Une perspective critique – Congrès Marx International, PUF, 2001, p.97.

Nations Unies évoque différents modes de règlement des différends et impose aux Etats de s'y soumettre en cas de litige entre eux, même si ces derniers restent libres quant au choix du mode de règlement.

Au regard de ce qui précède, deux grandes approches peuvent être envisagées par les États pour résoudre un conflit de lois. La première consiste dans la mise en œuvre de règles et de principes généraux de droit international, et la seconde consiste dans l'usage de règles de conflit. Dans le premier cas, on retrouve des règles substantielles, se présentant souvent sous forme de traités internationaux, qui ont vocation à s'appliquer dès lors qu'une situation, présentant des éléments d'extranéité, peut ainsi être qualifiée de situation internationale et qu'elle entre dans le champ d'application du traité. L'intérêt ici est qu'il n'est plus besoin de prendre le détour d'une règle de conflit et la solution du litige peut être obtenue beaucoup plus facilement. En revanche, pour tous les éléments qui ne sont pas traités par cette convention, le juge devra déterminer la loi applicable en vertu des règles de conflit de lois.

Dans le second cas, on retiendra surtout le règlement diplomatique d'une part, et le règlement juridictionnel des différends d'autre part. Parmi les diverses procédures de règlement diplomatiques, on peut citer le règlement sans intermédiaire qui fait prévaloir la négociation⁷¹² entre les parties elles-mêmes. Il s'agit d'une procédure très souple qui peut être bilatérale ou multilatérale et concerne tous les domaines. A côté, il existe le règlement qui fait intervenir un tiers qui peut être un Etat, une OI, une ONG ou une personne privée. On parle le plus souvent de bons offices⁷¹³ ou de médiation⁷¹⁴ qui précèdent généralement une période de conciliation⁷¹⁵, d'enquête⁷¹⁶ servant d'ouverture à une négociation⁷¹⁷.

Concernant le règlement juridictionnel des différends, il reste soumis à la volonté des parties selon le principe de la « clause de juridiction obligatoire⁷¹⁸ », à travers un acte de compromis⁷¹⁹. La solution qui en découle est donc obligatoire et le plus souvent fondée en droit. Dans ce cadre, les Etats

⁷¹² La négociation est engagée lorsqu'un différend est déjà survenu et que les parties ne veulent pas le porter devant un juge ou un arbitre.

⁷¹³ Mode diplomatique de règlement d'un différend faisant intervenir un tiers qui a pour rôle de rétablir le contact en vue de faciliter une négociation ultérieure.

⁷¹⁴ Mode de règlement de différend identique à la technique de bons offices, au cours duquel le tiers peut directement proposer une solution aux parties en litige.

⁷¹⁵ Technique qui consiste à faire examiner un litige par une commission, mais dont la solution ne s'imposera pas aux parties.

⁷¹⁶ Procédure d'établissement de faits servant de base à l'ouverture de négociation.

⁷¹⁷ Procédure par laquelle les acteurs essaient, sans intermédiaire, de résoudre un différend, sans avoir l'obligation d'y parvenir.

⁷¹⁸ La clause de juridiction obligatoire est un principe selon lequel un Etat ne peut être attiré devant une juridiction qu'à la condition d'en avoir reconnu la compétence.

⁷¹⁹ Acte par lequel les signataires s'engagent à porter le différend survenu entre eux à la connaissance d'un arbitre.

peuvent soumettre leurs différends à un arbitre⁷²⁰ ou à une juridiction permanente, notamment à la CIJ. Mais qu'il s'agisse de la CIJ ou des autres juridictions internationales, la fragmentation place parfois l'interprète devant des propositions inconciliables. La coexistence de deux règles antinomiques pose problème dans la mesure où elle laisse un champ libre à l'expression de l'interprète qui peut appliquer, indifféremment, des règles contradictoires. Au-delà, c'est le système juridique tout entier qui « s'étiole » car il n'arrive plus à garantir aussi bien la certitude (possibilité de prévoir avec exactitude les conséquences d'une conduite donnée) que la justice (un traitement égal pour ceux qui appartiennent à la même catégorie).

La principale faiblesse de ces procédures vient donc du fait qu'elles ne sont pas toutes obligatoires et n'ont pas toujours un fondement juridique. Elles reposent plus sur la souveraineté des Etats et peuvent s'appuyer sur des considérations politiques, économiques ou géopolitiques. En matière juridictionnelle, la compétence à vocation universelle de la CIJ conduit nécessairement à des chevauchements avec les compétences des tribunaux spécialisés plus enclins à privilégier les règles des branches spécifiques du droit international au détriment de ses principes généraux. C'est ainsi, par exemple, le Tribunal international sur le droit de la mer peut, en vertu des articles 287 et 288 de la convention de Montego Bay, se voir conférer la compétence pour connaître des litiges relatifs à l'application de ladite convention. Or, il s'avère que la CIJ soit également compétente en ce domaine et c'est d'ailleurs devant elle que les Etats ont traditionnellement porté leurs différends de nature maritime. La CIJ ne pouvant jouer un rôle de cour de cassation ou se prémunir d'une compétence préjudicielle en l'état actuel de la Société internationale, la fragmentation ne pourra déboucher que sur des jurisprudences contradictoires que rien ne pourra unifier.

Comme on peut le constater, le progrès de la mondialisation dans la seconde moitié du XX^e siècle a imprimé force et vigueur à la réglementation juridique internationale, en conséquence de l'augmentation de l'interdépendance entre les pays et de la nécessité de trouver des solutions à des questions de nature commune. D'où l'utilisation de nombreux types de principes interprétatifs censés contribuer à la résolution des conflits. Encore faudrait-il construire un ensemble cohérent de principes sur cette question. Mais tel n'est pas encore le cas aujourd'hui.

2/- La fragmentation favorise le recul de la justice internationale

D'après Jean-Claude JAVILLIER, « l'élaboration d'une typologie des normes⁷²¹ est de nature à aider grandement dans l'analyse des obstacles rencontrés pour une pleine application des

⁷²⁰ L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement de différends consistant, pour les parties, à soumettre volontairement à un tiers qu'elles désignent et qui rendra une décision obligatoire.

⁷²¹ Cf. Les analyses d'ensemble présentées par M. Jean-Michel SERVAIS, in « Normes internationales du travail », LGDJ, Paris, 2004, spéc., n° 1107 et s., pp. 294 et s.

normes »⁷²². Il est donc tout à fait normal de se demander dans quelle mesure, on peut prendre en compte de la meilleure façon les questions relatives à l'application de la norme juridique internationale. Comment intégrer de la façon la plus pertinente la nécessaire contrainte qu'implique, à un moment ou à un autre, toute norme juridique, fût-elle la plus souple ? Comment articuler de la meilleure façon possible l'action normative avec les autres modalités d'action d'une quelconque organisation ?

Toutes ces questions revêtent une importance capitale quand on sait que c'est au moment de l'élaboration d'une norme juridique que l'on peut anticiper, de la meilleure manière possible, les difficultés à venir quant à son application effective, son contrôle et plus généralement de son suivi. Ici, il faut privilégier aussi bien l'amélioration de la cohérence des normes et de leur pertinence au regard des objectifs de chaque organisation que le renforcement de leur impact par une utilisation intégrée de l'ensemble des moyens d'action de l'Organisation ». En outre, pour chaque nouvelle convention, l'accent devrait être mis sur la manière d'appliquer ses dispositions de façon que les règles soient les mêmes pour tous. En prenant l'exemple de l'OMC, on assiste à la multiplication systématique, après avoir semblé désordonné, d'accords bilatéraux ou plurilatéraux qui, au-delà du commerce, pouvaient couvrir aussi, dans un même mouvement, l'investissement. Autant d'enchevêtrements et d'engagements de plus en plus difficiles, qui conditionnent de plus en plus les droits internes et favorise le recul de la justice internationale.

Ce recul s'identifie au travers des difficultés dans le règlement des différends internationaux et dans l'application des sanctions. On assiste, en effet, à un savant processus de complexification des différends interétatiques et transnationaux. Ceci a lieu, notamment, par l'emploi de normes du droit international général, de normes de droit national, ou bien de normes du droit transnational, à l'intérieur des tribunaux de ces systèmes spécialisés. Ces tribunaux transnationaux et interétatiques, qui possèdent a priori comme seul mandat d'appliquer une certaine convention ou un corpus normatif spécialisé du droit international, se voient confrontés à l'utilisation des normes dites « externes » à leur système.

Conséquences de la multiplication des juridictions internationales, les difficultés dans le règlement des différends et l'application des sanctions trouvent leurs sources à un triple niveau. D'abord en ce qu'elle occasionne le « Forum shopping »⁷²³ ou encore la recherche de la juridiction la plus

⁷²² Lire le Rapport final du Séminaire sur « *Les obstacles juridiques à l'application des normes internationales du travail* », Jean-Claude JAVILLIER, Institut International d'Etudes Sociales, Bureau International du Travail, Genève, janvier 2007.

⁷²³ Lire à ce propos RUIZ FABRI, « La contribution de l'organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, 2000 ; M. DELMAS-MARTY, *La Mondialisation du droit : chances et risques*, Paris, Dalloz.

favorable c'est-à-dire une certaine manipulation des compétences juridictionnelles des tribunaux car les Etats choisissent leur juridiction en fonction de la qualité favorable ou non qu'elle pourrait rendre à leur égard. Il en découle un détournement de la finalité première du droit international qui, par là même, devient un instrument au service des intérêts privés ou égoïstes des Etats.

Ensuite, cela occasionne une perte de lisibilité du droit international en ce sens qu'il n'existe pas de hiérarchisation entre les différentes juridictions internationales, les experts présents dans chaque juridiction n'abordant pas les phénomènes juridiques de la même manière. Ainsi, par exemple, on retrouve plus d'experts en commerce international au sein de l'ORD alors que, dans le même temps, ce sont des professeurs de droit qui sont juges à la CIJ. D'où une multiplication du nombre de décisions de justice mettant en mal l'élaboration d'un droit international unique car, faute d'un système global, ordonné, hiérarchisé et progressif, « la profusion (...) des modes de règlement des différends nuit à la lisibilité de l'ensemble »⁷²⁴.

Enfin, la dernière difficulté a trait à la compartimentalisation des disciplines, laquelle, bien que sensiblement différente du phénomène de fragmentation, désigne la tendance au cloisonnement des disciplines, c'est-à-dire « *l'inclinaison à considérer, à étudier, à enseigner ou à appliquer différentes branches du droit international en isolation clinique des autres domaines du droit international et plus généralement du droit international général* »⁷²⁵. Il n'y a donc pas de risque d'atomisation du droit international dû à des divergences jurisprudentielles, mais bien du danger de « saucissonnage du droit des gens » par le biais d'une lecture autarcique des différents domaines spécialisés du droit⁷²⁶.

Cependant, il convient d'atténuer le propos ci-dessus car, s'il est vrai que le procédé traditionnel en droit international comporte certes ses défauts et ses anomalies, il n'a pas fondamentalement été remis en cause par les nouvelles tendances en vigueur sur la scène internationale. On assiste plus à une régénération de celui-ci qu'à son abattage même si des difficultés en matière de pénétration du droit international dans les ordres internes sont à relever.

B/- LES DIFFICULTES DE PENETRATION DES REGLES INTERNATIONALES DANS LES ORDRES INTERNES AFFAIBLISSENT L'AUTORITE DES NORMES INTERNATIONALES

En droit international, la mondialisation a ceci de particulier qu'elle tend à créer une société unique dans laquelle s'interpénètrent progressivement les droits interne et international au sein d'une

⁷²⁴ E. DECAUX, « Règlement des différends », In Denis ALLAND (Dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, 447, p. 459.

⁷²⁵ P.-M. DUPUY, *Supra*, note 30, à la p. 796.

⁷²⁶ On pourrait illustrer ce propos par l'exemple du droit européen qui est généralement présenté comme ne relevant ni du droit national, ni du droit international.

société civile transnationale extrêmement complexe⁷²⁷. Ainsi, l'incorporation des normes internationales dans les ordres juridiques internes est un processus qui assure la progression du droit commun aux divers Etats. Cette incorporation peut varier selon que le processus d'incorporation s'effectue à l'initiative des opérateurs privés ou sont négociés par les Etats dans le cadre institutionnel d'une Organisation internationale. Dans le premier cas, les normes internationales échappent plus ou moins à l'emprise étatique dans la mesure où ces règles ne sont pas soumises à une « officialisation » par l'Etat qui les reçoit afin de leur donner un plein effet. Dans le cas de la négociation étatique, le processus d'intégration dans l'ordre juridique interne est plus explicité car soumis à la procédure de ratification des conventions internationales.

Cependant, ces interactions entre le droit international et les droits internes suscitent d'innombrables interrogations, notamment en ce qui concerne l'ajustement des seconds au premier. L'exemple du principe de précaution (1) révèle un besoin urgent d'uniformisation des procédures entre différents ordres juridiques (2) qui passe nécessairement par de nouvelles méthodes d'incorporation des règles internationales dans le droit interne (3).

1/- L'exemple du principe de précaution en droit international

Est-ce que le *principe de précaution* pourrait être considéré comme un principe de droit international coutumier ? Le principe de précaution constitue, en droit international, l'illustration parfaite de diffusion de valeurs en droit interne, notamment en ce qui concerne le droit de l'environnement ou celui régissant le domaine des sciences⁷²⁸. Entériné par la Convention de Rio de 1992, le principe sera par la suite introduit dans le Traité de l'Union européenne, avant d'être transposé dans l'ordre juridique français⁷²⁹. Plus tard, le principe sera érigé au rang des quatre principes fondamentaux du droit de l'environnement consacrés par la loi du 2 février 1995 avant d'être étendu à d'autres domaines⁷³⁰. Bien qu'il n'y ait pas de définition universellement admise du principe de précaution, on peut s'appuyer sur l'énoncé de la loi française de 1995 dite loi Barnier qui définit ce principe comme étant le fait que :

« L'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à

⁷²⁷ Robert KOLB, *Mondialisation et droit international*, Presses Universitaires de France/Relations internationales, 2005/3, n°123, pp.69-86.

⁷²⁸ M. BOUTONNET et A. GUEGAN, « Historique du principe de précaution », Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p. 253 et s.

⁷²⁹ Voir sur ce cheminement, Gilles MARTIN, « Précaution et évolution du droit », Dalloz, I., 1995, p. 299 et s.

⁷³⁰ On le retrouve aussi bien en droit de la santé à propos des OGM, Lire à ce propos l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 septembre 1998 relatif aux OGM : « *en situation de risque, une hypothèse non infirmée devrait être tenue provisoirement pour valide, même si elle n'est pas formellement démontrée.* »

prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Selon le professeur de philosophie Mark HUNYADI de l'Université de Laval, la précaution « *vise les risques probables, non encore confirmés scientifiquement, mais dont la possibilité peut être identifiée à partir de connaissances empiriques et scientifiques. Exemples : le développement des organismes génétiquement modifiés, les émissions des téléphones portables*⁷³¹ ». La précaution est donc de mise à chaque fois qu'elle pourrait permettre d'éviter une conséquence indésirable. Dans le champ de l'environnement, l'émergence du principe de précaution a eu lieu dès 1972 lors de la Conférence mondiale sur l'environnement de Stockholm, organisée dans le cadre des Nations Unies et qui a posé les premiers droits et devoirs dans le domaine de la préservation de l'environnement. Ainsi, le principe 1 de la déclaration de Stockholm énonce : « *L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures*⁷³² ».

Dans l'histoire de la construction européenne, le principe de précaution est introduit avec le Traité de Maastricht⁷³³ de la manière suivante :

« La politique de la Communauté [...] vise un niveau de protection élevé [...]. Elle est fondée sur le principe de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur - payeur ».

Cette reprise du principe de précaution par le droit communautaire a permis de faire évoluer cette notion d'une conception philosophique vers une norme juridique. En effet, la Commission européenne, dans sa communication du 2 février 2000⁷³⁴, sur le recours au principe de précaution, définit ainsi des lignes directrices sur la base desquelles peut être invoqué le principe de précaution. Elle parle notamment de la présence d'un « risque » avec « l'identification des effets potentiellement négatifs ; l'évaluation des données scientifiques disponibles et l'étendue de l'incertitude scientifique »⁷³⁵. Outre ces mesures spécifiques, les principes généraux d'une bonne gestion des risques restent applicables lorsque le principe de précaution est invoqué.

⁷³¹ Sources : D. BOURG, O. GODARD, J.-C. HOURCADE, mai 2004.

⁷³² Voir Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement du 5 au 16 juin 1972.

⁷³³ Art. 130R devenu 174 avec le Traité d'Amsterdam.

⁷³⁴ Europa Press Releases : La commission adopte une communication sur le principe de la précaution, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>

⁷³⁵ Idem.

Cependant, c'est véritablement en droit international que le principe de précaution prend toute sa portée, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de l'opportunité de mesures de protection de l'environnement qui pourraient entrer en conflit avec la libre circulation des biens, voire des services. Ceci, en dépit de sa mise à l'écart par l'OMC dans le conflit du bœuf aux hormones⁷³⁶. Le principe de précaution permet ainsi à un Etat de justifier des mesures concrètes et d'une politique de l'environnement sans devoir apporter la preuve que le « laisser faire » dans ce domaine produirait des effets désastreux ou irréversibles à l'égard de l'homme, des animaux, des plantes ou simplement des mécanismes écologiques. D'où son invocation le plus souvent en droit international.

Cependant, trois conditions spécifiques devraient guider le recours au principe de précaution : d'abord la mise en œuvre du principe devrait être fondée sur une évaluation scientifique aussi complète que possible. Cette évaluation devrait, dans la mesure du possible, déterminer à chaque étape le degré d'incertitude scientifique ; ensuite, toute décision d'agir ou de ne pas agir en vertu du principe de précaution devrait être précédée par une évaluation du risque et des conséquences potentielles de l'absence d'action ; enfin, dès que les résultats de l'évaluation scientifique ou de l'évaluation du risque sont disponibles, toutes les parties intéressées devraient avoir la possibilité de participer à l'étude des diverses actions envisageables.

Toutefois, le principe de précaution ne saurait constituer une solution à l'incertitude scientifique tout comme il ne saurait être une règle d'application pratique, mais une orientation, c'est-à-dire « une appréciation des faits pour résoudre un cas concret⁷³⁷ ». Le principe de précaution fournit ainsi des repères abstraits qui ne permettent pas d'éviter de solliciter le jugement au cas par cas. Mais, selon certains auteurs, le principe de précaution mal utilisé peut conduire à des blocages inutiles, qui peuvent retarder les pays qui l'appliquent dans la voie du progrès technique. D'autres vont même jusqu'à affirmer que la constitutionnalisation du principe de précaution risquerait de faire obstacle à la recherche scientifique, d'étendre la judiciarisation de la société et de bloquer l'initiative économique et l'innovation technologique. Plusieurs situations viennent conforter cette idée. Ainsi, par exemple, dans Les prêcheurs de l'Apocalypse, Jean de KERVASDOUE déclare :

« Être prudent, analyser les risques pour tenter de les éviter, constituent de sages conseils ; mais d'avoir fait de la précaution un principe est un drame : il ne s'agit plus de tenter d'analyser des évolutions vraisemblables, compte tenu des informations

⁷³⁶ Organe d'appel de l'OMC : WT/DS48/AB/R (réf. AB-1997-4).

⁷³⁷ Marceau LONG, Conseil d'Etat 2008.

disponibles, mais d'imaginer l'irréel, l'impensable, sous prétexte que les dommages causés pourraient être importants. »⁷³⁸

Cécile PHILIPPE de l'Institut économique Molinari regrette pour sa part qu'avec le principe de précaution on ne considère que les risques en cas d'application du progrès et que l'« on ignore les coûts à ne pas appliquer le progrès »⁷³⁹. Elle est suivie en cela par Mathieu LAINE qui y ajoute le risque qu'il y a selon lui à voir le principe de précaution décourager le progrès scientifique et donc priver la société de ses bienfaits futurs. LAINE écrit ainsi dans *La Grande nurserie* : « *L'histoire de l'humanité a depuis toujours été guidée par cette logique de l'essai, de la tentative et de l'erreur sans cesse corrigée pour parvenir à la vérité. Le principe de précaution annihile cette dynamique et paralyse le progrès*⁷⁴⁰ ».

Mais c'est dans le sens contraire que « *l'école catastrophiste* » attaque le principe de précaution, y voyant au contraire une prudence classique faible, fondée sur une incertitude qui est de toute manière le propre de la science. Jean-Pierre DUPUY, Mark HUNYADI et Jean-Christophe MATHIAS⁷⁴¹ affirment la vacuité de la précaution dans le traitement des questions sanitaires et environnementales, au motif que la recherche scientifique et la décision politique ne sont pas du même ordre. Par exemple, le refus du clonage ne saurait être fondé sur l'incertitude scientifique du résultat, car si une soi-disant certitude venait à apparaître à ce sujet, le clonage pourrait alors devenir acceptable ; or, ce qui fait qu'il ne l'est pas ne tient nullement à une approche scientifique, mais simplement à l'idée que l'on se fait de l'être humain. Autrement dit, si le principe de précaution ne sert à rien, c'est parce qu'il ne permet pas une approche symbolique, et donc véritablement politique des problèmes de ce type.

2/- Les difficultés d'incorporation des règles internationales dans les ordres juridiques étatiques

Les interférences constatées entre les différents domaines nouveaux du droit international révèlent non seulement des asymétries normatives ne correspondant pas à l'idée d'une hiérarchie des normes comme on a cru voir émerger en droit international, mais elles mettent également en lumière l'impact direct que procurent ces interactions sur les ordres internes qui sont de plus en plus ouverts et envahis par des normes d'origine internationale. Aujourd'hui, les Etats comme les OI mettent de plus en plus l'accent sur la protection des droits de l'homme, de l'environnement, de la santé et de la

⁷³⁸ Jean de KERVASDOUE, *Les prêcheurs de l'apocalypse*. Pour en finir avec les délires écologiques et sanitaires, Plon, 2007, pp. 29-30.

⁷³⁹ Cécile PHILIPPE et Pascal CANFIN sur RFI le 30 octobre 2007.

⁷⁴⁰ Mathieu LAINE, *La Grande nurserie*, 2007, JC Lattès, pp.65-66

⁷⁴¹ Jean-Louis BEAUDOIN et Patrice DESLAURIER, *La responsabilité civile*, vol. 1 - Principes généraux, Éditions Yvons Blais, 2007, à la p. 159.

sécurité permettant ainsi la formulation de nouveaux « principes » qui, dans la plupart des cas, constituent des passerelles entre droit étatique et droits supra-étatiques. Ainsi, le dépassement des relations entre Etats souverains entraîne l'apparition de normes directement opposables aux Etats et aux individus. Cette « humanisation »⁷⁴² du droit international complique davantage les relations entre droit internes et droit international.

En effet, du fait de l'apparition de nouveaux régimes ainsi que de la pluralité des processus d'internalisation du droit, il devient urgent de trouver des voies et moyens en vue d'une uniformisation entre ces nouveaux droits et leur incorporation dans les ordres juridiques internes afin d'éviter soit leur refus par ces ordres, soit simplement un enchevêtrement entre les différentes normes considérées. Il faut dire que la relation procède d'un processus d'inclusion⁷⁴³ qui peut se faire dans les deux sens comme le rappelle Mireille DELMAS-MARTY : « Si l'internalisation se fait du droit interne au droit international, elle se parfait, dirait-on, par retour du droit international au droit interne, ou « renationalisation »⁷⁴⁴ ». Plusieurs exemples peuvent confirmer cette conception.

Au niveau mondial, l'exemple de la définition du « génocide » par la convention des Nations Unies de 1948 est particulièrement révélateur car cette convention est appliquée aussi bien par les tribunaux nationaux que par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*⁷⁴⁵. Or, le risque d'enchevêtrement est réel de part et d'autre. En effet, lorsque la norme est appliquée par le relais du droit interne, celui-ci ménage les spécificités nationales et cela peut paraître regrettable mais inévitable⁷⁴⁶ ; de l'autre côté, lorsque la même norme est appliquée par une juridiction pénale internationale, supposée se référer exclusivement au droit internationale, celle-ci est souvent obligée de recourir au droit interne pour combler lacunes ou imprécisions⁷⁴⁷. Cela explique peut-être la raison pour laquelle le Statut de Rome de 1998 a expressément prévu que la Cour pénale internationale, en tant que juridiction permanente, a aussi une nature d'institution complémentaire des juridictions pénales nationales.

⁷⁴² Le terme indique que l'ordre juridique international accepte les groupes de personnes voire même les individus comme acteurs internationaux.

⁷⁴³ D'après Mireille DELMAS-MARTY, ce processus est linéaire et conduirait par emboîtement successifs du droit interne au droit international régional puis à vocation mondiale, dans la double perspective de l'économie et des droits de l'homme. Pour plus de précisions, lire Mireille DELMAS-MARTY, *Les processus de mondialisation du droit*, *In le Droit saisi par la Mondialisation*, Charles-Albert MORAND (Dir.), Collection de droit international, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 67.

⁷⁴⁴ *Idem* : Marty-Delmas explique notamment que « le droit interne, au lieu d'être totalement inclus dans la norme internationale, conserve une part d'autonomie qui, à l'inverse, vient nourrir l'interprétation de la norme internationale et parfois se substituer à elle.

⁷⁴⁵ Cette alternative a été prévu dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux (pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda) en attendant la création de la CPI dont le statut reconnaît également la même disposition.

⁷⁴⁶ Voir l'opinion dissidente du juge BRENNAN dans l'arrêt *Polyukhovich c. The Commonwealth*, Canberra, 3-5, 9 nov. 1990 et 14 août 1991, citée par BOYLE 2000.

⁷⁴⁷ Voir l'opinion dissidente du juge CASESSE, TPIY, arrêt *Erdemovic*, 7 oct. 1997.

A un niveau moindre tel celui de l'Union européenne, on retrouve le même phénomène comme le montre le projet dit *Corpus juris* relatif à la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne⁷⁴⁸. Ce Corpus a pour objet d'unifier, à l'ensemble des pays membres, la répression des fraudes contre les intérêts financiers de l'Union européenne autour d'un ensemble de règles de droit pénal et de procédure pénale. Mais, comme ce Corpus ne pouvait prévoir tous les cas possibles, il comporte une clause de « complémentarité » des droits nationaux (art.35) destinée à combler d'éventuelles lacunes par retour au droit interne. Par exemple, la CEDH considère que les Etats sont, en principe, mieux placés que le juge international pour apprécier les exigences de l'ordre juridique national, même s'il précise toutefois que cette « marge d'appréciation » laissée aux Etats ne va pas sans un contrôle européen. Mais il ressort des critiques faites à la Cour qu'elle serait guidée par des considérations d'opportunités « par le souci de ne pas choquer, de rendre son rôle acceptable non pas par l'objectivité de sa mission, mais par la timidité politique de ses interventions »⁷⁴⁹.

Enfin au niveau de l'OMC, on assiste à la multiplication systématique d'accords bilatéraux ou plurilatéraux qui, au-delà du commerce, pouvaient couvrir aussi, dans un même mouvement, l'investissement. Ces accords sont à l'origine d'autant d'enchevêtrements et d'engagements de plus en plus difficiles et qui conditionnent également de plus en plus les droits internes. L'Organe de règlement des différends a d'ailleurs rendu plusieurs décisions concernant divers produits en relation avec l'environnement ; la plus caractéristique de toutes est sans nul doute celle relative à l'importation aux Etats-Unis d'Amérique de crevettes en provenance de pays du Sud-Est asiatique où les méthodes de pêche ne permettent pas d'éviter la capture des tortues⁷⁵⁰. Concernant une espèce faisant l'objet d'une protection internationale, la décision pose clairement le problème d'une réconciliation entre les règles de droit international de l'environnement et celle de l'OMC. Il faut d'ailleurs noter que dans le cas d'espèce, l'Organe d'appel cite à l'appui de sa conception le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement⁷⁵¹. Ce qu'il faut surtout retenir ici, c'est que la jurisprudence actuelle de l'Organe d'appel de l'OMC reconnaît la nécessité de mesures nationales de protection de l'environnement tout autant que la nécessité d'accords internationaux portant sur la préservation des ressources naturelles⁷⁵².

⁷⁴⁸ D. BOYLE, *Corpus juris*, Paris, Economica, 1997 ; D. BOYLE, La mise en œuvre du *Corpus juris*, à paraître, Interscientia, 2000.

⁷⁴⁹ O. SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, un essai de démolition », Genève, *Revue internationale des sciences diplomatiques et politiques*, 1992.

⁷⁵⁰ Décision de l'Organe d'appel du 12 décembre 1998 : WT/DS58/AB/R (n°98-3899) disponible sur le site : www.wto.org en version anglaise originale et française.

⁷⁵¹ WT/DS58/AB/R, 51, note 106.

⁷⁵² La décision souligne la nécessité d'interpréter les accords du GATT dans une perspective évolutive, en particulier lorsqu'ils se réfèrent à des notions du droit de l'environnement. Dans le cas d'espèce, la législation américaine a

Tous ces exemples contribuent à montrer la nécessité d'harmonisation entre plusieurs ensembles normatifs non hiérarchisés entre eux et la difficulté est encore plus accrue dans la relation entre normes internes et normes internationales, brouillant ainsi l'image de l'ordre normatif. D'où la nécessité de trouver de nouvelles méthodes pour faciliter l'incorporation des règles conventionnelles dans les ordres juridiques étatiques.

3/- L'uniformisation des procédures de pénétration du droit international dans les droits internes

La reconnaissance des normes juridiques passe nécessairement par leur coordination et par l'acceptation de la prééminence de l'ordre international sur l'ordre interne favorisant ainsi une intégration de l'un par l'autre. Tout cet ensemble, normalement structuré, combinerait l'intégration normative et la coordination organique. Il déboucherait ainsi logiquement sur un modèle moniste⁷⁵³ dont la Cour internationale de justice jouerait le rôle de cour suprême universelle et y occuperait le sommet. A l'autre extrémité, le juge interne de première instance, civil ou administratif, devenu « juge de droit commun du droit international » à l'instar de ce qui s'est passé dès l'origine du droit communautaire européen, serait le premier à s'assurer que l'Etat respecte les droits de l'homme et qu'en particulier, l'individu est puni s'il a accompli des crimes « qui touchent à l'ensemble de la communauté internationale »⁷⁵⁴.

A ce jour, il existe une organisation spécifique qui permet à une norme de droit international de pénétrer dans l'ordre interne, mais au prix d'une transformation intégrale en norme de l'ordre juridique national⁷⁵⁵. Le problème principal est plutôt pratique car il s'agit de déterminer comment les tribunaux nationaux sont informés de l'existence d'une norme internationale. Comment ils l'interprètent et comment ils assurent sa supériorité sur les normes de droit interne ? Ces questions fréquentes appellent des réponses cohérentes.

A la manière dont les juridictions nationales perçoivent et réagissent face au droit international, il faut dire que, d'après une approche idéale fondée sur un modèle fédéraliste, il y aurait une hiérarchie organique permettant que les juges nationaux acceptent et appliquent le droit international, sous contrôle des juridictions internationales compétentes. Cette approche est largement inspirée par la théorie de fractionnement de Georges SCELLE selon laquelle les institutions nationales agissent

finalement été considérée comme incompatible avec les accords du GATT dans son application effective, et non dans son principe.

⁷⁵³ Sur la distinction entre monisme et dualisme dans les rapports entre droit interne et droit international: voir, par exemple, P.M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2006, §§ 416-422.

⁷⁵⁴ Selon l'expression retenue à l'article 5 du Statut de la Cour pénale internationale.

⁷⁵⁵ Il s'agit de conception dualiste développé par D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Sirey, 1929, p. 49 ; H. TRIEPEL, *Droit international et droit interne*, Pedone, 1920.

comme des agents de l'ordre juridique international. Il existe ainsi une multiplicité des cas où le juge local est en effet directement appelé à donner effet au droit international, notamment avec les nouveaux développements liés à l'institutionnalisation de la communauté internationale, dans des domaines tels que la paix et la sécurité. La multilatéralisation des obligations et ses conséquences sur la responsabilité des Etats ou des innovations encore plus récentes dans les marchés internationaux ou dans le droit pénal permettent d'illustrer cette articulation entre les ordres juridiques nationaux et internationaux.

Dans sa théorie sur le *dédoublement fonctionnel*⁷⁵⁶, Georges SCELLE explique qu'un système, en l'occurrence le système juridique interne, peut à travers ses organes pallier les carences de l'ordre juridique international pour assurer sa mise en œuvre. Ces organes ont ainsi une double fonction : en même temps qu'ils assument leurs compétences personnelles telles que prévues dans l'ordre interne, ils accomplissent, par la même occasion, une fonction de mise en œuvre du droit international. Ainsi présentée, la vision de SCELLE ne peut être considérée comme une simple vue d'esprit. En effet, la mondialisation et le développement organique spectaculaire du système juridique international ont occasionné une formidable expansion du champ et de la densité normative. Par conséquent, ces phénomènes à l'origine du développement du système économique et social ont fortement modifié la manière dont s'établissent les rapports entre l'ordre interne et l'ordre international. Plusieurs situations sont envisageables.

D'abord, s'il s'agit de règles conventionnelles régissant seulement les situations internationales rattachées aux États contractants, la coexistence avec le DIP de source autonome est certainement possible. Les premières règles peuvent en effet être considérées comme des règles spéciales pour des situations rattachées aux seuls États parties au traité, et le rôle qui revient à l'interprète est de délimiter leur domaine d'application respectif. N'étant applicables qu'aux situations qui sont en dehors du domaine des États parties au traité, il se produit un effet de substitution partielle *ratione materiae* de la règle internationale à la règle interne, qui sera plus ou moins étendu selon le nombre des États parties au traité international. Par exemple, le système français, dominé par des règles constitutionnelles, a prévu dans l'article 55 de la Constitution de 1958 un principe déjà affirmé par les articles 26 et 28 de celle de 1946 qui souligne l'exigence d'une réciprocité en la matière : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

⁷⁵⁶ G. SCELLE, "Le phénomène du dédoublement fonctionnel", *op.cit.*, p. 331; "Quelques réflexions hétérogènes sur la technique de l'ordre juridique interétatique", in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, 1960, pp. 473-488.

Il résulte de ce texte que le système français actuel ne laisse pas de place pour une réception du droit international en droit interne puisque la seule condition exigée pour l'application d'un accord international est sa publication. De même, la loi fondamentale française reconnaît que la règle conventionnelle conserve son caractère international puisqu'elle est supérieure aux règles législatives et les domine en cas de conflit. Il en est presque de même dans la plupart des autres Etats. Une exception est toutefois à noter car, on le sait, une telle vision reste, notamment, fondamentalement étrangère à la culture d'une large part de la classe dirigeante aux Etats-Unis comme de la jurisprudence de la *Supreme Court*⁷⁵⁷.

De manière générale, si la règle incluse dans le traité international a une portée universelle, son incorporation au système étatique produit un effet non négligeable : la substitution de la règle conventionnelle à la règle de source étatique portant sur la même matière. L'une et l'autre, en effet, sont appelées à régir toutes les situations privées internationales sur une matière donnée, mais il suffit d'observer, d'une part, que la règle conventionnelle est la *lex posterior* dans le système étatique et, d'autre part, qu'elle jouit de la primauté dans la hiérarchie des sources étant donné son caractère international. Il en découle que, même si le législateur étatique n'a pas dérogé expressément à la règle de source étatique après l'introduction d'une règle conventionnelle à portée générale, ce résultat est acquis d'une façon implicite.

Un autre exemple qui contribue à montrer la coordination entre les deux ordres est celui en vigueur dans le droit international pénal, notamment en ce que l'article premier du Statut de Rome déclare ainsi que la Cour pénale internationale est « complémentaire des juridictions criminelles nationales »⁷⁵⁸. Là encore, le droit interne sert à la mise en œuvre du droit international par l'intermédiaire des organes judiciaires de l'Etat compétent, évitant, de ce fait, que les criminels ne puissent échapper à la justice sur le plan interne, et, à défaut, au plan international. Mais tout cela nécessite une étroite collaboration entre les Etats, notamment ceux incriminés par la survenance d'un fait internationalement illicite sur leur territoire, et les juridictions internationales compétentes.

Enfin, l'incorporation des principes du droit mondialisé dans l'ordre juridique interne résulte le plus souvent d'un processus plus informel de *diffusion* qui manifeste la promotion de valeurs communes. C'est le cas par exemple de l'incorporation d'obligations imposées par les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU dans les législations nationales ou encore des pratiques étatiques se rapportant à l'extradition. Dans un cas comme dans l'autre, c'est le Ministère des affaires étrangères de l'Etat

⁷⁵⁷ Voir, notamment, M. BYERS et G. NOLTE, *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; E. JOUANNET et H. RUIZ-FABRI, *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Société de législation comparée, 2007.

⁷⁵⁸ Voir texte intégral du Statut de la CPI, notamment, dans P.-M. DUPUY, *Grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 232-s.

considéré qui décide de l'incorporation ou non d'une telle règle dans son droit interne, en liaison avec la mise en œuvre de traités de façon plus générale. Ainsi, contrairement au modèle « Westminster », les traités ne sont pas automatiquement exécutoires. Cependant, même si la jurisprudence internationale a admis, juste après la Deuxième guerre mondiale, que les Etats ne sauraient plus être les seuls à posséder la qualité de sujet de droit, il n'en résulte pas pour autant que des dispositifs normatifs élaborés par des sujets non-étatiques, et ne procédant donc pas de l'action directe de l'État dans l'ordre juridique international, puissent être reçus comme applicables dans l'ordre juridique interne.

En définitive, deux idées principales se dégagent des considérations qui viennent d'être présentées : la première est de constater que la doctrine reste très partagée quant à la peur de l'existence d'un phénomène de fragmentation du droit international. Dans le débat autour de ce phénomène, on constate qu'il y a des auteurs inquiets quant à l'unité du droit international, d'autres plus prudents qui estiment qu'il est encore trop tôt pour voir une menace, d'autres encore, plus positifs, estimant que la fragmentation n'est que l'expression de la maturité et de l'efficacité du droit international et, enfin, des auteurs plus ironiques qui mettent en avant l'idée que le droit international n'as jamais été unifié.

Mais si l'on retient l'idée que l'évolution d'un tel droit obéit à des canons et que ce serait simplement ramener le problème à la surface que de le réduire à une opposition de « visions » entre ceux qui veulent, d'une part, laisser le droit international évoluer par lui-même en l'enrichissant de temps en temps par de nouveaux concepts et nouvelles institutions et ceux qui, d'autre part, veulent œuvrer pour une transformation « suivie et guidée » qui fera émerger un nouvel ordre juridique international. Devant un tel contraste, la position adoptée est plutôt celle de permettre une adéquation entre ces visions afin que le droit international reste et demeure un droit de pacification des relations internationales.

L'autre conclusion touche aux conséquences juridiques directes ou indirectes de la fragmentation. Une attitude à cet égard ne peut être adoptée qu'en prenant en considération les réalités de la vie internationale contemporaine qui constitue le contexte social du droit international. Ainsi, la fragmentation reflète les nombreux niveaux de la contestation hégémonique. La nécessité d'imposer un nouvel ordre juridique « mondial » a fait naître un jeu de récupération dialectique réciproque pour conforter des attitudes opposées au sein de la doctrine. En cela, les juristes, tout particulièrement en Europe, ont commencé à se poser des questions sur l'« unité du droit international. »⁷⁵⁹ Si cette inquiétude peut paraître, à première vue, comme visant la perte

⁷⁵⁹ Parmi de nombreux écrits contemporains, P.-M. Dupuy, « L'Unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », *RCADI*, La Haye, vol.297, 2002, pp.9-489.

d'influence subie par les institutions représentant le droit international général (particulièrement la CIJ), l'espoir d'une constitutionnalisation du système international, que préconisent ces mêmes juristes, a peu de chance de se produire, tout au moins en ce qui concerne le soutien des positions prises par les institutions en question. Et la question de la hiérarchie institutionnelle ne sera pas résolue dans un avenir proche. Même si l'on est d'accord sur le fait que certaines normes positives (*jus cogens* ou obligations *erga omnes*) doivent occuper une position hiérarchique supérieure, cet accord reste dépendant de l'absence de lien institutionnel avec ces normes et de l'indétermination de leur signification, de telle sorte que cela permet aux acteurs de projeter leur propres interprétations politiques.

Mais par-delà l'opacité de la situation créée par les ambiguïtés du double discours nourri par les mêmes concepts, il conviendrait d'analyser de manière prospective et évolutive le mouvement de fragmentation à travers les préférences politiques qu'elle traduit. Il faut reconnaître que l'invocation de critères de nécessité politiques, économiques et sociale en tant que justifications de conduites contraires à la norme peut, il est vrai, avoir un impact important sur le processus d'évolution et de mutation des normes de droit international⁷⁶⁰. Ce sera l'objet du dernier chapitre de cette première partie.

⁷⁶⁰ Rosario HUESA VINAIXA, *In l'influence des sources sur...*, op.cit., p. 67.

Chapitre II – L’influence des aspects politiques et moraux sur la fragmentation du droit international

Le droit international contemporain est-il de plus en plus enserré dans une structure politique ou, au contraire, va-t-on vers une dépolitisation de celui-ci? Est-il plus fort quand il prend en compte ou quand il évite le politique ? Sinon, quels seraient les principaux enjeux d’une politique internationale au XXI^e siècle si l’on admet que les aspects politiques demeurent au cœur de la gouvernance mondiale? Ces différentes interrogations vont constituer la trame de notre analyse du phénomène de la fragmentation du droit international du point de vue politique. Toutes ces questions interpellent à plus d’un titre car, c’est le lieu ici de se demander s’il serait plus efficace de réfléchir sur de nouvelles voies concernant le processus de création des normes internationales ou s’il ne serait pas plus indiqué de militer pour une volonté politique plus adaptée aux défis planétaires dont on fait face. D’ailleurs, Alain PELLET n’estimait-il pas que « trop de droit peut tuer le droit » et que la création d’une nouvelle règle ne signifie pas automatiquement « progrès du droit »⁷⁶¹ ?

L’analyse de la vie internationale fait ressortir des rapports de force qui se constituent entre nations et qui tendent à définir un type d’équilibre qui structure le système international. Ces rapports de force sont notamment basés sur des concepts politiques faisant ressortir les aspects culturels de chaque Etat au niveau international. A cet effet, Michel VIRALLY dira que : « *l’ordre juridique international est une composante de l’ordre politique international, c’est-à-dire du système des rapports inter-étatiques qui prévaut à un moment donné* »⁷⁶². Il est de ce fait entendu que l’invocation de critères de nécessité politique, économique et sociale en tant que justifications de conduites contraires à la norme peut, il est vrai, avoir un impact important sur le processus d’évolution et de mutation des normes de droit international⁷⁶³. Cela est d’autant plus vrai en ce sens que la Communauté internationale est avant tout une communauté d’institutions, une communauté de normes et, enfin, une Communauté de valeurs.

Pour Robert KOLB, les problèmes actuels du droit international reposent fondamentalement sur un aspect purement politique et non sur des aspects techniques de ce droit. En effet, estime-t-il, « *si nous voulons plus de normes dites impératives et plus de sanctions efficaces du droit, c’est sur les bases de la distribution du pouvoir dans la société internationale qu’il faut discuter* »⁷⁶⁴. Cet état de fait se justifie simplement par l’idée selon laquelle « *un ordre juridique ne peut pas proposer des*

⁷⁶¹ Alain PELLET, *In Rapport Introductif et Actes du Colloque de Neuchâtel du 6 au 7 mai 2005*, Yves Sandoz, éd. p. 92.

⁷⁶² M. VIRALLY, *Panorama du Droit International Contemporain, RCADI*, 1985, V1, p. 32.

⁷⁶³ Rosario HUEXA VINAIXA, « l’influence des sources sur... », *op. cit.*, p. 67).

⁷⁶⁴ Robert KOLB, *op.cit.*, p. 94.

mécanismes plus efficaces que la structure politique de la société qu'il régit ne le lui permet »⁷⁶⁵. Pour sa part, Martti KOSKENNIEMI note que « *le droit international est ce que les internationalistes font et la façon dont ils pensent* »⁷⁶⁶ ou encore « *le droit international reproduit les paradoxes et les ambivalences du libéralisme politique* »⁷⁶⁷. Enfin, parlant du droit international, Guy LACHARRIERE déclarait qu' « *[Il] se définit explicitement comme un dénominateur commun entre les diversités étatiques et constitue une technique de production d'unité à partir de la pluralité reconnue* »⁷⁶⁸. Autrement dit, le droit international se nourrit à partir des différences entre ces sujets et le bilan de ses réalisations est donc celui de la communauté de pensée ou d'action telle que résultant des diversités en question.

Mais que le monde soit aujourd'hui gouverné par une « anarchie » de souverainetés, de groupes d'Etats souverains, de tout autre structure uniformément contraignante et agissante dans ses propres intérêts ou encore par de simples individus, le plus important reste la structure normative à partir de laquelle on regarde ce monde. Si, pour certains, les acquis de la mondialisation du droit international pourraient être au cœur du progrès de ce droit, d'autres estiment cependant que les lacunes d'un droit mondialisé sont rédhibitoires. La question du maintien de l'unité du droit international n'est donc pas qu'académique ; elle est tout aussi bien politique que pratique⁷⁶⁹. Il est nécessaire, de ce fait, de trouver « comment le droit international peut s'agencer pour être à la hauteur des défis auxquels l'humanité est confrontée »⁷⁷⁰. Dans cette optique, l'efficacité du droit international viendrait-il de son éloignement ou plutôt de son rapprochement avec la politique ? Pour répondre, il est évident, dans un premier moment, de s'interroger sur le rôle que joue la politique dans la formation voire sur l'existence d'un droit international, notamment au XXI^e siècle (section 1). Afin qu'il demeure fort et autonome par rapport à la politique, il convient également d'identifier les voies et moyens pour la reconstruction d'un droit international en tant que « projet politique » accepté et reconnu par toute la communauté internationale (Section 2).

⁷⁶⁵ Idem.

⁷⁶⁶ Martti KOSKENNIEMI, « Entre engagement et Cynisme : aperçu d'une théorie du droit international en tant que pratique », p.389

⁷⁶⁷ From Apology to Utopia: *The Structure of International Legal Argument*, Reissue With New Epilogue, New York, Cambridge University Press, 2005, 683 p.

⁷⁶⁸ Guy LACHARRIERE, « Le point de vue du juriste : La production et l'application du droit international dans un monde multiculturel », in *L'Avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Colloque La Haye, 17- 19 novembre 1983, Workshop, préparé par René-Jean DUPUY, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 67.

⁷⁶⁹ Karl WELLENS, *Influence des sources...*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁷⁰ Luigi CONDORELLI, *Quel droit international pour le 21^e siècle ?*, Rapport introductif et Actes du Colloque international de Neuchâtel, 6 – 7 mai 2005, Yves SANDOZ éd., p. 46.

Section 1 : L'influence de l'élément politique dans la réalisation du droit international

Le droit international entretient des relations étroites avec la politique internationale parce que cette dernière tient une place prépondérante dans la formation de la règle de droit international. De ce fait, le droit international apparaît comme un instrument de la politique internationale. Dès lors que la règle est formée, le droit international s'impose comme un facteur de la politique internationale qui doit composer avec ses propres règles. D'ailleurs, le modèle de pluralisme juridique suppose une coexistence de normes qui associe des relations aussi bien verticales qu'horizontales. L'interaction entre ces différentes normes est à l'origine de la complexification du système tout entier et celui-ci ne saurait demeurer aux seules mains des juristes et économistes ; il implique aussi le retour et l'implication du politique et de l'éthique.

En fait, la mondialisation des échanges, telle qu'on la connaît aujourd'hui ne serait que la résultante d'un « discours politique ». A la suite de quoi, il serait intéressant d'examiner comment le « politique » est susceptible d'affecter les fonctions de l'État et du droit, et, subséquemment, la démocratie et l'État de droit. Pour ce faire, plusieurs facteurs militent en faveur d'une considération du droit international en tant que discours politique (§1) alors même que d'autres juristes ne peuvent concevoir cette matière en dehors d'un cadre d'affrontement entre pouvoirs politiques (§2).

§1 : Le droit international en tant que discours politique

Dans toute question juridique, plus encore sur le plan international, la question politique ne peut être auscultée du seul fait que l'on ne peut éviter les compromis politiques lors de l'élaboration d'un instrument juridique international. Le droit international régissant une société hétéroclite et divisée, les progrès de sa densité normative dépendent des constellations politiques internationales et du degré de consonance des intérêts et des idéologies à un moment donné⁷⁷¹. Aussi, le droit international contemporain semble être un système de valeurs nécessairement provisoires et transitoires car il est considéré comme dépendant exclusivement de choix politiques, qu'ils proviennent des Etats, d'organisations internationales ou d'autres acteurs internationaux. L'idée d'un discours politique en droit international tourne autour d'une reconnaissance commune de tous les acteurs autour de certains principes fondateurs, notamment l'égalité souveraine des Etats (A), mais il est également le théâtre de luttes hégémoniques entre ces mêmes Etats (B).

⁷⁷¹ Cf. C. SCHMITT, *Die Kernfrage des Völkerbundes*, Berlin, 1926, p. 63 et s. Sur les difficultés du processus normatif dans une société hétérogène, cf. G. ABI-SAAB, « La coutume dans tous ces états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *Mélanges AGO*, vol. I, Milan, 1987, p. 53 et s.

A/- LE DISCOURS POLITIQUE DE L'EGALITE SOUVERAINE ENTRE LES ETATS

Selon Vattel, « *toute Nation qui se gouverne elle-même sans dépendance d'un autre Etat étranger est un Etat souverain* ». Il en résulte deux conséquences fondamentales : la première est que la souveraineté est une valeur essentielle de sauvegarde du droit international, fondamentalement basé sur des principes fondamentaux dont l'objectif est d'assurer la paix et la sécurité internationales (1) et qui sont reconnus par l'ensemble des Etats ; la seconde concerne le Principe de l'égalité des Etats souverains, chaque Etat souverain étant libre d'apprécier lui-même ce que le droit naturel exige (2).

1/- Le principe de souveraineté comme valeur essentielle de sauvegarde du droit international

Au sortir de la seconde guerre mondiale, plus dévastatrice que ne l'avait été la première, la Communauté internationale avait comme principale préoccupation de parvenir à maintenir la paix dans le monde afin que de tels conflits ne se reproduisent pas. Cette préoccupation centrale, l'Assemblée Générale des Nations Unies l'exprime ainsi :

« Le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement des relations amicales entre les Nations sont au nombre des buts fondamentaux des Nations Unies » et elle ajoute qu' : « il est important de maintenir et de renforcer la paix internationale fondée sur l'égalité, la justice et le respect des droits fondamentaux de l'Homme et de développer les relations amicales entre les nations indépendamment des différences de leurs systèmes politiques, économiques et sociaux et de leurs niveaux de développement »⁷⁷².

Le maintien de la Paix et de la Sécurité Internationales est ainsi placé au centre des préoccupations des Nations Unies lorsque l'Assemblée Générale proclame les principes devant régir les relations entre Etats. Pour atteindre ledit objectif, des principes fondamentaux ont été proclamés par l'Assemblée Générale afin que les Etats membres puissent toujours privilégier le droit comme moyen de régir les relations internationales et que ni la force, ni la violence ne soient utilisées comme moyens de règlement des conflits. Sept principes ont, de ce fait, été répertoriés dans la résolution 2625 de l'AGNU⁷⁷³ ; ils concernent notamment:

- *L'interdiction faite aux Etats, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ;*

⁷⁷² Cf. Préambule de la Charte des Nations Unies.

⁷⁷³ Résolution 2625 (XXV) du 24 oct. 1970 sur la Déclaration relative aux principes touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies.

- *Le règlement pacifique des différends, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mis en danger ;*
- *Le principe de non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, conformément à la Charte ;*
- *Le devoir des Etats de coopérer avec les autres Etats conformément à la Charte ;*
- *Le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ;*
- *Le principe de l'égalité souveraine des Etats ;*
- *Le principe que les Etats remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte.*

L'Assemblée Générale déclare, d'une part, que ces principes sont liés entre eux et, d'autre part, qu'ils constituent des « principes fondamentaux du droit international » ; elle demande en conséquence à tous les Etats de s'inspirer de ces principes dans leur conduite internationale et de développer leurs relations mutuelles sur la base du respect rigoureux desdits principes. De même, le Conseil de sécurité est l'organe auquel a été confiée la responsabilité première du maintien de la paix. Il a, pour remplir sa mission, un rôle préventif et un rôle répressif qui peut aller jusqu'à décider de l'emploi de la force contre un Etat qui aurait violé les principes fondamentaux du droit international comme l'indique le chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Il ne s'agit pas ici d'examiner les modalités de mise en œuvre du Chapitre VII qui font l'objet de tous les manuels de Droit International Public. Il paraît plus intéressant de juste rappeler un certain nombre de résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité ces dernières années, résolutions dans lesquelles il examine son propre rôle, l'explique à la lumière des conflits dont il a été saisi et parle également du rôle de l'Organisation en général dans ce domaine. Il indique également comment rendre ce rôle plus effectif, particulièrement dans le domaine de la prévention des conflits. Au nombre de ces résolutions on peut citer les résolutions 1296 du 19 avril 2000⁷⁷⁴, 1318 du 7 septembre 2000⁷⁷⁵, 1325 du 31 octobre 2000⁷⁷⁶, 1327 du 13 novembre 2000⁷⁷⁷, 1366 du 30 août 2001⁷⁷⁸. D'une manière générale, le Conseil de Sécurité commence par rappeler, dans ces résolutions, les principes fondamentaux du droit international public et réaffirme son attachement à

⁷⁷⁴ La Résolution porte sur la protection des civils en période de conflits armés.

⁷⁷⁵ Résolution 1318 (2000) / adoptée par le Conseil de sécurité lors de sa 4194^e séance, le 7 septembre 2000 sur l'adoption de la Déclaration sur la nécessité d'assurer au Conseil de sécurité un rôle effectif dans le maintien de la paix et de la sécurité internationale, en particulier en Afrique.

⁷⁷⁶ Résolution 1325 (2000) / adoptée par le Conseil de sécurité lors de sa 4213^e séance, le 31 octobre 2000 sur les femmes, la paix et la sécurité.

⁷⁷⁷ Résolution 1327 (2000) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4220^e séance, le 13 novembre 2000 sur le renforcement des opérations de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies.

⁷⁷⁸ Résolution 1366 en date du 30 août 2001 par le Conseil de sécurité sur le rôle du Conseil de sécurité dans la prévention de conflits armés.

ces principes, notamment le principe de l'égalité souveraine, de la souveraineté nationale, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de tous les Etats. Il souligne également la nécessité de respecter les droits de l'Homme et l'état de droit et rappelle que la responsabilité principale du maintien de la paix lui incombe. Il insiste enfin sur la nécessité qu'il lui soit assuré un rôle effectif dans le maintien de la paix dans les toutes les régions du monde.

Suite à tous ces principes, les internationalistes soulignent assez souvent l'importance de la souveraineté comme étant un besoin d'enraciner fermement le droit international dans le consentement des souverains mais aussi dans l'objectif d'établir un droit international distinct des calculs politiques.

2/- Le principe de souveraineté comme « pilier » de l'égalité entre les Etats

Il faut, de prime abord, faire une nette distinction entre le principe politique de souveraineté et le principe juridique d'égalité souveraine. Certes l'égalité souveraine des Etats est un corollaire de la souveraineté étatique, mais les deux ne sauraient se confondre. Les Etats, étant souverains, ont tous en tant que tels et en vertu du droit international, une vocation identique à jouir des droits à propos desquels il est établi qu'ils sont égaux. Cette égalité leur procure un certain nombre de caractéristiques telles le droit de jouir des droits inhérents à la pleine souveraineté ; le devoir de respecter la personnalité des autres Etats ; l'inviolabilité de leur intégrité territoriale et de leur indépendance politique ; le libre droit de choisir et de développer librement leurs systèmes politiques, sociaux, économiques et culturels⁷⁷⁹ ; enfin, chaque Etat a le droit de s'acquitter pleinement et de bonne foi de ses obligations internationales et de vivre en paix avec les autres Etats.

A travers l'égalité souveraine, c'est l'indépendance de l'Etat qui est formellement affirmée. D'ailleurs, la jurisprudence internationale assimile systématiquement souveraineté et indépendance. Ainsi l'arbitre Max HUBER déclare, dans *l'affaire de l'Île de Palmas* : « la souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance »⁷⁸⁰. A partir de ce moment, le principe va d'abord être affirmé dans l'article 2§1 de la Charte des Nations Unies puis repris systématiquement dans presque tous les textes internationaux. Il va avoir une influence sur l'adoption des normes de droit international, notamment en s'appuyant sur le principe de réciprocité qui constitue un levier très puissant en la matière, permettant d'établir la coopération entre les Etats⁷⁸¹.

Ainsi, tant que la communauté internationale n'aura pas de personnalité juridique, le DI demeurera encore sous la dépendance de l'Etat et le développement du recours au traité exprimera toujours la

⁷⁷⁹ Jean SALMON, Dictionnaire du droit international, Bruyant, AUF, Bruxelles, 2002, p. 419.

⁷⁸⁰ C.P.A, *Affaire de l'Île de Palmas*, 4 avril 1928, RSA, II, p.838, voir NGUYEN QUOC DINH ; PELLET, A. et DAILLIER, P., *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2002, p.424.

⁷⁸¹ Voir E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, LGDJ, 1980.

volonté « souveraine » du sujet principal du droit international qu'est l'Etat de garder le monopole de la création normative⁷⁸². Comme on peut le voir, la société interétatique est définie par la notion centrale de souveraineté et les autres principes ne sont que les corollaires de cette souveraineté. Et, malgré les bouleversements politiques⁷⁸³ importants survenus tout au long du XIX^{ème} siècle, l'intensification des relations internationales va continuer à dépendre du droit souverain des Etats.

Cependant, entre le XX^{ème} et le XXI^{ème} siècle, l'accélération des relations internationales va encore faire évoluer la société internationale vers l'interdépendance. Elle est devenue une société plus institutionnalisée que durant le XIX^{ème} siècle. L'usage de l'expression « droit de la communauté internationale » permet de noter l'intégration plus forte de la société qui tend à un dépassement de son côté interétatique. La société n'est pas seulement interétatique ou de juxtaposition : les Etats ne peuvent plus se contenter de coexister, mais ils doivent coopérer. C'est l'avènement d'un nouveau droit de la coopération. Cette évolution amène à des règles et des institutions communes qui transforment peu à peu la société internationale en une société institutionnelle. Le droit international prend alors la forme d'un droit volontariste qui atténue cette nouvelle vision de droit de l'humanité. La souveraineté demeure certes le fondement et la limite du droit international mais elle n'est plus l'unique option, notamment avec la percée des organisations internationales.

Tous ces changements ont suscité une évolution des instruments de coopération : ceux jadis valables dans le domaine du « droit de la guerre » se sont étendus aux autres domaines pris en compte par le droit international. Il est vrai que cela n'enlève en rien la valeur des apports effectués par la « société non étatique », notamment lorsqu'elle véhicule les valeurs comme les « droits de l'homme », « les économies efficaces », « l'environnement propre » ou l'idée d'une « justice pour tous ». Mais les défenseurs d'un système interétatique feraient simplement remarquer que ces valeurs sont antagonistes et que « seuls les Etats possèdent des structures d'autorité nécessaires pour faire face aux demandes incessantes des groupes sociaux et pour garantir la justice publique essentielle à l'ordre et à la responsabilité sociale »⁷⁸⁴. Si les Etats venaient, pour quelles que raisons que ce soient, à voir leur souveraineté limitée, cela pourrait avoir des conséquences dangereuses⁷⁸⁵.

⁷⁸² La force contraignante du droit s'explique par le fait que les traités ne lient les Etats que si ceux-ci y consentent. Il s'agit en effet d'un moyen de protéger les Etats.

⁷⁸³ La société internationale du 19^{ème} siècle est caractérisée par des évolutions profondes dans les domaines économiques, technologiques et industrielles qui font apparaître la nécessité de la coopération entre les Etats.

⁷⁸⁴ O. SCHACHTER, « The Decline of the Nation-state and its Implications for the International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, p. 22.

⁷⁸⁵ Les limites à la souveraineté étatique sont l'œuvre des organisations internationales, intergouvernementales, qui finissent par développer leurs propres compétences et à se détacher de la simple volonté propre de leurs composants, les États-membres. C'est notamment le cas de : l'Organisation des Nations unies, qui depuis la fin de la Guerre froide, mène une véritable politique de contrôle des États, voire une politique d'ingérence qui ne s'applique pas sur les cinq membres permanents du Conseil de sécurité. De même l'Organisation mondiale du commerce, qui dès sa création en 1994, n'a eu

Au final, le droit international décrit le monde et les relations internationales entre les différents acteurs qui y opèrent en tant que communauté politique au sein de laquelle les questions de distribution et de droits équitables sont constamment à l'ordre du jour. Les Etats y occupent une place prépondérante mais ont attribué une partie de leurs compétences aux organisations internationales.

Cette vision du droit international ne devrait pas en faire un instrument d'hégémonie politique au service d'un groupe ou d'un acteur mais plutôt un instrument au service d'une aspiration des peuples, réunis au sein d'une seule et même communauté, à la paix, la justice et l'égalité. Ce n'est qu'en cela que le DI vérifierait la formule selon laquelle « *le droit est le nom qui désigne un semblant d'ordre – qui assemble, qui ordonne, qui établit ce qu'est le commun – et qui est composé, en réalité, de nos différences [subjectives]. Cette appellation est possible lorsque nous considérons que nos différences peuvent être jugées au sein d'un lieu commun au lieu d'être prises pour de simples expériences subjectives* ». ⁷⁸⁶

B/- LE DROIT INTERNATIONAL COMME INSTRUMENT D'ENJEUX DE LA POLITIQUE INTERNATIONALE

Technique de formalisation des volontés souveraines et des politiques étrangères, le droit international peut s'avérer être également un facteur déterminant de leur conditionnement ⁷⁸⁷. Dans le sens où il traduit une volonté politique, le droit international consacre un équilibre social à un moment donné du fait qu'il reflète un rapport de force qui habite la Société internationale. Mais si ces rapports de force entre droit et politiques sont beaucoup plus perceptibles sur le plan interne car plus institutionnalisées ⁷⁸⁸, il n'en est pas de même en droit international où il n'existe pas d'institutionnalisation du rapport de force. Ici, le processus de création du droit n'est pas formalisé et donc on voit au grand jour les rapports de force entre Etats. Dans un tel contexte, comment éviter que ne se mette en place la pure et simple hégémonie des normes en vigueur chez les puissances dominantes ? On se penchera en premier lieu sur l'idée selon laquelle le droit international a été pendant longtemps un moyen pour les puissances occidentales de réaliser et exporter leurs valeurs et leurs préférences dans le monde (1). On tentera dans un second temps de mesurer la portée hégémonique de cette matière, notamment avec l'exemple des Etats-Unis (2). Enfin, pour mieux comprendre les raisons de son usage croissant dans les enceintes de coopération internationale, on

aucun mal à asseoir ses compétences en matière de commerce international à l'encontre des États, en particulier à l'encontre des États occidentaux qui se sont vus obligés d'appliquer les règles de commerce libéralisé.

⁷⁸⁶ M. CONSTABLE, "The Silence of the Law: Justice in Cover's "Field of Pain and Death"", in A. Sarat (dir.), *Law, Violence and the Possibility of Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 95.

⁷⁸⁷ Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Dalloz, 2008, pp. 11-12.

⁷⁸⁸ En droit interne, le droit est le produit du législateur mais ce dernier traduit le rapport de force existant au moment donné.

montrera quels avantages fonctionnels et pratiques le droit international procure aux Etats dits « pauvres » (3).

1/- Le droit international en tant que moyen de réalisation de valeurs, de préférences et de pratiques des puissances occidentales

Le droit est un facteur qui conditionne la politique extérieure, déclarait Guy de la CHARRIERE, car l'Etat doit invoquer des règles dans sa conduite⁷⁸⁹. Toujours selon lui, la perspective politique est que pour les états, le droit international est un moyen d'atteindre des objectifs⁷⁹⁰. En effet, le droit international est un droit positif car il est reconnu comme tel par les Etats qui défendent leur politique sur la base de règles de normes internationales. Une fois la règle formée, les rapports de force sont cristallisés dans la norme et il faut composer avec cette règle qui ne pourra être modifiée que sur la base d'un accord de toutes les parties⁷⁹¹. Les Etats s'efforcent ainsi de répondre à leurs propres intérêts car ils peuvent donner leur propre interprétation de la règle pour la faire coïncider avec leur pratique. A ce propos, Martti KOSKENNIEMI note que « *l'organisation de la société par le biais de règles juridiques repose sur une idée simple : la présupposition que ces règles sont « objectives » contrairement aux idées « subjectives » ou aux préférences politiques de chacun* »⁷⁹². Ainsi au lieu de se présenter comme un ensemble déterminé de règles normatives s'opposant à la politique internationale, le droit international est perçu davantage comme un aspect de la contestation hégémonique, comme un moyen technique permettant d'énoncer des revendications politiques en termes de droits et de devoirs⁷⁹³.

Fruit de plusieurs compromis, le droit international suscite toujours ce dualisme entre l'identité des « plus forts » et celle des « moins puissants ». A ce jour, cette discipline demeure profondément « européenne » en ce sens que la plupart des présupposés et des valeurs qui la caractérisent tout comme les intérêts qu'elle défend sont essentiellement ceux des sociétés occidentales, même si des efforts sont de plus en plus observables en vue de donner au droit international des racines moins particulières, mêmes partisans. Face à la dualité d'organisation de la société mondiale, à la fois internationale et transnationale et, malgré certains référents à l'intérêt public universel, aux patrimoines communs de l'humanité, aux Droits de l'homme fondés sur des valeurs universelles ou universalisables, le droit international demeure, dans le monde réel, au service du monde des

⁷⁸⁹ Guy de la CHARRIERE, La politique juridique extérieure : Enjeux internationaux, Coussirat-Coustère, 14 février 2010, <http://www.persee.fr>.

⁷⁹⁰ Idem.

⁷⁹¹ La violation est considérée comme une « pathologie » et pas comme un nouveau comportement qui va engendrer une nouvelle règle. Lorsque l'Etat viole le DI, il invoque des arguments juridiques sauf en l'existence d'une nouvelle règle qui se substituerait à la règle violée. Le seul fait d'invoquer des arguments juridiques prouve l'existence du droit.

⁷⁹² Martti KOSKENNIEMI, « La politique du droit international, CERDIN, Doctrine(s), 2007, p.56.

⁷⁹³ Idem, p. 291.

affaires et des logiques de marché qui conduisent à l'exclusion de nombreux agents du droit et des biens essentiels. Cela se traduit d'ailleurs sur le plan international par une accentuation des conflits entre les différents ordres juridiques, traduisant à la fois des conflits entre l'éthique et le marché⁷⁹⁴, mais également entre les intérêts du Nord et du Sud. A côté de tout cela, on assiste également à l'utilisation du droit dans des processus de revendication identitaire par des communautés ou des minorités peu visibles qui, par ce biais, veulent affirmer leur existence et actionnent le levier du droit pour s'imposer ou, plutôt, se frayer un chemin vers la scène internationale.

Au final, l'impression générale qui se dégage est celle de craindre que le droit international ne devienne qu'un instrument entre les différents groupes dont les intérêts à agir sur la scène internationale sont plus que divergents quand ils ne sont pas totalement opposés. Pour Jean GUINAND, il est vrai que toute la théorie fondamentale du droit international s'est construite autour du postulat de la volonté souveraine des Etats. Or, en ce domaine, il est clairement démontré que le politique tient le juridique. Mais qu'à cela ne tienne, il n'est pas faux de dire que les juristes peuvent et doivent faire progresser le sentiment du droit dans l'opinion publique par leur action propre. Robert KOLB estime pour sa part que « le droit international régit une société décentralisée, dans laquelle les Etats *ut singuli* gardent le pouvoir souverain⁷⁹⁵. Dans une telle société, il ne peut y avoir de processus de création de droit « efficace » à l'instar du droit interne, parce qu'il ne saurait y avoir de législation⁷⁹⁶. Il en va de même en ce qui concerne l'exécution du droit car ce n'est que sur les bases de la distribution du pouvoir dans la société internationale que cette exécution ainsi que les sanctions qui en découlent pourront être efficaces. Vu sous cet angle, on aurait tendance à penser que le droit international surgit de la volonté de ceux qui peuvent imposer leur point de vue dans la société internationale.

2/- Le droit international moyen de légitimer les intérêts des Etats les plus puissants

Il faut dire qu'à l'origine, la bataille de la culture juridique s'opérait au niveau des courants doctrinaux qui se partageaient le fondement du droit (a). Aujourd'hui, cette bataille s'est déportée vers la lutte au niveau international entre systèmes juridiques internes (b).

a) La bataille doctrinale en droit international

Plusieurs courants doctrinaux se partagent le fondement du droit parmi lesquels on peut retenir d'abord les objectivistes qui font prévaloir le droit divin (Suarez ou Vitoria) ; le droit naturel (Pufendorf) ; les impératifs du groupe social (Savigny) ; le droit objectif (Geny, Scelle) ou les

⁷⁹⁴ Droits, *Droit et économie du développement : illustrations...alimentation*, 23 Mondes en Développement Vol.33-2005/1-n°129.

⁷⁹⁵ Marti KOSKENNIEMI, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁹⁶ *Idem.*

nécessités sociales (Basdevant, Virally). Suivent les doctrines normativistes (Kelsen) qui rattachent le fondement du droit à des normes supérieures. Enfin, arrive la doctrine du positivisme volontariste qui considère que le droit se fonde sur la volonté des Etats souverains par assentiment tacite ou explicite (Anzilotti, Cavaglieri).

Face à la position des courants volontaristes, basée sur le fondement juridique du droit international, qui posent le problème de l'impossibilité de l'existence de normes générales justifiées par l'idée selon laquelle il est difficile de prouver une acceptation unanime, même tacite de toute la communauté internationale, Jules BASDEVANT oppose une contradiction à cette position à partir de deux faits : d'une part, que les nouveaux Etats se sentent liés par des normes antérieures à leur création (et ils le sont effectivement) ; d'autre part le caractère évolutif de la règle coutumière, en modification constante par la pratique étatique et la jurisprudence des tribunaux internationaux, ne permet pas de percevoir l'assentiment tacite de tous les Etats auxquels elle s'applique à chaque modification.⁷⁹⁷

Partant de l'existence d'un certain désaccord entre toutes ces positions, la justification du fondement du droit a été recherchée dans l'idée du *consensus*, exprimée par WEBER en partant de la considération de la juridicité comme d'une conscience du caractère obligatoire de certaines formes d'agissements⁷⁹⁸. A partir de cette idée, le sociologue allemand fonde le droit international sur sa probabilité d'effectivité et d'efficacité en raison d'un accord social général⁷⁹⁹. L'effectivité et l'efficacité des règles juridiques régissant les relations de la société internationale seraient donc, en dernier ressort, axées sur ce *consensus gentium* tacite, qui ne doit pas être interprété comme un accord unanime (de tous les acteurs) mais général (du groupe social dans son ensemble).

Jorge CARDONA ne partage pas cet avis d'une communauté internationale régulée par *consensus gentium* car dit-il, « dans une société plurielle, hétérogène et inégale, comme la communauté internationale actuelle, cette présomption d'acceptation générale ne nous semble pas être admissible pour tous ses membres »⁸⁰⁰. Il partage plutôt l'avis du Professeur STERN qui affirme : « ... est règle coutumière internationale celle qui est considérée comme telle par la volonté d'Etats pouvant imposer leur point de vue »⁸⁰¹. Pour l'auteur, il s'agit là du fondement de tous les droits, et donc de toutes les normes. La question clé est de savoir comment identifier celui qui dispose du pouvoir d'imposer son point de vue dans la société internationale, et si ce pouvoir est

⁷⁹⁷ Jules BASDEVANT, « Règles générales du droit de la Paix », *RCADI*, 1936-IV, pp.515 et s.

⁷⁹⁸ Max WEBER, *Economie et société*, Paris, 2^{ème} éd., 1979, p.251

⁷⁹⁹ *Ibid.*, pp.258-259.

⁸⁰⁰ Jorge CARDONA LLORENS, In *Regards d'une génération sur le droit international*, *op.cit.*, p. 142.

⁸⁰¹ Brigitte STERN, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international, unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 498.

assujetti à des limites ; c'est la fonction qu'exercent les règles constitutives tracées par les membres de cette société, c'est-à-dire la « constitution » de l'ordre juridique internationale.

A partir de tous ces exemples, on comprend mieux ce que KANT appelait la « monarchie universelle », préférant l'existence de plusieurs Etats indépendants, malgré le fait que cette existence porte en soi les germes de la guerre, « à la fusion de tous ces Etats entre les mains d'une puissance qui envahit toutes les autres et se transforme en monarchie universelle »⁸⁰².

b) Le droit international en tant que technique hégémonique : l'exemple des USA

Le monde d'aujourd'hui apparaît à la fois comme un ensemble d'unités égoïstes et comme un tout fonctionnel. Cette idée est évidente en termes politiques et s'appuie sur le fait qu'il est difficile d'assurer la défense d'intérêts généraux sans jamais s'en référer à des intérêts particuliers. Les modèles d'engagements et d'aversion intellectuels fournissent le plus souvent un contexte où les Etats peuvent poursuivre un projet visant à dominer et à imposer leur hégémonie débouchant ainsi sur des contestations hégémoniques. Par « contestation hégémonique », on entend le processus par lequel les acteurs internationaux se défient continuellement en invoquant des règles et des principes juridiques auxquels ils ont donné des significations qui confortent leurs propres positions et s'opposent à celle de leurs adversaires⁸⁰³. C'est le cas par exemple de la lutte politique autour de la signification des termes tels que l'acte d'« agression », l'« autodétermination », la « légitime défense », le « terrorisme », ou encore la notion de *jus cogens*.

Evoquer cette lutte en termes d'*hégémonie* revient à dire que chacun essaie, du mieux qu'il le peut, de faire en sorte que son interprétation partielle de telle ou telle notion juridique soit considérée comme l'interprétation générale et que sa préférence apparaisse comme la *préférence universelle*⁸⁰⁴. L'objectif poursuivi étant sa propre volonté d'imposer ou de persuader les autres de la validité de ses positions personnelles, mais aussi de la concurrence qui règne entre les différents Etats en vue de la conquête du pouvoir, de l'autorité, de la reconnaissance et du prestige. Il est également courant de penser que les processus informels et les flux économiques, technologiques et culturels, qui caractérisent la « mondialisation » renforcent la position politique des acteurs les plus puissants (qu'il s'agisse des Etats occidentaux, des réseaux transnationaux, des grandes compagnies multinationales) et qu'ils marginalisent le droit international public⁸⁰⁵. Les Etats les plus faibles se plaignent d'être incapables de bénéficier des positions et des privilèges que véhicule la rhétorique de

⁸⁰² Emmanuel KANT (1795), *Zum ewigen Frieden, Projet de paix perpétuelle*, éd. Bilingue par J. GIBELIN, Paris, Vrin, 1999.

⁸⁰³ Martti KOSKENNIEMI, *op. cit.*, p. 295.

⁸⁰⁴ V. E. LACLAU, C. MOUFFE, *Hegemony and socialist strategy*, 2e éd., Londres, Verso, 2001, 198p.

⁸⁰⁵ A. HURRELL, N. WOODS, *Inequality, Globalization and World Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 353 p.

la souveraineté. Mais la défense incongrue par ces Etats d'un système conservateur, protecteur, de l'égalité souveraine, masque le fait que la mondialisation peut également ouvrir la voie à des actions contestataires trans-gouvernementales au sein de la société civile internationale, ou de ce que HARDT et NEGRI appellent la « multitude »⁸⁰⁶.

Ainsi, le droit international de ces dernières années est de plus en plus paradoxal, de plus en plus tiraillé entre forces diverses, souvent opposées. En effet, l'interdépendance matérielle s'est dramatiquement accrue et le changement de la distribution générale du pouvoir a favorisé l'émergence d'un pôle hégémonique qui tend de plus en plus vers l'unilatéralisme, au sein même d'un tissu juridique et institutionnel remarquablement multilatéral favorisant ainsi des tensions quasi insoutenables sur le plan international. Parlant de ce phénomène, Anders STEPHENSON dira que : « C'est un paradoxe flagrant de l'histoire de voir comment un nationalisme précis (et particulièrement puissant) se déclare non seulement « prophétique » mais aussi universel, tout en se matérialisant dans de nombreux actes d'expansion ou d'interventionnisme »⁸⁰⁷.

Cette assertion s'applique notamment aux USA qui font preuve, sur la scène internationale, d'un expansionnisme et d'un impérialisme certains⁸⁰⁸. En effet, les idées élaborées aux Etats-Unis relatives à l'économie, au droit et aux affaires politiques, ont eu une incidence considérable sur l'ensemble du monde durant les cinquante dernières années⁸⁰⁹. Cette idéologie américaine a d'ailleurs été caractérisée de théologie politique aussi bien totalitaire, dogmatique que pseudo-universaliste⁸¹⁰, oscillant entre intérêts particuliers de cette fédération d'Etats et l'intérêt du genre humain. Cet impérialisme américain se manifeste au niveau de la politique juridique extérieure des USA et reste marquée par une réinterprétation unilatérale des normes relatives à l'emploi de la force et plus particulièrement à la légitime défense⁸¹¹ ; par un mépris et une marginalisation du droit international et enfin par le recours à des normes internes américaines pour régir les relations internationales.

⁸⁰⁶ M. HARDT, A. NEGRI, *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 393-413.

⁸⁰⁷ Anders STEPHENSON, *Manifest Destiny: American expansion and the Empire of Right* (Hill and Wang, New-York, 1995).

⁸⁰⁸ Les USA essaient aujourd'hui de réorganiser le monde pour assurer leur impérialisme avec des peuples amis (démocraties occidentales), des peuples alliés (contre le terrorisme) et des peuples vaincus. Pour plus de précisions sur cette question, lire : Anne DEYSINE, *Les États-Unis aujourd'hui. Permanence et changements*, Paris, La Documentation française, 2006, page 182 ; Emmanuel TODD, *Après l'empire : Essai sur la décomposition du système américain*, Gallimard, 2002 ; Fareed ZAKARIA, *L'Empire américain: l'heure du partage*, Saint-Simon, 2009 ; Céline LETEMPLE, « L'Empire en question : origines et développement d'un débat américain contemporain », *Revue LISA/LISA e-journal*, Vol. V - n°3 | 2007.

⁸⁰⁹ Lire à ce propos : L'américanisation du droit, François TERRE (Dir.), *Archives de philosophie du droit*, tome 45, Dalloz, 2001, 399 p.

⁸¹⁰ Carl SCHMITT, *Théologie Politique*, 1922, 1969, p. 117.

⁸¹¹ Notamment celle de l'article 2 § 4 de la Charte des Nations unies dans le sens de l'élargissement du champ du droit à la guerre.

Il faut dire que libérés du contre-pouvoir que formait l'Union soviétique, ayant obtenu une avance technologique et militaire extrême par rapport aux autres acteurs internationaux, les USA n'hésitent pas à agir unilatéralement « *to go it alone* », comme ce fut le cas lors de leur intervention en Irak⁸¹². Dans cet exemple, ne pouvant se prévaloir d'une situation de statu quo en particulier, les Américains n'ont pas hésité à avancer tout un arsenal d'idéologies moralisantes qui avaient évidemment pour corollaire de remplacer le simple appel à un « droit naturel juste » contre « un droit positif injuste » par le devoir, inévitable, de conquérir le pays récalcitrant⁸¹³ et répondre ainsi à l'appel d'un vide de pouvoir qui invitait à la conquête de cet Etat. Une telle attitude introduit, de facto, de nouveaux déséquilibres dans le corps de la société internationale et sape forcément l'entente internationale. Pire encore, elle discrédite « le droit international » tout court et favorise la résurgence des particularismes, dans la mesure où ce droit international est désormais perçu comme le véhicule d'un nouvel impérialisme⁸¹⁴.

Par ailleurs, encouragé par le fait qu'elle demeure la seule superpuissance à l'heure actuelle, les USA n'ont pas manqué de mener une campagne sans précédent contre les Nations Unies⁸¹⁵ et font prévaloir, au demeurant, une fumeuse doctrine de légitime défense préventive (*pre-emptive strikes*)⁸¹⁶ pour justifier leur attitude. Laquelle attitude, au passage, met à mal le système de sécurité collective de la Charte⁸¹⁷. Cette sécurité collective n'avait certes pas été la panacée dans la mesure très réduite où elle avait pu s'exprimer. Mais le système de la Charte avait tant bien que mal fonctionné pendant la cinquantaine d'années de vie de l'Organisation ou avait-il, tout au moins, contribué à éviter le pire. Le démantèlement actuel du système ouvre la voie à une utilisation plus libérale de la force dont on peut craindre les pires effets sur la société internationale. Aujourd'hui, les USA essaient plutôt, par leur attitude, de se soustraire au mieux de toute règle préétablie qui

⁸¹² Sur ce sujet, il existe une bibliographie assez fournie. Lire entre autres : La troisième guerre du Golfe : Analyse politique, stratégique et économique, Réseau Multidisciplinaire d'Études Stratégiques [archive], 2007, L'Harmattan ; *La Guerre à outrance, comment la presse nous a désinformés sur l'Irak*, Alain HERTOEGHE, Calmann-Lévy, 2003 ; *Le Nouvel Empire américain, causes et conséquences pour les États-Unis et pour le monde*, Rodrigue TREMBLAY, L'Harmattan, 2004 ; *Bush s'en va-t'en guerre*, Bob WOODWARD, folio document, mars 2004 ; *Bagdad blog*, Salam Pax, Hachette Littérature, 26 mai 2004 ; *D'une guerre d'Irak à l'autre - Violence et politique au Moyen-Orient 1990-2004*, Gérard CHALIAND, Métailié, 2004, ; *Jessica LYNCH : otage en Irak*, Rick Bragg, Michel Laffont, 2004 ; M. GOZLAN, « La véritable histoire de la guerre en Irak », 25 au 31 octobre 2008, *Marianne*, p. 71 ; Jean-Dominique MERCHET, « Le matériel américain paie le prix cher en Irak », *Libération*, 3 mai 2006.

⁸¹³ Hans J. MORGENTHAU, *Politics Among Nations* (Alfred A. Knopf, New-York, 1948) p. 64.

⁸¹⁴ Claude REVEL et Éric DENECE, *L'autre guerre des États-Unis, les secrets d'une machine de conquête*, Robert Laffont, 2005 ; *L'Amérique en guerre : Irak-Afghanistan*, Gérard CHALIAND, Éditions du Rocher 2007 ; *La troisième guerre du Golfe. Analyse géopolitique, stratégique et économique*, Réseau Multidisciplinaire d'Études Stratégiques, Paris, L'Harmattan, 2007.

⁸¹⁵ Cf. R. PERLE, « Thank God for the Death of the United Nations: Its Abject Failure gave us only Anarchy », *The Guardian*, 21 March 2003, p. 26.

⁸¹⁶ Cf. Robert KOLB, « Self-Defence and Preventive War at the Beginning of the Millenium », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol.59, 2004, p. 111 et s.

⁸¹⁷ Cf. les mots très explicites de T. M. Franck, « What happens now ? The United Nations after Iraq », *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 607 et s.

pourrait les contraindre, au même titre que les autres Etats, à rendre des comptes devant des juridictions internationales ou qui serait contraire à leur volonté. Dans presque tous les domaines de coopération⁸¹⁸, cette fédération d'Etats a refusé de participer ou de ratifier les conventions qu'elle jugeait contraire à ses propres intérêts⁸¹⁹. Ce qui ne peut aller que dans le sens de mettre à mal le droit international.

La logique impériale explique également que le droit des relations internationales américaines est, de plus en plus, un droit interne en rupture avec les principes fondamentaux du droit international. Les exemples ne manquent pas : les lois Helms-Burton (12 mars 1996) et d'Amato-Kennedy (8 août 1996)⁸²⁰, interdisant le commerce avec Cuba, la Libye et l'Iran sous peines de sanctions, l'interdiction s'appliquant aux sociétés quelle que soit leur nationalité ; or ceci constitue une violation du droit international⁸²¹. Le *Military order* du 13 novembre 2001 qui « permet de soumettre les personnes détenues sur la base de Guantanamo à la juridiction des tribunaux militaires d'exception (*Military Commissions*) » dans l'ignorance la plus totale des prescriptions des Conventions de Genève du 12 août 1949 ratifiées par 190 Etats y compris les USA eux-mêmes. L'*American Service-Member's Protection Act* adopté par le Congrès le 24 juillet 2002 qui permet au Président des USA d'utiliser tous les moyens nécessaires et appropriés pour parvenir à la libération de tout membre des forces armées américaines qui serait détenu ou emprisonné par, pour le compte de, ou sur la demande de la CPI⁸²². Quant aux raisons soulevées pour la guerre en Irak (2003), les USA ont justifié leur intervention sur le seul droit américain : d'abord, la licéité de cette guerre repose sur « la loi sur la libération de l'Irak » (*Iraq Liberation Act*) adoptée le 1^{er} octobre

⁸¹⁸ Cela reste valable aussi bien en matière de droit des conflits armés (armes incendiaires, Protocole additionnel I de 1977), de mines antipersonnel (Convention d'Ottawa, 1998), de climat (Protocole de Kyoto, 1997), ou à propos de Cour pénale internationale (Statut de Rome, 1998), sur l'ensemble des grands agendas « civilisateurs de ces dernières décennies.

⁸¹⁹ Le nombre de traités fondamentaux non ratifiés par les USA est dans ce contexte impressionnant et lui aussi parlant. On peut citer entre autres : le PIDESC, les deux protocoles facultatifs relatifs au PIDCP, les protocoles I et II additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 respectivement relatifs à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, la Convention des Nations unies sur le droit de l'enfant, la Convention sur la diversité biologique et son protocole additionnel sur les OGM dit Protocole de Carthagène, le Protocole de Kyoto additionnel à la Convention sur les changements climatiques, le traité interdisant les essais nucléaires, le Statut de la Cour pénale internationale. Récemment, les USA se sont retirés du Protocole additionnel de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires ratifié en 1969 pour protéger les USA contre les jugements de la CIJ qui pourraient entraver le système juridique américain (note : *Le Monde*, édition du 11 mars 2005). Parfois, l'hostilité est allée plus loin, comme dans le cas de la Cour pénale internationale : il y a eu pression pour l'adoption d'une résolution 1422 du Conseil de sécurité, interdisant à la Cour pénale d'enquêter ou de juger, et aux États parties au Statut de livrer des membres militaires de forces internationales d'une opération autorisée ou établie sous les auspices des Nations Unies, quand ces membres viennent d'un État non-partie.

⁸²⁰ Voir CEDIN, Paris X, Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international - À propos des lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy, Montchrestien, Paris, 1998, Conclusions, pp. 321-334.

⁸²¹ Le texte de la loi Helms-Burton est traduit in. *Documents d'actualité internationale n°16 du 15 août 1996*, pp.674 et ss ; le texte de la loi d'Amato-Kennedy est traduit in. *Documents d'actualité internationale n°19 du 1^{er} octobre 1996*, pp.778 et s.

⁸²² Cité par Slim LAGHMANI, *op.cit.*, p.244.

1998. Elle repose ensuite sur l'autorisation par le Congrès des USA du recours à la guerre, même en dehors d'une résolution du Conseil de sécurité, pour défendre la sécurité nationale des USA contre la menace que fait peser sur elle l'Irak⁸²³. Enfin on peut relever également la *Syria Accountability and Lebanese Sovereignty Restoration Act* signée par le président des USA le 12 décembre 2003 et visant à sanctionner la Syrie pour son soutien au terrorisme, son occupation du Liban, son programme d'armes de destruction massive, ses importations illégales de pétrole irakien et son rôle dans les problèmes de sécurité au Moyen-Orient⁸²⁴. Toutes ces sanctions sont devenues effectives par un *Executive Order* du 11 mai 2004⁸²⁵.

Cette hégémonie des USA peut s'expliquer par le fait que, dans plusieurs domaines, la participation de ce pays « est tellement essentielle au bon fonctionnement des régimes conventionnels qu'ils peuvent régulièrement imposer en grande partie leurs conceptions⁸²⁶. Mais, d'après David KENNEDY, elle s'expliquerait également par la division qui règne entre les internationalistes américains. En effet, il explique que les internationalistes américains de droite ont tendance à être formalistes dès qu'il s'agit du respect de la souveraineté américaine et à interpréter strictement les engagements des autres Etats ou des institutions internationales et s'avèrent plutôt très souples lorsqu'il s'agit d'interpréter les restrictions au pouvoir américain exercé à l'étranger⁸²⁷. *A contrario*, ceux de gauche sont plus susceptibles d'exiger le respect des règles formelles lorsqu'il s'agit des obligations américaines et d'être beaucoup moins attentifs au respect des exigences formelles s'agissant des initiatives multilatérales ou émanant d'institutions internationales⁸²⁸. Aujourd'hui encore, le courant dominant aux USA consiste à tout mettre en œuvre pour que la doctrine américaine puisse s'imposer à l'international.

3/- Le droit international comme moyen d'expression pour les exclus du pouvoir et des peuples aspirant à l'affranchissement

On assiste aujourd'hui à un formidable mouvement de réfédalisation du monde, notamment par une mise à l'écart réglée ou en berne des peuples de l'hémisphère sud par les grandes puissances. Cela se fait soit par le biais des grandes sociétés transnationales qui se partagent les richesses dans le « Sud », soit par l'endettement des Etats de l'hémisphère sud au profit des puissances occidentales ; endettement par lequel les premiers abdiquent leur souveraineté au profit des seconds.

⁸²³ *Ibidem*.

⁸²⁴ Voir le texte de la loi in : <http://www.2la.org/lebanon/syriaac2003.htm>

⁸²⁵ http://www.bis.doc.gov/Licensing/SyriaImplementationMay14_04htm

⁸²⁶ G. NOLTE, *Le droit international face au défi américain*, Paris, Pedone, 2005, spéc. P. 7.

⁸²⁷ David KENNEDY, *op.cit.*, p. 65.

⁸²⁸ *Idem*.

Aussi, pour amener les Etats du « Nord » à respecter le principe de droit international relatif au « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », levier de la libération des peuples, de leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, les pays en développement se sont appuyé sur le concept de patrimoine commun de l'humanité comme stratégie d'interprétation de la Charte qui leur soit favorable. Ainsi, à partir des années 60, ils ont, à partir des idéologies de la décolonisation et du développement, donné une « armature » nouvelle à la Charte en fondant ses diverses normes sur le concept de « communauté internationale » et sur l'idée que l'appartenance de tous les Etats à cette communauté crée entre eux une solidarité des « plus riches » vers les « plus pauvres ». Ce qui a eu comme effet de soustraire certaines richesses à l'appétit des Etats les plus puissants, en l'occurrence les richesses du sol, du sous-sol ou encore des fonds marins au-delà des juridictions nationales.

Il faut reconnaître que la seule promesse faite aux « peuples colonisés » concernant leur participation à la vie publique internationale, sur le fondement du droit des minorités et celui de l'autodétermination, ne suffit plus. Le droit international est devenu, pour ces peuples minoritaires, une plate-forme pour qu'à l'encontre des peuples et Etats dominants, les moins en vue et les plus « faibles » puissent exprimer leurs plaintes en matière de violences, d'injustice et de misère sociale. D'ailleurs à ce propos, des universitaires tels que Tony ANGHIE, Makau MUTUA, James GATHII et bien d'autres ont initié des travaux s'agissant de la ré-imagination du droit international et le Tiers Monde⁸²⁹. Toujours à ce même propos, Claude LEVI-STRAUSS soutenait que « *l'universalisme juridique permet de masquer l'ethnocentrisme et le colonialisme occidentaux* »⁸³⁰. Il s'agit assurément d'une contestation des valeurs occidentales dont le système reste fondé sur la morale judéo-chrétienne et qui est remise en cause par les Etats nouveaux⁸³¹. Cette remise en cause marque en même temps l'apparition de forces politico-religieuses sur la scène internationale ainsi que le

⁸²⁹ Les participants à ces travaux ont leur attache à la faculté des Sciences orientales et des Etudes africaines SOAS, *School of Oriental and African Studies* et les facultés affiliées de l'Université de Londres. Pour des recherches plus approfondies sur les Approches du Tiers Monde en droit international, voir : ANGHIE (A), « Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of the International Law », *Social and Legal Studies*, 1996, p. 321, « Finding the peripheries : Sovereignty and Colonialism in Nineteenth Century International Law », *Harvard International Law Journal*, 1999, p.1 ; ANGHIE (A), « Colonialism and the Birth of International Institutions : Sovereignty, Economy and the Mandate System of the League Of Nations », *New York University Journal of International Law and Policy*, 2002, p. 513; ANGHIE (A), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005; BAXI (U), « The War On terror Ad The War of Terror »: Nomadic Attitudes, Aggressive Incumbents And « The new International Law », Prefatory Remarks On Two Wars », *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 7; CHIMNI (B), « International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making », 15 (2004) *European Journal of International Law* 1; GATHII (J), « International Law and Eurocentricity », 9 (1998) *European Journal of Law*, 184; GATHII (J), « Neoliberalism, Colonialism and International Governance », *Decentering the International Law of Governmental Legitimacy*, « Michigan Law Review », 2000, p. 1996.

⁸³⁰ Claude Lévi-Strauss : *Tristes tropiques*, 1955.

⁸³¹ Voir sur cet aspect, Dominique CARREAU, *Droit international*, 10^e éd., Pedone, 2009, pp. 44 et s.

départ d'une bataille d'influence philosophique et religieuse⁸³². Cette dernière est notamment basée sur la lutte contre les mécanismes qui reproduisent les inégalités et les hiérarchies d'influence, de richesse et de connaissance.

Les Etats les plus faibles, en l'occurrence les pays du « Tiers-monde », trouvent désormais dans le droit international un outil qui pourrait leur permettre de faire valoir leur idéologie et protéger leurs intérêts sur le plan international, face aux « Grandes puissances » occidentales ou encore à l'éveil des Etats asiatiques. C'est la raison laquelle ces Etats militent aujourd'hui en faveur d'un droit international réformateur, réducteur d'inégalités, qui leur accorde des privilèges et qui impose des obligations correspondantes à ceux des pays riches.

D'ailleurs dans son dernier ouvrage consacré au système juridique international⁸³³, John RAWLS développe une vision typiquement occidentale dans laquelle la Société internationale se subdiviserait en trois grands groupes : les bons ou encore les peuples libéraux, les acceptables ou peuples « décents » qui sont sur une voie de libéralisme, et enfin, les méchants c'est-à-dire tous les autres Etats, à des degrés divers, qui sont considérés comme « hors la loi » ou accablés du fait de leurs conditions défavorables. Selon un schéma classique, les Etats de la première catégorie ont l'obligation d'assistance vis-à-vis de ceux de la deuxième et surtout de la troisième catégorie. Mais à ce qui semble, ce devoir d'assistance ressemble de plus en plus à un droit « d'ingérence humanitaire » qui éclipse tous les principes de justice et d'auto-détermination reconnus à ces Etats. Si l'on s'en tient au seul exemple de la conclusion des contrats internationaux, on s'aperçoit qu'il n'existe plus ni liberté, ni indépendance des peuples.

C'est donc le lieu ici de revendiquer à nouveau le rôle de l'Etat souverain afin de réintroduire dans la société internationale l'espace indispensable dans lequel s'exercent la démocratie et les droits de l'homme, outils indispensables pour mener, dans le respect de l'équilibre des forces, la production de médiations nécessaires au bon fonctionnement de la société internationale. La nouvelle politique développée à l'internationale devra être axée autour d'une « *diversité institutionnelle* » basée sur la protection par une souveraineté réhabilitée au sein des pays du Sud. Il s'agit d'un impératif donnant un privilège au droit et non à la force comme moyen de régulation sociale. Longtemps tenus à l'écart des affaires du monde, les pays du Tiers Monde devenus, entre temps, pays en voie de développement, portent un intérêt particulier à l'évolution du droit international, notamment dans son mouvement de codification. Il s'agit, en effet pour eux, d'un outil permettant de soumettre les

⁸³² Notamment en ce qui concerne l'islam, l'hindouisme et le bouddhisme qui étaient restés jusque-là sans véritable influence sur le plan international.

⁸³³ John RAWLS, *The Law of Peoples, with « The Idea of Public Reason Revisited »*, Cambridge (Mass.), 1999, Harvard University Press.

Pays riches et leurs sociétés multinationales, à une réglementation internationale dans tous les secteurs où la puissance semble tirer avantage de la liberté.

Toutefois, qu'on choisisse de préserver les rapports étatiques sous la forme des Etats souverains ou sous celle des Etats coopératifs, il semble évident que la situation est loin d'être réglée. La compétition économique, politique et culturelle avec ses multiples aspects favorise de profondes luttes qu'il sera bien difficile d'absorber dans la politique internationale. Tous les efforts politiques fournis par chacun des Etats sur la scène internationale finissent par déboucher sur une influence distributive des idées et des affiliations politiques à l'intérieur du droit international.

§ 2 : Le droit international en tant que « constellation politiques de pouvoirs » au niveau international

Un regard sur le système juridique international contemporain pourrait faire croire que ce dernier semble menacé de disparition non seulement en raison de ses dysfonctionnements internes⁸³⁴ mais aussi en raison du contexte international de déstabilisation post-guerre froide qui favorise la concurrence que viennent lui faire, sur son propre terrain, des visions nationales et culturelles qui revendiquent des modèles plus valides⁸³⁵. Or, le droit international ne se conçoit que comme résultante momentanée et irréaliste de constellations politiques de pouvoirs⁸³⁶. Certes, le renforcement de la « primauté du droit » sur les choix économiques et politiques pourrait être en *soi* une stratégie de développement, mais le régime juridique international ne saurait se substituer à ces choix. De par son caractère universel, son indépendance face aux différentes formes d'organisations étatiques et surtout, du fait qu'il soit un droit essentiellement coutumier, le droit international a toujours été ouvert à des considérations diverses, notamment politiques (A). Cette perméabilité du droit international aux concepts politiques en fait également un terrain propice à des luttes socio-culturelles, éthiques ou morales voire idéologiques (B).

A/- LA PERMEABILITE DU DROIT INTERNATIONAL A LA POLITIQUE

David KENNEDY faisait remarquer que les internationalistes pouvaient « *se complaire dans le rôle de serviteur du pouvoir politique, d'observateur du pouvoir, de chroniqueur de la vie politique, ou même de critique impuissant du pouvoir, et ne pas apprécier de se retrouver dans le rôle de*

⁸³⁴ Ces dysfonctionnements sont notamment causés par la fragmentation du droit international issue de la multiplication des régimes juridiques autonomes et spécialisés d'une part, et de la prolifération des juridictions internationales à l'origine de conflits de lois et de juridictions d'autre part.

⁸³⁵ M. KOSKENNIEMI, "International Legislation Today: Limits and Possibilities", *Wisconsin International Law Journal*, 23, avril, 2005, p. 61.

⁸³⁶ Cf. A.V. LUNDSTEDT, *Superstition and Rationality in Action for Peace*, Londres, 1925; G.F. KENNAN, *American Diplomacy, 1900-1950*, Chicago, 1951; P. E. CORBETT, *Law and Society in the Relations of States*, New York, 1951; A. TRUYOL y SERRA, "Cours general de droit international public", *RCADI*, vol. 173, 1981-IV, p. 105 et s.

meneur »⁸³⁷. Sauf que, au fil du temps, l'impression qui se dégage est celle d'un monde qui est gouverné par le droit. Comment accepter alors l'idée que les juristes internationalistes se poseraient en simples observateurs ou serviteurs du pouvoir politique ? Répondre par l'affirmative reviendrait à dire que le droit international est avant tout une discipline perméable à la *politique*⁸³⁸. En parlant ici de Politique, on pense à la « politique internationale », celle qui renvoie aux stratégies des différents acteurs publics et privés (économiques, sociaux, et scientifiques) et qui est généralement associée aux délibérations publiques. L'influence politique se fait sentir de deux manières : d'un côté on a des visées politiques qui interpénètrent le droit (1) ; de l'autre, l'objet propre du droit international peut également s'analyser sous un angle politique (2).

1/- L'ouverture du droit international à la pénétration des visées politiques

Le droit international étant « l'ensemble des normes juridiques qui règlent les relations internationales »⁸³⁹, il constitue donc tout à la fois un « ordre normatif » et un « facteur d'organisation sociale »⁸⁴⁰. A cet effet, de la qualité des normes qui le composent va dépendre, dans une large mesure, « la capacité de l'ordre juridique international à atteindre les objectifs en vue desquels il a été constitué »⁸⁴¹. Or dans un contexte de relations inter-étatiques, la politique tient une place prépondérante car elle débouche, le plus souvent, sur une lutte visant à imposer ou maintenir une conception et une réalité de l'organisation sociale de la répartition et de la finalité du pouvoir dans la société. Le contexte actuel de la mondialisation des relations internationales n'est pas de nature à limiter les velléités de l'imposition de l'idéologie des Etats les plus puissants sur le plan mondial.

Ainsi, l'ouverture du droit international à la pénétration des visées politiques fait que ce dernier est inévitablement composé d'une multiplicité de visions particulières, nationales, régionales, institutionnelles ou même individuelles, d'autant plus qu'il n'existe pas de culture juridique mondiale⁸⁴². Ce faisant, si les différences de culture juridique prônées par les Etats au niveau international peuvent amener les juges à créer des passerelles entre elles et à appréhender le

⁸³⁷ David KENNEDY, *Nouvelles approches du droit international*, Collection CERDIN, DOCTRINE(S), Ed. A. Pedone, 2009, p. 64.

⁸³⁸ E. GIRAUD, « De la valeur et des rapports des notions de droit et de politique dans l'ordre international », *RGDIP*, vol. 29, 1922, p. 473 et s. ; Ch. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur la notion du politique en droit international public et privé », *Mélanges T. PERASSI*, vol. I. Milan, 1957, p. 401 et s. Q. WRIGHT, « Law and Politics in the World Community », *Mélanges H. KELSEN (Law and Politics in the World Community)*, Berkeley / Los Angeles, 1953, p. 3 et s. W. LEVI, « International Law and Politics », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 73, 1995, p. 125 et s.

⁸³⁹ P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, 2e éd., Genève, 1967, p.1.

⁸⁴⁰ C. ROUSSEAU, *Droit International Public*, Sirey, Paris, 1970, pp. 25-26.

⁸⁴¹ P. WEILL, « Vers une normalité relative en droit international », in *RGDI*, 1982, p. 7.

⁸⁴² La vision d'une culture mondiale et cosmopolite reste encore à ce jour irréalisable.

problème général de l'interprétation des normes⁸⁴³, il va sans dire que ces contextes historiques et culturels sont parfois utilisés pour conforter des antagonismes et des interprétations diamétralement opposés du droit international qu'elles suscitent, du fait de leur vision nationalistes voire impérialistes du droit international. Ce qui va parfois jusqu'à affecter, par une indétermination profonde, les règles secondaires du système international ou ses principes fondamentaux. Ainsi donc, l'individualisation de la règle internationale permet à chaque Etat de faire entrer ses propres considérations politiques dans la réalisation du droit international comme le montre les quelques cas suivants.

D'abord, on peut clairement analyser l'existence d'une « politique normative mondiale » à travers les normes prônées par l'OIT⁸⁴⁴. En effet, l'intégralité, l'éthique, la protection et le bien-être des travailleurs sont des notions qui sont désormais prises en compte dans le droit international du travail, notamment dans la détermination normative du groupe de travail sur les normes au sein de cette institution mondiale. Il en découle des changements certains dans la manière dont sont prises les décisions car, désormais, les travaux des différents groupes remontent au niveau le plus élevé avant de finir sur la table des instances politiques à l'échelle des Gouvernements⁸⁴⁵. Dans le contexte de la mondialisation actuelle de l'économie, les normes internationales du travail prennent beaucoup d'importance et requièrent désormais un besoin de consensus, de cohérence et nécessitent des méthodes harmonisées d'application et de contrôle⁸⁴⁶. Or, il faudrait avoir en tête que les normes ainsi prônées au sein de l'OIT ont avant tout un « esprit politique » car ils véhiculent une certaine vision des Etats en ce sens que les normes internationales du travail se développent pour constituer un système global d'instruments relatifs au travail et à la politique sociale. Ces instruments se déclinent, le plus souvent, en Déclarations relatives aux principes et droits fondamentaux au travail⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Voir pour une réflexion très approfondie sur la contextualisation, O. KURHONEN, *International Law Situated : An analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community*, La Haye/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.

⁸⁴⁴ Les normes du travail régissent la manière dont les travailleurs sont traités. L'expression recouvre des questions très diverses, qui vont du travail des enfants et du travail forcé au droit de créer des syndicats et de faire grève, en passant par le salaire minimum, les questions sanitaires et de sécurité au travail et les horaires de travail.

⁸⁴⁵ Le Rapport de la Commission d'Experts pour l'application des conventions et recommandations 2009- Isbn 978-92-2-220634-6- donne une vision très claire de cet ensemble normatif et précise qu'au titre des articles 22 et 35 de la Constitution de l'OIT 2517 rapports ont été demandés aux Etats membres à propos de leur application avec un taux de réponse de 70% au titre de l'année 2008.

⁸⁴⁶ Lire pour plus de détails : *Un travail décent-Bureau International du Travail- Rapport du Directeur Général - Conférence Internationale du Travail - 87^{ème} session 1999-* Isbn -92-2-210804-3 ; *Les Règles du Jeu- Une brève introduction aux normes internationales du travail, Bureau International du travail-2005-* Isbn 92-2-216648-5 ; J.M. SERVAIS – *Politique du travail décent et mondialisation : réflexions sur une approche juridique renouvelée, Revue Internationale du Travail-* 2004\1-2 ; *Déclaration de l'OIT relative aux Principes et Droits Fondamentaux au Travail et son suivi, adoptée par la Conférence Internationale du Travail à sa 96^{ème} session 8 Juin 1998-*Isbn 92-2-210829-9.

⁸⁴⁷ Il s'agit notamment de : La convention 29 et la convention 105 pour la suppression du travail forcé ; La convention 87 sur la protection du droit syndical ; la convention 98 sur le droit d'association et la négociation collective ; la convention

Ensuite, le droit international reste très influencé par les modèles juridiques et politiques nationaux, les plus en vue sur la scène internationale. C'est ainsi que, pour le cas de la France par exemple, Prosper WEIL identifiait, dans les *Mélanges Louis TROTABAS*, trois domaines dans lesquelles le droit international s'était inspiré du droit administratif français, à savoir : « le droit des communautés européennes, le droit de la fonction publique internationale et le contentieux des tribunaux administratifs internationaux »⁸⁴⁸. Comme l'exprimait Frédérique COULEE, « la France était [donc] parvenue à exporter une partie de son droit public et à l'enraciner dans un contexte international, fût-il sectoriel ou régional »⁸⁴⁹. Mais, de plus en plus, lorsqu'on s'interroge sur « l'influence exercée par les droits nationaux sur le droit international, on s'intéresse désormais plus communément à l'influence des grandes traditions juridiques romano-germaniques et de *common law*, qu'à l'influence spécifiquement exercée par tel droit national »⁸⁵⁰. C'est la raison pour laquelle il faudrait appréhender l'influence française dans son contexte actuel, marqué par l'avènement de l'Union européenne, la mondialisation, le libéralisme économique ainsi que la suprématie « vacillante » des USA sur le plan international. Dans un tel contexte, il faut reconnaître que plusieurs critères permettent d'accorder une place de choix à l'Etat français dans le concert des Nations : sa société civile occupe une très grande place dans la vie internationale tout comme ses ONG sont très impliquées dans les négociations internationales⁸⁵¹.

Au-delà de ces mouvements, l'influence française s'exerce également au travers de la langue⁸⁵², la culture juridique⁸⁵³ et de son réseau consulaire et diplomatique, le plus étoffé au monde, juste derrière celui des Etats-Unis⁸⁵⁴. La France peut également compter sur son siège permanent au Conseil de sécurité de l'ONU avec comme corollaire son droit de *veto* ainsi que son statut d'Etat détenteur de l'arme nucléaire pour continuer d'exercer une influence sur les affaires du monde. Ainsi, s'il est clair qu'à ce jour l'Etat français parvient encore à exporter un modèle inspiré de son

100 sur l'égalité de rémunération ; la convention 111 sur l'élimination des discriminations ; la convention 138 qui fixe l'âge minimum d'entrée dans l'emploi pour lutter contre le travail des enfants ; la convention 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants.

⁸⁴⁸ Prosper WEIL, « Droit international public et droit administratif », *Mélanges offerts à Louis Trotabas*, LGDJ, Paris, 1970, pp. 511-528. Sur l'inspiration française du droit de la fonction publique internationale et la juridiction administrative internationale à leurs origines, Suzanne BASDEVANT, *Les fonctionnaires internationaux*, Sirey, Paris, 1931, III et 331 np., p. 91., p.96, p. 273. Voir aussi Alain PELLET et David RUZIE, *Les fonctionnaires internationaux*, P.U.F., *Que sais-je ?*, n° 2762, 1993, 127p.

⁸⁴⁹ Frédérique COULEE, *L'influence française sur le droit international*, in *droit international et diversité des cultures juridiques*, SFDI, Journées franco-allemandes, Ed. A Pedone, p. 9.

⁸⁵⁰ *Idem*.

⁸⁵¹ Cf. Le Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale et la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle.

⁸⁵² Une Institution comme l'Alliance Française ou encore l'OMF jouent un rôle important pour faire connaître la France et le français à l'étranger et traduisent et/ou exercent une certaine volonté politique de l'Etat français.

⁸⁵³ Le phénomène est particulièrement visible en ce qui concerne les principes généraux du droit qui restent très imprégnés de cette culture.

⁸⁵⁴ Source : Site internet du Ministère des affaires étrangères français : www.diplomatie.gouv.fr

droit interne sur la scène internationale, cette exportation rencontre de réelles difficultés car désormais soumis à l'approbation des autres puissances étatiques à l'échelle internationale, notamment les Etats-Unis d'Amérique⁸⁵⁵. Le modèle juridique américain est, à ce jour, le plus exporté sur la scène internationale comme le démontre l'exemple du rapport *Doing Business* de la Banque mondiale qui publie depuis 2004, une fois par an, l'information relative aux entreprises de tous les coins de la Terre et qui utilise une méthodologie élaborée par des universitaires américains appartenant à l'école de la *Law and Finance*⁸⁵⁶. De manière générale, ce rapport critique le modèle économique du droit français, jugé trop interventionniste, en opposition à celui de la *common law*⁸⁵⁷. Ici encore, l'information est destinée à mieux orienter, voire encadrer l'action des politiques dans le domaine économique.

Le monde des juristes internationaux est donc devenu un « monde d'experts » au service du « prince », le conseiller, l'informant, appliquant et interprétant ses décisions pour le public. A l'évidence, pendant que le scientifique ou le sondeur interprètent les *faits* pour le *politicien*, le juriste traduit les décisions politiques en faits et en normes applicables sur le terrain. Ce sont encore eux qui font l'analyse des *concepts* dans leur contexte et qui en analysent les *conséquences* possibles ou probables comme c'est le cas actuellement avec le phénomène de fragmentation que d'aucuns considèrent plutôt comme un contexte d'intégration. Il en résulte que la juridicité s'est accru en extension et en profondeur pour épouser toutes les formes et toutes les fonctions des relations politiques, économiques et sociales que l'on veut entretenir parce qu'elles sont indispensables à la réussite des projets d'action concertée⁸⁵⁸. Toutes choses qui contribueraient à soutenir la thèse selon laquelle le caractère politique du droit international serait présent au sein de son « objet propre ».

2/- Le caractère politique du droit international à travers son « objet propre »

Des liens étroits ont toujours existé entre les disciplines juridiques classiques et les projets politiques. Certes, le droit international a beaucoup évolué passant d'un droit issu de la volonté d'Etats souverains à un droit s'imposant du fait des intérêts généraux à l'ensemble de la communauté internationale. De nos jours, « le droit international se caractérise par le fait de régler et de légitimer, d'une part, la volonté de coopération (accord normatif), d'autre part, la nécessité de coopération entre les Etats (obligation de réguler les intérêts généraux des Etats dans leur

⁸⁵⁵ David GINOCCHI, Dorian GUINARD, Sarah-Marie MAFESSOLI, Sébastien ROBBE (Collectif), *Les Modèles juridiques français et américains : influences réciproques*, L'Harmattan, Presses Universitaires de Sceaux, 2009, 125p.

⁸⁵⁶ La *Law and Finance* développe un concept mettant le droit au centre de toute stratégie de développement économique. Pour plus d'explications, lire l'ouvrage de l'Association Henri CAPITAN, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, vol. 1, Société de législation comparée, 2006, pp. 14-16.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 23-25.

⁸⁵⁸ Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », *Pour un Droit Pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François PERRIN*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Genève, 2002, pp. 135-165.

ensemble)». Ce qui en fait un « droit politique de par son objet propre puisque les disciplines juridiques ont été étirées dans toutes les directions au gré des modes politiques et idéologiques qui se sont rapidement imposés dans la Société internationale.

En effet, le droit international concerne les rapports publics entre les nations ou plutôt comme le disait Montesquieu, « la loi politique des nations considérées dans le rapport qu'elles ont les unes avec les autres »⁸⁵⁹. Dès lors, le DIP est la politique étrangère et par extension la politique internationale. A ce propos, la majorité des Constitutions nationales ont prévu l'acceptation des « droits venus d'ailleurs » dans leur propre ordre juridique. C'est le cas par exemple de la Constitution française de 1958 dont l'article 55 stipule que les traités l'emportent sur la loi interne, à condition qu'ils aient été naturellement ratifiés, au préalable, par la France. Ce fut le cas, par exemple, en matière de justice pénale internationale ou encore en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cas du droit communautaire, les traités européens n'ayant pas prévus des indications de hiérarchie entre les normes communautaires et les normes nationales, c'est par un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes que la primauté du droit communautaire sur le droit national a été instaurée⁸⁶⁰.

Sur un tout autre plan, en l'absence d'un pouvoir central unitaire et souverain, le politique au niveau international est répartie de façon plurielle entre les différents groupes composant la société globale. Chacun de ses groupes détenant, dans son domaine particulier, une autorité propre, instituant des rapports de commandement et d'obéissance plutôt que de soumission⁸⁶¹. Le droit international équivaut donc parfois à un « assemblage de notions et de doctrines différentes » faisant prévaloir des formules vagues ou dilatoires et laissant des marges de manœuvre aux Etats dans la conduite de leur politique extérieure. Chaque Etat essayant d'intégrer au maximum dans la culture juridique internationale, des éléments de sa culture nationale tirés des idées et des valeurs fondamentales relevant des différents systèmes de normes empreintes du caractère religieux, de l'éthique et des mœurs en vigueur sur son territoire. Comme l'a si bien souligné le Doyen CARBONNIER : « *La crux juris du droit naturel en général, ce n'est pas tellement qu'il n'en existe pas, c'est qu'il en existe plus d'un. Le péril que nous courons tous est de transcender nos préjugés en droit naturel* »⁸⁶².

⁸⁵⁹ De l'Esprit des lois, livre X, chap. I.

⁸⁶⁰ CJCE, arrêt *Costa c/ENEL*, 15 juillet 1964. Pour la Cour, l'intégration de plein droit de la norme communautaire dans l'ordre interne d'une part, son application directe aux ressortissants des Etats membres d'autre part, seraient inefficaces si un Etat pouvait s'y soustraire par un acte opposable aux textes communautaires.

⁸⁶¹ Raymond VERDIER, Une approche ethno-anthropologique du juridique, in *Regards sur le droit : Du côté des sociologues*, François TERRE (Dir.), Académie des sciences morales politiques, Dalloz, 2010, p. 201.

⁸⁶² Jean CARBONNIER, La monnaie en quête de son droit, 1978, in *Flexible Droit*, 2004, P. 409.

De même, on peut défendre l'idée selon laquelle la décision d'un expert juridique est « politique » dans la mesure où les conséquences de cette décision peuvent être associées à des positions idéologiques. Ainsi, l'affirmation selon laquelle les experts en droit, notamment en droit international, peuvent favoriser l'émergence de tel ou tel autre domaine d'activités se vérifie clairement. Dans le domaine du travail, par exemple, le problème qui se posera à l'internationaliste sera le manque de capacité de gouvernance ou encore un besoin de normes et d'institutions pour assurer le respect de la politique dans ce domaine. Dès lors, la politique internationale du travail consistera en un ensemble de normes internationales, de standards et de mécanismes d'application et de respect de ceux-ci. Mais face au politique, le rôle des juristes ne se limite pas à cette mise en forme des visées politiques ; ils ont également à leur charge de juger du rôle de la vie politique dans l'élaboration d'un Etat de droit. C'est d'ailleurs à partir de ce dernier rôle que le juriste internationaliste garde une marge de liberté par rapport aux intérêts et à l'idéologie politique qui guident son raisonnement.

Par ailleurs, l'accélération de l'interdépendance, effet immédiat du processus de mondialisation, a renforcé la perspective de nouveaux conflits entre traités internationaux car des accords de libéralisation commerciale se heurtent à des normes internationales instituées pour garantir des objectifs à caractère social. Il faut dire que le développement des relations économiques internationales et le besoin d'échapper au monopole tyrannique des droits nationaux étatiques ont fini par conduire la pratique à imaginer de soumettre à des règles non étatiques les relations entre les Etats et les particuliers ou encore celles entre simples particuliers⁸⁶³. Aujourd'hui, « le commerce international, la finance internationale, les communications internationales, *tous* sont essentiels pour la survie des Etats et *tous* requièrent un système juridique capable d'être un cadre stable au sein duquel ils peuvent fonctionner⁸⁶⁴. D'ailleurs, James BRIERLY a écrit à ce propos que « *ce que le droit international essaie de faire est de définir ou de délimiter les différentes sphères au sein desquelles chaque Etat, qui divise le monde pour des objectifs politiques, peut exercer son autorité.*⁸⁶⁵ » Cette justification semble toujours valable de nos jours vu que les formes et les processus formels sont encore nécessaires pour régler les conflits d'interprétation de façon pacifique. Ainsi donc, la mondialisation est venue, en quelque sorte, bouleverser la pratique dans laquelle s'était toujours développé le droit international.

Enfin, force est de reconnaître que l'ancien adage latin « *ubi societas ibi jus* » se vérifie encore de nos jours car toute « société », quelle qu'elle soit, est appelée à produire du « droit » afin de régir les

⁸⁶³ Paul REUTER, *Droit International Public*, P.U.F., Thémis, 7e éd., 1993, p. 45.

⁸⁶⁴ Sir A. Watts, « The Importance of International Law », in M. Byers (dir.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 7.

⁸⁶⁵ J. BRIERLY, *The Outlook for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1944, p.3.

relations entre ses membres mais aussi hiérarchiser les éventuels intérêts opposés en établissant des coopérations censées protéger les intérêts collectifs. La conséquence logique de tout cela est que le droit international s'adapte à un milieu social en perpétuel changement avec comme caractéristiques une société internationale universelle, hétérogène, fragmentée, mondialisée et contenant des risques globaux. Le droit est, de ce fait, indissociable des caractères du groupe social dans lequel il est né et qu'il régit dans la mesure où il s'agit d'un produit social. Mais comme toute société est appelée à évoluer, les relations entre différents acteurs se modifient et créent des structures différentes des précédentes dans lesquelles s'affrontaient les intérêts de ces acteurs. Si on peut effectivement affirmer le caractère historique de n'importe quel ordre juridique, cette affirmation est encore plus justifiée en droit international puisque ce dernier, « *plus que toute autre branche du droit, est inséparable de son histoire parce qu'il est un droit essentiellement évolutif.* »⁸⁶⁶

Par conséquent, selon Charles Rousseau, une connaissance rigoureuse de l'histoire est indispensable pour comprendre le droit international⁸⁶⁷. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée par deux autres : d'une part le droit maintient une continuité temporelle (même si le droit international est intimement lié à l'histoire de la société internationale) et, d'autre part, la liaison du droit avec l'histoire de la communauté internationale n'implique pas nécessairement que les périodes de l'histoire et du droit coïncident. Ce qui amène à l'analyse de la lutte des systèmes socio-culturels comme l'un des éléments indispensable à la détermination de normes internationales.

B/- LE DROIT INTERNATIONAL COMME PRODUIT DE LA LUTTE DES SYSTEMES SOCIO-CULTURELS ET IDEOLOGIQUES

« *L'universel juridique est un leurre. Aussi le juriste, orphelin de transcendance, doit-il prendre le parti de la diversité dans le droit* »⁸⁶⁸, disait Pierre LEGRAND. On retrouve ici, sur le versant juridique, les problèmes soulevés par le respect de la diversité culturelle et le souci de préserver un réel pluralisme. La complexité dans le domaine culturel tient du fait que l'enchevêtrement des enjeux économiques, politiques, éthiques est, cette fois, encore bien plus complexe que dans d'autres domaines car, selon René-Jean DUPUY, « *le droit des gens est né pour mettre en contact des collectivités de cultures différentes* »⁸⁶⁹. Il est « *un produit de civilisation dont les fluctuations ne font que traduire les mouvements de l'histoire* »⁸⁷⁰. Si la collision des systèmes socio-culturels n'est pas un fait nouveau en droit international, celle-ci est rendue beaucoup plus complexe par les

⁸⁶⁶ P. DAILIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, 7^{ème} édition, p.41.

⁸⁶⁷ Charles ROUSSEAU, *Droit international. Public.*, vol. I, Paris Dalloz, 1970, p.16.

⁸⁶⁸ Pierre LEGRAND, L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité), *Archives de philosophie du droit*, tome 45 (2001), Dalloz, p. 37.

⁸⁶⁹ René-Jean DUPUY, *op.cit.*, p. 237.

⁸⁷⁰ *Idem.*

mutations de la communauté internationale et l'émergence en son sein de divers systèmes socio-culturels (1). Ces dernières essaient, chacune avec l'aura qui est la sienne, de dominer le droit international en lui donnant ses valeurs essentielles et ses finalités historiques. Il en découle une idéologie propre (2) ainsi qu'une influence des principes moraux et éthiques (3).

1)- Le droit international : objet de luttes socio-culturelles

Le droit international est devenu le « produit » d'une société multiculturelle car désormais soumis à l'ensemble des cultures de ses divers acteurs. En prenant appui sur quelques événements ayant émaillé le développement de la société internationale⁸⁷¹, on se rend compte que les affaires internationales sont désormais menées en de termes culturels⁸⁷². Il s'agit là, d'une acceptation généralisée de nouvelles valeurs au sein de la communauté internationale. Cette dernière, culturellement démobilisée, et le « monde occidental », faisant l'objet d'une union artificielle, vont de plus en plus faire face à de grandes difficultés à « gouverner », vu que cette « gouvernance » nécessite désormais une implication forte dans les luttes entre groupes et sociétés ayant des cultures juridiques différentes⁸⁷³. A travers l'expression culture juridique, il faut bien évidemment entendre « les valeurs et les attitudes qui lient le système dans un ensemble, et qui détermine la place du système juridique dans la société considérée comme un tout »⁸⁷⁴.

En effet, il y a, dans la communauté internationale d'aujourd'hui, une contradiction fondamentale qui prend naissance, d'une part, dans l'interdépendance entre ses membres du fait de son intégration matérielle et, d'autre part, la nécessité de la prise en compte du fractionnement socio-culturel de ses membres due aux disparités diverses, notamment dans leur niveau de développement. Ce qui fait naître un affrontement idéologique entre principaux acteurs influents de la communauté internationale et, du même coup, un affrontement culturel sous lequel seules les cultures politiques les plus avancées peuvent survivre et s'imposer. La lutte culturelle entre différents Etats vient de la contradiction des valeurs fondamentales chez différents peuples ou communautés qui forment la société des Nations. Parmi ces valeurs, la religion et la culture figurent en bonne place.

Il faut rappeler qu'à l'origine, le monde n'était fait qu'autour de la culture religieuse qui ne consacrait que les pays occidentaux comme acteurs internationaux à l'exception de nouvelles nations considérés comme « européisés », Américains ou Japonais. Aujourd'hui, d'autres systèmes socio-culturels non occidentalisés se sont hissés au-devant de la scène provoquant ainsi ce qu'il

⁸⁷¹ C'est le cas de la révolution industrielle ; de la révolution bolchévique ; de la décolonisation ; de la guerre froide ou du réveil des peuples colonisés, etc.

⁸⁷² Alain TOURAINÉ, *Un nouveau paradigme. Pour comprendre le monde d'aujourd'hui*, Fayard, 2005, 365 p.

⁸⁷³ René-Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international*, *op.cit.*, pp. 238 et s.

⁸⁷⁴ D'après la définition du *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, A. J. ARNAU, (dir.), 2^{ème} ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 141.

convient de qualifier d'entremêlement de systèmes socio-culturels qui constitue l'un des contingents du droit international contemporain. De ce fait, la communauté internationale est devenue un enjeu d'affrontement dont elle est le siège et le droit international qu'elle secrète est inévitablement marqué de signes contradictoires qui expriment ces jeux de forces opposées⁸⁷⁵.

Ce phénomène est clairement décrit par Emmanuelle JOUANNET dans son exposé sur les « *visions françaises et américaines du droit international : cultures juridiques du droit international* »⁸⁷⁶. L'auteure y décrit un clivage franco-américain sur le droit international basé sur la propre culture juridique des deux nations et leurs visions culturelles, lesquelles, sans pour autant toujours être diamétralement opposées, n'en débouchent pas moins souvent sur des confrontations⁸⁷⁷, des antagonismes⁸⁷⁸ et des interprétations diverses⁸⁷⁹. Dans le fond, le droit international ne prend pas toujours le même sens pour le Français que pour l'Américain car « les représentations actuelles du droit en France et aux Etats-Unis s'enracinent, en effet, dans leur histoire, leurs cultures générales, leurs religions et leurs morales profondes, et sont confortées par les grandes orientations philosophiques qui se sont historiquement constituées de part et d'autre de l'Atlantique, empirisme et rationalisme »⁸⁸⁰. Ainsi, alors que les Français développent une vision plutôt légaliste, systématique et formaliste du droit international axée sur le respect des règles existantes telles qu'établies suivant les procédures formelles prévues à cet effet, les Américains développent une vision plus pragmatique et réaliste portant sur le souci d'apprécier la validité et l'utilité des normes

⁸⁷⁵ René Jean DUPUY, L'Avenir du droit international dans un monde multiculturel, *Académie de droit international de la Haye*, 1984, pp. 447-467.

⁸⁷⁶ Le texte a été publié en anglais sous le titre : « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures an International Law », in *le Maine Law Review*, vol 58, n°2, pp. 291-336. L'ensemble de ce numéro de *Maine Law Review* est d'ailleurs consacré entièrement aux relations franco-américaines.

⁸⁷⁷ Un exemple fut donné entre l'ancien Premier ministre français Dominique de VILLEPIN et l'ancien vice-président américain Colin POWELL, au conseil de sécurité quand il s'est agi de se prononcer sur la seconde intervention militaire en Irak.

⁸⁷⁸ On peut citer l'exemple récent de l'adoption en 2005 de la Convention sur la protection de la diversité culturelle dans le cadre de l'UNESCO que l'ambassadeur américain auprès de l'institution avait qualifié de « Bad idea » alors que dans le même temps, le Président de la République française s'en faisait le porte-parole le plus actif. Cité par H. RUIZ-FABRI, « Is the nature of International Legal System Changing? – A Reply », *Australian Review Of International and European Law*, 8, 2003, p. 179.

⁸⁷⁹ Le risque encouru ici est celui de l'existence d'une vision nationaliste et/ou impérialiste du droit international affectant profondément les règles secondaires et les principes fondamentaux du droit international ; ce qui peut déstabiliser complètement le système entier. Lire à ce propos : A. APPADURAI, *Après la colonisation. Les conséquences culturelles de la globalisation*, Paris, Payot, 2001.

⁸⁸⁰ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, Que sais-je ? 1999, pp. 88-89 et M. OAKESHOTT, *Rationalism in Politics*, Londres, Methuen, 1962, pp. 61-70. Dans le cadre philosophique de cette opposition, voir en ce sens : C. DESCAMPS, *La pensée singulière de Sartre à Deleuze. Quarante ans de philosophie en France*, Paris, Bordas, 2003, pp. 29ss et 38ss ; et pour la pensée juridique américaine : voir M. J. HORWITZ, *Transformation of American Law, 1870-1960 : The crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford, 1992.

et institutions internationales à l'aune de leur efficacité pratique et de leur environnement concret⁸⁸¹.

En définitive, il est évident que le droit international représente avant tout ce que les acteurs publics et privés en font, la façon dont ils l'imaginent, l'appréhendent, l'interprètent et l'appliquent. Mais pour autant, de par sa fonction, le droit international oblige à une véritable interaction entre les différentes traditions juridiques par des emprunts et des importations plus ou moins librement consenties. D'ailleurs, la pratique courante du droit international montre bien que l'existence de ces cultures juridiques et de ces perspectives différentes d'envisager le droit international n'interdit en aucune manière de penser aux passerelles qui peuvent exister entre elles et aux points de convergence qui les relient éventuellement autour d'un ensemble de normes⁸⁸². Cette diversité des cultures juridiques présente également l'avantage d'un enrichissement du droit international qui y puise, dans ces divergences, des modèles d'interprétation et d'application plus efficaces⁸⁸³.

2/- Le droit international : objet de luttes idéologiques

La « bataille idéologique » entre différents courants de droit international est un des aspects les plus en vue de cette discipline en ce début de XXI^e siècle. Comme le conçoit Serge SUR, « *le droit ne saurait apparaître comme un mécanisme, une construction logique et artificielle s'il n'incluait pas l'existence, au demeurant inéluctable, d'une idéologie incluse voire cristallisée et posée à l'intérieur du système juridique à l'image du préambule d'une constitution* »⁸⁸⁴. Cette idéologie est présente dans presque toutes les normes juridiques. Elle recouvre l'ensemble du système et génère, du moins en ce qui concerne le droit international, l'opposition entre différents courants doctrinaux. L'exemple le plus frappant est, sans conteste, celui qui met en compétition les courants doctrinaux occidentaux et non occidentaux, lesquels, au moyen de leur vision de l'organisation de la société, tentent d'orienter le droit international à travers un ensemble de moyens idéologiques visant à conquérir et à gérer le pouvoir dans le cadre des relations internationales.

Par ailleurs, une autre conception oppose non plus les Etats puissants entre eux, mais plutôt ces derniers contre les Etats les plus faibles. C'est notamment le cas lorsque les « Grandes Puissances » viennent jouer un rôle prépondérant dans le règlement des litiges territoriaux opposant deux Etats moins puissants en leur faisant signer des traités de paix⁸⁸⁵. On est bien ici dans la même ligne que

⁸⁸¹ « Visions françaises et américaines du droit international : cultures juridiques du droit international », in *Droit international et diversité de cultures juridiques*, Journée Franco-allemande, SFDI, Ed. A. Pedone, 2008, pp. 43-90.

⁸⁸² *Idem*.

⁸⁸³ Voir pour une réflexion plus approfondie, O. KORHONEN, *International Law Situated, An analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community*, La Haye/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.

⁸⁸⁴ Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, 1974, pp. 19 et s.

⁸⁸⁵ Ce fut le cas du Traité de paix de 1947 ou encore du Traité sur l'Autriche de 1955.

précédemment mais avec une tout autre ampleur : si les Etats les plus puissants jouent généralement un rôle privilégié dans la préparation de ces règlements, c'est simplement parce qu'ils ont conscience du poids qu'ils ont porté lors des guerres précédentes auxquels ils ont participé et par l'importance des enjeux politiques qui s'en suivent généralement. Dans un tel contexte, le droit international ne se contente plus d'octroyer de simples privilèges à ces « Nations puissantes », mais va jusqu'à faire imposer ces règlements à des Etats en dehors même de leur consentement ; ce qui contribue à s'écarter encore plus de la structure fondamentale de la Communauté internationale.

Que cette compétition soit rationalisée, ouverte, pacifique et axée sur des idées reste légitime ; mais qu'elle soit secrète, imprévisible voire violente pose nécessairement d'énormes difficultés. En effet, dans un tel contexte, comment arriver à édicter, pour l'ensemble de la collectivité internationale, des règles qui se voudraient universelles ? L'affrontement des opinions est certes constructif mais elle devrait se faire dans un cadre qui n'échappe pas aux fondements traditionnels de l'organisation de la société, c'est-à-dire en tenant compte de toutes les conceptions possibles et de l'intérêt de tous les acteurs ou sujets considérés. Car, la Communauté internationale, même fondée sur des Etats souverains, a des intérêts communs⁸⁸⁶. Il est vrai qu'une partie des internationalistes acceptent l'idée selon laquelle le pouvoir n'accorderait qu'une place marginale au droit soumettant ainsi les régimes juridiques comme des variables dépendant d'un « pouvoir central » ou encore proposant des explications de type instrumentalistes pour justifier l'usage du droit pour la défense d'intérêts particuliers⁸⁸⁷. Mais qu'à cela ne tienne, l'idée d'harmonie en droit et, plus encore, en droit international devrait être soutenue pour « entremêler » aussi bien les intérêts étatiques que ceux des particuliers selon une théorie plus élaborée d'interdépendance et de globalisation. Que dire alors du caractère éthique et moral des normes internationales ?

3/- L'influence « politique » du caractère éthique et moral des règles de droit international

Existe-t-il un code de valeurs collectives en droit international ? La question mérite d'être posée tant les normes informelles, les règles morales, les croyances partagées qui ont cours en droit international sont généralement emprunts aussi bien de politique que de principes éthiques. Dans une phrase bien célèbre, Pascal avait ainsi résumé la norme du politique et son exigence éthique : « *Il faut mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste* »⁸⁸⁸. Si la logique fondamentale du caractère politique ici est de garantir une

⁸⁸⁶ Qu'il s'agisse des espaces non "territorialisés" comme la Haute mer, des grandes épidémies de santé publique, de la lutte contre la pollution, de la défense de l'environnement, ou encore de la lutte contre la « délinquance internationale » ou la promotion du développement durable, tous ces problèmes font l'objet d'un intérêt commun de la part de la Communauté internationale.

⁸⁸⁷ M. S. McDougal, « International Law, Power and Policy: A contemporary Conception », *RCADI*, La Haye, tome 82, 1953, pp. 137-259.

⁸⁸⁸ Blaise PASCAL, *La force et la justice, Pensées*, 1670.

certaine sécurité territoriale au sein de la société internationale par l'imposition d'un ordre hiérarchique qui réclame de ses sujets une action disciplinée, conformiste et loyale, celle d'une représentation éthique est plutôt morale et met en avant l'idée de justice et de bien. Cependant, on constate que la représentation morale d'antan s'est logiquement déplacée, avec le temps, vers un aspect beaucoup plus politique, avec une tendance plus économique et environnemental.

En effet, le passage d'une conception étatique essentiellement juridique et militaire⁸⁸⁹ vers une organisation produisant des biens et services et occupée à gérer et échanger les ressources, a fini par mettre le « citoyen » au cœur du système étatique voire même international. Jürgen HABERMAS a posé le concept de *paradigme procédural du droit*⁸⁹⁰ pour désigner ce droit centré sur le citoyen. Ce dernier participe désormais à la formation de l'opinion et de la volonté sur le plan international, c'est-à-dire qu'il en vient à définir, interpréter et évaluer lui-même ses propres besoins avant que législateurs et juges ne s'en saisissent. Or, toutes ces « théories de justice » font clairement apparaître ce que RAWLS estime être « un sens moral de la justice » qui conduit à rechercher une « *fondation éthique du concept de justice* »⁸⁹¹.

Sur ces questions éthico-politiques, la question qui se pose est celle de savoir sur quel modèle éthique pourrait se concevoir ou prendre appui la société moderne, ouverte en réseau, pluraliste et multiculturelle. Pour comprendre la place faite à l'éthique et à la morale dans les relations internationales, il suffit de relire la Charte des Nations Unies. En effet, dès le Préambule, les premiers considérants semblent dresser un puissant diptyque, opposant les horreurs de la guerre et les bienfaits de la paix. D'un côté, on a le « *fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances* ». De l'autre, la « *foi dans les droits fondamentaux de l'homme* », « *dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des*

⁸⁸⁹ Dans le droit international classique, s'opposaient deux conceptions théoriques du rôle de l'Etat dans l'économie, on a l'Etat gendarme dans lequel les économistes classiques estiment que l'Etat est chargé des fonctions dites régaliennes : la protection des individus et des biens (police, justice) et la protection du pays (armée). L'Etat a donc pour fonction principale d'assurer le maintien de l'ordre dans la nation, et particulièrement de veiller au respect de la propriété privée. C'est la conception dominante au XIX^e siècle. Va lui succéder l'Etat-providence, conception selon laquelle l'Etat doit veiller au bien-être de la population et se substituer, chaque fois que nécessaire, au marché défaillant. Au sens strict, l'Etat-providence correspond au système de protection sociale où, depuis la première moitié du XX^e siècle, l'Etat joue un rôle important dans l'économie. Certaines situations (crises, guerres) justifient son intervention, afin de revenir à une situation d'équilibre qui ne peut être assurée par le marché selon certains théoriciens. Pour plus d'informations sur l'évolution du rôle de l'Etat, lire : Pierre RONSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, Éd. du Seuil, 1995, p. 45 ; Pierre RONSANVALLON, auteur de *La Crise de l'Etat-providence* en 1981, écrivait dans *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, en 1995 (p. 10) ; Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776 ; John RAWLS, *Théorie de la justice*, 1971 ; Friedrich HAYEK, *Droit, législation et liberté*, 1973-1979 ; Serge GUERIN, *De l'Etat Providence à l'Etat accompagnant*, Michalon, 2010.

⁸⁹⁰ Jürgen HABERMAS, *Droits et démocratie entre faits et normes*, Paris, Gallimard, trad. Française, 1997, p.466.

⁸⁹¹ Cité par P. RICOEUR, « Une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible ? », in *Le juste*, Paris, Ed. Esprit, coll. Philosophie, 1995, p. 95.

nations, grandes et petites »⁸⁹². C'est sur cette égalité juridique des Etats, faisant écho à l'égalité des êtres humains, que la Charte entend « créer les conditions nécessaires au maintien de la justice » et du droit international pour « vivre en paix l'un avec l'autre »⁸⁹³.

Ainsi, la recherche d'une justice sociale par les acteurs internationaux a toujours été l'un des fondements du droit international, cela en vue de mieux faire cohabiter les institutions et les pratiques au sein de nos sociétés dites complexes⁸⁹⁴. On est alors confronté au libéralisme politique, dont l'œuvre de J. RAWLS constitue une formulation complète et nuancée⁸⁹⁵. J.-J. ROUSSEAU exprimait cette justice sociétale en ces termes : « Pour découvrir les meilleures règles de société qui conviennent aux nations, il faudrait une intelligence supérieure qui vit toutes les passions des hommes et qui n'en éprouvât aucune ; qui n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond ; (...) il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes »⁸⁹⁶. Ce qui, selon François OST, devrait évidemment déboucher sur « un modèle politique à deux niveaux : d'une part, un ensemble d'individus libres et égaux adoptant les valeurs de leur choix et poursuivant les style de vie que bon leur semblent ; de l'autre, une sphère politique neutre et impartiale garantissant cette autonomie privée et limitant son action à déterminer les règles du juste partage des avantages et des charges de la vie sociale »⁸⁹⁷.

De toute évidence, il existe diverses lois morales qui gouvernent l'univers mais celles-ci sont de plus en plus maquillées, du moins sur la scène internationale, par des aspirations particulières ainsi que des actions impérialistes d'un objectif moral, qui s'imposerait aux autres lois de l'univers. C'est notamment le cas pour ce qui est de l'idéologie anglo-saxonne dont découle la « Doctrine Monroe »⁸⁹⁸, une sorte de légitimation « Divine » du rôle de « Gendarme » qui aurait été octroyé par « Dieu » aux Anglo-saxons. Cette doctrine, née d'une mythologie et d'un impérialisme légitimant, renferme un message normatif en ce qu'elle affirme que les relations existantes sont justes, appropriées, inévitables, ou défendables de manière équitable sur le plan des normes. Cela tient peut-être du fait que la simple association des intérêts individuels ne peut engendrer un ordre

⁸⁹² Emmanuel DECAUX, *Légalité et Légitimité du recours à la force : De la guerre juste à la responsabilité de protéger*, Droits fondamentaux, n°5 – décembre 2005, www.droits-fondamentaux.org

⁸⁹³ Idem.

⁸⁹⁴ Nos sociétés ont été bouleversées par les effets conjugués de la science, de la technique, des échanges croissants entre les sociétés, de l'impact devenu majeur de l'activité humaine sur l'équilibre d'ensemble de la biosphère. Lire à ce propos : L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

⁸⁹⁵ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. par C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987 ; ID., *Justice et démocratie*, trad. par C. AUDARD et al., Paris, Seuil, 1993 ; ID., *Libéralisme politique*, trad. par C. AUDARD, Paris, P.U.F., 1995 ; ID., *Le droit des gens*, trad. par B. GUILLAUME, Paris, Ed. Esprit (10/18), 1998.

⁸⁹⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Ed. Bordas, 1972, p. 107.

⁸⁹⁷ François OST, *Les enjeux éthiques du pluralisme juridique*, In *Pour un droit pluriel*, op. cit., p. 204, 205.

⁸⁹⁸ Kenneth M. COLEMAN, *The Political Mythology of the Monroe Doctrine: Reflection on the Social Psychology of Domination*, pp. 99, 100, 110.

social⁸⁹⁹ et qu'il revient à l'Etat d'inculquer chez ses membres un attachement civique et patriotique ainsi qu'un sens de la solidarité communautaire par un « discours moral » très mobilisateur.

Avec « l'inflation des droits » et la nécessaire défense des droits fondamentaux ainsi que la prise en compte des progrès engendré par leur reconnaissance, on s'aperçoit d'un déclin du droit objectif et de statuts garants de solutions plus générales, stables et mieux assurées. On s'aperçoit également d'un affaiblissement corrélatif du politique au profit du juridique. Mais dans les faits, les conceptions politique et juridique des droits de l'homme restent instinctivement liées. Cette liaison est clairement illustrée par Marcel GAUCHET qui, dans un article publié en 2000, titrait : « *Quand les droits de l'homme deviennent une politique* »⁹⁰⁰ alors que vingt ans plus tôt, le même auteur défendait la thèse contraire à savoir que : « *les droits de l'homme ne sont pas une politique* »⁹⁰¹. On en veut pour preuve, la Déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail qui constitue, à ce jour, un exemple d'instrument de propagande pour le respect des droits de l'homme. Ce document met en avant les valeurs qu'implique le retour à l'éthique grâce aux principes de l'OIT, ou encore aux quatre principes de son projet d'accord-cadre (dignité, solidarité, égalité, participation). Toutes ces valeurs, qu'elles soient religieuses ou idéologiques, entretiennent des pulsions qui tendent, par nature, à l'hégémonie. Tout comme elles sont inévitablement remises en cause à chaque fois que le droit international aborde des problèmes de société comme ceux des « droits de l'homme » ou des « droits des peuples ».

Finalement, comme on peut le constater, le droit international s'est dangereusement entremêlé avec la politique. En même temps il ne fait aucun doute que la politique internationale est loin d'avoir atteint un model parfait d'équilibre entre Etats souverains⁹⁰². La détermination d'une « crise » dans le monde, laquelle monopolisera à la fois les énergies politiques et les ressources du système international, se fait par un processus entièrement dominé par l'Occident⁹⁰³. Toutefois, le DIP ne saurait être que politique et morale, il doit aussi faire prévaloir des notions juridiques prenant en compte, cette fois, des valeurs communes de la société internationale. Les choix politiques restent

⁸⁹⁹ Emile DURKHEIM, Le « Contrat Social » de Rousseau (1918), Etude rédigée par Durkheim à la suite d'un cours professé à l'Université de Bordeaux, publiée pour la première fois, après sa mort, par Xavier Léon, dans la Revue de Métaphysique et de Morale, t. XXV (1918), pp. 1-23 et 129-161. On trouvera toutes les indications bibliographiques nécessaires dans les deux excellentes éditions du Contrat par G. BEAUVALON, *Rieder*, 1903, 3e éd., 1922, et par M. HALBWACHS, Aubier, 1943, et dans la thèse de M. Robert DERATHÉ, Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, *Bibl. de la Science politique*, P.U.F., 1950.

⁹⁰⁰ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », in *Le Débat*, n°110, mai-août 2000, p. 258 et s.

⁹⁰¹ M. GAUCHET, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », in *Le Débat*, n°3, 1980.

⁹⁰² On peut citer en soutien le fait que les politiques internationales restent sous le seul contrôle des puissances occidentales : c'est le cas des réseaux de la communauté internationale peuplés d'experts occidentaux ; le problème du financement des politiques préconisées par les seules puissances occidentales comme le terrorisme et autres alors que la faim tue encore et qu'il existe des moyens fiables, financiers et techniques pour enrayer un tel phénomène, etc.

⁹⁰³ H. CHARLESWORTH, « International Law: A Discipline of Crisis », *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 377-392.

importants mais il faut sans doute comprendre que la complexification du système empêche aujourd'hui de pouvoir faire des choix clairs et que ces choix sont contraints par la marche de l'ordre juridique. Or cet ordre juridique avance, se développe et se complexifie d'une façon qui échappe en partie à la maîtrise de ses acteurs. Les principes résultant des choix politiques des acteurs continuent certes d'influer sur l'évolution de l'ordre juridique mais l'évolution de l'ordre juridique influe également sur les principes et sur les acteurs. Ce qui contribue à rendre plus complexe le caractère politique du droit international.

Section 2 : Les éléments de complexité du caractère « politique » du droit international contemporain

Pour le professeur KOSKENNIEMI, il n'est point nécessaire aujourd'hui de faire des études spécifiques sur les compétences concurrentes entre les différents organes et/ou juridictions internationales pour lutter contre la fragmentation. Ce qui paraît urgent et nécessaire à l'heure actuelle, c'est le besoin « d'orientation politique » qui permettrait de déterminer quels droits et quelles sont les juridictions qui doivent prévaloir sur les autres⁹⁰⁴. Or, comme le souligne David KENNEDY :

« ... le droit international est pour l'essentiel fondé sur la souveraineté des Etats, la méthode interprétative est plus formelle que dans d'autres champs, le consentement est au cœur de ce qui fait sa force obligatoire, ce qui existe est du droit plutôt que de la politique, et international plutôt que local, les règles sont publiques plutôt que privées, le champ a progressé au même rythme que la société, allant d'une période d'indépendance souveraine vers une communauté internationale, d'un temps de règles à un temps de principes, d'un droit de doctrines à un droit d'institutions, d'un état de gouvernements liés ensemble par traités à un processus ouvert de gouvernance globale, d'une méthode juridique formelle à quelque chose de plus fonctionnel, moderne et pragmatique »⁹⁰⁵.

L'application d'une norme étant un processus continu, il existe dès lors comme un lien essentiel mais délicat entre la politique et le droit en vue d'une meilleure application des normes internationales. Il va de soi que les destinataires de ces normes sont juridiquement, en tout premier lieu, les Etats. C'est la raison pour laquelle, pour ce qui est de leur application, il est évident que la seule législation ne saurait être prise en compte. La pratique de mise en œuvre des normes internationales, à l'évidence, ne résulte pas seulement d'une action gouvernementale, mais aussi de l'intervention fréquente des juges. Et comme la question politique n'est pas toujours consensuelle

⁹⁰⁴ Martti KOSKENNIEMI, Lire le Rapport final du Comité des Conseillers Juridiques en Droit international Public (CAHDI), 34^e réunion tenue du 10 au 11 septembre 2007, Strasbourg : www.cahdi_2007_rapportdela34ereunionweb.pdf

⁹⁰⁵ David KENNEDY, Nouvelles approches de droit international, Collection CERDIN, DOCTRINE (S), Ed. A. Pedone, 2009, p. 34.

dans un monde en perpétuelle évolution, la politique, seule, ne pourrait servir à encadrer et à améliorer les modes de production normatifs. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager le droit international également comme un discours juridique formel (1) si l'on veut le reconsidérer comme un « projet politique commun » à la communauté internationale (2).

§ 1 : La dimension juridique et formelle du droit international

Lorsque l'on fait une analyse assidue des relations internationales, la vision qui ressort le plus est celle d'une société internationale gouvernée beaucoup plus par la politique que par le droit. Or, avec la globalisation et ses conséquences humaines et sociales négatives⁹⁰⁶, n'est-il pas souhaitable, aujourd'hui, de permettre une extension du droit au détriment de la politique afin de soumettre cette dernière au droit plutôt que l'inverse ? Donner la priorité du droit sur le politique ne saurait, certes, recueillir l'unanimité des juristes car les instruments utilisés mettent au premier plan parfois le juridique, et parfois le politique dans un mouvement continu de complémentarité de l'un envers l'autre qui scelle un engagement envers une omniprésence de la politique dans la vie internationale que la nécessité de la présence du droit. Mais il apparaît que le droit devrait constituer une « raison » distincte de l'ordre politique international. Le droit international apparaîtrait ainsi, non pas comme un discours juridique formel purement logique mais un raisonnement argumenté en vue d'une solution juridiquement acceptable (A) et qui possède, néanmoins, des caractéristiques bien spécifiques (B).

A/- LE DROIT INTERNATIONAL : UNE DISCIPLINE JURIDIQUE DISTINCTE DE TOUTE CONSIDERATION POLITIQUE, MORALE OU ETHIQUE

Le rapport entre droit et société a, depuis longtemps, suscité une attention particulière de la part des juristes, des sociologues et même des philosophes⁹⁰⁷. Pour des auteurs tels que François CHAZEL, «... la vie sociale, partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même, dans ce

⁹⁰⁶ Principalement le libéralisme économique concurrentiel, les phénomènes d'appauvrissements, le pillage des ressources la nécessaire protection de l'être humain et de son cadre de vie.

⁹⁰⁷ KELSEN avait formulé des thèses classiques du positivisme juridique selon lesquelles « l'étude sociologique du droit ne peut prétendre au statut de « science du droit », au sens où la théorie du droit serait exclusivement concerné par l'aspect formel du droit, ou la validité de la norme, et non par son efficacité ». La question des comportements sociaux est ainsi derechef exclue par Kelsen, dans une très large mesure, de l'étude scientifique du droit. Lire également, Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris : PUF, collection Quadrige, 1994 (1re éd. : 1978), p. 121 ; Jean-Guy BELLEY, *Une typologie sociojuridique du contrat* in *Sociologie du travail*, n°4, 1996, p. 465-486 ; Alain CHOURAQUI, *Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social* in CHAZEL François et COMAILLE Jacques (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris : LGDJ, collection Droit et société, 1991, p. 285. Et pour les philosophes, lire les œuvres de GROTIUS (1583-1645), *Droit de la guerre et de la paix* ; Thomas HOBBS (1588-1679), *Eléments de loi* (1640) ou *Léviathan* (1651) ou encore *Eléments philosophiques* (1658) ; PUFENDORF (1632-1694), *Du Droit de la nature et des gens* (1687) ; John LOCKE (1634-1704), *Traité de gouvernements civils* (1690) ; David HUME (1711-1776), *Traité de la nature humain* (1740) ; MONTESQUIEU (1689-1755), *L'Esprit des lois* (1748) ; J.J. ROUSSEAU (1712-1778), *Le Contrat social* (1762).

qu'elle a de plus stable et de plus précis »⁹⁰⁸. Dès cet instant, marquer une distinction entre ce qui est « juridique » et ce qui relève des politiques des relations humaines (norme sociale) n'est point chose aisée ; il appartient cependant, non pas aux philosophes ou aux sociologues de le faire, mais cette tâche revient bien évidemment aux juristes comme le suggérait déjà Léon DUGUIT⁹⁰⁹ en son temps. Pour ce faire, il faut partir de l'idée selon laquelle les relations humaines sont régies par différentes sortes de lois parmi lesquelles les « lois positives » qui sont des ordres imposées comme des devoirs par une autorité supérieure, et qui constituent la matière de la « jurisprudence », c'est-à-dire de l'activité intellectuelle construite sur le droit⁹¹⁰. C'est ici que prend toute sa portée le concept de positivisme volontariste telle que prôné par KELSEN⁹¹¹. D'après ce dernier, tout ce qui n'est pas juridique doit être écarté de l'analyse du droit international. En d'autres termes, le *DIP se résume à la norme*, et il n'y a pas de normes sans sanctions. Il ne saurait prendre en considération aucune notion de politique, valeur morale ou éthique. Le droit est perçu ici comme une contrainte. Cette école du *droit pur* se réfère à une *pyramide juridique* car toutes les normes juridiques devraient trouver leur fondement dans une norme supérieure. La norme qui est au sommet de la pyramide aurait, de ce fait, un fondement extra-juridique puisque considérée en tant que norme fondamentale.

Ainsi en prévoyant l'adoption des règles de *jus cogens*, la Convention de Vienne n'avait d'autre souci que celui de protéger l'ordre juridique international⁹¹². Les normes impératives du droit international, qui sont des règles de droit universellement obligatoires, et auxquelles il ne peut être dérogé, doivent être appliquées non dans l'intérêt des parties aux traités considérés, mais dans l'intérêt de la communauté internationale toute entière. Selon l'article 53 de la convention de Vienne, il s'agit de règles de droit international général reconnues et acceptées par tous les Etats. Ce peut donc être des coutumes à norme impérative, ou des normes non coutumières. On considère qu'il doit s'agir de règles adoptées par un grand nombre d'Etats, assez diversifiés pour représenter les

⁹⁰⁸ François CHAZEL, Émile Durkheim et l'élaboration d'un « programme de recherche » en sociologie du droit, in CHAZEL François et COMMAILLE Jacques (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, collection Droit et société, 1991, p. 27-38.

⁹⁰⁹ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927 (I, p. 128).

⁹¹⁰ Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines, Essais et Recherches*, Nathan, 1981, p. 33.

⁹¹¹ Théoricien du *juridique pur*, le juriste Hans KELSEN entend dégager le droit de ses fondements idéologiques et moraux pour n'en faire qu'une technique de régulation, une pure technique au service de l'Etat. Lire notamment ses ouvrages : *Théorie générale du droit international public, RCADI*, La Haye, 1932, vol. 42 ; *Théorie pure du droit*, Trad. THEVENEZ, La Baconnière, Neuchâtel 1953, 2^{ème} éd., 1988 ; *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Ed. Bruylant-LGDJ, Bruxelles/Paris, 1997 ; *Théorie générale du droit international public, RCADI*, La Haye, 1953, vol. 84 ; *Théorie générale des normes*, PUF, Paris, 1996.

⁹¹² L'absence de hiérarchie des normes en droit international empêchait de tenir compte de l'objet du traité comme cause de nullité. La Convention de Vienne a rétabli une certaine hiérarchie dans ces normes. La CIJ est, jusqu'à ce jour, très réticente à se prononcer sur le *jus cogens*, car elle craint de perturber la société internationale, en cas de mise en place d'une hiérarchie des normes de droit international. Mais la pratique juridique internationale accorde une place prépondérante à ces normes de *jus cogens* comme dans le cas de l'affaire de la Barcelona Traction (1970), où la même CIJ a repris les règles inscrites dans le rapport de la CDI émis lors de la rédaction de la Convention de Vienne, et précise même que ces normes de *jus cogens* créent des obligations *erga omnes*. Ce qui implique que tout Etat de la communauté internationale a un droit objectif à demander réparation pour la violation d'une telle règle.

différents systèmes juridiques et les différentes régions du monde. L'article 64 montre en plus que les règles de *jus cogens* évoluent, puisqu'elles peuvent apparaître après la conclusion du traité. En fait, elles doivent s'adapter à l'évolution de la société internationale. Le rapport de la CDI, émis lors de la rédaction de la Convention de Vienne mentionne certaines règles pouvant être des règles de *jus cogens* : l'interdiction du recours à la force, de la traite des esclaves, de la piraterie, et l'atteinte aux droits fondamentaux de l'Homme. Dans le rapport élaboré par cette même Commission en matière de responsabilité internationale, elle définit les crimes internationaux qui peuvent résulter de la violation des règles de *jus cogens* : c'est le cas de l'interdiction de l'esclavagisme, de la piraterie, des atteintes aux droits de l'homme les plus fondamentaux, ainsi que des crimes de guerre. Cependant, pour que les règles existent, elles doivent être efficaces, et pour être efficaces, elles doivent être effectives.

Le droit international exerce ainsi, sur les rapports sociaux, ce que René-Jean DUPUY qualifie de pouvoir justificateur et de pouvoir formulateur⁹¹³. Dans le premier cas, les Etats se prévalent du droit international pour justifier leurs conduites et de fait, leurs intérêts. Ce qui conduit ces Etats à soumettre au droit tous les acteurs qui seraient amenés à violer les prescriptions, parfois par la force légitime. Dans le second cas, on recherche surtout une existence objective de la norme. Il s'agit là d'un travail réservé aux juges et aux praticiens du droit qui doivent lui donner forme et primauté en cas de litige. Ce qui lui donne le caractère d'une « discipline à part entière »⁹¹⁴, débarrassée de toute considération morale ou politique. Le droit international se présente ainsi comme un ensemble de « modèles de normes et de règles » qui s'appuient sur des sanctions qui peuvent être aussi bien incitatives que répressives. Ses règles doivent avoir un caractère universaliste, c'est-à-dire qu'elles doivent s'adresser à un ensemble d'acteurs, être les mêmes pour tous et s'appliquer à tous de la même manière, y compris à celui qui en est l'auteur⁹¹⁵. De cette universalité des règles juridiques, découlent deux corollaires : le besoin de préciser la juridiction dont émane la règle ou la norme et celui d'interpréter la norme. Dans le premier cas, il s'agit de définir avec précision quelle institution est effectivement habilitée à créer des normes juridiques qui seront par la suite reconnues et appliquées au sein d'un territoire bien défini⁹¹⁶. Dans le second cas, le caractère universaliste des règles juridiques impose que celles-ci soient interprétées et comprises de tous de la même manière par des organes ou par des agents qui ont une autorité reconnue et un pouvoir légitime à légiférer puis à faire appliquer ces mêmes règles.

⁹¹³ René-Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international*, Ed. A. Pedone, 1999, p. 151.

⁹¹⁴ Arthur EYFFINGER, *La Cour internationale de justice : 1946-1996*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p.9.

⁹¹⁵ T. PARSONS, *The Structure of Social Action*, "Structures and Process in Modern Societies", 1960, p.143.

⁹¹⁶ On met en avant le besoin de déterminer sinon de limiter ceux et celles à qui ces règles édictées vont s'imposer ou non.

Il faudrait enfin souligner que le rapport entre le droit et la société trouve sa complexité dans cette affirmation de Jean CARBONNIER selon laquelle « ...*tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques...* », mais que « *tous les phénomènes juridiques peuvent être regardés comme des phénomènes sociaux, parce que même un sentiment purement solitaire du droit implique une latence de la société* »⁹¹⁷. Au demeurant, cela n'empêche pas qu'il puisse exister à la fois, d'une part, le droit « strict » et, d'autre part, des règles de vie sociale car si le droit s'enracine dans la vie sociale, il doit néanmoins s'en démarquer pour fixer sa propre sphère d'intervention. Ainsi qu'il s'agisse de normes impératives, de principes généraux, de normes internationales ou des modes de contentieux, le droit international prend des aspects de droit actif qui ne sauraient être assimilés ou réduits à de simples valeurs d'ordonnement des comportements sociétaux.

Cette césure reste indispensable au droit international car elle lui permet de garder une certaine autonomie pour l'accomplissement de ses fonctions. Dans le cadre de sa fonction légitimatrice, le fait de savoir que l'on peut avoir à justifier son acte devant la Communauté internationale amène les Etats à adopter des actes politiques jugés licites par le droit international. C'est-ce qu'a démontré la Communauté internationale face à la crise en Irak en 2003 en condamnant l'attaque des USA jugée comme illicite⁹¹⁸. En ce qui concerne sa fonction régulatrice des comportements, le DIP a pour mission d'inciter ses sujets à se comporter en conformité avec les principes du droit international. C'est la raison pour laquelle presque tous les Etats appliquent le DI et l'observent quotidiennement. En conséquence, avec son cortège de règles, de concepts et d'institutions, le droit international est à la fois une pratique et une connaissance, c'est-à-dire, pour emprunter la formule de François GENY⁹¹⁹, « *une façon spécifique d'appréhender les faits sociaux, dans la perspective de faire peser sur ces faits des conséquences juridiques* ».

Toutefois, s'il est vrai que le droit international est un « produit particulier » formé par un ensemble systématique de normes et principes juridiques, il n'en est pas moins vrai qu'il demeure un produit social⁹²⁰ qui possède des caractéristiques qui lui sont propres.

⁹¹⁷ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1978, p. 174.

⁹¹⁸ Cet exemple illustre par ailleurs ce que KELSEN, analysant les conséquences de la sanction internationale dans la *Théorie pure du droit*, montre que « celle-ci n'est pas dirigée contre l'individu qui a commis en lui-même un acte illicite mais plutôt contre d'autres individus qui non seulement n'ont pas pris part à cet acte, mais qui de plus n'étaient pas en mesure de l'empêcher ».

⁹¹⁹ Cité par Louis ASSIER-ANDRIEU, *op.cit.*, p. 37. Voir François GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914, 1, pp. 12.

⁹²⁰ Alain PELLET et F. MOREL, *Le droit international du développement social et culturel*, L'Hermès Editeur « droit », 1^{re} éd., 1997, 408 p.

B/- LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DU DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Le droit international public est une *création collective de la société internationale*. Il est certes essentiellement créé par les Etats, mais cela ne veut pas dire que seules les règles auxquelles les Etats ont donné leur consentement leur sont applicables⁹²¹. De par ses sources, le droit international forme donc « *un système, c'est-à-dire un ensemble cohérent ayant une logique et jouissant d'une certaine autonomie par rapport au fonctionnement de la société* »⁹²². C'est principalement son double caractère à la fois dynamique et systémique (1) qui en fait une discipline partagée entre un besoin d'unité et une nécessité de pluralisme juridique (2).

1/- Le caractère dynamique et systémique du droit international

Le droit international est un ordre juridique dynamique qui repose entièrement sur la volonté souveraine des Etats. Il est en progrès perpétuel et expérimente aujourd'hui deux processus intimement liés de perfectionnement de l'ordre juridique international : l'aspect social qui fait du droit international un droit à la fois inter-étatique et de coopération, mais aussi ses valeurs fondamentales et historiques.

Dans le premier cas, le droit est naturellement social en ce qu'il tire sa raison d'être de la nécessité de mettre en ordre les relations existant à l'intérieur d'un groupe de membres dont il entend discipliner la conduite. C'est ici tout le bienfondé de l'adage « *ubi societas, ibi jus* ». Dans le cadre du droit international, on se réfère beaucoup plus à une « communauté » d'Etats en tant que sujets du droit international. En effet, le droit international est conçu comme un système de relations inter-étatiques qui tire sa raison d'être fondamentale de la volonté de protéger la maîtrise de chacun sur les espaces et les gens qui sont les siens. D'ailleurs, dans son ouvrage paru en 1967⁹²³, KELSEN affirmait que « *le droit international public est un ensemble de normes objectivement valables qui régit les relations entre Etats* ».

Cette situation est encore plus vraie dans le cadre de la mondialisation qui implique la diversification et la création de nouveaux espaces de coopération, sans pour autant se renier ou abandonner les axes historiques. Ainsi donc, le droit international est au cœur de deux sociétés : l'une relationnelle dont les règles assurent la persistance d'un droit de relations entre des sujets de droit étatiques répandus sur la vaste plaine du droit des gens, l'autre institutionnelle qui ne s'explique que par la survenance d'un phénomène nouveau et généralisé, à savoir la prolifération des organisations internationales. Ces deux sociétés semblent en contradiction : pendant que le droit

⁹²¹ Le droit international n'exclut pas comme fondement de son ordre juridique l'importance des valeurs d'une société donnée, à un moment donné.

⁹²² M. MIAILLE, Introduction critique au droit, Maspero, 1976, p.226.

⁹²³ Hans KELSEN, La Théorie pure du Droit », (1967).

relationnel implique un pouvoir de l'Etat éparpillé entre divers gouvernements et limité par la seule volonté de conclure des accords internationaux, le droit institutionnel, lui, suppose un pouvoir tendant à être concentré, les Etats se groupant dans des systèmes institutionnalisés, conditionnés et disposant seuls du monopole de la violence légitime.

Dans un tout autre registre, le droit international suit les valeurs d'une époque donnée, l'idée de *principes fondamentaux* exprimant les *valeurs prépondérantes d'une époque donnée*. Ces principes tiennent une place de choix voire prépondérante dans le système juridique international et ont pour fonction de préserver les intérêts communs. Par exemple, l'acceptation des règles de *jus cogens* suppose une société de subordination plus verticale et institutionnelle alors que les règles *erga omnes* peuvent exister dans une société de juxtaposition, horizontale ou relationnelle. Alors que les règles impératives recouvrent un *intérêt essentiel ou fondamental* de la communauté internationale, les obligations *erga omnes* répondent à la défense d'un *intérêt commun ou partagé*.

Comme on peut le remarquer, l'apparition des règles de *jus cogens* affectent structurellement, sociologiquement et normativement l'ordre juridique international. Structurellement, elles répondent à un « ordre public international » minimum ; sociologiquement elles marquent le passage de la société internationale à la Communauté internationale ; et normativement, tout cela implique que se produise sur le plan matériel une hiérarchisation du contenu de certaines règles à normativité renforcée et, sur le plan formel, une limitation claire du volontarisme dans notre ordre juridique. Les règles de *jus cogens* abritent les intérêts essentiels déterminés de la *communauté internationale dans son ensemble*. L'apparition de ces règles ne peut être séparée de la volonté des Etats à consolider certains de leurs intérêts communs ; intérêts dont la chute entraînerait par la même occasion celle de la communauté internationale dans son ensemble. La volonté étatique reste ainsi au centre des obligations juridiques internationales bien que connaissant quelques limites aujourd'hui.

A vrai dire, le problème que pose la mondialisation, quels que soient ses aspects, est sûrement la difficile coexistence entre différents concepts juridiques aux logiques profondément divergentes. Ce qui a pour conséquence de dénaturer le premier concept juridique sur lequel s'est édifié l'Etat-nation, à savoir la souveraineté. Ce dernier a nécessité la mise en œuvre d'un arsenal juridique interne très complet, à la fois sur les plans politique et économique. Or, en prenant l'exemple de l'économie, on s'aperçoit que le concept de souveraineté économique visant à la construction d'une économie nationale encadrée par un droit interne précis et défensif s'oppose à celui de libre-échange international dont l'objectif clairement affirmé est la création d'un marché mondialisé par la mise en œuvre d'un droit purement économique recherchant la perméabilisation des frontières des Etats-nations. Et, même si cette libéralisation des échanges au plan mondial peut s'avérer positive, il reste qu'elle engendre, la plupart du temps, des phénomènes économiques dont le droit n'avait point

connaissance jusqu'à présent⁹²⁴. Ces dérèglements occasionnent un vide politique en ce sens qu'il n'existe aucune organisation politique exerçant une souveraineté supranationale capable aujourd'hui d'imposer un ordre juridique digne de ce nom.

Finalement, le principal problème qui émerge de toutes les théories nées du rapport entre le droit et la société est, sans conteste, le repérage et la qualification du droit ; problème qui découle du pluralisme juridique. Il y a confusion entre normativité juridique et normativité sociale et donc aujourd'hui, « c'est le sujet de droit qui fait le droit ». En d'autres termes, les sujets de droit négocient des règles entre eux pour arriver à un accord et c'est désormais ainsi que le droit émerge. Ce que l'on devrait comprendre ici est qu'on n'assiste pas toujours à une ouverture du droit existant aux nouveaux phénomènes socio-politiques et économiques, voire culturels, mais plutôt que le droit devient présent, global et toute la normativité est récupérée par le droit.

2)- Le droit international entre unité et pluralisme juridique

Les changements survenus à la fin du XX^{ème} siècle ont profondément altéré les aspects fondamentaux du droit international, notamment en ce qui concerne ses principes structurels, le processus de création et d'articulation de ses règles et, pour finir, la procédure d'interprétation de la règle juridique. Dans un tel contexte, les travaux successifs réalisés par Mireille DELMAS-MARTY sont d'une importance indiscutable pour l'évolution du droit international car elle y analyse avec persévérance, les difficultés auxquelles se heurte aujourd'hui la construction d'un système global⁹²⁵. Démontrant la contradiction qui peut exister entre le pluralisme et le droit commun, l'auteure note que « *le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés, alors que le terme d'ordre invite à penser en termes de structuration, voire de contrainte. Pour dépasser la contradiction il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble* »⁹²⁶. Or, le propre du droit international est d'avoir introduit, avec une marge « nationale » d'appréciation des Etats, une référence à la diversité des systèmes de droit, voire un pluralisme des ordres juridiques qui s'entend comme étant « *l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique de règles de droits différentes s'appliquant à des situations identiques* »⁹²⁷.

⁹²⁴ Christophe Leroy parle de « vides juridiques » au niveau international. Lire, *La mondialisation par le vide politique*, Journal *Le Monde* du 12 septembre 2000.

⁹²⁵ Voir plus particulièrement *Les forces imaginantes du droit* : T. I, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004 et T. II, *Le pluralisme ordonné*, Seuil 2005.

⁹²⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Texte inspiré d'une conférence présentée le 26 janvier 2006 à l'Université Bordeaux IV sur l'invitation de M.- C. PONTHEAU, par renvoi au livre *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

⁹²⁷ A.J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993 ; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales

A partir de ce moment, il faut se rendre à l'évidence que la mondialisation a fait perdre aux Etats la place centrale qu'ils occupaient au sein des relations internationales à tel point que ces derniers s'effacent progressivement au profit d'organisations supranationales ou régionales⁹²⁸. Ce phénomène pose, à terme, le problème d'un « *droit mondialisé* » en tant que constitué autour d'un ensemble de règles juridiques ne pouvant s'insérer ni dans le droit interne/national, ni dans le droit international public. Même si cette démonstration semble difficilement acceptable aux yeux de certains juristes, on peut considérer le « *droit mondial* » à plusieurs titres : d'abord au niveau de tout ce qui touche à l'intervention des groupements privés et organisations internationales ou supranationales contrairement aux Etats censés intervenir dans le cadre du droit international. Ainsi, on y retrouve toutes les normes de libre échange (GATT ou OMC) et tout l'arsenal juridique sur la protection de l'être humain (droit des droits de l'homme). Ensuite on peut considérer comme normes mondiales toutes celles secrétées à l'intérieur d'ordres juridiques autonomes plus ou moins organisés et centralisés (*lex mercatoria* ou *lex informatica*). Enfin, s'en est suivie une mondialisation juridique exprimant l'apparition d'un *ordre transnational*⁹²⁹. A la suite de ce dernier, les relations internationales se sont universalisées alors même que dans le même temps, explosaient ou plutôt se fragmentait le panorama du droit international : la multiplication des sujets internationaux et l'accroissement considérable de leurs rôles ne permettent plus aujourd'hui d'appréhender strictement le système juridique international sur le modèle interétatique westphalien. De même la multiplication des régimes autonomes et la multiplication des juridictions internationales n'est pas de nature à maintenir ou rendre uniforme le droit international.

Au regard de ce qui précède, les projets d'unité et de diversité reflètent des choix de perspectives qui ne peuvent prévaloir l'un sur l'autre de manière générale ; tous deux apparaissent comme des surfaces à partir desquelles les acteurs politiques peuvent réciproquement présenter et opposer des revendications hégémoniques. Alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les Etats sont tenus de se conformer à l'identique, en application d'une stricte hiérarchie des normes, l'harmonisation implique un affaiblissement de la hiérarchie, imposant seulement un rapprochement autour de principes communs, qui ménage une sorte de droit à la différence, chaque Etat gardant une marge pour mettre en œuvre ses principes, à condition que la proximité soit suffisante pour être

(revendication des droits individuels) », in Tavernier : *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* Bruxelles, Bruylant, 1996.

⁹²⁸ Charles-Albert MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », *La mondialisation du droit*, Dijon, Travaux du CRE-DIMI, vol. 19, 2000, p. 11 et s.

⁹²⁹ François Ost, *op. cit.*, p. 21.

jugée compatible⁹³⁰. Ainsi donc, selon DELMAS-MARTY, l'unification impose une *obligation de conformité*, alors que l'harmonisation introduit une simple *obligation de compatibilité*⁹³¹.

Qu'à cela ne tienne, l'intégrité et l'unité d'un système recèlent une importance capitale pour la survie du système. PARSONS reconnaît, d'ailleurs que « *le droit est tout ensemble relativement formalisé et intégré de règles, qui imposent des obligations aux personnes remplissant des rôles particuliers dans des collectivités particulières* »⁹³². Cette conception explicitement pluraliste du droit, déjà élaboré par Santi ROMANO dans les années 1917-1918, semble celle qui colle le mieux au droit international contemporain. En effet, selon certaines, la multiplication des exceptions, des clauses de sauvegarde, des situations provisoires à durée indéterminée ont fait perdre au droit international public toute unité, toute crédibilité et toute efficacité nécessaires à la cohérence et à l'effectivité de tout ordre juridique⁹³³.

De nos jours, la nécessité d'élaborer des normes fondamentales pour définir l'ordre juridique et permettre l'instauration d'une paix durable est désormais admise de tous. KELSEN, lui-même, a d'ailleurs reconnu ce rôle fondamental en insistant sur le fait qu'il ne peut y avoir d'ordre juridique sans unité de celui-ci⁹³⁴. Il existe ainsi un corps de corrélation entre nécessité technique et sociale du maintien de l'ordre. Il en va de la sécurité même des rapports réglés par le D.I. dont pourrait être remis en cause l'efficacité. Plus tard, Pierre-Marie DUPUY précisera que : « *l'unité du droit international est comme, à une moindre échelle, l'unité d'application du droit communautaire dans le cadre de l'Union européenne, une condition de son efficacité et donc aussi de sa survie* »⁹³⁵. L'intensification des relations internationales appelle ainsi à une prise de conscience généralisée pour créer ou préserver les conditions nécessaires pour maintenir l'unité, l'efficacité et la crédibilité pour tous les Etats, du droit international. Reste à déterminer les différents acteurs appelés à assurer cette cohérence à travers une nouvelle éthique du droit international, sans contradiction explicite ou implicite du contenu des normes internationales.

En tant qu'organe spécialisé des Nations Unies dans la recherche d'un « droit commun », la Commission de droit international, si elle ne peut plus faire adopter ses projets⁹³⁶ en Convention

⁹³⁰ Mireille DELMAS-MARTY, Les processus de Mondialisation du Droit, in *Le droit saisi par la mondialisation*, op. cit., p. 72.

⁹³¹ *Idem*, p. 73.

⁹³² T. PARSONS, op. cit., p. 264.

⁹³³ Selon la formule du professeur Yadh BEN ACHOUR dans sa préface de l'ouvrage consacré aux rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis sur le thème : Harmonies et contradictions en droit international, Colloque des 11-12-13 avril 1996, sous la direction de Râafa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI, Editions A. Pedone, 1996.

⁹³⁴ Cité par N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 207 et s.

⁹³⁵ Pierre-Marie DUPUY, « Un débat Doctrinal à l'ère de la Globalisation sur la Fragmentation du droit international », *European Journal of Legal Studies*, 2007, p.12.

⁹³⁶ C'est par exemple le cas du Projet de la CDI sur la responsabilité des Etats.

internationale comme cela se faisait par le passé, elle pourrait néanmoins jouer un rôle réparateur en colmatant les brèches de la « dénormativisation » par un rapprochement progressif et une harmonisation des questions conflictuelles entre la loi générale et la loi spéciale. L'objectif recherché ici étant de privilégier le droit et la justice, de réduire les incohérences et de combler les lacunes juridiques par une mise à jour perpétuelle des Conventions, Traités et d'une manière générale des textes pertinents qui régissent le droit international et les organes chargés de l'exécution de ce droit.

§ 2 : La nécessité de reconstruire le droit international public en tant que « projet politique commun » à la communauté internationale

Le droit international a ses spécificités qui en font un système juridique propre dont les règles et les principes sont sous-jacents à la réalité sociale dans laquelle il se développe et en fonction de la volonté de ses acteurs. Longtemps guidé par le seul principe de la souveraineté étatique, les relations internationales connaissent de grands bouleversements depuis la fin de la Guerre froide. A partir de 1989, la mondialisation, surtout en matière économique, a fini par transformer la notion de souveraineté en ne la faisant plus dépendre exclusivement des États. La souveraineté, par le biais du transfert de compétences, est de plus en plus attaquée, à la fois au niveau international, mais aussi au niveau national et régional.

En l'absence d'un parlement mondial, l'acceptation de la « norme politique » en tant que « norme internationale » reste tout à fait de mise et traduit l'expression même des relations internationales entre États. Il reste cependant que le déplacement de l'activité normative du domaine de l'État et de ses organes constitués vers des instances publiques ou privées pose ici la légitimité de ces lieux tout comme celle de leurs modes de production normatives⁹³⁷. Si par le passé la question de la menace sur l'unité de l'ordre juridique international ne se posait pas, cette menace est bien réelle aujourd'hui et incite à un besoin de réorganiser les fondements même du droit international (A) sans oublier l'impératif qu'il y a de mettre en place des moyens de systématisation de cette discipline juridique (B).

A/- LA PORTEE D'UNE ADAPTATION DU DEVELOPPEMENT PROGRESSIF DU DROIT INTERNATIONAL

Ouvrant les travaux du Colloque organisé avec le soutien du Département fédéral des Affaires étrangères les 6 et 7 mai 2007, Yves SANDOZ déclarait : « *réfléchir à l'avenir du droit*

⁹³⁷ DEPELTEAU et Paule HALLEY, « Les effets et la légitimité d'une régulation néo-libérale » dans Guy GIROUX, dir., *L'État, la société civile et l'économie. Turbulences et transformation*, Sillery/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2001 aux pp. 105-155.

international c'est réfléchir à l'avenir du monde»⁹³⁸. Poursuivant son propos, il rappelait aux illustres invités devant quel dilemme étaient placés les juristes du monde : « *renforcer le droit international et aller vers un véritable ordre public international ou le laisser se diluer et disparaître*»⁹³⁹ Restituer le droit international en tant que projet politique c'est faire en sorte que l'opinion publique et la démocratie soient les fondements d'un monde rationnellement administré⁹⁴⁰. En d'autres termes, il ne s'agit point de dépolitiser la gouvernance mondiale, mais d'une opportunité de poursuivre une nouvelle politique adaptée aux défis planétaires. Cela passe nécessairement par un formalisme plus adapté aux intérêts planétaires (1) mais aussi l'acceptation d'un ordre public réel en droit international (2), à l'image de ce qui existe sur le plan national.

1/ Le formalisme juridique au service des intérêts du plus grand nombre

Pour qu'on puisse envisager une mondialisation et une globalisation des concepts juridiques, il faudrait nécessairement que les instruments juridiques à l'échelle internationale, régionale et nationale soient fondés sur la solidarité et la préservation des diversités qu'ils sont censés réguler. Pour Martti KOSKENNIEMI, « *bien que des notions telles que la « paix », la « justice » ou les « droits de l'homme » s'accordent mal avec les techniques du formalisme juridique et sont décevantes en tant que directives comportementales, elles offrent une voix, un espace de parole, pour les individus et les groupes qui se battent pour un bien-être spirituel ou matériel, qui combattent l'oppression et qui cherchent à exprimer leurs demandes dans un langage plus large que celui de leurs intérêts personnels*»⁹⁴¹. »

Tout d'abord ces notions décrivent de nouveaux individus et des groupes en tant que demandeurs ou bénéficiaires de droits et, de cette façon, elles leurs octroient une identité qu'ils peuvent utiliser contre la tendance homogénéisante du droit formel (moyen de reconnaissance de leur existence et de leur culture sur le plan international). Ensuite, ces notions offrent un moyen d'expression internationale aux différentes communautés, aux groupes sociaux existants, en leur permettant de considérer leurs demandes comme des droits universels, au même titre que les demandes faites par d'autres membres de la communauté : cela permet également de créer ou plutôt d'imaginer un monde international comme étant un ensemble d'institutions publiques au sein desquelles les autorités publiques devraient utiliser leurs pouvoirs de manière plus ou moins prévisible. Enfin, ces notions peuvent aussi aider à neutraliser certains effets pervers de la perspective instrumentale à

⁹³⁸ Quel droit international pour le 21^e siècle ? Rapport introductif et Actes du colloque international organisé avec le soutien du Département fédéral des Affaires étrangères, Neuchâtel, 6-7 mai 2007, Yves Sandoz, éd., p.7

⁹³⁹ *Ibid*

⁹⁴⁰ M. KOSKENNIEMI, *supra*, note 67; J.-A. PEMBERTON, *Global Metaphors, Modernity and the Quest for One World*, Londres, Pluto Press, 2001.

⁹⁴¹ M. KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, *op. cit.*, pp. 346-349.

travers les notions de droit public telles que le *Jus cogens* ou les obligations *erga omnes* qui restaurent le « paradoxe des objectifs » du fait de leur formulation large et compréhensive.

Quoi qu'il en soit, le modèle « westphalien » de l'Etat-nation est aujourd'hui ébranlé car les relations internationales ne se limitent plus simplement à une simple juxtaposition de puissances souveraines⁹⁴² qui faisait prévaloir l'égalité entre les Etats. Aujourd'hui, la « société des nations » dotée d'institutions communes a cédé sa place aux « Nations Unies », intégrant un réseau d'agences spécialisées et un embryon de pouvoir législatif, exécutif et judiciaire⁹⁴³. Face à l'incapacité des principaux pouvoirs fondant les Nations Unies⁹⁴⁴ à impulser un changement par le haut, c'est-à-dire la mise en place volontaire d'un ensemble d'institutions à vocation réellement mondiale, c'est donc par le bas que s'opère le changement voulu, notamment à l'initiative des opérateurs privés. Ces derniers ont fini par imposer la mondialisation économique qui a contraint les Etats à redéfinir la nature de leurs rapports et l'agenda de leurs priorités.

Toutefois, le libéralisme économique livré à lui-même s'auto-détruit : en effet sans règles juridiques garantissant le maintien de la concurrence, l'évolution naturelle du marché tendrait à la création de situations monopolistiques, à l'opposé du postulat de base sur lequel repose le système⁹⁴⁵. De même, les lois du marché seules ne peuvent garantir une répartition équitable des richesses sur la planète ; elles n'apportent ni la prospérité, encore moins la justice aux peuples du monde⁹⁴⁶. C'est pourquoi il faut des règles juridiques pour garantir aussi bien l'efficacité économique du système que la justice sociale. Or l'économie étant mondialisée, il va sans dire que l'on a besoin d'un droit mondialisé⁹⁴⁷. Cependant, droit mondialisé signifie-t-il droit désordonné et incohérent ?

La meilleure formule reste encore la mondialisation juridique concertée, résultant de l'accord entre Etats, avec la contribution de l'ensemble des acteurs internationaux. Autrement dit, pour gérer les problèmes du monde, la solution c'est le droit international. Mais un droit international fait par et pour tous les acteurs de la mondialisation, ce qui signifie qu'il faut une procédure mondialisée pour un droit international véritablement mondial. Dans ce sens, Jean COMBACAU propose ainsi « un déplacement de la définition du droit international » afin que celui-ci inclue « l'ensemble des relations juridiques internationales, privées comme publiques, quelques parties qu'elles mettent en

⁹⁴² François Ost, « Mondialisation, Globalisation, Universalisation : S'arracher, Encore et Toujours, A l'Etat de Nature », *In Le Droit saisi par la Mondialisation, Charles-Albert Morand (dir.)*, Bruylant, 2001, p. 19.

⁹⁴³ Idem.

⁹⁴⁴ Le « Parlement » représenté par l'Assemblée générale des Nations Unies ; le « judiciaire » représenté par la CIJ et « l'exécutif » représenté par le Conseil de sécurité.

⁹⁴⁵ Brigitte STERN, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *RGDIP*, 1996, n° 4, cité par Mireille Delmas-Marty, *op. cit.* note 8, p. 16.

⁹⁴⁶ Nicolas STERN, La Mondialisation du droit, Rapport du Ceras – « revue *Projet* n°262 », Juin 2000. URL: <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=2051>

⁹⁴⁷ Idem.

présence : Etats, bien sûr, mais aussi Etats et particuliers, et particuliers entre eux »⁹⁴⁸. De toute évidence, la conséquence la plus flagrante du droit « transnational »⁹⁴⁹ est l'emprise qu'a désormais l'économique sur le politique. Dans ce sens, les intérêts transnationaux des acteurs économiques, qui ne se soucient point des frontières, influent largement aujourd'hui sur des domaines autrefois exclusivement réservés au politique. A travers cette corrélation entre décisions politiques et économiques, c'est également la souveraineté de certains Etats qui s'érode. D'où l'impératif qu'il y a à instaurer un ordre public réel en droit international.

2/- La nécessité d'un ordre public réel en droit international

Le droit international peut-il se prévaloir d'un ordre public international ? Le concept d'ordre politique international a été utilisé et systématisé par Michel VIRALLY dans son cours général de droit international public délivré à l'Académie de droit international de la Haye⁹⁵⁰. Il y est défini comme le « *système des rapports étatiques qui prévaut à une époque donnée* »⁹⁵¹.

S'agissant des rapports entre l'ordre politique international et l'ordre juridique international, le texte de VIRALLY reste ambiguë car, d'une part, il considère que « *l'ordre juridique international est une composante de l'ordre politique international* »⁹⁵², faisant ainsi du premier un sous-système du second ; d'autre part, il les présente comme des systèmes autonomes qui interfèrent : « *On ne comprend pas grand-chose à la société internationale contemporaine si on ne tient pas compte de la superposition, ou plutôt de l'imbrication de ces ordres, dont la coexistence n'est pas toujours facile, car ils répondent à des logiques différentes et sont modelés par des facteurs et des valeurs également dissemblables* »⁹⁵³. Au-delà de cette dispersion terminologique, il semble bien que l'éminent auteur décèle un rapport dialectique entre les deux ordres.

L'ordre politique international est déterminant car « *l'ordre juridique international, tel qu'il s'établit à un moment donné est modelé par des forces politiques. Il résulte de l'action des Etats et d'abord des plus puissants d'entre eux, ceux dont la pratique internationale est la plus abondante et la plus connue et sert de modèle, de termes de référence à tous les autres* »⁹⁵⁴. Au plan politique et idéologique, l'ordre international est marqué par la domination sans partage des valeurs du

⁹⁴⁸ SFDI, Enseignement du droit international, recherche et pratique, éd. Pedone, 1997.

⁹⁴⁹ A travers le droit transnational, on incorpore un autre type d'acteurs au sein de la société internationale : « les agents économiques privés » qui aujourd'hui ne peuvent échapper lorsqu'on fait une analyse des relations internationales diplomatiques, sociales ou militaires. Ils interviennent notamment dans ce que l'on qualifie aujourd'hui de « droit international économique ».

⁹⁵⁰ Michel VIRALLY, « Panorama du droit international. Cours de droit international public », *RCADI*, 1983, V, T.183, pp.9-382.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 31.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 32.

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ *Ibid.*

libéralisme politique et de ses trois piliers à savoir la démocratie, les droits de l'homme et l'Etat de droit. Au plan économique, le monde est marqué par « *un mouvement complexe d'ouverture des frontières économiques et de déréglementation, qui permet aux activités économiques capitalistes d'étendre leur champ d'action à l'ensemble de la planète* »⁹⁵⁵. Le nouvel ordre politique international a donc trois facettes : le triomphe des valeurs libérales, la mondialisation de l'économie capitaliste et l'hégémonie politico-militaire américaine. Or la Charte des Nations Unies a été conçue pour un ordre qui s'oppose point par point à celui-ci, c'est-à-dire un ordre marqué par l'opposition de valeurs politiques et idéologiques, la diversité des systèmes économiques et l'équilibre politico-militaire.

Le véritable problème qui se pose à l'ordre juridique international est que celui-ci n'a subi aucune modification alors que dans le même temps, l'ordre politique international a changé radicalement. Le premier est resté fondé sur l'égalité des Etats alors que le second a évolué vers un déséquilibre total entre ces mêmes Etats. Et, toujours selon Michel VIRALLY, « *l'ordre juridique international ne peut se maintenir durablement en discordance complète avec l'ordre politique international* »⁹⁵⁶. Par conséquent on constate une recrudescence de nouveaux principes, de nouvelles normes et de nouvelles pratiques au sein du système juridique international.

Le droit international public a finalement besoin de connaître un nouveau fondement universel à la suite de celui né après la seconde guerre mondiale et aujourd'hui estompé. Cet effort de donner un nouvel « élan sociable » au droit international est d'autant plus pressant que de nouveaux domaines spécifiques véhiculant à nouveau des idéaux d'universalisme et de progrès ont vu le jour et sont à l'origine du débat sur la fragmentation du droit international. L'apparition et la consolidation de régimes spéciaux et de sous-disciplines techniques ayant des intérêts et des standards particuliers sont présentées comme universelles, provoquant des conflits normatifs comme examiné dans le titre I de la première partie de cette étude. Et puisque le droit international public débouche sur une réponse de la diversité de ses contenus, la question de la fragmentation conduit à poser l'hypothèse, à propos de l'ordre public international, d'un contenant unique, susceptible de rendre compte, rationnellement et de manière pratique, de cette extrême diversité.

Ainsi, le droit en général et le droit international public en particulier, ne se contenterait plus d'être qu'une masse de règles techniques : il aurait aussi un esprit qui devrait animer l'ensemble de ses règles et ses catégories techniques ; ces dernières devraient s'alimenter aux fonds communs que peuvent exprimer des catégories conceptuelles qui sont, *in fine*, le fondement de l'ordre juridique

⁹⁵⁵ Jean Luc FERRANDERY, *Le point sur la mondialisation*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1998, p.3.

⁹⁵⁶ Cité par Slim LAGHMANI, « *Le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit international* », In *Regards d'une génération sur le droit international*, Sous la Direction d'Emmanuelle JOUANNET, Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL, Editions A. Pedone, Paris, 2008, p.233.

international. Et c'est cette catégorie conceptuelle et non technique de l'ordre public qui pourrait jeter sur l'ensemble de notre droit davantage de lumière et de lisibilité en redonnant à ses règles techniques un peu plus de sens que ne lui confèrent les explications, certes indispensables, qui lui sont données. Il s'agit en plus d'un moyen efficace de protéger le DIP contre l'insuffisance de ses règles formelles ou encore contre un abus de liberté de certaines de ses catégories. L'ordre public devrait exister sur un plan spécifique, indépendamment de ses éléments constitutifs et devrait présenter une identité qui se situe au-delà de ses concrétisations diverses, mais qui soit capable d'en expliquer la grande variété. Il faut avoir en mémoire que c'est toujours par rapport à un terme commun que des éléments divers posent leur pluralité ; à défaut de cette référence commune, ils seraient simplement étrangers les uns par rapport aux autres. Par conséquent, il serait bien venu que le droit international s'organise et se systématisé.

B/ LES MOYENS D'ORGANISATION ET DE SYSTEMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL MODERNE

Que ce soit lors des colloques internationaux ou lors de rencontres diplomatiques, l'ensemble des acteurs du droit international restent unanimes quant à l'importance et l'urgence qu'il y a de définir un socle de valeurs communes sur lesquelles doit se développer « l'ordre public international ». Il faut souligner qu'aujourd'hui, le développement du droit international ne se fait pas sur un mode centraliste : ce droit se développe dans différents domaines par des régimes particuliers. Or il est nécessaire que ces régimes particuliers soient rassemblés et que des liens soient tissés entre eux de manière à favoriser la cohérence de l'ordre juridique international dont ils font tous parties. Ainsi en dépit de leur caractère spécifique et riche pour le droit international, il faut prendre garde à ce que ces régimes ne s'écartent pas du cadre général : celui du droit international, de ses principes et règles. Il appartient à chacun des régimes particuliers de s'inscrire dans cette logique.

Cet équilibre entre l'universel et le particulier, cette interaction entre l'un et l'autre devrait être une réalité sur un plan général et permettre la mise en place d'une dynamique dans laquelle devra s'inscrire l'élaboration de l'ordre juridique international en devenir. Un tel besoin d'harmonisation ne peut se faire qu'à travers des règles, principes, ou normes universellement admises et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble (1) et par des institutions unanimement acceptées comme pourrait l'être la Commission de droit international (2).

1/- Le problème des institutions juridiques capables de faire prévaloir l'ordre public international.

De *prime abord*, il convient de préciser que les institutions juridiques chargées de faire prévaloir un ordre public en droit international sont inefficaces parce qu'inabouties. Autrement dit, elles ne sont

pas assorties des dispositifs organiques et procéduraux qui permettraient de leur donner corps. De ce fait, la première concrétisation d'un ordre public international a été l'introduction de la notion de *jus cogens* qui renferme un ensemble de normes impératives du droit international général sanctionnées par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Dans le contexte du désaccord qui a régné à l'heure bipolaire entre les deux « super grands », il fut impossible de donner une définition « stricto sensu » au *jus cogens* compte tenu des valeurs véhiculés par le droit international ; sa définition est donc restée purement formelle jusqu'aux années 1990.

En effet, la première difficulté fut celle de l'identification des normes impératives à travers un mode formel ou organique. Il n'existe pas d'éléments formels permettant de caractériser intrinsèquement les normes de *jus cogens*. Si au départ on avait pensé que ces règles avaient une forme conventionnelle à portée universelle, on tend de plus en plus vers l'opinion que la forme serait plus logiquement coutumière⁹⁵⁷. Cette incertitude formelle rend d'autant plus urgente la connaissance du ou des organes doté(s) de la compétence d'identification de normes dont on s'accorde simplement à reconnaître qu'elles relèvent d'une hiérarchie substantielle des normes. Ici encore, le problème est analogue car l'idée même de hiérarchie des normes semble appeler une hiérarchie des autorités qu'on serait bien en peine de trouver dans l'ordre international. L'article 53 de la convention de Vienne évoque certes « la communauté internationale dans son ensemble » comme autorité d'acceptation et de reconnaissance mais force est de reconnaître que cette communauté n'a pas d'expression organique consacrée objectivement. Ainsi que l'écrit Charles LEBEN, « *la société interétatique n'ayant pas de législateur centralisé, les mécanismes concrets de reconnaissance, de production et de modification des normes impératives restent nimbés de mystère* »⁹⁵⁸.

Ce constat de carence organique vaut non seulement pour la proclamation des règles mais aussi pour leur mise en œuvre. Ainsi, il n'existe pas d'organe doté d'une compétence d'action publique, c'est-à-dire un organe qui permettrait de déclencher une procédure destinée à constater, avec une autorité qui s'impose à tous, en quelque sorte objective, qu'une convention est nulle et de nullité absolue. Il existe certes une solution faisant appel aux moyens existants à savoir un mécanisme procédural de juridiction subsidiaire obligatoire à la CIJ (article 66) ; ce mécanisme est spécialement conçu pour protéger contre les invocations unilatérales. C'est en effet le caractère impératif de ces normes qui les relie à la notion d'ordre public car ces règles ne sont pas dérogeables par des accords particuliers. Ensuite, il y a la conséquence de la transgression d'une règle de *jus cogens* qui n'est autre que la « nullité absolue » à laquelle ne peuvent déroger les parties. Enfin, il y a le caractère intertemporel

⁹⁵⁷ V. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 340. Voir aussi P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 7-47.

⁹⁵⁸ Charles LEBEN, « Impératif juridique, dérogation et dispense – Quelques observations », *Droits*, 1997, n° 25, pp. 33-45, spéc. p. 35.

de ces normes qui vient accentuer cet aspect de droit positif produisant des conséquences objectives puisqu'un traité parfaitement valide au moment de sa conclusion peut devenir nul, et donc prendre fin, par l'effet de la survenance d'une nouvelle norme de *jus cogens*⁹⁵⁹ ; l'intérêt qu'il véhicule est suffisamment urgent pour prendre immédiatement le pas sur les intérêts particuliers qu'exprime le traité. Ainsi, par sa définition et par son régime, on peut rattacher clairement la notion de *jus cogens* à celle de l'ordre public mais il ne s'agit là que d'un raisonnement par analogie car bien que justifiant sa logique fondamentale, la notion ne renvoie pas à un régime juridique préétabli en droit international. Elle exprime l'objectif d'amorcer, à travers la notion de *jus cogens*, la construction d'un régime du type d'ordre public propre au droit international.

Cependant, si l'évocation de l'ordre public en droit international renvoie immédiatement à la notion de *jus cogens*, il faut aussi y relier celle de crime international de l'Etat telle qu'elle est apparue dans les travaux de la CDI consacrés à la responsabilité internationale des Etats⁹⁶⁰. En effet sans pour autant se superposer, les deux notions se rapprochent en ce qu'elles font largement écho et répondent à l'idée commune que certaines transgressions seraient d'une gravité particulière et affecteraient de façon spécifique la collectivité internationale. Le Chapitre III des articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite parlent à juste titre de « *Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général* ». Il s'agit explicitement d'une institution moins aboutie que le *jus cogens* puisqu'elle n'est apparue pour l'instant que dans les travaux de la CDI et ne connaît aucune consécration dans un texte de droit positif. Lors des travaux de la CDI consacrés à la responsabilité internationale de l'Etat, le rapporteur spécial a imaginé de catégoriser les faits illicites des Etats en crimes et délits⁹⁶¹. L'article 19 §2 du projet de la Commission définit le crime international comme « un fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble »⁹⁶².

Tout comme la norme de *jus cogens*, cette notion s'entend mieux par rapport à la coloration afflictive qu'elle implique c'est-à-dire en fonction de ses effets. En l'occurrence, elle fait écho à

⁹⁵⁹ Ces normes de droit positif (la communauté internationale se les est données, donc ce n'est pas du droit naturel) sont susceptibles, en tant que telles, d'évoluer mais il est alors précisé qu'une norme de *jus cogens* ne peut être modifiée que par une autre norme de *jus cogens*. D'après l'article 64 de Vienne, cette nouvelle norme produit immédiatement tous ses effets y compris sur les traités existants.

⁹⁶⁰ Voir Articles adoptés par la CDI en seconde lecture le 11 août 2001 et avalsés par la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 juillet 2001, Voir James Crawford, Les articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, Paris, Pedone, 2003.

⁹⁶¹ M. GOUNELLE, « Quelques observations sur la notion de crime international et sur l'évolution de la responsabilité internationale de Etat », *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 315-326.

⁹⁶² Annuaire de la CDI, 1976, II/2, p. 89.

l'idée d'obligations envers la Communauté internationale et dont le respect intéresse l'ensemble de la collectivité. A cet effet, la problématique organique pèserait également sur le crime international si la notion aboutissait en droit positif⁹⁶³. Et même si les deux notions se rapprochent, la CDI a toujours refusé l'assimilation en considérant que la catégorie des normes indérogables était plus vaste que celles des obligations dont la violation constitue un crime international. Aujourd'hui, elle se penche de plus en plus vers une hiérarchisation de ses règles entre normes de *jus cogens* et obligations *erga omnes*. Mais toutes deux traduisent l'idée d'ordre public c'est-à-dire un intérêt de la collectivité qu'ils constituent. Ces intérêts s'expriment dans des normes dont la transgression peut entraîner une réaction collective ou l'éradication radicale de l'acte contraire.

Le problème général qui se pose à cet ordre public international est que, contrairement à l'ordre public étatique qui recèle des moyens et des exigences concrètement définissables, il n'existe pas, en droit international, de « pouvoir coercitif »⁹⁶⁴ capable d'imposer et de réguler cet ordre juridique. Mais constater son ineffectivité ou son inaboutissement n'est pas conclure que cet ordre juridique ne devrait pas exister en droit international. En effet, il existe un certain nombre d'éléments qu'on peut voir ou qualifier d'éléments substantiels d'un ordre public et, partant, d'un ordre juridique international. L'ambition nourrie ici est celle de voir le DIP évoluer vers des instruments aussi bien normatifs que juridictionnels capable de reprendre à leur compte des activités ou des actions de maintien ou de rétablissement de l'ordre public en droit international qui feront penser à un pouvoir de police. A travers le système de sécurité collective de la Charte des Nations Unies, par exemple, une hypothèse s'inspirant du droit administratif et de son ordre public pourrait voir le jour en droit international⁹⁶⁵. En effet, il existe dans cette matière, toutes proportions gardées, des mécanismes qui y font penser dans leur conception voire même dans leur fonctionnement. L'ordre public international aurait-il sa police ? L'hypothèse mérite d'autant plus d'être considérée qu'on a observé dans les années 90 un élargissement continu des finalités avec une attraction de fins correspondant par ailleurs à des valeurs considérées comme supérieures et qui pourraient bien être celles qui étaient destinées à alimenter le *jus cogens*.

Par ailleurs, le Statut de la CPI marque également une avancée incontestable dans la mise en place d'un ordre public international même si lui aussi n'échappe pas à cette logique de puissance. On peut aussi évoquer le manque de définition liée à la notion de « crime d'agression » ; il s'agit d'une notion d'ordre public international découlant de la nécessité de trouver un compromis entre la

⁹⁶³ Helene RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁶⁴ Au sens où l'entendait Maurice HAURIOU : Dans chaque société, s'élève un pouvoir qui s'empare de la domination pour réaliser l'entreprise et maintenir l'ordre ; lire Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 2^e éd., 1929, p. 22.

⁹⁶⁵ Slim LAGHMANI, *op. cit.*, p. 238.

logique des valeurs et la logique de puissance. Au regard de toutes les difficultés qui découleraient de l'évolution du droit international, seule un organe comme la CDI, organe internationalement reconnu au sein du dispositif des Nations Unies, pourrait jouer un rôle non moins important, notamment en sa qualité d'organe chargé « de la codification et du développement progressif du droit international ». Est-il besoin de rappeler ici que c'est généralement lors des travaux de la CDI qu'a été manifestée la reconnaissance des normes impératives que ce soit les règles de *jus cogens* ou des obligations *erga omnes* ?

2/- La CDI : Organe d'un ordre public réalisable en droit international ?

On le rappellera encore, l'ordre juridique international connaît aujourd'hui une complexification considérable liée notamment à la diversification, sans cesse croissante, des domaines qu'il est appelé à normaliser. Même si cet état de fait renferme en lui-même des avantages certains, des solutions devraient être envisagées pour réduire significativement les problèmes posés par l'articulation entre les différents régimes spéciaux ayant des institutions juridiques propres et les règles générales que comporte l'ordre juridique international. Au-delà d'une solution visant à maîtriser la multiplication des juridictions internationales et l'harmonisation suffisante des jurisprudences relative à l'interprétation des règles générales du droit international général, la CDI pourrait également retrouver ici toute son importance pour assurer la cohérence de conception et le maintien de l'unité formelle et substantielle de l'ordre juridique international.

En ce qui concerne le mouvement vers la codification internationale du DIP, il faut ici rappeler les efforts réalisés en ce sens par la CDI comme on pourra l'apprécier dans la deuxième partie de cette étude. Il faut juste dire ici que ce mouvement de codification avait en vue un double objectif. D'une part, la codification se devait d'être « générale » par rapport aux matières à codifier et d'autre part, elle devrait être « universelle » à travers le nombre des États participant à cette tâche. A la suite de cette vision, il devrait en principe découler un processus d'abandon des règles autonomes de droit international public. Au regard de la situation actuelle, on aurait tendance à croire que ces objectifs n'ont pas tous été atteints cinquante ans après sa mise en place⁹⁶⁶.

En effet comme cela peut être constaté à l'égard de la Conférence de La Haye de droit international privé, on a abandonné très tôt l'idée d'une codification générale et complète des matières pour se tourner vers des sujets particuliers et plus précis. Cela implique qu'on ait renoncé à une vraie « codification » pour se contenter d'une simple « unification » sectorielle du droit international public, une démarche qui peut soulever certains problèmes compte tenu de la pluralité d'instances de

⁹⁶⁶ La codification semble avant tout s'ancrer dans le passé et faire un pari de stabilité sur le futur. En conséquence, elle peut être considérée comme inadaptée à une société en mouvement rapide.

codification en DIP. Aujourd'hui, on remarque que le processus de création du droit échappe à une œuvre de codification générale, fruit de la pensée du siècle dernier, pour aller de plus en plus vers une « spécialisation » des règles juridiques de DIP. Ce qui a amené certains auteurs comme P. DELNOY à déclarer que la codification, en tant qu'œuvre systématique complète et ayant une volonté de permanence, n'est pas aujourd'hui « *un instrument adapté à une époque où la diversité l'emporte sur l'unité et le changement sur la stabilité* »⁹⁶⁷. Pour ce qui touche au deuxième objectif, force est de constater que la codification du DIP, devenue œuvre d'unification sectorielle, n'est plus universelle mais régionale. En outre, pour ce qui est de l'Europe occidentale au moins, la pluralité d'institutions internationales intervenant dans ce processus et l'existence de cercles plus restreints d'États dans le cadre régional a conduit à une diversité des conventions internationales.

Aussi face à tout ce désordre systémique que présente le DIP, il y a nécessairement un besoin de rechercher un système pouvant apporter la sécurité dans le droit face à l'arbitraire que pourrait engendrer les droits spéciaux ou locaux ou encore face à l'interprétation des juges. Cette sécurité pourrait être envisagée à travers l'idée d'une codification générale, modèle supérieur de compression et de lisibilité du droit international. Est-il besoin de rappeler ici que c'est au travers de la recherche d'une systématisation scientifique du droit, alliée à une volonté politique de consolidation ou de transformation de l'ordre social qu'est née l'idée d'une codification du droit ? Ainsi, la codification pourrait s'avérer être une solution pour éviter de renouer avec l'« état de nature » dont parlait HOBBS : « un Etat sans loi, où tous les coups sont permis pour « accroître notre empire » - rien n'étant injuste où illégitime faute d'une répartition préalable du tien et du mien »⁹⁶⁸.

Mireille DELMAS-MARTY se demande si le droit pourrait jouer un rôle pour réduire le désordre et contribuer ainsi à l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs. Pour elle, la réponse est à rechercher dans une double perspective : d'un côté, la nécessité d'ordonner les valeurs et, de l'autre, la possibilité de juger, donc de responsabiliser les acteurs⁹⁶⁹. De son côté, Laurence Boisson de CHAZOURNES⁹⁷⁰ identifie trois méthodes autour de la réflexion sur les modes de formation du droit international : la première qu'elle qualifie de « méthode participative ou « dialogique » » impose la nécessité de dialogue entre, d'une part, les sujets principaux de l'ordre juridique international et, d'autre part, avec les autres acteurs de la scène internationale. La deuxième méthode qu'elle présente est plutôt basée sur « l'expertise » même si, signale-t-elle au passage, cette notion

⁹⁶⁷ P. DELNOY, « La codification, forme dépassée de législation ? », *Rapports belges au XI^e Congrès international du droit comparé*, Caracas, 1982, Anvers, Bruxelles, 1982, pp. 129 et s.

⁹⁶⁸ HOBBS, 1971 : 126 (cf. Charles Morand).

⁹⁶⁹ Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Seuil, 2006.

⁹⁷⁰ Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, *La pratique et le droit international*, SFDI, Colloque de Genève, 2004, Pedone, pp. 153-175.

d'expertise est difficilement définissable. Enfin, la troisième méthode exposée par l'auteur est celle de la « texture ouverte » pour reprendre ses propres mots. Cette méthode permet de juxtaposer les différents espaces et disciplines dans lesquels le droit peut être produit, que ce soit par des juristes ou par tout autre praticien appartenant à une autre discipline que le droit.

Au final, diverses méthodes et solutions restent envisageables et attestent qu'il existe bien un besoin de formalisation du droit international public de manière à ce que celui-ci soit compris de la même manière partout et accepté de tous. Reste à déterminer les organes, les méthodes, et les mécanismes d'un tel processus. A partir de la vision récemment exposée, que la CDI pourrait avoir toute sa place dans ce processus du fait de son rôle dans l'orientation de la codification et donc dans la détermination du droit international. En effet, la dispersion des règles juridiques et le particularisme de certains principes généraux du droit international sont autant de facteurs qui militent en faveur d'un mouvement de renouvellement de la codification du droit international.

Pour atteindre cet objectif, le fondement théorique de ce mouvement en droit international public devrait se fonder sur trois éléments : d'abord, le point de départ de cette construction permet de faire l'évaluation du rapport entre le droit international contemporain et la notion de codification en étudiant, de manière globale, les liens existants entre les rapports de droits et les règles juridiques tels qu'ils découlent de l'impact de la fragmentation sur le droit international. Ensuite, le mouvement de codification pourrait déterminer le « siège » de ce rapport en tant qu'élément central de ce nouveau fondement théorique par un effort de systématisation pour la sauvegarde de la sécurité juridique internationale et l'efficacité des normes internationales. Enfin, le besoin de « localisation » du rapport dans le système juridique international en tant que résultat final qui permet d'aborder l'intervention des autres organes et institutions dans la recherche de cette systématisation du droit international.

En guise de conclusion pour ce chapitre, on peut retenir que l'ancrage du droit international dans un contexte purement politique est de nature à favoriser l'effritement du principe de l'égalité souveraine des Etats⁹⁷¹ car exprimant de façon plus adéquate la seule volonté de la « Communauté internationale ». Aujourd'hui, le droit international se veut être un instrument de régulation dans un système international hétérogène, traversé par des contradictions multiples dont on sait qu'il est avant tout l'œuvre de la volonté des Etats les plus puissants. Mais est-ce pour autant illusoire de considérer que « le développement technique du droit peut compenser ce qui est perçu comme des carences de la société internationale, et les corriger par une sorte de révolution anticipatrice »⁹⁷² ?

⁹⁷¹ Une hiérarchie des sources suppose l'existence d'une volonté suprême et de volontés subordonnées ; or c'est évidemment une chose impossible en droit international.

⁹⁷² Serge Sur, « *Relations internationales* », Paris, Montchrestien, 2000, p.221.

Accepter une telle assertion reviendrait simplement à rejeter toute idée de droit dans le système international et à renier tout espoir de « communautarisation » de l'humanité. Le droit international reste certes un « instrument de lutte »⁹⁷³ entre les Etats, les organisations intergouvernementales et tous les autres acteurs du système international ayant des intérêts à protéger ou des convictions à faire valoir ; lutte qui se réalise aussi bien à travers l'énonciation des règles qu'à travers leur application.

Sachant qu'aucun système juridique organisé ne saurait se départir d'une puissance quelconque pour assurer son maintien et son efficacité, le moment n'est-il pas venu pour le droit international de s'aligner sur une telle logique ? Le droit international contemporain nécessite donc un renforcement en tant qu'ordre juridique si on veut qu'il demeure ce facteur important de régulation des relations internationales. La multiplicité des Conventions et des Traités internationaux conduit à des conflits entre les normes. Par ailleurs, dans l'activité économique, même si le droit contractuel a l'avantage d'être d'application immédiatement, il ne concerne cependant que les contractants et ne peut donc garantir l'effectivité du droit pour tous. La multiplication de « régimes » et de « sous-systèmes » en droit international requiert la nécessité d'une coordination entre eux. Autrement dit, si on admet que la situation actuelle du D.I. n'est pas catastrophique, elle requiert néanmoins de manière urgente l'élaboration et le respect de normes impératives plus nombreuses pour défendre l'intérêt collectif de la planète. Il convient de renforcer les normes qui, ayant une fonction générale, doivent être incluses dans les contrats pour le maintien d'une unité de l'ordre juridique international et à une cohérence de l'ensemble du système international.

Or, à l'heure actuelle, il est difficile de concevoir un mode « démocratique » d'élaboration de ces normes. On se demande quelle pourrait alors être la contribution de la CDI et celle des organes juridictionnels pour le maintien de l'unité du droit international et la sécurité juridique internationale.

⁹⁷³ Francisco DJEDJRO... Regards d'une génération, *op.cit.*, p.261.

Conclusion du Titre II

Au regard des considérations qui précèdent, la fragmentation crée un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, des principes, régimes et pratiques institutionnels. L'apparition de nouveaux types de règles, « régimes autonomes » et systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel délimité pose des problèmes de cohérence en droit international. Certes, ces nouveaux types de droit spécialisés cherchent à répondre à des besoins nouveaux à la fois techniques et fonctionnels, mais le fait qu'ils s'accompagnent de principes et d'un savoir-faire propres qui ne s'apparentent nullement à ceux des spécialisations voisines créent des écarts qui se multiplient au détriment de l'unité d'ensemble du droit. Selon les termes de Marcelo G. KOHEN, « nous assistons à l'heure actuelle à une tension dialectique entre le droit international et les nouvelles forces qui dominent la société internationale »⁹⁷⁴ et qui sont à l'origine d'une certaine révolution au sein du système juridique international nouveau à trois niveaux :

D'abord au niveau normatif marqué par un changement de règles qui constituent l'ossature du système. Autrement dit, les principes fondamentaux tels que l'interdiction de l'emploi de la force, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'égalité souveraine des Etats, la non intervention, etc., connaissent des changements dans leurs modalités d'application. A cela, s'ajoutent la multiplication du recours à des instruments juridiques formellement non liants appelés « *soft law* » qui viennent accroître l'incertitude du droit en brouillant la distinction entre droit et non-droit⁹⁷⁵. Prosper WEIL dira à propos de ces instruments juridiques que : « la valeur juridique ne se partage pas, il n'y a donc pas de catégories intermédiaires comme la *soft law* »⁹⁷⁶.

Ensuite au niveau institutionnel où l'on constate un changement dans la façon dont sont exercées, sur le plan international, les fonctions « exécutive », « législative » et de règlement des différends, notamment en matière de conflits de lois. Ces conflits normatifs sont conséquents à la multiplication des juridictions internationales depuis la fin de la Deuxième guerre mondiale. Ce qui sous-tend une certaine incohérence ainsi qu'une contrariété de la jurisprudence internationale car les conséquences négatives pouvant résulter des relations anarchiques entre tribunaux spéciaux fragilisent ces derniers et les incitent à adopter une position conformiste par rapport à la jurisprudence de la CIJ. Par

⁹⁷⁴ Marcelo G. KOHEN, *Internationalisme et mondialisation, In le Droit saisi par la Mondialisation*, Sous la direction de Charles-Albert MORAND, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001, p.128.

⁹⁷⁵ L'expression de la *soft law* sous-entend qu'il existe un droit non contraignant. Ex : Les Etats se mettent ok sur un texte qui ne les lie pas.

⁹⁷⁶ Prosper WEIL, Vers une normativité relative en droit international ? *Le droit international en quête de son identité*, Politique étrangère, 2006, vol. 61, Numéro 2, pp. 429-431.

exemple, les affaires *Al-Adsani et Kalogeropoulou* illustrent la dépendance de la Cour Européenne des droits de l'homme à l'égard des Etats.

Enfin, au niveau subjectif marqué lui par un changement des sujets qui sont à la base du système en tant que créateurs ou destinataires des règles. Ainsi, si au XX^e siècle le contexte international de la création du droit s'est enrichi par l'action des organisations internationales, ce fait a eu des effets sur le droit international public. D'une part les OI ont permis d'assurer la continuité nécessaire à l'effort visant la création d'un droit uniforme de source internationale, que ce soit à caractère « matériel » ou conflictuel⁹⁷⁷. Et le résultat est un essor du droit conventionnel international, dont la naissance est largement rattachée à présent à ces institutions intergouvernementales.

En tout état de cause, s'il est acceptable que les problèmes rencontrés par l'ordre juridique international témoignent de son accession à la maturité beaucoup plus qu'ils ne manifesteraient un état de crise endémique, ce qui serait inquiétant, le fait que l'on finisse par déboucher sur l'apparition d'une seule superpuissance voulant dicter sa loi au reste de la planète. Il convient de souligner également l'existence d'un réseau de plus en plus concentré de grandes entreprises multinationales qui tendent à créer leur propre droit en dehors de tout contrôle étatique et d'organisations internationales, favorisant, par la même occasion, la fragmentation du droit international.

⁹⁷⁷ R. AGO, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », *Hommage à P. Guggenheim* Genève, 1968, pp.93-131.

Conclusion de la première partie

Si le développement du droit international semble désormais se faire de manière anarchique du fait que chaque acteur agit selon des modes d'intervention qui lui sont propres, il revient cependant à l'ensemble des acteurs et sujets du droit international de coordonner leurs forces et de mobiliser l'ensemble des ressources nécessaires à la préservation d'un ordre juridique international harmonieux et efficace. Dans le cadre du droit interétatique, l'inexistence d'un législateur international et central ne permet pas de réaliser pleinement leur coordination ; le droit international évolue ainsi en se frayant un chemin, « comme il le peut », vers et à travers des pratiques de métissage entre normes étrangères et coutumes⁹⁷⁸. L'objectif poursuivi est de faire en sorte que l'ensemble des règles édictées au plan mondial servent à confectionner un cadre général uniforme, opposable à tous, à l'intérieur duquel pourrait se développer, dans le strict respect des traités, de la coutume et des principes généraux du droit international, un mouvement mondial adéquat.

On comprend mieux pourquoi le professeur Emmanuelle JOUANNET, déclarait que « le droit international [serait] inscrit depuis son émergence dans une société internationale profondément inégalitaire où il [nourrirait] autant de violence qu'il [permettrait] d'en apaiser »⁹⁷⁹. A ce titre, on pourrait penser que le droit international ne serait que la somme des différents engagements de ses acteurs sur le plan international et non un système cohérent les incorporant et les agençant harmonieusement en son sein⁹⁸⁰. Pourtant, selon Sir Robert JENNINGS, « le premier principe général et essentiel de droit international public réside dans sa qualité d'universel, c'est-à-dire qu'il se doit d'être reconnu comme valable et applicable dans tous les pays, quelles que soient leurs histoires et traditions culturelles, économiques, sociopolitiques ou religieuses »⁹⁸¹.

Il ressort de ce qui précède que la codification, bien qu'elle ne soit pas l'unique solution, pourrait largement contribuer à limiter les effets néfastes de la fragmentation du droit international. La justice internationale ne pourrait, à elle seule, juguler la violence qui sévit dans le monde moderne en l'absence de toute volonté politique de réformer le système international et de démocratiser les

⁹⁷⁸ Le terme de « modernisation du droit » est à éviter car il implique l'introduction de règles fortement inspirés du modèle européen.

⁹⁷⁹ Emmanuelle JOUANNET, « Le même et l'autre », *in regards...*, p214.

⁹⁸⁰ Hugues HELLIO, « Résolution et prévention des conflits normatifs », *in la circulation des concepts juridiques : Le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Hélène RUIZ FABRI et Lorenzo GRADONI (Dir.), Société de Législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, vol. 16, 2009, p. 56.

⁹⁸¹ Robert Jennings, « Universal International Law in a Multicultural World », dans Maarten Bos et Ian Brownlie (dir. publ.), *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce* (Oxford: Oxford University Press, 1987), publié également dans *Collected Essays of Sir Robert Jennings* (La Haye: Kluwer, 1998), p. 341.

relations et les organisations internationales. Ce serait une utopie que de vouloir confier au seul juge la résolution des problèmes nationaux et internationaux car ce n'est pas le règlement judiciaire international qui engendre d'emblée la paix, c'est au contraire la paix qui stimule le règlement judiciaire des différends.

D'ailleurs à ce propos, Martti KOSKENIENNI déclarait que : « *loin d'être un problème à résoudre, la prolifération des régimes normatifs autonomes est [donc] un reflet inévitable de la condition sociale « postmoderne » et un avantage pour une communauté pluraliste au sein de laquelle des degrés d'homogénéité et de fragmentation reflètent les changements de préférence politique et les succès variables des poursuites hégémoniques* »⁹⁸². Si cette vision de l'auteur reste somme toute soutenable, la raison devrait conduire à faire triompher les « doutes » que laisse planer la fragmentation et cela en s'appuyant sur ce que GRAMSCI appelait « l'optimisme de la volonté » qui amène vers l'identification des voies par lesquelles une réponse positive peut être donnée au phénomène de la fragmentation du droit international. En tout état de cause, il s'agit ici, comme l'écrivait René Jean DUPUY, non pas « de sonner le tocsin, ni de dénoncer une dissolution du droit international », mais plutôt « ... de susciter une réflexion prospective ... » et « ... tenter un appel à la lucidité »⁹⁸³. Là où les règles humanitaires et la coopération entre Etats ont besoin de protection, mieux vaut avoir un dispositif juridique bien net et dépourvu d'ambiguïtés : l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international pourrait apporter des débuts de solutions à une telle ambition.

C'est pourquoi, dans la deuxième partie de cette étude, sera analysé le phénomène de fragmentation sous l'angle de la codification, tout en explorant les autres solutions pour rendre le droit international plus effectif, plus cohérent et plus efficace.

⁹⁸² M. KOSKENIEMI, *supra* note 79, B. STARCK, « After Word (s): Violation of Human Dignity and Postmodernism in Law? », *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002, pp. 336-347.

⁹⁸³ René-Jean DUPUY, « L'Avenir du droit international dans un monde multiculturel », in *Dialectiques du droit international, Souveraineté des Etats, Communauté internationale et Droits de l'Humanité*, Ed. A. Pedone, 1999, Institut du droit de la paix et du développement, Université de Nice-Sophia Antipolis, pp. 137 et s.

DEUXIÈME PARTIE

**LA CONTRIBUTION DE LA CODIFICATION AU
MAINTIEN
D'UN ORDRE UNITAIRE EN DROIT INTERNATIONAL**

Le droit international public, notamment à travers les traités internationaux, a connu une croissance spectaculaire et, avec lui, c'est aussi l'idée et l'esprit de la codification qui ont évolués⁹⁸⁴. Selon Emmanuelle JOUANNET : « *En droit international, très rares ont été les époques où les héritiers se sont dits satisfaits du droit international légué et beaucoup plus nombreuses ont été celles où ils ont appelé à sa modification ou à sa refonte totale. La période précédente a souvent été présentée comme une période d'épuisement, de déracinement ou de faillite du système*⁹⁸⁵. » Cette assertion de l'auteure soulève une interrogation cruciale en droit international contemporain : celle de savoir si la génération actuelle des internationalistes se satisfait du droit international hérité de la période qui a suivi la deuxième guerre mondiale ou s'ils estiment que le système ainsi hérité est en faillite, auquel cas il convient de l'adapter aux faits nouveaux ou mieux de le modifier totalement. S'il est, pour le moment, difficile de répondre à une telle interrogation, on peut cependant, tenter d'apporter quelques éclaircissements et quelques opinions qui pourraient éclairer, voire recadrer le débat.

L'évolution actuelle du droit international a été engendrée par la mondialisation de l'économie, de l'information, du divertissement ou de la culture qui créent un décalage entre le niveau mondial auquel se situent de nombreux problèmes et le niveau local auquel les Etats tentent d'agir pour y apporter des solutions. Face à des problématiques devenues « génériques », les Etats n'ont désormais plus d'autres choix que d'agir collectivement pour répondre aux défis planétaires. Or, le décalage existant entre la nécessité d'apporter rapidement des solutions aux différents problèmes internationaux et l'infinie lenteur des mécanismes de production du droit constitue une menace qui peut être fatale pour l'homme et son environnement⁹⁸⁶. En effet, parce qu'elle génère un double décalage territorial et temporel qui crée un vide juridique et politique au niveau mondial, la mondialisation a pour effet de « démanteler les normes protectrices qui font obstacle aux échanges »⁹⁸⁷. *A contrario*, rien n'a été envisagé pour compenser cette déconstruction et favoriser la formation d'un droit universel fournissant des protections suffisantes pour corriger les effets négatifs de la mondialisation et garder intact l'ordre juridique international actuel, si tant soit peu que celui-ci

⁹⁸⁴ Tandis que les matières codifiées par le droit international concernaient initialement des domaines avant tout techniques, le droit international contemporain règle aujourd'hui des problèmes politiques et sociaux qui touchent directement chaque citoyen.

⁹⁸⁵ Emmanuelle JOUANNET, « Le même et l'autre », in *Regards d'une génération...*, *op.cit.*, p. 210.

⁹⁸⁶ Charles-Albert MORAND, « Le droit saisi par la mondialisation », *Collection de Droit International*, Edition Bruylant, 2001, p.1.

⁹⁸⁷ *Idem*.

existât⁹⁸⁸. Dès lors, une question se pose à savoir : assiste-t-on à la naissance d'un nouveau droit mondial, mettant en avant un « nouveau contrat social » ou plutôt doit-on penser que les internationalistes essaient d'introduire un nouveau droit situé quelque part entre le droit interne et le droit international ? Dans le cas d'un nouveau contrat social, il s'agit dans les faits de reconnaître l'existence d'un « droit commun de l'humanité »⁹⁸⁹ alors que, dans le cas d'un droit « intermédiaire », il s'agira de distinguer désormais plusieurs formes juridiques au niveau international, impliquant chacun des problèmes bien spécifiques.

Quoi qu'il en soit, le modèle « Westphalien » de l'Etat-nation est aujourd'hui ébranlé car les relations internationales ne se limitent plus simplement à une simple juxtaposition de puissances souveraines⁹⁹⁰ faisant prévaloir l'égalité entre les Etats. Le monde se construit désormais autour des « Nations Unies », intégrant un réseau d'agences spécialisées et un embryon de pouvoir législatif, exécutif et judiciaire⁹⁹¹. Mais malgré des efforts conséquents, les principaux pouvoirs qui fondent les Nations Unies⁹⁹² ont eu beaucoup de mal à impulser un changement par le haut, laissant finalement cette initiative aux opérateurs privés. Ces derniers ont fini par imposer la mondialisation économique qui a contraint les Etats à redéfinir la nature de leurs rapports et l'agenda de leurs priorités. S'en est suivie une mondialisation juridique exprimant l'apparition d'un *ordre transnational*⁹⁹³. A la suite de celle-ci, les relations internationales se sont universalisées alors que, dans le même temps, explosait ou plutôt se fragmentait le panorama du droit international⁹⁹⁴.

Dans la première partie de cette étude, on a développé l'aspect procédural de cette fragmentation analysée sur la base de ses deux approches les plus visibles⁹⁹⁵. L'analyse qui y a été développée aura permis, avant tout, de percevoir l'ampleur, la diversité et la complexité des obstacles aussi bien techniques qu'à tous les niveaux suscités par ce phénomène quant à l'application des normes internationales. De manière générale, trois questions principales liées au phénomène de

⁹⁸⁸ Ainsi J. COMBACAU estime que ce qui caractérise l'ordre juridique international c'est « son horizontalité essentielle, qui jamais ne se verticalisera » (« Le droit international : bric-à-brac ou système ? », Archives philosophiques du droit, t. 31, 1986, p. 105).

⁹⁸⁹ Charles-Albert MORAND, *op.cit.*, p. 2.

⁹⁹⁰ François OST, « Mondialisation, Globalisation, Universalisation : S'arracher, Encore et Toujours, A l'Etat de Nature », *In Le Droit saisi par la Mondialisation, Charles-Albert Morand (dir.)*, Bruylant, 2001, p. 19.

⁹⁹¹ *Idem.*

⁹⁹² Le « Parlement » représenté par l'Assemblée générale des Nations Unies ; le « judiciaire » représenté par la CIJ et « l'exécutif » représenté par le Conseil de sécurité.

⁹⁹³ François OST, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁹⁴ La multiplication des sujets internationaux et l'accroissement considérable de leurs rôles ne permettent plus aujourd'hui d'appréhender strictement le système juridique international sur le modèle interétatique westphalien. De même la multiplication des régimes autonomes et la multiplication des juridictions internationales n'est pas de nature à maintenir ou à rendre uniforme le droit international.

⁹⁹⁵ La première approche est une analyse du droit positif et tend à montrer comment les traités ou le droit coutumier se fragmentent en régimes spéciaux alors que la seconde approche, plus dynamique et pratique, présente la fragmentation sous l'angle de la prolifération des juridictions internationales.

fragmentation du droit international ont été identifiées : l'élaboration de principes différents par les tribunaux, l'élaboration de principes communs compte tenu de cette divergence et, finalement, la question de savoir si cette situation est couverte par un système de droit international. Si les deux premières questions ont été largement abordées dans la première partie, la troisième question soulevée intéresse plus particulièrement car elle pourrait faire apparaître le rôle de la codification dans la lutte contre les effets néfastes de la fragmentation. En d'autres termes, le droit international ne saurait se refuser de prendre en compte le phénomène de sa fragmentation et de mettre en place des mécanismes capables si ce n'est d'enrayer, du moins de diminuer considérablement ses effets néfastes, notamment en ce qui concerne la préservation de l'ordre juridique et la cohérence du système tout entier.

C'est donc le lieu de se demander si l'on est véritablement entré dans un monde où l'œuvre de codification deviendrait inutile, ineffective et inopérante face à l'évolution de systèmes de codification plus fragmentés. La fragmentation en elle-même constitue-t-elle un frein ou un moyen d'accélération et de facilitation du processus de codification ? Enfin, l'œuvre de codification et de développement du droit international telle que confiée à la CDI par la Charte pourrait-elle constituer un moyen de lutter efficacement contre les effets néfastes véhiculés par le phénomène de fragmentation ? Quelle est, dans un tel bouleversement, la place qu'occupe le juge international pour remédier à la situation ? Voilà succinctement présentées les questions qui vont guider la deuxième partie de cette étude.

Pour y apporter des réponses, on s'appuiera sur le fait que beaucoup d'observateurs estiment que les difficultés issues de l'expansion du droit international pourraient trouver des solutions en ayant recours à un système juridique international unique⁹⁹⁶. Mais pour ce faire, il faudrait non seulement identifier de nouvelles techniques d'intégration des normes institutionnelles dans un cadre plus général ; mais il faudra que les juges des différentes entités alignent leurs points de vue sur la position d'un organe de révision unique, avec le risque de voir leur indépendance réduite⁹⁹⁷. Dans le premier cas, la codification pourrait alors constituer l'un des moyens d'intégrer et d'harmoniser les règles contradictoires tout en contribuant à rendre lisible l'interprétation judiciaire et la création normative. Seul un organe central dont la compétence et l'expertise sont reconnues par toute la communauté internationale pourrait jouer ce rôle. Dans le second cas, c'est le juge international qui est interpellé et, à travers lui, tout un dispositif « constitutionnel » en droit international.

⁹⁹⁶ Pour plus de détails, lire Serge SUR, « *Système juridique international et utopie* », in *Le droit international*, Archives de philosophie du droit, tome 32, Sirey, 1987 ; Joe VERHOEVEN, Principe de précaution, droit international et relations internationales, AFRI 2002, vol. III., 2003.

⁹⁹⁷ Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, 304 p.

A ce niveau, cette contribution se veut être une réflexion sur les instruments du processus d'intégration juridique à poursuivre dans l'ordre juridique international général, au départ des développements récents survenus en droit international du fait de sa fragmentation. Il convient donc d'analyser et expliquer, dans un titre I, comment le concept de fragmentation interagit avec celui de la codification en faisant ressortir les effets de l'un sur l'autre. Il s'agira par la suite, dans un titre II, d'envisager quelles solutions de codification pourraient être envisagées pour réduire ou masquer les aspects néfastes du phénomène, sans omettre de souligner le rôle tout aussi important que pourraient jouer les organes juridictionnels pour le maintien de l'unité et de la cohérence du droit international public.

TITRE I : CODIFICATION ET FRAGMENTATION : DES INTERFERENCES RECIPROQUES EN DROIT INTERNATIONAL

Longtemps défini comme un ensemble de règles procédant de la volonté des Etats⁹⁹⁸, le DIP s'est souvent employé à servir les intérêts particuliers et parfois contradictoires de ses acteurs. Cette caractéristique s'est par ailleurs largement répercutée sur le contenu de ses règles et de manière générale sur la nature même de l'ordre juridique international⁹⁹⁹. Ce qui en fait un droit habité de contradictions car il n'est pas rare de voir un instrument international prôner un principe et son contraire à la fois¹⁰⁰⁰ ou encore reconnaître un droit pour le renier plus tard¹⁰⁰¹. Ainsi, comme le rappelait le Doyen Yadh BEN ACHOUR, « *cette multiplication des exceptions, des clauses de sauvegarde, des situations provisoires à durée indéterminée ont fait perdre au droit international public toute unité, toute crédibilité et toute efficacité nécessaires à la cohérence et à l'effectivité de tout ordre juridique*¹⁰⁰² ».

En effet, la doctrine en droit international reste divisée entre la nécessité de voir cette discipline embrasser l'ensemble des domaines nouveaux de la vie sociale sur le plan international et le souci de préserver l'ordre juridique sur le plan international. En ce sens, les notions de codification et de fragmentation semblent liées aussi bien par des aspects contradictoires que complémentaires¹⁰⁰³. D'un côté, l'œuvre de fragmentation résume l'appréhension que suscite l'évolution du droit international en ce début de troisième millénaire. Elle signifie l'éparpillement du DI en plusieurs institutions et plusieurs branches, chacune essayant de revendiquer une certaine autonomie du fait des logiques propres qui l'animent. La première conséquence est que chaque régime a tendance à développer son propre régime juridique de responsabilité¹⁰⁰⁴. L'autre conséquence vise le rapport

⁹⁹⁸ Cf. l'Affaire du Lotus, CPJI, 7 septembre 1927 portant sur la compétence de l'Etat en droit international.

⁹⁹⁹ Avec les derniers bouleversements intervenus sur la scène internationale, celle-ci est désormais caractérisée par une mondialisation, une globalisation des rapports en tous domaines ainsi que l'apparition de certains événements conjugués à un mouvement d'idées porteur de nouveaux concepts. Des aspects entiers qui relevaient jadis de la compétence exclusive des Etats font désormais partie du droit international public.

¹⁰⁰⁰ Par exemple l'égalité souveraine de tous les Etats d'une part, le droit de veto accordé dans la Charte des Nations unies d'autre part.

¹⁰⁰¹ C'est le cas du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'existence de territoires non autonomes.

¹⁰⁰² Yadh Ben ACHOUR, *In Harmonies et Contradictions en Droit International*, Colloque des 11, 12 et 13 avril 1996, sous la direction de Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI, Ed. A Pedone, pp. 2 et 3.

¹⁰⁰³ La CDI a montré dans son rapport de 2006 que la fragmentation n'avait pas que des effets néfastes en droit international mais que la spécialisation pouvait concourir aussi au développement du droit international.

¹⁰⁰⁴ Dans le cadre de la multiplication des branches du droit international, chaque branche correspond à une juridiction particulière, spécialisée dans son propre domaine : en matière commerciale, les accords de l'OMC ont leur propre juge, l'organe de règlement des différends de l'OMC. En matière de droits de l'homme, les conventions correspondantes ont un Juge spécialisé. Il en est de même pour le droit de la mer dont la Convention de 1982 instaure le Tribunal International du droit de la mer.

entre « universel et régional » auquel est désormais soumis le droit international du fait de l'émergence d'organisations régionales qui ont développé leurs propres jurisprudences, donnant ainsi plus d'envergure à l'image d'un droit international fragmenté. Certes, l'articulation entre le droit international général et les sous-ensembles régionaux n'est pas un phénomène nouveau¹⁰⁰⁵, mais la question des rapports entre droit général et règles spéciales, ou même entre règles spéciales, prend de plus en plus d'importance¹⁰⁰⁶.

De l'autre côté, le processus de codification trouve son fondement dans l'article 13 de la Charte des Nations Unies qui confie à l'Assemblée générale « *la mission d'encourager le développement progressif du Droit international et sa codification* ». Cette dernière est définie à l'article 15 comme « *la formulation plus précise et la systématisation des règles du Droit international dans les domaines où existent déjà une pratique étatique conséquente, des précédents et des opinions doctrinales* ». La codification indique donc un processus de conversion des règles coutumières en un corps de règles écrites alors que le développement progressif viserait plus « *les sujets qui ne sont pas encore réglés par le Droit international* ». Il est important de noter que la distinction ainsi opérée entre « codification » d'une part, et « développement progressif » d'autre part, est cependant niée par une partie de la doctrine¹⁰⁰⁷.

En tout état de cause, les notions de fragmentation et de codification peuvent avoir des tendances contradictoires car, alors que la fragmentation favorise la multiplication des sources du droit, la codification essaie au contraire de donner une lisibilité d'ensemble aux normes de droit international. Pour autant, la codification du droit international serait-elle menacée par les codifications éparses de chaque sous-système ? Si oui, quels problèmes de codification se posent au regard de la fragmentation ? Après avoir indiqué l'impact que suscitent la fragmentation et la prolifération des normes sur l'œuvre de codification (Chapitre 1) on s'intéressera aux avantages de codification qui peuvent découler du processus de fragmentation (Chapitre 2).

¹⁰⁰⁵ L'existence d'interactions entre systèmes juridiques différents, mais superposés, a toujours suscité l'intérêt de la doctrine qu'il s'agisse des rapports entre droit international et droit national ou entre droit fédéral et droit des Etats fédérés. Cf. Lire TRIEPEL, *Droit international et droit interne*, EPA-Editions Panthéon-Assas, 2010, 450 p.

¹⁰⁰⁶ Jean Paul JACQUE, *Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies, L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques, Back to Philadelphia*, Revue du Marché commun, 2002 p.661.

¹⁰⁰⁷ Ce clivage existait déjà en 1974 entre les rédacteurs du Statut de la CDI même si ces derniers ont pu harmoniser leurs points de vue à ce sujet. De même, en élaborant le projet de convention sur le droit de la mer, la Commission a acquis la conviction que, du moins dans cette matière, la distinction entre ces deux activités, telle que prévue par son statut, pouvait difficilement être maintenue. Non seulement les opinions sur le point de savoir si un sujet est déjà « suffisamment développé dans la pratique » peuvent largement diverger, mais plusieurs dispositions adoptées par la Commission et basées sur un « principe reconnu en droit international » ont été élaborées d'une manière qui les range dans la catégorie du « développement progressif » du droit. Après avoir essayé de spécifier les articles rentrant dans l'une ou l'autre catégorie, la Commission a décidé d'y renoncer, plusieurs articles n'appartenant entièrement ni à l'une ni à l'autre des deux catégories. Voir *Annuaire de la Commission de droit international*, 1996, vol. II (deuxième partie), par. 147, a et 156 à 159.

Chapitre premier – L’impact de la fragmentation et de la prolifération des normes sur l’œuvre de codification du droit international

La nécessité pour les Etats, contraints à coopérer dans de multiples domaines en raison de facteurs objectifs, a fait naître en eux un sentiment d’appartenance à une même communauté sur le plan international. Ce concept de communauté internationale structure un nouvel ordre juridique international qui fait partie du droit positif sur la base de divers textes ainsi que de la pratique internationale. Sur cette base, l’Organisation des Nations Unies, née de la volonté de ces mêmes Etats de confier une partie de leurs « compétences souveraines » et juridiques à un seul et même organe, a comme mission¹⁰⁰⁸, entre autres, de s’occuper du développement progressif du droit international et de sa codification. Il s’agissait, pour la communauté internationale, d’établir un mode commun de création des règles de droit international mais aussi de favoriser un enrichissement et une diversification de leur substance même, contribuant, de la sorte, à l’évolution du droit international¹⁰⁰⁹. Ce qu’il faut retenir ici, c’est que la réalisation, l’application et le contrôle de ces buts et principes nécessitaient un développement du droit qui ne pouvait que mettre l’ONU au cœur du dispositif de création du droit international et, partant, de l’enrichissement et de la diversification de la substance même des règles de droit international.

Cet enrichissement et cette diversification se fondent, avant tout, sur l’émergence de concepts universalistes tels que celui de la Communauté internationale¹⁰¹⁰ qui inspire le droit de la paix, les droits individuels et collectifs ou encore celui d’Humanité¹⁰¹¹ qui inspire plus directement le droit des espaces et de l’environnement. Toute cette évolution n’a été rendue possible que grâce à l’action, sur le long terme, de la Commission de droit international qui a mené une œuvre de réflexion considérable dans ces différents domaines¹⁰¹². Toutefois, au même titre que les phénomènes et problèmes mondiaux se sont globalisés, les acteurs de « l’ordre global » se sont

¹⁰⁰⁸ D’après l’article 1er de la Charte des Nations Unies, les buts et objectifs assignés à l’ONU par la Charte sont extrêmement généraux et bien spécifiés ; il s’agit notamment de « maintenir la paix et la sécurité internationale... de développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux qu’ils soient d’ordre économique, social, politique, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l’homme et des libertés fondamentales pour tous... ».

¹⁰⁰⁹ Frédérique MESTRE-LAFAY, L’ONU, Coll. *Que sais-je ?*, PUF, 2009, p. 51.

¹⁰¹⁰ Ce concept très contemporain exprime le dépassement des rivalités étatiques, une solidarité fondée sur une identité d’intérêts, de droits mais aussi de devoirs des peuples, dans le présent.

¹⁰¹¹ Ce concept exprime une solidarité trans-temporelle des peuples, qui s’appuie sur des générations passées, présentes et futures.

¹⁰¹² L’œuvre de la CDI est résumée dans plusieurs ouvrages publiés par les Nations Unies parmi lesquels : La Commission du droit international et son œuvre, Nations Unies, 2005, 6e éd., vol. I. et II. ; Les travaux de la Commission du droit international de l’ONU, *Revue internationale de droit comparée*, Année 1950, Volume 2, Numéro 2, pp. 334-338.

nécessairement diversifiés de par leur nature et leurs fonctions pour être à même d'apporter des réponses logiques et spécifiques à chaque phénomène traité.

En effet, la doctrine a exprimé ces dernières années des craintes concernant la fragmentation perçue au sein du système juridique international. En vérité, si beaucoup soutiennent que le droit international a toujours été fragmenté sans qu'il n'ait, pour autant, perdu sa capacité à fonctionner, la véritable menace résulterait plutôt de la prolifération actuelle des régimes spéciaux dotés de solides cadres institutionnels et de la capacité à fixer de nouvelles normes internationales. Ces nouveaux régimes, qui visent des régions ou des domaines particuliers et qui sont composés de règles primaires et secondaires spécifiques, revendiquent parfois leur autonomie par rapport au droit général et leur étanchéité par rapport aux autres régimes spécialisés. Cette situation d'un droit international affaibli par son sur-développement¹⁰¹³ à cause de la prolifération chaotique de ses régimes spécialisés et régionalisés ne pouvait demeurer sans conséquences sur l'œuvre de codification du droit international.

Ainsi, ces changements récents survenus dans le domaine du droit international et occasionnés par la mondialisation des échanges incitent à réfléchir sur leurs implications au regard de la codification des règles du droit international¹⁰¹⁴. Ils ont également fait l'objet d'un travail soutenu au sein de la CDI¹⁰¹⁵ qui a décidé, lors de sa cinquante-cinquième session à Genève, d'inscrire définitivement, certes avec quelques incertitudes¹⁰¹⁶, la question de la fragmentation du droit international à l'ordre du jour de son examen¹⁰¹⁷. Cela après avoir pris note « *des risques et des défis que la fragmentation présentait du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international* » tels qu'analysés dans son rapport de 2000 et décida « *d'orienter son travail dans le sens d'une réaction contre ces risques*

¹⁰¹³ Voir à titre d'exemple, V. KANWAR, « International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System », *Critical Sense*, Special Issue on States of Emergency, 2004, p. 44 : « *The new disorder is not the anarchical society of atomized states and inadequate cooperation, but the heterarchical proliferation of disparate international and regional regimes, institutions, and jurisdictions* ».

¹⁰¹⁴ Voir: SFDI, La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, *op.cit.*, Pedone, Paris, 1999.

¹⁰¹⁵ Voir le Rapport de Martti KOSKENNIEMI sur le thème de : « *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Suppléments n°10, (A/55/10)*, par. 731).

¹⁰¹⁶ Dans le paragraphe 495 de son rapport de 2005, la Commission explique que : « *L'une des principales questions que le Groupe d'étude a examinées était celle de savoir si le sujet de la fragmentation du droit international (comprise comme une conséquence de l'expansion et de la diversification du droit international) se prêtait à une étude par la Commission. Il semblait y avoir beaucoup d'incertitude, au moins initialement, quant à la portée potentielle du sujet et la teneur et la forme du résultat final du travail de la Commission dans ce domaine, mais presque tous les membres du Groupe d'étude étaient très favorables à son examen. De l'avis général, il était souhaitable d'étudier le sujet d'une manière plus approfondie car il s'agissait d'un domaine dans lequel la Commission pouvait donner des indications utiles, du moins sur certains aspects du sujet* ». De même, dans son rapport de 2000, la Commission a décrit le sujet comme « *différent de ceux qu'elle avait étudiés jusque-là* » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, par. 731).

¹⁰¹⁷ Auparavant, la Commission a examiné l'étude de faisabilité entrepris sur le sujet des « *risques que pose la fragmentation en droit international* », cf. G. HAFNER, « *Les risques que pose la fragmentation du droit international* », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, annexe.

et ces défis ». Après l'analyse des difficultés de codification découlant de la fragmentation (section 1), on reviendra plus particulièrement sur le rapport de la CDI (section 2).

Section 1 : Les difficultés de codification découlant de la fragmentation du D.I.

Il faut reconnaître que, depuis la fin du XX^{ème} siècle, le monde connaît de très grandes mutations qui affectent aussi bien les notions d'ordre juridique que le système de droit. Ainsi, le fonctionnement des diverses organisations internationales créées au lendemain de la Deuxième guerre mondiale a donné naissance à un vaste mouvement de codification. Ce mouvement de codification est une conséquence de la subdivision du droit international en plusieurs branches nouvelles et spécifiques, comme le droit de la mer, le droit international de l'économie, le droit international commercial, le droit des traités, le droit humanitaire, ou encore celui de l'environnement. Il est aussi une conséquence de ce que M. BARTOS, Rapporteur spécial de la CDI en 1967, soulignait déjà à l'époque en parlant de la Commission : *« C'est son habitude de faire des interprétations dans le système existant et de le corriger, en l'adaptant aux acquisitions nouvelles. Pourtant elle n'a montré jusqu'ici, ni assez de volonté, ni assez de courage pour faire face aux phénomènes qui se sont récemment produits dans la vie internationale et pour établir de nouvelles règles adéquates, en abandonnant les règles qui étaient en vigueur jusqu'alors et qui sont déjà dépassées par la pratique »*¹⁰¹⁸.

Aujourd'hui encore, la CDI, malgré d'incontestables efforts en vue d'une présentation systématique et ordonnée, dans un corps de règles écrites, des règles coutumières du droit international public, n'arrive pas encore à offrir à cette discipline un ensemble cohérent et ordonné de règles juridiques permettant de déboucher vers un nouvel ordre juridique. Avec la fragmentation¹⁰¹⁹, la tâche de la CDI semble encore plus compliquée car non seulement il existe désormais une multitude d'organes de codification (§2), mais chaque secteur du droit international souhaite établir sa propre codification, en raison notamment de la technicité des nouveaux domaines du droit international et des enjeux politiques qui guident les relations internationales. Au final, l'œuvre de systématisation du droit international menée par la CDI semble trouver des limites face à un droit international davantage fragmenté, et dont l'unité supposée comme un système décentralisé de règles est menacée par un champ en expansion et une multiplicité d'instances normatives (§1).

¹⁰¹⁸ Jacques DEHAUSSY, La Commission du droit international des Nations Unies, In *Annuaire français de droit international*, vol.13, 1967, pp. 434-445, posté sur le site : http://www.persee.fr/web/revues/home/precript/article/afdi_0066-3085_num_13_1_1938.

¹⁰¹⁹ Le terme fragmentation renvoie au minimum à deux sens : d'un côté, il exprime un processus ou une activité d'éclatement : on parle alors d'un droit qui se fragmente et se divise en plusieurs secteurs distincts les uns des autres ; de l'autre côté, il exprime un produit ou un résultat : le droit est devenu fragmentaire ou parcellaire du fait de la multitude des règles spécialisées issues de cette explosion et dont la mise en œuvre est assurée par des mécanismes institutionnels tout aussi spécifiques.

§ 1 : La fragmentation constitue une difficulté supplémentaire dans l'œuvre de codification du droit international

L'histoire du droit international contemporain enseigne qu'on est passé d'un formalisme étatique en place au XIX^{ème} siècle à un pragmatisme au XX^{ème} siècle. Il apprend aussi à faire face à la prolifération de nouvelles formes institutionnelles ainsi que de nouveaux lieux où se pratique la discipline, allant des agences spécialisées du système des Nations Unies à l'ensemble contemporain plus diversifié d'organes collectifs judiciaires et non gouvernementaux parfois réunis sous le terme de « communauté internationale » ou de « société civile »¹⁰²⁰. Ainsi, l'une des principales conséquences occasionnées par l'intensification des relations internationales est liée au progrès quantitatif du droit international et au développement des Organisations internationales. Les deux phénomènes restent intimement liés car le fonctionnement de ces Organisations a donné naissance à un important mouvement de codification ainsi qu'à la naissance de nouvelles branches spécifiques en droit international¹⁰²¹. S'il est vrai que cette multiplication des branches spécifiques répond, en partie, à un besoin de cohérence et de sûreté juridiques, il n'en demeure pas moins qu'elle se manifeste par des contrastes frappants notamment dans l'interprétation que l'on fait de certaines dispositions du droit international.

Mais avant d'examiner l'impact réel de cette cristallisation du droit international sur l'œuvre générale de codification (B), il convient, avant, d'identifier les principaux éléments de complexification de la codification du droit international, du fait de sa fragmentation (A).

A/- LES ELEMENTS DE COMPLEXIFICATION DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL

Toute œuvre codificatrice tend à rassembler en un document unique des éléments divers tantôt préexistants, tantôt novateurs. Préparée par les travaux de la doctrine, la codification est un instrument de constatation et de réformation du droit positif et donc un facteur de développement du droit international. Son intérêt porte sur une connaissance plus exacte du contenu de la règle de droit. Or, avec la fragmentation, processus d'éclatement par lequel le droit se fragmente et se divise en plusieurs domaines se voulant plus ou moins autonomes et disposant de mécanismes propres pour la résolution des litiges en leur sein, il y a sans contexte difficulté dans l'œuvre de codification du droit international contemporain.

Ainsi, plusieurs éléments contribuent à rendre de plus en plus complexe l'ensemble du processus de codification ; il s'agit notamment du foisonnement des sources du droit international (1) ; de la

¹⁰²⁰ David KENNEDY, *Nouvelles approches du droit international, Doctrine(s)*, CERDIN, Pedone, Paris, 2009, p. 30.

¹⁰²¹ C'est le cas du droit de la mer, du droit international de l'économie, du droit des traités, du droit des droits de l'homme ou encore de celui de l'environnement.

diversification des méthodes de codification (2) et, enfin, du contraste existant dans les résultats de codification (3).

1/ - La dispersion des sources du droit international

Il est vrai que le droit international demeure encore fortement marqué par l'approche classique qui met en avant son fondement interétatique et la primauté accordée aux Etats en tant que sujets du droit international. Cependant, tout en prenant en considération les organisations internationales, il y a de moins en moins de réticences pour déterminer exactement leur place notamment sur le point de savoir si elles peuvent être source de règles régissant la société internationale et s'imposant aux Etats. Ainsi, les organisations internationales et leurs organes se trouvent projetés sur le devant de la scène mondiale pour devenir les principales instances de promotion du droit international, soit dans sa version universelle, soit dans sa version régionale qui prend de plus en plus d'ampleur et entraîne des transformations importantes telles que la multiplication des sources du droit international aussi bien au sein des Nations Unies (a) et au niveau régional (b).

a) La multiplication des sources sur le plan institutionnel du système onusien

Le droit international a pour objectif d'organiser les relations humaines au niveau international dans un but de liberté, d'équité, d'ordre public. La notion d'ordre public international s'est modifiée ces cinquante dernières années, passant de la recherche du " bien commun " à la protection de " l'intérêt collectif ". Pour accompagner cette nouvelle ligne directrice, plusieurs organes institutionnels ont été mis en place dans le cadre des Nations Unies. Ces organes institutionnels sont à l'origine de ce qui est communément appelé le « droit spontané ». Le droit positif ne pouvant se réduire au seul droit « légiféré et réglementaire » à cause des évolutions politiques, économiques et sociales de la société, on assiste de plus en plus à l'édiction de normes spontanées issues des principales institutions et organes spécialisés du système onusien. Ces normes spontanées viennent compléter les sources classiques du droit international que sont la coutume, le traité, les principes généraux du droit, la jurisprudence. Mais il peut arriver qu'il y ait concurrence entre ces sources traditionnelles de droit international et les normes aux origines nouvelles.

En effet, on remarque sur le plan mondial que de nombreux accords prennent désormais la forme d'instruments internationaux. Tout comme on assiste à un développement sans précédent d'actes unilatéraux sur le plan international. Pour essayer de rendre cohérents entre eux toute cette « démultiplication normative » au niveau international, quatre grandes organisations intergouvernementales se partagent la mission de codification du droit international privé : il s'agit de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial (CNUDCI), de l'Organisation internationale du travail (OIT), de l'Unidroit et de la Conférence de la Haye de droit international. A

ces quatre entités, il est courant d'adjoindre l'OMC qui se situe à cheval entre le droit international privé et le droit international public¹⁰²², la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹⁰²³, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) ou encore l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUUDI). Bien que le droit « secrété » par ces organes soit généralement destiné aux particuliers, plutôt qu'aux Etats, il faut dire que cette pratique normative chez les institutions ou organisations internationales s'est fortement développée. Plusieurs de ces institutions spécialisées disposent ainsi, du moins dans les matières « techniques » qui relèvent de leurs compétences, d'un pouvoir (quasi) réglementaire étendu qui se manifeste dans la promulgation de normes ou de « standards » qui sont à mi-chemin d'une décision unilatérale et d'un accord interétatique¹⁰²⁴.

Souvent, l'activité normative des organisations internationales leur confère un statut qui les amène à se comporter comme des organes de codification du droit international dans le domaine de compétence qui leur est dévolu. Même si l'on n'en parle que très rarement, ces institutions participent à l'élaboration du droit international en rassemblant des éléments coutumiers ou encore des textes fragmentaires et disparates pour mettre en forme un texte plus cohérent et unanimement reconnu qui régit l'ensemble du domaine auquel le nouveau texte s'applique. Ainsi, lorsque l'OMS a fait le règlement sanitaire international¹⁰²⁵, que l'UNESCO rédige une Convention sur la protection des monuments historiques¹⁰²⁶ et l'ouvre pour ratification aux Etats, on pourrait penser que ces deux institutions font là œuvre de codification du droit international puisqu'ils participent à l'établissement des traités multilatéraux¹⁰²⁷. Autre exemple important, celui de l'OIT qui, depuis 1919, a fait ratifier par les Etats pas moins de 188 conventions internationales et 199 recommandations¹⁰²⁸ sur le droit du travail¹⁰²⁹. Dans le même ordre d'idées, l'OACI¹⁰³⁰, l'Union

¹⁰²² Catherine KESSEDJIAN, « La codification en droit international privé », in *SFDI*, La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, Pedone, 1999, p. 105.

¹⁰²³ C'est en son sein qu'ont été élaborés les accords prenant en compte l'impact du niveau de développement comme certains accords de produits de base, le système généralisé de préférences, le programme intégré pour les produits de base, le code de conduite des conférences maritimes (Cf. G. MERLOZ, *La CNUCED: droit international et développement*, Bruxelles, Bruylant, 1980).

¹⁰²⁴ Voir de manière générale H. SABA, « L'activité quasi législative des institutions spécialisées des Nations Unies », *RCADI*, tome II (1964), pp. 672 s.

¹⁰²⁵ Il s'agit d'un texte que les 194 États Parties au Règlement sanitaire international (RSI) appliquent, avec l'appui de l'OMS, qui comporte des règles internationales destinées à renforcer la sécurité sanitaire nationale, régionale et mondiale.

¹⁰²⁶ Acte adopté le 26 juin 1972 à Paris lors de la 17^e session de la Conférence générale de l'Unesco, cf. <http://www.unesdoc.org/images/0000/000020/002052fo.pdf>

¹⁰²⁷ Ainsi, d'après son Statut, l'OMS peut prendre des règlements sanitaires même si les Etats conservent la possibilité, dans un délai prescrit, de déclarer qu'ils n'entendent pas être liés.

¹⁰²⁸ Pour plus de détails, consulter « ILOLEX », la base de données sur les normes internationales du travail, <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdsp1.htm>

¹⁰²⁹ Les normes internationales du travail se sont développées pour constituer un système global d'instruments relatifs au travail et à la politique sociale, étayé par un système de contrôle permettant d'aborder tous les types de problèmes que soulève leur application à l'échelon national.

postale universelle¹⁰³¹ ou encore les institutions financières internationales issues des Accords de Breton Wood (FMI et Banque Mondiale) participent également à l'activité normative internationale. La convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 7 décembre 1944, offre un excellent exemple de codification en vue de l'unification du droit des transports aériens¹⁰³².

Tout cela montre qu'il existe effectivement une multiplication des sources du droit international à travers l'œuvre réalisée par toutes les instances ci-dessus analysées ; œuvre que le professeur Jean CHARPENTIER préfère qualifier de « législation internationale » et qui complique beaucoup le travail de codification et de développement progressif du droit international. Le phénomène existe également sur le plan régional.

b) Multiplication des sources sur le plan des institutions régionales

Si les principales institutions des Nations Unies qui viennent d'être d'analysées ont été créées pour assurer la coopération intergouvernementale dans le domaine du droit sur le plan mondial, une coopération semblable se poursuit sur le plan régional. En effet, la promotion des outils novateurs de coopération régionale pour l'intégration et le développement ainsi que le développement des incitations à la coopération économique régionale connaissent un franc succès depuis un demi-siècle¹⁰³³. De ce fait, les organisations régionales sont devenues des lieux incontestables de concertation mais aussi d'élaboration des normes internationales. L'un des aspects les plus intéressants de cette forme d'organisation consiste à attirer et cristalliser l'attention sur certains problèmes, d'impulser des initiatives et de suggérer des issues possibles.

Instrument d'intégration sociale, la codification ne pouvait échapper aux instances régionales même si elle ne constitue encore, à ce jour, qu'un phénomène modeste dans son ampleur, se limitant pour l'essentiel aux expériences menées avec des formes variables d'abord en Amérique, puis tardivement en Europe et maintenant en Afrique. En effet, avec le développement de la promotion des droits fondamentaux et le sentiment d'une appartenance commune, il existe désormais, au niveau régional, divers organes spécialisés chargés de mettre en harmonie, par la codification, les différentes normes et règles spécifiques applicables sur le territoire régional considéré. Ces règles,

¹⁰³⁰ Selon l'article 37 §2 de son Statut, l'OACI est en effet chargée « d'adopter et d'amender, selon les nécessités, les normes, les pratiques recommandées et les procédures internationales », indispensables à la sécurité de la navigation aérienne.

¹⁰³¹ L'UPU, par le biais du Conseil postal universel, adopte en effet des règlements postaux qui sont par la suite soumis à l'approbation des administrations nationales compétentes pour application.

¹⁰³² Lire les développements de R.H. MANKIEWICZ, Les nouveaux Etats et les conventions de droit aérien », *Annuaire français de droit international*, 1961, vol. 7, n° 7, pp. 752 et s.

¹⁰³³ Les organisations non gouvernementales (ONG) sont encore beaucoup plus nombreuses, notamment sur le continent africain qui offre un bel exemple de cette prolifération d'organisations économiques ; selon un bilan établi pour la seule Afrique occidentale et centrale, il y en avait 34 dont 32 de nature économique ou technique qu'il faut comparer aux 17 Etats existant alors dans cette région (Cf. F. WODIE, *Les institutions internationales régionales en Afrique occidentale et centrale*, Paris, LGDJ, 1970).

souvent spécifiques, sont un moyen mis au service des objectifs poursuivis par l'Union de plusieurs Etats. C'est notamment le cas de l'Organisation des Etats Américains (OEA) avec le Comité juridique interaméricain, du Comité Européen de Coopération Juridique (CECJ) pour le droit de l'UE et, dans une moindre mesure, le comité juridique consultatif africano-asiatique ou encore la Commission africaine des juristes avec la Commission africaine de droit international dans le cadre de l'UA.

D'abord, en ce qui concerne le *Comité juridique interaméricain*, il faut dire que la région favorise les rapports entre Etats par la création normative comme en témoigne l'exemple de la pratique latino-américaine. En effet, le besoin d'une codification du droit interaméricain s'est fait sentir lorsque les républiques latino-américaines réalisèrent qu'il existait entre elles plus de motifs d'union qu'avec les pays de l'Europe, s'appuyant ainsi sur la nécessité de donner à leurs « *sentiments fraternels* » la forme tangible d'une entente pour la conquête de l'indépendance et d'une confédération contre les retours offensifs de la métropole¹⁰³⁴. C'est alors que l'on vit germer et croître un esprit de coopération et d'organisation internationales remarquable en tous points. Cette démarche vers la mise en place d'une solidarité régionale va prendre davantage forme avec la création d'un organe censé parachever une démarche réactive d'adaptation et/ou de formulation de principes communs propres à favoriser leur épanouissement. Ainsi le Congrès de Panama de 1826 conduira à la signature d'un traité dit d'Union, Ligue et Confédération comportant un article additionnel mentionnant expressément le principe de la codification du droit des gens¹⁰³⁵. A la suite de diverses autres tentatives¹⁰³⁶ d'élaboration d'un système juridique commun par la codification, le processus prendra institutionnellement son envol avec l'ouverture, en 1889, du cycle des conférences panaméricaines et, beaucoup plus tard, à travers la mise en place de l'OEA¹⁰³⁷. Ainsi se manifestait la volonté des Américains de constituer, à l'avenir, une unité juridique internationale¹⁰³⁸ en réaffirmant « *l'importance du Programme interaméricain de développement du droit international pour la diffusion, la connaissance, l'application et le renforcement du droit international élaboré dans le cadre du Système interaméricain, et d'épauler les activités menées par le Conseil permanent de l'Organisation et le Secrétariat général dans le cadre de ce Programme* ».

¹⁰³⁴ Cf. A. ALVAREZ, « Le droit international américain, son origine et son évolution », *RGDIP*, 1906, p. 400.

¹⁰³⁵ Cf. Rostane MEHDI, « Les objectifs de la codification régionale », in *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, *Ibid.*, p. 75 s.

¹⁰³⁶ Par exemple la création en 1915 de l'Institut américain de droit international chargé de préparer un Code de droit international représentant la « pensée éclairée des juristes américains » et résultant de leur « harmonieuse coopération », Lire à cet effet James BROWN SCOTT, cité par Urrutia,

¹⁰³⁷ Organisation des Etats Américains. Il faut rappeler que c'est au sein du Conseil permanent de l'organisation des Etats américains que va être mise en place une Commission des questions juridiques et politiques chargée d'élaborer un « Programme interaméricain de développement du droit international ».

¹⁰³⁸ A. GUANI, « La solidarité internationale dans l'Amérique latine », *RCADI*, 1925, vol. III, p. 207.

C'est d'ailleurs cette volonté constante américaine qui a inspiré toute une partie de l'œuvre codificatrice menée dans diverses matières et dans diverses autres régions.

Ensuite, dans le cadre du *Comité européen de coopération juridique*, l'initiative est très récente à cause d'une certaine idée de prédominance de représentation de l'Europe au sein des organismes mondiaux¹⁰³⁹. Toutefois, avec l'augmentation de plus en plus considérable et d'extrême diversification des tâches du Conseil de l'Europe, l'établissement d'un organe spécifique de caractère intergouvernemental en matière de droit s'imposait. Ainsi est né le Comité européen de coopération juridique (CCJ)¹⁰⁴⁰ avec comme préoccupation de décharger l'Organe politique qu'est le Conseil de l'Europe des aspects juridiques purement techniques tout en visant à une réorganisation d'ensemble du programme des activités poursuivies par le dit Conseil dans le domaine du droit¹⁰⁴¹. A ce propos, c'est d'ailleurs la Commission européenne qui a réussi à faire reconnaître par le Conseil la nécessité d'une codification en suscitant une résolution de celui-ci relative à la codification de l'ensemble des actes juridiques¹⁰⁴² produits au sein de l'Union. L'objectif était le traitement de la codification par une seule instance et la mise en œuvre d'une procédure quasi automatique. Avec cette nouvelle procédure, on a pu aboutir à une évolution des tâches concernant essentiellement la fixation des mandats des experts appelés à élaborer des textes conventionnels, le contrôle de ces comités et l'examen des observations gouvernementales sur des projets de conventions. De par son statut, la CCJ n'avait pas pour mission unique d'assurer la coopération des ordres internes des dix-sept Etats membres du Conseil ; elle devait également, dans des cas appropriés, se diriger vers *l'ordre juridique international tant au plan régional que mondial*¹⁰⁴³. Par une communication du 21 novembre 2001, la Commission européenne a lancé un projet de codification de « l'acquis communautaire » afin d'améliorer l'accessibilité de la législation communautaire. Ce projet, mis en œuvre par le service juridique, couvrait environ 500 actes qui avaient été modifiés à une ou plusieurs reprises¹⁰⁴⁴. Le projet a officiellement été achevé en 2009. Une liste des actes concernés informe sur les résultats ainsi que sur les détails relatifs au projet de codification. Le travail de codification continue à présent selon les besoins existants, sur la base d'une planification annuelle inscrite dans le programme annuel de la Commission Européenne.

¹⁰³⁹ Hans WIEBRINGHAUS, « Le comité européen de coopération juridique », *Annuaire français de droit international*, 1964, Vol. 10, n°10, pp. 555-563.

¹⁰⁴⁰ La création du CCJ intervient le 13 décembre 1963 avec l'adoption par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de la Résolution (63).

¹⁰⁴¹ Hans WIEBRINGHAUS, *op.cit.* p. 556.

¹⁰⁴² La codification dont il s'agit est appelée codification constitutive et s'entend comme le regroupement en un texte unique des actes ayant fait l'objet de modifications fréquentes avec abrogation des actes antérieurs.

¹⁰⁴³ Hans WIEBRINGHAUS, *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ La tâche a été compliquée par le multilinguisme de la législation communautaire qui a nécessité la traduction de tous les textes en 9 nouvelles langues officielles à partir de mai 2004 et en trois nouvelles langues à partir de janvier 2007.

Par ailleurs, il existe également l'organisation juridique consultative pour les pays d'Afrique et d'Asie dont le Comité fut institué le 15 octobre 1956. Ce comité étant réservé aux Etats d'Asie à ses débuts, c'est M. NEHRU, Premier Ministre de l'Inde, qui accueillait la première session du Comité à New Delhi, qui proposa de l'étendre aux pays africains ; la suggestion fut bien accueillie et le Comité juridique consultatif asiatique se mua en Comité consultatif africano-asiatique¹⁰⁴⁵. Il devient également un organe permanent lors de la session de Tokyo de 1961¹⁰⁴⁶ et sera chargé d'établir des bases juridiques sur les sujets ou les différents aspects de la collaboration entre ses membres¹⁰⁴⁷. Il fut aussi chargé de veiller à l'élaboration et la diffusion du « droit international particulier coutumier et conventionnel des pays d'Afrique et d'Asie tout en prévoyant des mécanismes de compatibilité avec les normes de droit international général ou celles relevant d'autres ordres juridiques équivalents ». Les méthodes et les sujets soumis au Comité ne sont pas prévus par avance dans son statut ou son règlement intérieur. Le Comité fonctionne donc au gré des questions inscrites à son ordre du jour. Il faut souligner ici l'importance des travaux scientifiques préparatoires du Comité, notamment en matière de codification. Le Comité a ainsi travaillé sur des sujets aussi importants que les immunités diplomatiques, l'extradition, la double nationalité et l'exécution des jugements étrangers en matière matrimoniale, la condition des étrangers, l'immunité de l'Etat en matière d'opérations commerciales, et la légalité des essais nucléaires¹⁰⁴⁸. D'autres sujets font encore l'examen de la part du Comité¹⁰⁴⁹.

Enfin, le dernier exemple auquel on s'intéressera est celui de la Commission de l'Union africaine pour le Droit International (CUADI)¹⁰⁵⁰ créée en tant qu'organe consultatif indépendant de l'Union africaine conformément à l'Article 5 alinéa 2 de l'Acte constitutif. La CUADI, de par ses fonctions, poursuit les mêmes objectifs que la CDI, dans le cadre de l'Union africaine. Ainsi, selon l'article 4 de son statut, les objectifs spécifiques de la CUADI sont les suivants :

¹⁰⁴⁵ Lire à ce propos, Mustafa KAMIL YASSEEN, « Le Comité juridique consultatif africano-asiatique », *Annuaire français de droit international*, 1964, Vol. 10, n°10, pp. 653-669.

¹⁰⁴⁶ Avant cette date, le Comité était censé fonctionner sur une période de cinq ans.

¹⁰⁴⁷ C'est la mission d'unification de certaines règles de droits internes communes aux Etats membres.

¹⁰⁴⁸ Mustafa KAMIL YASSEEN, *op.cit.* p. 661.

¹⁰⁴⁹ On peut citer, entre autres, la protection diplomatique des nationaux ; la responsabilité de l'Etat pour mauvais traitement par des étrangers ; la mer territoriale ; le régime de la Haute mer y compris les questions relatives au lit et au sous-sol de la Haute mer ; la Charte des Nations Unies du point de vue des pays d'Asie et d'Afrique, les droits des réfugiés ; le conflit de lois en matière de vente dans les rapports commerciaux entre Etats ou leur nationaux ; la double imposition, l'examen de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques ; de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et de la Convention de Vienne sur la responsabilité civile pour dommage nucléaire ; le droit de l'espace, etc.

¹⁰⁵⁰ La CUADI a été créée lors de la Quatorzième session ordinaire du Conseil exécutif de l'Union Africaine qui s'était tenue du 26 au 30 janvier 2009 à son siège d'Addis-Abeba (Ethiopie). Elle est née sous la même logique que celle qui a prévalu en 1947 lors de la création de la Commission de droit international des Nations Unies. Outre le contexte particulier de sa création, cet organisme présente une structure et un mode de fonctionnement spécifiques.

- a) Entreprendre des activités relatives à la codification et au développement progressif du droit international sur le Continent africain, avec un accent particulier sur les lois de l'Union telles que contenues dans les Traités de l'Union, dans les décisions des organes délibérants de l'Union et dans le droit coutumier international africain émergeant de la pratique des Etats membres ;
- b) Proposer des projets d'accords-cadres, des projets de règlement type, des formulations et analyses des tendances émergeant de la pratique des Etats membres pour faciliter la codification et le développement progressif du droit international ;
- c) Aider à la révision des traités existants, aider à identifier les domaines dans lesquels de nouveaux traités sont requis et élaborer des projets de textes y relatifs;
- d) Faire des études sur des questions juridiques qui intéressent l'Union et ses Etats membres;
- e) Encourager l'enseignement, l'étude, la publication ainsi que la diffusion d'ouvrages sur le droit international, en particulier les lois de l'Union en vue de promouvoir l'acceptation et le respect des principes du droit international, le règlement pacifique des conflits, le respect de l'Union et le recours à ses organes, en tant que de besoin.

Cependant, deux différences notables peuvent être relevées avec la CDI : la première a trait au fait que le Statut de la CUADI semble vouloir marquer une nette différence entre l'œuvre de codification (Article 6)¹⁰⁵¹ et celle du développement progressif du droit international (Article 5)¹⁰⁵². Plus que la codification, la dimension « développement progressif du droit international » est plus prononcée pour la CUADI. La seconde différence vient de ce que la CUADI possède des missions opérationnelles que la CDI n'a pas¹⁰⁵³. La séance inaugurale de la Commission africaine pour le droit international a eu lieu le 3 mai 2010 dans le cadre solennel du « Quartier général » de l'Union africaine à Addis-Abeba, en Ethiopie. Les onze membres élus de la Commission avaient trois questions à l'ordre du jour : l'élection du Bureau, l'orientation conceptuelle de la nouvelle Commission de droit international et la définition des activités futures¹⁰⁵⁴. Plusieurs faits peuvent

¹⁰⁵¹ La CUADI procède à la codification du droit international par une formulation systématique et précise des règles dans les secteurs où il y a déjà eu une longue pratique étatique, une jurisprudence et une doctrine sur le Continent africain pour en faire des règles de droit international.

¹⁰⁵² La CUADI identifie et prépare des avant-projets de textes et d'études sur les secteurs qui n'ont pas encore été réglementés par le droit international sur le Continent africain ou suffisamment développés dans la pratique des Etats africains.

¹⁰⁵³ Plus que la codification, la dimension « développement progressif du droit international » est plus prononcée pour la CUADI, tout au moins aujourd'hui.

¹⁰⁵⁴ Le premier rapport de la Commission fut présenté au Conseil exécutif de l'organisation le 27 juillet 2010. Il comporte l'ensemble des activités de la CUADI, y compris les actes préparatoires dans la période de janvier à juin 2010, dont les deux sessions de l'organe. On trouve principalement: l'élaboration du règlement intérieur conformément à l'article 19 du

justifier ce recours des Etats membres de l'UA à une Commission interne à l'organe sur la codification du droit international et son développement progressif. D'un côté, le droit international a toujours paru pour une certaine école africaine comme un droit d'adhésion à la formation duquel les pays africains n'auraient pas participé¹⁰⁵⁵. Ce sentiment fut accentué en 1966 par une décision de la CIJ¹⁰⁵⁶ qui fit date. En l'espèce, la Cour, présidée par Sir Percy SPENDER, déclarait que les deux États africains, récusant le système d'Apartheid, n'avaient pas intérêt à agir. Déjà, dans une précédente affaire, dite *affaire du Cameroun Septentrional, Cameroun c. Royaume-Uni*, cette même Cour avait rejeté la requête du Cameroun demandant au juge international de dire en droit que le Royaume-Uni avait manqué à ses obligations en tant que puissance coloniale¹⁰⁵⁷. Le juge de La Haye dans sa décision du 6 décembre 1963 ne le fit pas. Pour les États africains, ces précédents montraient une certaine lecture critiquable du droit international, sa codification et son développement progressif¹⁰⁵⁸. De l'autre côté, l'actualité récente du droit international ne manque pas aussi de nourrir des interrogations sur son développement et sa codification. La meilleure illustration est faite par la contestation des États africains manifestée sur différents sujets, comme l'utilisation de la compétence pénale universelle dont ils considèrent qu'elle est utilisée en ne visant principalement que des ressortissants du continent africain¹⁰⁵⁹. D'où, lors de la Conférence des Chefs d'Etat tenue à Kampala (Ouganda) le 25 juillet 2010, les 53 Etats membres de l'UA ont fini par adopter une suspension de la coopération avec la CPI suite au mandat d'Arrêt international lancée contre le président du Soudan Omar El BECHIR. Ces précédents et bien d'autres justifient l'état d'esprit qui a présidé à l'avènement d'une Commission africaine sur le droit international.

Comme on vient de le voir, les sources d'inspiration du droit international dans un monde diversifié sont devenues multiples, justifiées par les diverses approches de ses sujets. A ce niveau, la seule crainte exprimée est celle qu'avance Louis DUBOUIS qui se demandait : « *Le fractionnement de l'unité du régime juridique de la société internationale qu'entraîne toute norme régionale et a*

statut, le programme d'activité et un plan de travail. Les sujets suivants sont dorénavant inscrits à l'ordre du jour de la CUADI : la ratification des traités par les États membres de l'Union africaine (Rapporteur spécial, Rafea BEN ACHOUR) ; l'application abusive de la compétence pénale universelle (Rapporteur spécial, Kamel FILALI) ; l'immunité des fonctionnaires des États (Rapporteur, Adelarus KILANGI) ; la révision des traités (Rapporteur spécial, Abenezzer APPREKU).

¹⁰⁵⁵ Ces pays ayant été, entre la fin du XVIII^{ème} siècle et le début du XX^{ème} siècle, sous l'emprise coloniale.

¹⁰⁵⁶ CIJ, *Arrêt sur le Sud-ouest africain, Éthiopie et Liberia c. Afrique du Sud*, 16 juillet 1966.

¹⁰⁵⁷ Arrêt du 2 décembre 1963, C. I. J. *Recueil* 1963. Voir aussi les commentaires d'Hubert THIERRY, L'Affaire du Cameroun Septentrional (*Cameroun c./Royaume Uni*) devant la Cour internationale de justice, *Annuaire français de droit international*, 1963, vol. 9, pp. 358-360.

¹⁰⁵⁸ Malgré de nombreux dossiers et une riche histoire, on sait que la CDI n'a jamais eu à traiter des questions propres au développement, ni non plus les questions fort nombreuses relatives à l'essor socio-économique et culturel des États d'Afrique. Conformément à l'article 12 de la Charte des Nations Unies, à cette commission ont été confiées les tâches les plus urgentes sur le développement progressif du droit international.

¹⁰⁵⁹ La lecture faite actuellement du droit international pénal fait de la Cour pénale internationale (née en 1998) un tribunal pénal pour les hommes d'États, voire de Chefs d'États africains.

fortiori tout système de normes régionales, sert-il ou entrave-t-il le progrès du droit international ? »¹⁰⁶⁰. On apportera un début de réponse plus loin à cette interrogation à travers l'analyse des conséquences de complexification du droit international. Mais pour le moment il convient d'examiner les différentes méthodes de codification engendrées par les systèmes de codification qui viennent d'être analysés.

2/- La diversification des méthodes et procédures de codification

Si le principe général d'une codification n'a jamais été remis en cause, la recherche de la bonne méthode de codification fait, quant à elle, l'objet de plusieurs débats car chaque organe de codification essaie de jouer sa propre partition selon ses fonctions et ses moyens. La méthode et la pratique de toute codification sont normalement fonctions des objectifs que l'on poursuit. En cela, la codification constitue une opération complexe en ce qu'elle comporte diverses étapes, associe divers acteurs et conduit à une gamme très ouverte de résultats. De l'alchimie faite de la pluralité de ces éléments va dépendre en effet le succès de la codification. En pratique, il existe, en matière de codification, une véritable différence de portée et de densité entre les travaux menés par les organes spécialisés ou subsidiaires des Nations Unies¹⁰⁶¹ et ceux des autres organes de codification, notamment au niveau régional. Ce qui explique forcément les diverses méthodes de codification à diverses échelles et ce, malgré la « *similitude fondamentale de leurs objectifs, fondée sur l'identité de la branche du droit [qu'ils] se proposent de développer et de codifier* »¹⁰⁶². Dans l'exemple de la codification régionale, elle revêt avant tout, selon N'GUYEN QUOC DINH, « un caractère défensif »¹⁰⁶³ alors même que la codification générale poursuit des objectifs d'éclaircissement de la règle de droit, qu'elle soit d'origine coutumière ou conventionnelle. En clair, il s'agit d'établir un ordre fondamentalement stable reposant sur des règles plus sûres et mieux établies par lesquelles passerait le renforcement de la paix et de la sécurité internationales.

Pour codifier, l'organe peut choisir soit la séparation sous un point de vue systématique des différents groupes de règles d'après leur fonction propre (continuité de codification sans tenir compte de la fragmentation), soit faire un nouveau choix et intégrer les nouvelles règles issues de la fragmentation en les adaptant au droit applicable par rapport aux différentes matières à régler (intégrer les principes généraux communs). Dans le premier cas, l'organe de codification laissera à l'interprète (juge) la tâche de déterminer, au vu de l'ensemble du système, les liens pouvant exister

¹⁰⁶⁰ L. DUBOUIS, « Les rapports du droit régional et du droit universel », *In Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, op.cit.*, p. 226.

¹⁰⁶¹ Lire l'article de Joe VERHOEVEN, « Les activités normatives et quasi normatives », in *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e éd., Les livres de droit de l'Académie de droit international de la Haye, 1998, pp. 413-467.

¹⁰⁶² *ACDI*, 1960, vol. II, p. 134.

¹⁰⁶³ Cf. N'Guyen QUOC DINH, A. PELLET et P. DAILLIER, *Droit international public*, LGDJ, 1994, p. 331, par. 222.

entre les deux groupes de règles, tandis que la deuxième possibilité lui permettrait sans doute de mieux apprécier aisément leurs incidences mutuelles. Il est communément admis que certains engagements, du fait qu'ils revêtent un caractère général, sont appelés à fournir des concepts susceptibles de s'appliquer dans un traité spécifique constituant un sous-système de normes qui présenterait matériellement des incomplétudes. Par exemple, des innovations existent dans la technique de codification du droit international, en ce qui concerne les traités passés par les organisations internationales. Les textes soumis pour codification le sont à travers des conférences de codification, sans toujours passer par un organe technique comme la CDI.

De toutes manières, il n'existe pas de règle générale qui détermine les procédures suivies par les organisations internationales lorsqu'elles exercent les fonctions normatives qui leurs sont confiées, expressément ou tacitement, par leur traité constitutif. Ce qui fait varier les méthodes et les procédures d'une organisation à une autre ; d'une institution spécialisée à une autre. En guise d'illustration, l'adoption de recommandations ou de conventions, dans le cadre de l'OIT, obéit à une procédure systématique de double discussion appartenant, après un travail préparatoire du Bureau international du Travail, à la Conférence qui tire pleinement profit, en ces matières, de sa composition tripartite¹⁰⁶⁴. A la CDI, l'élaboration de projets de convention de codification et de développement progressif du droit des gens reçoit un appui considérable du Secrétariat général des Nations Unies (Division de la codification) au départ des rapports que ses membres établissent. Ces projets sont ensuite présentés à l'Assemblée générale, à laquelle il appartient de les soumettre, le cas échéant, à une conférence diplomatique *ad hoc*. Les résolutions, même « légiférantes », de l'Assemblée générale ne sont pas en revanche soumises à la CDI¹⁰⁶⁵. Pour ce qui est de l'Union européenne, le monopole de l'initiative législative appartient à la Commission, bien que la décision revienne en principe au Conseil après une très large consultation tant politique (par l'intermédiaire principalement du Parlement européen) que technique (par le truchement du Comité économique et social)¹⁰⁶⁶, du Comité des régions, etc...

De même, la CDI a toujours utilisé la technique de nomination d'un « rapporteur spécial », chargé de fournir l'instrument de base d'abord sous la forme de rapports préfigurant les grandes lignes du sujet soumis à codification, puis pour le préciser en l'accompagnant de projets d'articles qui seront, par la suite, soumis à discussion en séance plénière. A l'inverse, de nombreux organes de codification confient la responsabilité du sujet à un groupe plutôt qu'à une personne seule. Cela peut

¹⁰⁶⁴ Voir F. WOLF, dans R.-J. DUPUY, *Manuel sur les organisations internationales*, 1^{ère} éd., 1988, pp. 294-296.

¹⁰⁶⁵ La méthode de codification de la CDI tient compte du fait qu'elle devait toujours être effectuée sur la base de priorités fixées d'un commun accord (Cf. les échanges avec la VI com. et l'AGNU) et être validées, au final, par les Etats réunis en Comité de convention. La CDI contribue au travail préparatoire du texte définitif soumis à codification mais le processus décisionnel reste aux mains des Etats.

¹⁰⁶⁶ Voir généralement Joe VERHOEVEN, *Droit international*, *op.cit.*, pp. 179 s.

aller de la mise en place d'un groupe de travail¹⁰⁶⁷, d'un groupe d'experts ou d'un groupe consultatif. A son tour, la CDI commence à marquer un intérêt pour des méthodes de travail plus collectives¹⁰⁶⁸. Ainsi lors de sa session de 1996, elle a recommandé la généralisation de la procédure du groupe consultatif auprès du rapporteur spécial¹⁰⁶⁹, qui présente le grand intérêt de combiner assez heureusement le travail individuel et la réflexion collective.

Au demeurant, ces procédures, certes remarquables, divergent d'un organe à l'autre et l'on aurait beaucoup de mal à les généraliser car étroitement liées à certaines particularités propres à chacune des organisations intéressées. Ce qui opère forcément des contrastes dans la valeur et l'autorité des actes produits.

3/- Le contraste dans la prise en compte des résultats de la codification

Pour H. LAUTERPACHT, « *l'on doit juger la valeur de la codification à l'aune du degré de généralité et d'acceptation de celle-ci ou que son contenu doit être influencé de manière décisive par le souhait d'atteindre l'universalité* »¹⁰⁷⁰. Dès la mise en place de la CDI, il avait été admis que la codification n'aboutirait pas nécessairement à une convention soumise à la ratification aux Etats, mais que la CDI disposait de la faculté de choisir une « autre forme de contribution » pour ses travaux, qu'elle graduerait en fonction des contingences. Il s'agissait, en l'absence d'une consécration conventionnelle, de donner forme à un texte qui « systématise et précise le droit international sous la forme de règles modèles ou d'un code de conduite »¹⁰⁷¹ en direction des Etats et des autres acteurs du droit international. La portée d'une telle approche réside dans le fait que malgré l'opposition de certains Etats à l'égard d'un sujet déterminé, celui-ci ne fasse l'objet d'un blocage lors de son examen par la Commission, les pays hostiles craignant de se voir obliger d'appliquer une convention issue d'un tel examen. On a ici un souci de répondre aux besoins de la société internationale sans pour autant limiter les Etats dans leur souveraineté.

Ainsi, à leur terme, les travaux de la CDI sont généralement formulés sous forme de projets d'articles destinés à devenir des conventions internationales, c'est-à-dire des instruments établissant des droits et des obligations, autrement dit des règles contraignantes à destination des sujets reconnus en droit international. Toutefois, on assiste à une évolution de la pratique de la CDI en la matière : cette dernière est de plus en plus appelée à la préparation de projets de convention

¹⁰⁶⁷ Sur une très sévère critique de cette méthode considérée comme étant de nature à engendrer des conflits entre le groupe de travail et la Commission pour finalement aboutir à des remises en cause de décisions prises, voir R. David, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *AFDI*, 1970, p. 458.

¹⁰⁶⁸ Ces méthodes sont du reste prévues par son statut (par exemple art. 16, *d*)

¹⁰⁶⁹ Utilisée avec succès pour le sujet « succession d'Etats et nationalité ».

¹⁰⁷⁰ Cf. H. LAUTERPACHT, « Codification... », *op.cit.*, p.38.

¹⁰⁷¹ La Codification du droit international, *Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI*, Pedone, 1999, p. 23.

internationale en une nouvelle formulation qui consiste en un *droit mou* ou instrument de *soft law* qui sont des déclarations de principes, des directives, des règles modèles, allant de la simple déclaration aux « règles modèles » permettant la rationalisation rendue nécessaire par les évolutions de la société internationale. Les travaux de la Commission peuvent enfin se décliner sous la forme de rapports sur des questions qui présentent un intérêt certain pour la codification du droit coutumier, voire même perçues en termes de développement progressif du droit¹⁰⁷².

Concernant les organisations de type classique, on s'intéressera aux « manifestations de volonté de portée générale » qui énoncent dans un texte écrit des règles de conduite, à l'intention généralement des Etats membres de l'organisation et qui sont censés influencer leur comportement en dehors de cette organisation. Les actes juridiques qu'elles émettent ont donc pour vocation d'assurer, dans le domaine dont elles ont la charge, l'harmonisation voire la régulation des comportements étatiques¹⁰⁷³. Ces comportements se manifestent aussi bien sur la scène internationale que dans la sphère interne de chaque Etat¹⁰⁷⁴ et s'imposent ainsi aux Etats auxquels ils sont destinés. A côté de ce type d'actes normatifs, d'autres peuvent avoir pour objet la promotion des droits fondamentaux de la personne, protection des travailleurs, développement économique, alimentation, protection de l'environnement, etc. Ils peuvent aussi s'assigner pour tâche de consolider et développer le droit international dans des domaines d'intérêt général. Dans tous ces cas de figure, les efforts sont généralement portés vers une méthode conventionnelle, avec des textes élaborés et adoptés au sein de l'organisation avant de constituer une sorte de législation internationale dans leur champ d'application après leur ratification.

On le voit, les sources de production du droit international jaillissent de façon dispersée et imprévue sans toujours qu'on puisse les rattacher à un ordre juridique unique. A cet effet, le traité et la coutume ne constituent plus les seules sources du droit international, bien qu'ils demeurent les plus fondamentaux¹⁰⁷⁵. L'ordre juridique international semble désormais constitué d'une multiplicité d'ordres juridiques partiels qui relèvent tantôt d'organisations internationales diverses, et sont partiellement mis en œuvre par une multitude d'organisations internationales, régionales ou mondiales, tantôt de sources nationales puisque l'Etat reste le principal agent d'application du droit

¹⁰⁷² C'est notamment le cas des études autour des problèmes qui concernent la structure de l'ordre juridique international, la cohérence entre les diverses règles de droit ; cf. La Fragmentation du droit international (2006).

¹⁰⁷³ Christian DOMINICE, Valeur et autorité des actes des organisations internationales, in Activités normatives et quasi normatives, *op.cit.*, p. 441 s.

¹⁰⁷⁴ Ainsi, par exemple, les normes internationales du Travail sont avant tout destinées à s'appliquer dans les ordres internes des Etats, alors que les règles et pratiques mises au point sous l'égide de l'Organisation de l'aviation civile internationale visent principalement les communications aériennes internationales.

¹⁰⁷⁵ Autrefois valable, l'idée selon laquelle le traité et la coutume seraient les principales sources du droit international n'est plus satisfaisante maintenant que le droit international connaît la multiplication des organisations internationales, l'émergence d'autres entités et la diversification des sources du droit international avec les principes généraux du droit, les actes unilatéraux des Etats, et même les décisions des organisations internationales et des tribunaux internationaux.

international. On peut se demander alors quel impact une telle dispersion entre espaces normatifs peut avoir sur l'œuvre de codification.

B/- L'IMPACT DE LA CRISTALLISATION DU DROIT INTERNATIONAL SUR L'ŒUVRE DE CODIFICATION

Alors qu'en droit interne on va de plus en plus vers des normes plus spécifiques, en droit international, cette spécialisation des règles cause des problèmes de codification. Au même titre que la multiplication des juridictions internationales, la multiplication des sources du droit international constitue un facteur de fragmentation du droit international puisqu'il favorise la mise en place d'organes de codification dans l'ordre juridique international. Ce qui pose trois principaux problèmes dans le cadre d'une codification plus harmonieuse du droit international : le premier problème est lié au choix des techniques pour l'unification internationale du DIP car ce choix implique certaines conséquences pour l'évolution de cette matière au sein de la société internationale (1) ; le deuxième est la conséquence qui en découle, à savoir que la diversification des méthodes de codification rend cette dernière de plus en plus éparse (2) alors que la troisième difficulté relève du fait que cette codification est de plus en plus fragile (3).

1/- Une codification de plus en plus technique

Pour répondre à ses objectifs de simplification, de rationalisation et de clarification du droit, la codification nécessite une identification précise des règles de droit, leur classement dans une structure cohérente et leur actualisation. Actuellement, la question des sujets du droit international fait partie des questions qui mériteraient une réglementation faisant autorité. La doctrine internationale selon laquelle les Etats sont les sujets exclusifs a été largement abandonnée¹⁰⁷⁶. Et, même si le statut de la CIJ est resté conforme à la doctrine traditionnelle selon laquelle seuls les Etats peuvent être parties dans les instances judiciaires internationales, un certain nombre d'autres instruments internationaux ont reconnu la capacité internationale de collectivités publiques autres que les Etats, des organisations internationales, des institutions spécialisées et même de l'individu¹⁰⁷⁷. Cette personnalité, si on met de côté le cas des individus, s'accompagne d'une capacité contractuelle reconnue dans le domaine international. Une telle évolution rend nécessairement, dans le cadre de la codification des aspects généraux du droit international, la mise

¹⁰⁷⁶ Philippe BLACHER, « L'État dans la doctrine « progressiste » du droit international public », *Cités*, 2004/2 n° 18, p. 77-84. DOI : 10.3917/cite.018.0077, Article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.cairn.info/revue-cites-2004-2-page-77.htm>.

¹⁰⁷⁷ Dans un avis consultatif relatif au service postal à Dantzig, la Cour permanente de Justice internationale a reconnu que rien dans le droit international n'empêche des individus d'acquiescer directement des droits en vertu d'un traité, à condition que telle soit la volonté des parties contractantes. Cette jurisprudence a largement été confirmée par un grand nombre de décisions rendues par des tribunaux nationaux ainsi que dans le statut annexé à l'Accord du 8 août 1945 portant création du Tribunal militaire international de Nuremberg.

au point et la révision de certaines notions traditionnelles¹⁰⁷⁸, révision qui ne ferait qu'exprimer les différents changements intervenus dans le domaine du droit et de l'évolution de la société internationale.

Ainsi, avec ce nouvel élan que connaît le droit international, il existe une multitude de décideurs à la fois politiques et techniques dont il faut pouvoir concilier les points de vue et les objectifs, créant par la même occasion des innovations dans la technique de codification. Cette dernière constitue l'une des causes de la concurrence en matière de codification du droit international. Malgré le fait que la CDI soit un organe composé de juristes spécialisés du droit international, on se rend vite à l'évidence que cette institution est fortement désarmée lorsque des connaissances précises en matière de sciences naturelles, par exemple, ou de droit économique, sont requises pour mener à bien un projet de législation internationale. L'aspect technique et formel tient désormais une place prépondérante dans l'opération de codification en droit international.

Déjà, la technicité du droit international a été à l'origine du mécanisme ayant entraîné la création de la Commission dite « Commission des méthodes » ou « Commission des dix-sept », ancêtre de la CDI¹⁰⁷⁹. Par la suite, le droit international public, notamment à travers les traités internationaux, a connu une croissance spectaculaire à travers les cinquante années d'expériences de codification dans le cadre de la Charte des Nations Unies. Au fil du temps, on a vu émerger et évoluer une technique de codification ayant pour objectif d'assurer la coopération harmonieuse entre experts indépendants, dépositaires de la doctrine internationale¹⁰⁸⁰. Mais il faut dire que la technique de codification axée sur la CDI n'est pas restée la seule. En effet, tandis que les matières codifiées par le DI traditionnel concernaient initialement des domaines avant tout techniques, le droit international contemporain règle des problèmes politiques et sociaux qui touchent directement chaque citoyen. On peut citer par exemple les régulations contre le trafic illicite de stupéfiants, la protection du climat et de l'environnement, la lutte contre le terrorisme, etc..., autrefois réservés au domaine de compétence étatique. Ces différents éléments ont contribué à faire évoluer les méthodes d'élaboration de projets d'articles au sein de « l'organe composé d'experts » qu'est la CDI. Désormais, ces méthodes doivent tenir compte des exigences aussi bien de la technique et de la doctrine que celle de la politique juridique émanant de l'Assemblée générale par le biais de sa Commission juridique.

¹⁰⁷⁸ Cf. Examen d'ensemble du droit international, Nations Unies, Assemblée générale, CDI, A/CN.4/1/Rev. 1, New York, 1949, p. 23.

¹⁰⁷⁹ Il était en effet apparu que la mise en pratique des dispositions de l'article 13 de la Charte des Nations Unies, inscrivant la codification parmi les tâches dévolues à l'Assemblée générale, supposait la création d'un mécanisme approprié en raison de la technicité de la matière. Pour plus de précision, voir Jean Pierre COT et Alain PELLET, La Charte des Nations Unies, commentaire article par article, *Economica*, 2^e éd., 1991, p. 308 et s.

¹⁰⁸⁰ Cf. Tullio TREVES, « Harmonies et contradictions de la codification du droit international », in *Harmonies et contradictions en droit international*, *op.cit.*, p. 81.

Aujourd'hui, le droit international est devenu un droit d'experts du fait de sa technicité. La production normative, décentralisée entre de multiples acteurs politiques et privés, ne permet plus le repérage d'un centre décisionnel clair qui pourrait octroyer aux normes juridiques une validité indiscutable. L'on élabore des textes de négociation qui constituent de plus en plus des textes négociés, rendant plus importante la tâche à accomplir dans le domaine de rédaction¹⁰⁸¹. Le déroulement de la III^e Conférence sur le droit de la mer illustre parfaitement cette difficulté car il est apparu que l'idée de ne pas aboutir à un acte rédigé¹⁰⁸², du fait des aspects techniques liés à la codification, a amené les organisateurs à mettre en place des innovations de structure et de procédures ayant abouti à la création d'organes nouveaux et d'une procédure très complexe et tout à fait inédite¹⁰⁸³. Un comité de rédaction spécial avait été mis en place de manière à permettre la rédaction, dans des termes acceptables, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) le 10 décembre 1982.

Cet exemple illustre bien que la CDI reste confrontée à certaines limites d'ordre technique en ce sens que les matières du droit international dont elle assure la codification par un effort sans précédent dans l'histoire des relations internationales, ne sont pas de nature technique mais concernent très largement les rapports de souveraineté entre Etats ; au contraire des matières auxquelles s'attachent les institutions spécialisées qui sont d'un domaine technique pointue car concernant les rapports humains et sociaux. Ainsi des matières comme l'environnement, le commerce international, la biotechnologie, etc., exigent une connaissance très pointue que n'ont pas toujours les membres de la CDI. Ces matières exigent, généralement, le recours à des experts plus qualifiés, souvent présents au sein d'institutions spécialisées ou réunis dans le cadre d'un comité *ad hoc*. En dehors des institutions spécialisées, il existe de très nombreuses organisations internationales dont la plupart ont une vocation technique encore plus poussée. Par ailleurs, les Etats ont créé des organisations régionales dont les buts et les caractéristiques sont très divers. Certaines ont une compétence générale ; c'est le cas de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), de l'Organisation des Etats américains (OEA) ou du Conseil de l'Europe.

¹⁰⁸¹ En prenant l'exemple de la III^e Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, on se rend à l'évidence qu'un projet de convention comprenant plus de quatre cents articles, élaboré sur presque huit ans de négociation par une conférence qui réunit la presque totalité des Etats du monde et dont la préparation a été essentiellement politique, sans l'apport technique des organes tels que la CDI, soulève forcément des problèmes d'ordre rédactionnel : manque d'uniformité dans l'emploi des termes, répétitions, un certain désordre dans l'agencement des articles et des parties, incohérences entre les différentes parties, etc. On peut y rajouter le fait que la convention existe en six langues ; soit six versions linguistiques qui posent toute une série de problèmes de concordance linguistique.

¹⁰⁸² Les membres de la Conférence étaient confrontés à deux positions : celle d'aboutir à un texte mal rédigé et gâcher ainsi le fruit d'un effort sans précédent de la communauté internationale et celle de renvoyer l'adoption de la convention pour le temps nécessaire à la mise au point rédactionnelle.

¹⁰⁸³ Pour des développements, voir Tullio TREVES, Une nouvelle technique dans la codification du droit international : le comité de rédaction de la conférence sur le droit de la mer, *Annuaire français de droit international*, vol. 27, 1981, pp. 65-85.

Il est important de souligner ici que ces limites techniques sont à l'origine des différences, certes assez sensibles, qui existent entre les conventions adoptées par les organes des institutions internationales et celles simplement adoptées sous leurs auspices par des conférences diplomatiques convoquées à leur initiative. Dans le cadre des dernières citées, des organes techniques sont nécessaires pour prêter leur concours dans la formulation précise et la systématisation des règles de droit international par le biais de la préparation de travaux de recherche analytiques et d'études de fond dans divers domaines du droit international, fondés sur la pratique des Etats, les précédents et la doctrine, et par un soutien au déroulement des débats, des conseils juridiques et la préparation de la documentation de fond, y compris l'élaboration des projets de textes de conventions et d'autres instruments. Mais les difficultés techniques sont également visibles lors des choix de délimitation de la matière car le droit international connaît une expansion sans précédent et des matières jusqu'ici ignorées par le(s) codificateur(s) font soit l'objet d'une inclusion dans le système général du droit international public, soit l'objet d'une codification à part, comme c'est le cas du droit international commercial. Avec toutes ces difficultés techniques, tout ce qui paraît témoigner de l'existence ou du besoin d'une règle est pris en compte sans qu'aucune distinction claire ne soit faite entre la jurisprudence, la doctrine et la pratique.

Au demeurant, tous ces débats traduisent, dans le fond, la diversité qui existe dans la prise en compte de la notion même de codification ; celle-ci fait de plus en plus recours tantôt à des procédés contraignants, tantôt à des procédés moins contraignants avec toutes les conséquences qu'ils impliquent dans l'unification du droit. Il peut ainsi y avoir des blocages d'ordre idéologique qui traduisent une certaine hostilité de certains Etats au moment de la conclusion d'une convention de codification. Ces Etats s'opposent ainsi à la rationalisation et à une généralisation d'une règle de droit dont ils estiment qu'elle est susceptible de conduire à des solutions particulières très peu satisfaisantes à leurs yeux. Ce qui a pour objet de ralentir les tentatives de codification. A côté, les difficultés peuvent également être d'ordre méthodologique car la méthode de codification peut être liée à la tradition historique. Il en résulte que, pour certains organes, l'œuvre de codification peut prendre la forme soit d'une codification-modification, soit d'une codification-compilation. La première permet une amélioration dans le fond et dans la forme du droit existant par sa réforme alors que la seconde, à défaut d'améliorer le droit existant, permet juste d'agir sur la cohérence d'ensemble du système ou du sous-système pour un meilleur agencement de ses dispositions, en réunissant dans un même instrument des dispositions qui n'ont pas été adoptées à la même époque ou dans le même contexte.

En résumé, plusieurs limites matérielles ne font, au demeurant, que traduire les réticences des Etats membres à l'égard d'une extension des travaux de la CDI à des matières qui toucheraient aux

questions politiquement les plus brûlantes. Par conséquent, il n'existe pas une technique mais plusieurs techniques relatives à l'ordre de codification ; chacune faisant désormais appel à une codification bien spécifique.

2/- Une codification de plus en plus éparse

La multiplication des interventions des acteurs privés ou transnationaux dans les secteurs économiques et sociaux de plus en plus diversifiés ainsi que l'absence de toute méthodologie législative et réglementaire stable ont produit des effets de brouillage normatifs que l'on qualifie « d'inflation législative internationale ». Ces phénomènes nouveaux en droit international sont généralement placés sous la responsabilité de la fragmentation qui suscitait, déjà chez Louis Le FUR, une véritable inquiétude. Face à la multiplication des régimes régionaux (communautaire, américain, africain, asiatique, musulman...), il s'interrogeait en 1933 dans des termes quasiment identiques à ceux d'aujourd'hui : « *Si chacun de ces groupements a une existence internationale distincte, avec des règles qui lui sont propres, n'y a-t-il pas coexistence de plusieurs droits internationaux, donc rupture de l'unité du droit international [...] ? Et ce séparatisme ne sera-t-il pas aggravé si ce groupement possède non pas seulement des règles propres, une législation particulière, mais aussi des organes propres ? N'y aura-t-il pas là scission, fractionnement du droit international ?* »¹⁰⁸⁴. Près de huit décennies plus tard, on est tenté de répondre par l'affirmative à cette interrogation vu que le droit international ne cesse de subir une scission, un fractionnement avec l'arrivée de nouveaux systèmes régionaux comme le droit communautaire ou le droit autour du régionalisme africain¹⁰⁸⁵. Suite à ce fractionnement du système normatif international, chaque institution ou organe, que ce soit sur le plan international ou régional, a mis en place ses organes propres en matière de codification. Ce qui fait du système juridique international un système où l'on rencontre des modèles de codification générale, de codification régionale et de codification dérivée ou spéciale.

En matière de *codification générale*, c'est le plus souvent le système onusien, constitué par la plupart des Etats de la planète, qui édicte des règles à caractère général soit par le biais de ses principales institutions (Assemblée Générale, Conseil de sécurité...), soit lors de grandes conférences de codification faisant suite aux travaux d'organes permanents tels que la CDI ou subsidiaires ayant une composition intergouvernementale tels que la CNUDCI, soit enfin à travers l'œuvre menée au sein des comités *ad hoc* ou spéciaux¹⁰⁸⁶ chargés de régler un domaine

¹⁰⁸⁴ Louis Le FUR, *Précis de droit international public*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1933, p. 303.

¹⁰⁸⁵ Lire à ce propos : François BORELLA, Le régionalisme africain en 1964, *Annuaire français de droit international*, 1964, vol. 10, pp. 621-637.

¹⁰⁸⁶ Cas du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, créé en 1963 et reconstitué en 1965.

précis du droit international. Les conventions et autres instruments issus des travaux de ces différents organes sont considérés comme des normes de droit international général. En tant que principal organe subsidiaire des Nations Unies chargé de la codification du droit international et de son développement progressif, la CDI a pour finalité d'énoncer les normes qui régissent les rapports entre les Etats, en vue de leur codification. Ce champ est d'autant plus vaste qu'un désir croissant de précision paraît inspirer non seulement la Commission elle-même, mais aussi les conférences diplomatiques chargées d'élaborer des conventions sur la base des avant-projets rédigés par elle. En tout état de cause, la codification générale impose que soit pris en compte l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble.

La *codification régionale ou dérivée* est inhérente au fait régional¹⁰⁸⁷, selon une approche géographique, institutionnelle, réaliste et donc systémique des phénomènes internationaux¹⁰⁸⁸. Et d'après Emmanuel JOLIVET¹⁰⁸⁹, l'intégration régionale entretiendrait nécessairement une relation avec la codification¹⁰⁹⁰. En effet, pour mettre en œuvre une politique régionale, il faut avant tout que l'organisation régionale de rattachement soit dotée de moyens juridiques lui permettant de concrétiser son dessein intégrationniste ou d'uniformisation. Parmi ces moyens, le système de codification régionale occupe une place de choix car c'est lui qui permet à la région de mettre en place des normes et principes juridiques qui s'appliquent uniquement au regroupement régional. Son objectif principal est de concevoir un système juridique différent, voire indépendant aussi bien des systèmes nationaux, du système général (mondial) ou encore des autres systèmes régionaux. La codification régionale est donc considérée comme celle permettant une intégration régionale dans le but de protéger des droits, des habitudes, des devoirs dus à une région bien spécifique, mais aussi dans le cadre du respect des critères de diversité culturelle, traditionnelle et sociale. Le processus d'intégration régionale est dessiné, du moins en partie, par les enjeux, tant politiques que techniques, de la codification. A *contrario*, la codification comme processus d'intégration régionale est considérée comme la principale source des problèmes les plus actuels autour de la question générale de la codification internationale.

Ainsi par exemple, les domaines tels que les droits de l'homme, le droit de l'Humanité ou celui du droit commercial ne se prêtent, du moins pour le moment, qu'à une codification régionale. Dans le cadre des droits de l'homme, c'est le « flou » du concept qui ne lui permet pas d'acquérir un sens

¹⁰⁸⁷ J-C GAUTRON, « Le fait régional dans la société internationale », *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux de la SFDI (1976), Paris, Pedone, 1977, pp. 3-43.

¹⁰⁸⁸ Lire Laurence BURGORGUE LARSEN, « *Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international* », Colloque de Lille de la SFDI (2003), Paris, Pedone, 2003, pp. 203-264.

¹⁰⁸⁹ Conseiller général de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

¹⁰⁹⁰ Cf. l'intervention de l'auteur lors du Colloque sur « L'avenir de la codification en France et au Mexique », Palis du Luxembourg (Sénat français) les 2 et 3 avril 2003, Site officiel du Sénat : http://www.senat.fr/colloques/colloque_codification/colloque_codification31.html

général. D'ailleurs, en adoptant le 10 décembre 1948 une Déclaration « internationale » des droits de l'homme, qui deviendra « universelle » quelque temps après, l'AGNU exprimait davantage un idéal qu'une réalité. Quant au concept d'Humanité, il a fait tardivement son apparition dans le champ juridique et de manière éclatée¹⁰⁹¹. Loin d'être universel, le concept de patrimoine commun de l'humanité qui en découle implique lui aussi un long processus d'universalisation qui supposerait, au stade actuel, que soient reconnues des marges nationales, dans l'espace et dans le temps¹⁰⁹². Enfin, en matière de codification régionale ou dérivée, le droit communautaire dans son ensemble présente la meilleure systématisation à partir de catégories comme le code européen de la concurrence, le code européen des personnes, le code européen des affaires, le code de procédures communautaires et le code de droit social européen.

En matière de *codification partielle ou spéciale*, rappelons que la vitalité de la codification moderne se traduit d'abord, selon une approche quantitative, par le foisonnement des codifications d'origine privée. A cet effet, la codification spéciale renferme un processus d'intégration qui met en avant la diversité dans le public et dans le privé à l'ère d'une société globale. En effet, il existe de plus en plus de matières qui exigent la nécessité d'une harmonisation, sinon d'un besoin d'unification, compte tenu du dynamisme galopant des échanges commerciaux. On se situe ici dans l'un des objectifs certains de l'intégration régionale à savoir l'intégration des marchés. La concurrence, la propriété industrielle, les investissements, la banque et les finances, le commerce et sans doute la consommation¹⁰⁹³, sont des matières qui ne peuvent pas continuer à résister à l'inéluctable course vers le marché global.

Ainsi, le terme de « marché » sur le plan mondial renferme à la fois les ensembles normatifs non-étatiques (*anationaux* ou *transnationaux*) que sont la *lex mercatoria* et la *lex electronica* ainsi que le droit secrété par l'OMC à savoir la *lex economica* et son ordre *supranational*¹⁰⁹⁴. Tous ces concepts renvoient automatiquement à la question de leur ordre juridique de rattachement car souvent inscrits dans un ordre spontané, à base d'autorégulation. D'où ils semblent échapper à toute intégration au sein d'un ordre juridique organisé puisque leur autonomie ne permet pas leur intégration dans une

¹⁰⁹¹ Il a fallu attendre dans le statut du Tribunal de Nuremberg, la prise en compte de crimes « contre l'humanité » pour que le droit humanitaire soit progressivement détaché du droit de la guerre et des droits de l'homme avec une dimension collective spécifique.

¹⁰⁹² Voir plus en détail, Mireille DELMAS-MARTY, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit, Cours au Collège de France*, 2005.

¹⁰⁹³ Sur un panorama de la problématique technique de la question v. *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, colloque à Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000, spéc. Les interventions de Laure MARINO (p.177 et s.) et Jean-Pierre PIZZIO (p.187 et s.) lors des Travaux de la CEDECE, *La documentation Française*.

¹⁰⁹⁴ Il est tout de même important de noter que si les deux premiers se réclament des règles du commerce international et se disent d'origine non-étatique, la *lex economica*, préconisée par certains pour juguler les pouvoirs économiques privés et créer un ordre concurrentiel mondial, serait, elle, constituée sur la base d'un accord multilatéral de droit international public.

vision d'ensemble. Mais ce phénomène ne concerne pas le seul droit économique et commercial ; il est également visible lorsqu'on prend en compte les violations de droit de l'homme que ce soit à partir de l'OMC ou d'autres organisations internationales telles que l'OIT ou l'OMS qui supposent tous une conception non cloisonnée du droit mondial.

Par exemple, le droit de l'environnement n'a pas toujours existé comme domaine autonome du droit international. Mais tel n'est plus le cas aujourd'hui car la période contemporaine est fortement marquée par un fort mouvement d'homogénéisation de ce domaine comme le montre l'adoption de « principes généraux » du droit de l'environnement au niveau mondial¹⁰⁹⁵. Ces principes généraux souvent adoptés par les Etats, dans un cadre régional ou mondial, offre une masse hétéroclite de dispositions d'origine diverse, construites selon des logiques autonomes, et dont une partie s'est trouvée recyclée dans un but de protection environnementale¹⁰⁹⁶. Formulées au départ dans une perspective principalement économique, ces normes attestent aujourd'hui d'une autonomisation des préoccupations environnementales au plan mondial¹⁰⁹⁷, censées aboutir sur l'élaboration d'une doctrine d'ensemble du droit de l'environnement. Cette dernière est présumée indiquer des mesures de protection de l'environnement entrant dans le cadre de la défense de l'intérêt général en posant un certain nombre de principes tels que l'obligation générale de « précaution » vis-à-vis des milieux naturels¹⁰⁹⁸. Pour ce qui concerne les risques connus, le principe de précaution est complété par celui d'action préventive et de correction à la source, ainsi que par la généralisation du principe du pollueur-payeur selon lequel les frais de réduction des pollutions et de remise en état doivent être supportés par le pollueur. Toutefois, tous ces principes n'ont d'abord qu'une fonction plus proclamatoire que normative, exprimant une volonté politique de fonder éthiquement des réglementations particulières, tout en donnant cohérence et visibilité à tous ces énoncés.

¹⁰⁹⁵ Aujourd'hui, le droit de l'environnement est soumis à un certain nombre de grands principes, mis en œuvre ou au moins invoqués, au plan international comme national. Ces principes expriment un consensus visant à guider les comportements des acteurs publics et privés pour tout ce qui touche à l'environnement. Ils sont ainsi la base du droit international de l'environnement de par leur valeur d'orientation et leur intégration dans les traités internationaux. Pour plus de détails, lire : Jean-Pierre BEURIER et Alexandre-Charles KISS, *Droit international de l'environnement*, Pédone, 2004 ; Olivier MAZAUDOUX, *Droit international public et droit international de l'environnement*, Pulim, 2008, coll. « Les cahiers du CRIDEAU, n° 16 », 156 p.

¹⁰⁹⁶ Pierre LASCOURMES, Gilles J. MARTIN, « Des droits épars au code de l'environnement », *Droit & Société*, n°30, 1995, p. 325.

¹⁰⁹⁷ Par exemple, l'article 100 du Traité de Rome qui prévoyait l'harmonisation des législations européennes pour l'élimination des causes de déséquilibre dans des conditions de concurrence est sans doute la base de tous les accords ultérieurs. Ceux élaborés plus tard dans le cadre de l'OCDE et du GATT lièrent de la même façon un souci économique d'égalisation de la concurrence et la protection de l'environnement par une incitation à l'internationalisation des coûts de pollution industrielle. Les autres accords européens depuis la Charte européenne de l'eau de 1968 jusqu'aux dispositions de l'Acte unique européen de 1987 et du Traité de Maastricht ont multiplié les normes de protection et d'inclusion d'objectifs environnementaux dans les autres politiques.

¹⁰⁹⁸ Le principe de précaution est un nouveau standard juridique destiné à modeler, *ex ante*, le processus décisionnel car, en l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment de la décision, celle-ci ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives visant à prévenir un risque de dommages graves ou irréversibles. En cela, il est de nature à enrichir considérablement certains concepts fondamentaux du droit international.

En somme, qu'elle soit générale, régionale ou spéciale, la codification du droit international connaît une évolution sans précédent. Toutefois, s'il est difficile, voire impossible d'empêcher un Etat ou un groupe d'Etats de se prévaloir du droit de créer une juridiction à laquelle ils voudront bien soumettre certains de leurs différends, il est, a priori, inconfortable de laisser à ces mêmes Etats le soin de mettre en place des organes de codification d'un droit qui se veut accepté de tous, à moins qu'il ne leur soit approprié. A défaut, ce serait l'ensemble du système de codification du droit international général qui s'alourdirait et se fragiliserait.

3/- Une codification universelle de plus en plus fragilisée

Du fait de la course engagée entre le droit, la technologie et les multiples transformations sociales qu'elle entraîne, le constat est celui que bien des domaines juridiques ont perdu leur cohérence et que des règles contradictoires coexistent sans que des critères décisifs puissent arbitrer entre elles. Ainsi, les grandes codifications tenues sous l'égide des Nations Unies donnent lieu à des affrontements entre Etats qui, d'accord pour les réaliser, divergent sur les formulations. Aujourd'hui, on ne saurait ignorer le fait que les décisions portant sur la codification et l'activité normative sont éparpillées entre divers acteurs plus ou moins « légitimes », reconnus et acceptés en tant que législateurs en droit international. Pour autant, cette circonstance n'entraîne en rien une diminution de la responsabilité ou un amoindrissement du rôle primordial que devrait jouer la CDI dans ce domaine. Cependant, le constat a été fait que, de nos jours, lorsque les Etats et la communauté internationale s'engagent dans une grande opération de codification, l'organe institué à cet effet par la Charte semble être relégué à l'arrière-plan alors même que son influence revêt toujours une importance considérable. De plus en plus, les politiques lui préfèrent des organes spéciaux composés d'experts et praticiens réputés du domaine à codifier. Cette préférence d'organes politique ne va pas sans conséquences en droit international.

D'abord, on remarque une absence d'articulation entre les différentes normes de droit international. En effet, la multiplication des sources du droit international, leur diversification et leur manque d'homogénéité créent un délicat problème d'articulation des différentes normes internationales existantes. L'inter-relation entre les divers ensembles normatifs du fait du chevauchement de certaines sources pose la question de savoir s'il convient d'opérer des renvois d'une norme à une autre, d'une matière spécifique à une autre ou encore d'un système inférieur à un système considéré comme hiérarchiquement supérieur, sans pour autant reproduire les articles concernés ou mis en cause. Ou plutôt s'agit-il d'organiser une coordination selon la méthode choisie par la Commission de droit international et la Cour internationale de justice, par la distinction entre les règles de *jus cogens*, celles issues de l'article 103 de la Charte des Nations Unies et les principes généraux du

droit. Il y a nécessairement, dans cette pratique matière à réflexion devant la difficulté éprouvée à maîtriser un système juridique aussi éclaté que l'est le système juridique international.

Ensuite, il y a de plus en plus comme une remise en cause de la qualité de la rédaction des textes codificateurs. A propos du rôle de la codification dans le contexte de l'unité et de la fragmentation, la qualité de la rédaction des textes codificateurs est importante. La prolifération des clauses « sans préjudice » et leur signification réelle en termes de compatibilité entre les divers textes de codification pose un problème particulier. S'agit-il d'une reconnaissance de l'applicabilité prioritaire de l'autre texte ? S'agit-il d'une affirmation que le propre texte ne peut pas être interprété d'une manière incompatible avec l'autre ? La question reste totalement posée. De même, la différence d'interprétation donnée à une même notion juridique contenue dans des traités différents pose le problème d'une définition, et parfois d'une interprétation unique d'une même notion reconnue en droit international. Avec la prolifération des juridictions internationales, les notions juridiques n'ont pas toujours la même signification dans un traité comme dans un autre : c'est d'ailleurs l'une des principales sources de conflit entre traités utilisant une notion semblable mais dans des cas non similaires.

Par ailleurs, on assiste à une complexification des règles codifiées puisque cette activité se réalise désormais aussi bien à travers les travaux de la CDI, par l'activité des organisations internationales que celle des associations publiques semi-privées. Or, dans le second cas, il ne peut y avoir que fragmentation du droit vu que les négociateurs au niveau national qui s'occupent, par exemple, des matières propres à l'OMC, ne sont pas toujours informés des efforts de leurs collègues qui évoluent, pour les mêmes objectifs de codification, dans le cadre de l'OIT. On a aussi observé que la codification qui veut rendre une coutume plus claire et prévisible est en même temps un élément de simplification et de complexification dans le sens où l'on introduit du spécial (le traité) dans le général (la coutume), ce qui pourrait constituer un élément supplémentaire qui va plus dans le sens d'une fragmentation.

Enfin, le pouvoir trop grand des Etats qui ne se font pas confiance entourent chaque disposition soit de réserves, soit de précisions et de garanties afin de s'assurer, au mieux, l'équivalence des concessions réciproques et de prévoir toutes les possibilités de contournement de la disposition prévue lors de la transposition nationale de la norme. Cette méfiance tout comme le rapport des forces politiques en présence limite les possibilités d'intervention de la communauté internationale et de ses institutions. Ces considérations politiques font que les Etats évitent, pour certains sujets, de confier l'œuvre de codification à la CDI, craignant que cette dernière, trop technique, ne remette en cause certains de leurs pouvoirs dans le texte issu de ses travaux ; ces considérations politiques sont également présentes dans certains travaux menés par la CDI et alourdissent, au final, les

« considérants » dans le corps même du texte, au détriment de la clarté. Tout cet ensemble de « restrictions et de contournements » qui marquent l'élaboration de la norme juridique internationale, paralysent l'effort de codification car chacun des acteurs avance des réflexes de défense. Aujourd'hui, la codification du droit international pose surtout un problème de distribution de pouvoir entre les Etats d'une part, et les organisations internationales auxquelles ils ont délibérément choisi de confier des prérogatives en matière d'élaboration du droit international et a fini par déboucher sur une concurrence en matière de codification.

Finalement, c'est tout le processus de formation du droit international qui semble s'infléchir du fait de la fragmentation du droit international. Des préoccupations nouvelles apparaissent et incitent à l'intervention de plusieurs organes dans la règlementation des situations juridiques qui se créent. Il en découle que, pour le moment, il n'existe aucune synthèse juridique et l'ensemble des acteurs internationaux craignent que les ambitions de cohérence et d'harmonisation affichées par les auteurs de la Charte¹⁰⁹⁹ ne s'effacent au profit des intérêts des Etats ou des acteurs internationaux les plus forts. Dans sa réponse suite à une lettre qui lui était adressée par le président de la Commission pour sa 49^e session en 1997, le Secrétaire général des Nations Unies déclarait que « *le développement du droit international est un processus continu et dialectique par excellence qui se déroule au sein de plusieurs forums* »¹¹⁰⁰. Cette affirmation, si elle ne prédit pas une menace de disparition de la CDI, confirme néanmoins l'existence d'une véritable concurrence en matière de codification et de développement progressif du droit international.

§ 2 : La fragmentation favorise la concurrence en matière de codification du droit international

Bien que considéré comme « l'organe technique le mieux adapté pour la codification des règles du droit international public », la CDI doit, de nos jours, faire face à des « concurrents » systématiques. Si les limites de la Commission ainsi que les craintes de voir le droit figé dans des formules rigides ont, par le passé, justifié le recours à divers autres organes de codification, la fragmentation du droit international a fini par imposer à la CDI une concurrence farouche faisant de nouveau craindre qu'elle ne prive cette discipline de la souplesse dont elle a besoin et ne diminue, par-là, les possibilités de son progrès ultérieur. L'origine de cette concurrence ne peut être recherchée qu'au niveau de l'impact de la mondialisation sur la structure du droit puisque le droit international offre

¹⁰⁹⁹ L'objectif visé par ces auteurs était d'assurer la sécurité et la paix internationales en permettant aux sujets de droit international de forger les instruments d'un véritable débat mondial propre à permettre l'élaboration ou faciliter la formation et la mise en œuvre de règles de droit international équilibrées, répondant à l'intérêt commun et impartial de la Communauté internationale.

¹¹⁰⁰ Cité par Yves DAUDET, « Les techniques de codification », in *La codification du droit international*, Colloque de la SFDI d'Aix-en-Provence, *op.cit.*, p. 155.

désormais des mécanismes permettant à des acteurs non étatiques d'intervenir dans le cadre de sa création. La tendance actuelle milite en faveur d'une auto-organisation de chaque secteur d'activité pour coller et répondre au mieux aux besoins de la Société internationale. Ainsi, les questions touchant aux développements récents de la science et de la technique de codification, les nouvelles sensibilités politiques, ou les nouvelles préoccupations touchant à la sécurité sont autant de facteurs qui ont amené les Etats à s'occuper directement de la codification, sans passer nécessairement par l'intermédiaire des experts de la CDI.

Les exemples les plus frappants sont ceux donnés par le processus d'élaboration de la Convention de 1982 sur le droit de la mer, les différentes conventions sur le droit de l'espace ou encore les conventions portant sur le droit de l'environnement. Dans tous ces exemples, il va sans dire que le travail de codification a été mené par les Etats au sein des Comités de l'Assemblée générale ou d'autres enceintes de l'ONU complétés par des Conférences diplomatiques. Dans le même temps, se sont développés des organes de codification sur le plan régional et sur des aspects les plus spécifiques du droit international. Il convient donc d'envisager comment se manifeste cette concurrence (A) avant d'expliquer ses fondements et ses conséquences sur l'œuvre codificatrice de la CDI (B).

A/- LA MANIFESTATION DE LA CONCURRENCE : L'INSTITUTIONNALISATION DU PROCESSUS DE CODIFICATION

L'article 13§2 de la Charte des Nations Unies fait de l'Assemblée générale l'organe central de la codification du droit international et, pour faire face à cette tâche, l'AGNU s'est empressée de créer bon nombre d'organes spécialisés en la matière : à l'exception de la CDI qui fait l'objet de nombreux développements de cette étude, on peut citer, entre autres, la CNUDCI, le Sous-Comité juridique du Comité de l'Assemblée générale des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, ainsi que le rôle joué par une série de comités spéciaux de la Sixième commission de l'Assemblée générale. Aujourd'hui, plusieurs organes peuvent concourir à la mise en œuvre de l'article 13, paragraphe 1, lettre a), de la Charte, à moins que l'Assemblée Générale décide d'entreprendre des travaux de codification dans le cadre de ses Sixième et Troisième Commissions (1). Par ailleurs, la coopération croissante entre les Etats et la nécessité de résoudre en commun des problèmes de plus en plus nombreux ont amené les organisations internationales à jouer un rôle supplémentaire dans la codification, fortifiant, par la même occasion, leur position en tant que sujet de droit (2).

1/- La concurrence issue de la mise en œuvre de l'article 13§1 (a) de la Charte

S'il y a existence d'une concurrence en matière de codification et de développement progressif du droit international, c'est avant tout sur la base de l'article 13 §1 de la Charte des Nations Unies qu'elle prend naissance, et donc à l'intérieur même du système onusien. Au sein même de l'organisation mondiale, il existe en effet, en dehors de la CDI, d'autres enceintes investies de la mission de développer progressivement et de codifier le droit international¹¹⁰¹. Il peut s'agir aussi bien de grandes Conférences diplomatiques et Comités *ad hoc*, de divers organes subsidiaires ou spéciaux qui sont des organes non permanents (a) ou encore d'organes permanents institués à cet effet (b).

a) La concurrence avec les organes non permanents du système onusien

Les organes permanents ne détiennent pas de compétence exclusive en matière de codification. La codification de la coutume étant une activité juridique qui n'est pas dépourvue de certaines considérations politiques¹¹⁰², ces organes permanents connaissent une certaine concurrence justifiée par les enjeux en présence, notamment dans certains domaines spécifiques. Les Etats leur préfèrent alors des organes *ad hoc* chargés de réaliser la codification du droit international. Les raisons de cette préférence tournent généralement autour des délais de traitement de nouveaux sujets, la CDI ne disposant pas toujours du temps matériel requis pour leur traitement. On avance également le fait que les méthodes de travail de la Commission laissent apparaître une certaine lenteur dont les Etats ne sauraient se contenter, même si rien ne laisse présager que les sujets confiés à des comités *ad hoc* feraient toujours l'objet d'un traitement plus rapide¹¹⁰³. Enfin, la dernière raison avancée en faveur du choix de comités particuliers concerne les implications politiques inhérentes à sujets. On estime alors que les méthodes d'élaboration de la CDI ne conviennent pas toujours¹¹⁰⁴.

Parmi ces organes, on retiendra ceux précédant la création de la CDI et dont l'existence a été maintenue, les grandes conférences diplomatiques et, enfin, les divers comités *ad hoc*.

¹¹⁰¹ On peut retenir ici l'exemple de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial, produit de la Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale et dont la première réunion a eu lieu en 1968 pour établir une liste des thèmes de ses futurs travaux dont voici quelques sujets : vente internationale des biens, arbitrage commercial, transport, assurances, paiements internationaux, propriété intellectuelle, élimination de toute discrimination dans les lois applicables au commerce international, etc... Voir Annuaire CNUDCI, vol. I : 1968-1970, 1^{re} session, p. 83.

¹¹⁰² Delphine ADOUKI, La codification en droit international public, Le Droit International Public, Tome 1, Logiques juridiques, Ed. L'Harmattan, 2003, 337 p.

¹¹⁰³ C'est le cas de la codification des principes de droit international touchant aux relations amicales et à la coopération entre les Etats, d'abord suggérée par la Résolution 1818 (XVII) du 18 décembre 1962 et dont les travaux n'ont pris fin qu'en mai 1970 par l'adoption d'une déclaration incorporée sans changement dans la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

¹¹⁰⁴ On peut évoquer le cas des Conventions de Genève dont la CDI fut chargée au départ d'élaborer un projet d'articles sur le droit de la mer en 1958 mais dont elle fut dessaisie par la suite lors de la 3^e Conférence sur le droit de la mer au profit d'un Comité d'experts.

• Les Grandes Conférences purement diplomatiques :

Ces grandes conférences jouent un rôle double : d'une part, elles servent à « valider » les projets d'articles de la CDI pour leur donner une forme conventionnelle définitive et, d'autre part, elles sont un moyen de concurrencer la CDI¹¹⁰⁵. Ainsi même au sein des organes des Nations Unies, le processus de codification ne se limite pas aux seuls travaux de la CDI mais s'étend à travers de multiples mécanismes et organes. Ainsi, en aval de la codification classique, apparaissent des congrès rassemblant la presque totalité de la communauté internationale en vue de faire adopter un texte. Leur tâche peut comporter une part importante de développement progressif, mais leur objet principal est de régler l'utilisation d'un espace jusqu'ici non exploité ou hors d'atteinte¹¹⁰⁶. La plupart du temps, de telles conférences diplomatiques peuvent être précédées ou non de travaux de la CDI. A cet effet, les conférences au Sommet (*summitry*) sont devenues une pratique courante de la diplomatie¹¹⁰⁷ et permettent aux plus hauts responsables des Etats d'échanger sur leurs pratiques internationales ou lancer certaines actions nouvelles. Ces rencontres presque toujours éphémères mais dont la constitutionnalisation ne cesse de croître ont comme résultat final la rédaction de « communiqués communs »¹¹⁰⁸.

A ce jour, plusieurs grandes conférences ont été réunies sur des matières diverses qui avaient auparavant été examinées par la CDI dont les travaux avaient fait l'objet d'observations de certains gouvernements ainsi que d'une discussion au sein de la Sixième commission de l'Assemblée Générale¹¹⁰⁹. Il convient de signaler que nonobstant le fait que ces conférences utilisent assez largement les techniques des conférences classiques, elles constituent néanmoins une catégorie juridique particulière dont la spécificité découle des impératifs de leur objet et de la méthode qui doit être appliquée pour leur organisation. En effet, une conférence de codification internationale peut se tenir soit lorsqu'un organe délibérant de l'organisation internationale décide de s'ériger en conférence diplomatique pour élaborer lui-même un texte par une action directe¹¹¹⁰, soit l'organe convoque une conférence diplomatique à laquelle il assigne une mission précise¹¹¹¹. Dans ce dernier

¹¹⁰⁵ Exemple avec la 3^e conférence des Nations Unies sur le droit de la mer où la CDI avait été formellement écartée au profit d'un nouvel organe ou encore avec le projet de statut de la CPI élaboré pourtant par la CDI.

¹¹⁰⁶ C'est notamment le cas des fonds marins ou encore l'espace extra-atmosphérique. C'est aussi le cas pour la protection de l'environnement comme ce fut le cas lors de la Conférence de Stockholm de 1972.

¹¹⁰⁷ Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA, « La conférence au sommet », in *Contribution à l'étude des institutions des relations internationales*, LGDJ, Paris, vol. 45, n°4, 1980, p. 1021.

¹¹⁰⁸ *Idem*.

¹¹⁰⁹ Yves DAUDET, « Les conférences des Nations Unies sur la codification du droit international », *Revue Internationale de droit comparé*, vol.21, n°2, 1969, p.429.

¹¹¹⁰ Ce fut par exemple le cas de la SDN lorsqu'elle convoqua une conférence diplomatique pour l'élaboration de l'Acte général d'arbitrage élaboré par l'Assemblée en 1928.

¹¹¹¹ Ce procédé est expressément inscrit dans l'article 62, alinéa 4 de la Charte qui autorise le Conseil économique et social à convoquer « conformément aux règles fixées par l'organisation, des conférences internationales sur les questions de sa compétence ».

cas, la conférence de codification, œuvre de l'Assemblée générale, est généralement précédée d'un certain nombre de travaux et d'études menées dans le cadre d'organes spécialisés mettant en œuvre les techniques particulières en vue de la préparation de la conférence.

- Les comités ad hoc ou spéciaux :

En dépit de sa compétence générale, l'analyse de certaines questions échappe à la CDI en raison de leur spécificité. Cette analyse est, de ce fait, soumise à des comités *ad hoc* dont certains existaient bien avant la création de la CDI. Tel fut le cas de la Commission des droits de l'homme créée en 1946¹¹¹² et plus tard des commissions relatives à l'espace atmosphérique, à la protection de l'environnement, à la lutte contre le terrorisme. Dans le même sens, l'Assemblée générale a créé un Comité spécial composé de juristes représentant les Etats en vue de l'« *examen des principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies* » ; un autre Comité chargé de parvenir à une définition commune de « l'acte d'agression » adopté le 12 avril 1974 ou encore le Comité spécial pour l'élaboration d'une convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires par Résolution 44/34 de l'Assemblée générale du 4 décembre 1989. Enfin, il convient de souligner que les initiatives de révision du droit de la mer de 1982 sont également une illustration du recours à un comité, en l'occurrence le Comité des fonds marins, bien que transformé à plusieurs reprises pour des besoins d'adaptation¹¹¹³. Tout comme l'AGNU a eu recours à un autre Comité : celui institué pour les utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphériques, dont sont issus plusieurs traités régissant les activités des Etats dans l'espace.

De même, en visitant le Site internet de l'AGNU¹¹¹⁴ notamment en ce qui concerne la Sixième Commission, on y découvre les travaux du Comité *ad hoc* établi par la Résolution 51/210 (17/12/1996) chargé d'élaborer une convention internationale pour la répression des attentats à l'explosif ; ceux du Comité *ad hoc* chargé d'élaborer une convention contre le clonage des êtres humains à des fins de reproduction ou encore ceux du Comité *ad hoc* sur la portée de la protection juridique offerte par la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. On peut également citer le Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, le Comité spécial sur l'élargissement de la portée de la protection juridique offerte par la

¹¹¹² Plusieurs autres organes vont se relier à la CDH parmi lesquels la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et pour la protection des minorités, la Commission de la condition de la femme, le Comité spécial de l'Apartheid, le Comité des 24, etc.

¹¹¹³ Sur la codification du droit de la mer, lire : Perspectives du droit de la mer à l'issue de la 3^e Conférence des Nations Unies, colloque de Rouen de la SFDI, Pedone, 1983 ; Marc Perrin de BRICHAMBAUT, Jean-François DOBELLE, Marie-Reine d'HAUSSY, *Leçons de droit public international*, Presses de Sciences Po, 2002 ; Laurent LUCCHINI et Michel VOELCKEL, *Droit de la Mer*, éditions A. Pedone, 1990-1996, deux tomes de deux volumes ; *Annuaire de droit de la mer*, Indemer, éditions A. Pedone, Paris, 1997.

¹¹¹⁴ <http://www.un.org/depts/dhl/dhlf/resguidf/specilfr.htm>

Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, le Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, en date du 17 février 1996 sur le terrorisme international, le Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation et l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Comme on peut l'observer, la plupart de ces Comités *ad hoc* ont une existence circonstancielle et peuvent donc être amenés à disparaître en même temps que l'effacement de la circonstance à l'origine de leur création. Leur particularité tient également du fait qu'ils traitent en priorité de sujets politiques. En effet, les raisons varient quant au choix d'un organe spécial en lieu et place de la CDI en matière de codification du droit international. Elles sont parfois d'ordre pratique tenant au programme chargé de la CDI et au peu de temps dont elle dispose. Il peut aussi s'agir de raisons temporelles tenant à la lenteur dont fait preuve la CDI pour examiner certains sujets. Mais si ces raisons sont pour la plupart à nuancer et donc sans grand sens¹¹¹⁵, les considérations politiques peuvent, par contre justifier le recours à ces organes, considérés comme plus « souples » et plus « conciliants ». Contrairement à la CDI¹¹¹⁶, les procédures et les méthodes de ces organes font naturellement prévaloir un souci de transparence dans la conduite des travaux qui se traduit par une aspiration de la part des délégations. Ces dernières, à défaut d'être en mesure de participer à la rédaction du texte, sont tout au moins consultées lors du processus de rédaction du texte final qui fait nécessairement l'objet d'un consensus.

Tout cela aboutit sur une influence des procédures qui sont de règle dans les organisations internationales et l'on voit des conférences diplomatiques imiter les institutions et adopter ces textes à la majorité. Pour autant, ces comités s'identifient à des colloques intergouvernementaux n'exprimant aucune volonté propre, distincte de celle des Etats, comme le ferait un organe permanent institutionnalisé comme la CDI.

b) La concurrence avec les organes subsidiaires à compétence spéciale

Ces organes ont été constitués par les Nations Unies afin de traiter des questions intéressant le développement du droit international dans des domaines spécifiques. Il s'agit d'organes investis d'une mission étendue dans un secteur déterminé du droit international tel que la CNUDCI. Mais il peut aussi s'agir d'organes créés en dehors de l'ONU mais s'occupant d'un aspect spécifique du

¹¹¹⁵ Cf. La codification du droit international, *op. cit.*, p. 143.

¹¹¹⁶ Il est en effet difficile de déduire que la méthode utilisée par la Commission de droit international fait plus prévaloir l'harmonisation que la négociation est directement liée à la composition de cet organe issue de la diversité d'origines de ses membres, notamment quand on sait que c'est le Comité de rédaction qui joue traditionnellement un rôle structurant de la méthode applicable.

droit international tel que le Comité international de la Croix Rouge. Il peut enfin s'agir d'organes ayant une existence antérieure à la CDI et dont la compétence a été maintenue.

- Les organes antérieurs à la création de la CDI :

Il s'agit là des différents organes de codification qui ont subsisté à la création de la CDI et ont bénéficié, à ce titre, de la poursuite de leur tâche de codification des matières relevant de leur compétence. C'est par exemple le cas de la Commission des droits de l'homme ou de la Commission de la Condition de la femme, créés toutes deux en 1946. *La Commission des droits de l'Homme* a été, pendant longtemps, le principal organe suprême des Nations Unies chargé de veiller au respect du droit international des Droits de l'homme. On lui doit notamment les discussions et l'adoption de nombreux instruments des droits de l'homme, comme le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte des droits civils et politiques ou encore la Convention des droits de l'enfant. La Commission a été remplacée en 2006 par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU¹¹¹⁷. Quant à la *Commission de la Condition de la femme*, il s'agit d'un organe fonctionnel de l'ECOSOC exclusivement consacrée à l'égalité des sexes et à promouvoir les femmes. Chaque année, cet organe se réunit pour faire le point et évaluer l'ensemble des progrès accomplis au niveau de l'égalité des sexes, identifier les défis, établir des normes mondiales et élaborer des politiques concrètes pour promouvoir l'égalité des sexes et la promotion des femmes à travers le monde¹¹¹⁸. A côté de ces deux principaux organes, il en existe divers autres en matière de droit de l'homme¹¹¹⁹, mais qui ne seront pas examinés dans le cadre de cette étude.

- La compétence de la CNUDCI en matière de commerce international :

La CNUDCI a été créée par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale du 17 décembre 1966 et a été chargée, au sein des Nations Unies, d'encourager l'harmonisation et l'unification progressive du droit commercial international¹¹²⁰, ce qui répondait à la nécessité de disposer « de lois bien conçues et modernes propres à assurer l'égalité dans les échanges commerciaux internationaux »¹¹²¹. La CNUDCI comporte 36 membres qui sont, à la différence de la CDI, des représentants d'Etats élus selon une clé de répartition géographique donnant 9 représentants aux Etats d'Afrique, 7 à ceux d'Asie, 6 à ceux d'Amérique latine, 5 aux Etats d'Europe orientale, et 9 aux Etats d'Europe occidentale et autres Etats. Le problème du droit international économique est

¹¹¹⁷ Ce remplacement intervient en raison de la présence au sein de la Commission de nombreux Etats ne respectant pas les droits de l'homme et, en particulier, l'accession de la Libye à sa présidence en 2003.

¹¹¹⁸ Pour plus de détails, voir le Site internet de cet organe :

<http://www.Un.org/womenwatch/daw/csw/56sess.htm>

¹¹¹⁹ On peut citer, par exemple, le Comité contre la torture, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, etc.

¹¹²⁰ Cf. Préambule de la Résolution de l'AG 2205 (XXI) du 17 décembre 1966.

¹¹²¹ Cf. La codification du droit international, Colloque de la SFDI d'Aix-en-Provence, *op. cit.*, p. 137.

qu'il est issu d'une pluralité de systèmes économiques et sociaux, d'une part, et que cette caractéristique fait de lui, d'autre part, un droit très « volatil » et changeant. A cela, s'ajoute le particularisme de la situation juridique de ses acteurs qui, pour la plupart, ne sont pas des sujets de droit international. Ce sont tous ces arguments qui auront justifié, en leur temps, la création d'un organe codificateur particulier avec la CNUDCI, puisque la mise en œuvre de la codification du droit international économique s'avérait difficile par les voies habituelles.

Avec des objectifs plus précis et plus techniques que ceux de la CDI, les travaux de la CNUDCI rencontrent un succès auprès des Etats et des opérateurs en matière de commerce international. Ce succès est aussi dû en partie au fait qu'elle associe les ONG intéressées à ses travaux. Plus que des conventions, la CNUDCI élabore des « modèles de règles » ou encore des « codes de conduite » définissant des principes directeurs souples afin d'inspirer les Etats et non les contraindre à travers des normes immuables parce que codifiées. Elle s'appuie, pour se faire, sur l'existence d'un mouvement très net en faveur de l'autoréglementation des rapports commerciaux internationaux, parallèle à celui de l'unification qui se poursuit au sein de l'ONUDCI et d'autres organisations internationales. C'est d'ailleurs ce mouvement qui a donné naissance à la *lex mercatoria* qui constitue un facteur de diversification important car, d'une part, elle est créée dans un milieu social particulier, un groupement donné de commerçants. Dès lors, il n'existerait pas une seule *lex mercatoria*, mais plutôt plusieurs *leges mercatoriae*¹¹²² d'après l'expression de P. LAGARDE. De même, il faut dire que la *lex mercatoria* est étroitement associée au recours à l'arbitrage commercial, parce qu'elle conduit à une procédure particulière pour la solution des litiges, souvent très spécialisée étant donné qu'elle est liée à un milieu d'affaires très déterminé. D'autre part, la *lex mercatoria* est conditionnée par les dispositions impératives des ordres étatiques car cette dernière se trouve dans un rapport de complémentarité avec les ordres étatiques, les Etats gardant un pouvoir de contrôle toutes les fois que, dans ce domaine, les intérêts étatiques sont en cause¹¹²³.

- Le cas spécifique du Comité international de la Croix Rouge (CICR) :

Le rôle du CICR dans la création du droit international reste à souligner. En effet, si les organes de codification comme la CDI revendiquent un caractère d'experts indépendants pour leurs membres et ceux de la CNUDCI, munis d'instructions gouvernementales, le CICR, lui, jouit plutôt d'un statut spécial en droit international¹¹²⁴. En charge d'une mission internationale¹¹²⁵, le CICR demeure, en

¹¹²² P. LAGARDE, *op. cit.*, (1982), pp. 135-136 et 138-139.

¹¹²³ G. KEGEL, « The Crisis of Conflict of Laws », *Recueil des cours*, tome 112 (1964), pp. 260-261.

¹¹²⁴ En tant qu'association privée constituée au sens du Code civil suisse, l'existence du CICR ne découle pas en soi d'un mandat conféré par des gouvernements. Par contre, ses fonctions et ses activités, qui ont pour but de fournir protection et assistance aux victimes de conflits armés, sont prescrites par la communauté internationale des États et fondées sur le droit international, en particulier sur les Conventions de Genève, qui font partie des traités les plus ratifiés dans le monde. En conséquence, on reconnaît au CICR, comme à toute organisation intergouvernementale, une « personnalité juridique

droit international, le gardien et l'inspirateur du droit humanitaire international des Conventions de Genève¹¹²⁶. Il est, de ce fait, le principal organe pour la systématisation des normes coutumières de droit international humanitaire. Organisation généralement qualifiée d'apolitique, d'impartiale, de neutre et d'indépendante, le CICR a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de conflits armés et d'autres situations de violence et de leur porter assistance. Le CICR s'efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est une institution privée suisse dont la mission est internationale, agissant en qualité d'intermédiaire neutre sur le plan humanitaire lors de conflits internationaux, de guerres civiles ou encore de tensions internes¹¹²⁷. Il est à l'origine des Conventions de Genève et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dont il dirige et coordonne les activités internationales lors des conflits armés ou autres situations de violence.

Le CICR est largement accepté en tant qu'acteur, au même titre que les acteurs étatiques, dans la formation des règles de droit coutumier humanitaire. Son statut lui confère, en effet, la possibilité de conclure des accords internationaux soumis aux règles du droit international public¹¹²⁸, d'entretenir des relations de caractère diplomatique¹¹²⁹ et faire valoir directement ses prétentions dans les relations internationales sans toutefois avoir besoin de recourir à la couverture d'un Etat. Il a pour mandat d'œuvrer à l'application fidèle et au développement adéquat du DIH, branche du droit international, spécialement conçu pour les situations armées et s'efforce également de promouvoir le droit humanitaire.

La codification orchestrée par le CICR ressemble plus à du développement progressif qu'à de la codification au sens habituel. Le CICR n'a pas une fonction technique et procédurale de clarification par rapport à l'état du droit, mais c'est surtout son engagement en faveur du droit international humanitaire qui l'amène à jouer un rôle dans la codification. Ce rôle, consistant à renforcer l'état du

internationale » ou un statut à part. Il jouit donc de privilèges et d'immunités comparables à ceux dont bénéficient les Nations Unies, leurs institutions et d'autres organisations intergouvernementales, notamment l'immunité diplomatique de ses membres.

¹¹²⁵ Cf. « La personnalité juridique internationale du CICR », *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean PICTET*, Martinus Nijhoff, 1984, P. 783.

¹¹²⁶ Cf. Yves SANDOZ, *Le Comité international de la Croix-Rouge : gardien du droit international humanitaire*, Publications CICR, Genève, 1998.

¹¹²⁷ Le droit international, notamment celui des conflits internationaux reconnaît désormais le cas de "tensions internes" puisqu'ils posent la question de l'imputabilité des actes des particuliers en droit international. Pour de plus amples développements, cf. Syméon KARAGIANNIS, « Du non étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international », in *Acteurs non étatiques et droit international, Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Rafâa Ben ACHOUR et Slim LAGHMANI (Dir.), Paris, Pedone, 2006, pp. 161-195.

¹¹²⁸ « La personnalité juridique internationale du CICR, *op.cit.*, p. 668.

¹¹²⁹ Les délégués du CICR sont traités de la même manière que des diplomates et son président fait l'objet d'une attention au moins équivalente à celle d'un Chef de Gouvernement.

droit existant, est reconnu par l'ensemble de la communauté internationale. La codification par le CICR constitue ainsi l'un de ses volets d'action et s'insère dans un *continuum* comme le souligne Marie-Josée DOMESTICI-MET¹¹³⁰. Le CICR participe donc à une genèse de la coutume en amont, en agissant sur son élément psychologique à travers sa propre pratique alors qu'il est le gardien du droit international humanitaire en aval lorsqu'il lance des appels à ratification¹¹³¹, contribue à la diffusion et à la mise en œuvre du droit humanitaire ou encore surveille les violations contre le droit humanitaire. Le CICR exerce en définitive une veille quasi-permanente sur les insuffisances du droit ; son implication dans la codification témoigne de la reconnaissance de son expertise spécifique en matière de droit humanitaire¹¹³². Dans *l'affaire Tadic*, le TPIY n'a pas manqué de souligner que les travaux du CICR sont « *un élément effectif de la pratique internationale, il s'agit d'un élément qui a visiblement contribué à l'émergence ou à la cristallisation des règles coutumières* ». ¹¹³³ Le CICR a ainsi permis que la formation des coutumes se matérialise au-delà du contrôle de l'Etat et souligne, par la même occasion, l'apport de cet organisme non-gouvernemental dans la pratique et l'évolution du droit international humanitaire.

2/- Les organes agissant en dehors du cadre de l'article 13 §1 (a) de la Charte

Il s'agit d'institutions scientifiques ou d'organes juridictionnels intervenant dans le cadre du développement du droit international (a). Il peut également s'agir d'institutions spécialisées, d'organisations internationales mondiales ou régionales (b).

a) La concurrence avec les organes ou institutions qui s'intéressent à la modernisation ou à l'étude scientifique du droit international

Il existe désormais, en droit international, diverses institutions qui s'intéressent à la modernisation du droit international et qui bénéficient d'un certain encouragement, voire d'un soutien politique de la part des Etats membres des Nations Unies pour s'y consacrer. Pour la plupart, ce sont des organes institutionnels ou juridictionnels qui sont appelés à prêter leurs concours à la formulation précise et la systématisation des règles de droit international par le biais de la préparation de travaux de recherche analytiques et d'études de fond dans divers domaines du droit international, fondés sur la pratique des Etats, les précédents et la doctrine, ainsi que de documenter la pratique et les méthodes

¹¹³⁰ Cf. La codification du droit international, *op.cit.*, p. 212 s.

¹¹³¹ A l'image de la Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de guerre qui appelle à ratification dans le cadre de quatre types de textes : la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés, les Protocoles I et II de 1977, la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, cf. RICR, n° 808, septembre-octobre 1993, pp. 401-405.

¹¹³² Voir la codification du droit international, *op.cit.*, p. 228 s.

¹¹³³ Référence est faite au conflit de 1967 au Yémen, à la déclaration de 1964 faite par Premier Ministre du Congo au cours de la guerre civile au Congo, Code de conduite opérationnel des Forces armées nigérianes de 1967 et à la déclaration de 1988 faite par les rebelles en El Salvador; *Tadic*, note 32, §109.

de travail des organes des Nations Unies en contribuant à la préparation, la révision et la coordination d'études. Ces organes contribuent également à encourager et faciliter l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international, par l'organisation et la mise en œuvre du Programme d'Assistance aux fins de l'enseignement, de l'étude, de la diffusion et d'une compréhension plus large du droit international, notamment par la préparation et l'édition de publications juridiques périodiques spécifiques.

- Le pouvoir de création normatif du juge international

L'élaboration du droit par un appareil judiciaire a longtemps connu une crise de « légitimité » par le passé mais la doctrine semble de mieux en mieux accepter cette procédure car la CIJ, tout autant que d'autres juridictions internationales, régionales ou mondiales, reflètent des conceptions doctrinales qui varient entre « réserve judiciaire et activisme judiciaire »¹¹³⁴. A ce propos, l'arrêt rendu en 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*¹¹³⁵ est sans nul doute le point d'accélération du processus d'interprétation « téléologique » qui, à une période où la communauté mondiale allait connaître des transformations politiques, sociales et économiques fondamentales, permettrait au juge international de toujours rechercher les finalités sociales des règles formulées par le législateur. L'arrêt de 1966 peut donc être considéré comme étant celui qui aura permis une approche classique et délibérément neutre de l'interprétation judiciaire. Dans l'avis de 1971 concernant l'affaire sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence de l'Afrique du sud en Namibie*¹¹³⁶, la CIJ adopte ouvertement, pour la première fois, une conception activiste de la justice et épouse la cause de la création juridictionnelle du droit.

Désormais, le juge ne fait pas que constater ou interpréter le droit écrit ou coutumier ; il lui arrive également, au travers de ses réflexions, de créer de nouvelles règles de droit. Un premier exemple est donné à travers l'avis consultatif de la Cour relatif à la réparation des dommages subis au service des Nations Unies. De cet avis découle clairement un double apport au droit international : d'une part, l'avis concerne la théorie des pouvoirs implicites, notion indispensable au bon fonctionnement des organisations internationales¹¹³⁷, celles-ci pouvant être amenées à agir en lieu et place des Etats membres, notamment dans le cas des organisations d'intégration. D'autre part, l'avis a permis d'introduire une « situation nouvelle » en droit international : « la protection fonctionnelle de ses agents »¹¹³⁸ qui se base sur le principe des pouvoirs implicites. Il s'agit ici de la possibilité reconnue

¹¹³⁴ Edward MCWHINNEY, *Les Nations Unies et la formation du droit*, Pedone/Unesco, 1986, p. 140.

¹¹³⁵ CIJ, *Recueil*, 1966, p.6.

¹¹³⁶ CIJ, *Recueil*, 1971.

¹¹³⁷ Grâce à cette notion et en l'absence de toute disposition expressément prévue par la Charte, « l'Organisation doit être considérée comme possédant [d]es pouvoirs qui, ..., sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci », cf. CIJ *Recueil* (1949), p. 182.

¹¹³⁸ CIJ *Recueil* (1949), p. 184.

à une organisation, en l'occurrence l'ONU, de présenter une réclamation au cas où un de ses agents subit, dans l'exercice de ses fonctions, un dommage dans des conditions de nature à engager la responsabilité d'un Etat¹¹³⁹. Ensuite, un autre exemple illustratif de cette portée créatrice du juge est celui de l'avis consultatif de 1951 sur les réserves à la Convention pour la répression du crime de génocide. En effet, face à une pratique constante et uniforme¹¹⁴⁰, la Cour n'a pas essayé de chercher une *opinio juris* qui lui aurait permis d'individualiser une norme juridique, mais s'est contentée de baptiser d'« administrative » cette pratique en indiquant que : « ... la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la convention doit fournir le critère de l'attitude de l'Etat qui joint une réserve à son adhésion et de l'Etat qui estime devoir y faire une objection »¹¹⁴¹. Par conséquent, la Cour pose là une règle nouvelle selon laquelle l'objection d'un ou plusieurs Etats n'empêche pas l'Etat réservataire de devenir partie à la Convention.

Enfin, un autre exemple de l'activité prétorienne de la Cour se trouve être résumée dans son arrêt relatif à l'*affaire Nottebohm*. Dans ce dernier, la Cour a estimé qu'il appartenait à chaque Etat de régler, par sa propre législation, l'acquisition de sa nationalité tout en indiquant, par ailleurs, que cette dernière ne saurait être opposable, au regard de la protection diplomatique à un Etat tiers, que dans la mesure où elle serait effective, où il y aurait concordance entre le lien juridique de rattachement réel de l'individu à l'Etat. Ce raisonnement de la Cour, à première vue logique, semble juridiquement infondé au regard des difficultés qu'il y aurait à faire un rattachement entre la notion de « nationalité effective » et l'invocation, par la Cour, de l'article premier de la Convention de la Haye de 1930 relative aux conflits de lois en matière de nationalité¹¹⁴². Or, d'une part, l'article 5 de ladite convention mentionne le rattachement effectif qu'en cas de double nationalité et, d'autre part, le sieur Nottebohm ne possède qu'une seule nationalité. Dans un tel contexte, on comprend mal comment la Cour pouvait lui appliquer, par analogie, une règle valable pour une situation différente. Les juges ont d'ailleurs estimé qu'il n'en pouvait être ainsi.¹¹⁴³

Mais s'il existe un domaine du droit dans lequel le juge international aura vraiment fait œuvre novatrice, c'est bien celui du droit de la mer. Ainsi, par exemple, la CIJ aura consacré plusieurs pages, dans son arrêt rendu dans l'affaire du « *Plateau continental de la mer du Nord* », pour

¹¹³⁹ Bien que cette position ait suscité des opinions dissidentes, il a été admis que la Cour mettait en avant le fait que l'Organisation était atteinte dans ses droits à travers la personne de son agent. Or, si cette interprétation s'avérait être la plus admise par les juges dans leurs opinions, il s'agit dès lors d'une « règle nouvelle du droit international ».

¹¹⁴⁰ Il existait, avant 1950, une « pratique » résumée dans un avis d'une Commission d'experts et repris par le Conseil de la Société des Nations en 1927, qui prévoyait que soit le consentement de tous les Etats signataires, soit celui de tous les Etats liés par la Convention, qui pouvait permettre à un Etat réservataire de devenir partie à une Convention.

¹¹⁴¹ CIJ Recueil (1951), p. 24.

¹¹⁴² Cet article premier de la Convention de la Haye de 1930 déclare que la législation étatique en la matière « doit être admise par les autres Etats pourvu qu'elle soit en accord avec ... la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ».

¹¹⁴³ CIJ Recueil (1951), pp. 31, 42, 54.

démontrer que le principe de l'équidistance, faute d'une pratique suffisante et d'une *opinio juris*, n'était pas une règle coutumière. Par cette démonstration, la Cour a fini par poser des règles obligatoires pour les Etats en matière de délimitation maritime¹¹⁴⁴, sur la base de préceptes généraux de justice et de bonne foi qu'elle a qualifiés de « principes équitables »¹¹⁴⁵. Mais l'application concrète de cette règle dégagée par la Cour aura été bien éphémère car plusieurs auteurs ont jugé que le principe ne favorisait pas, sans ambages, le caractère juridique du processus de délimitation. Philippe CAHIER, par exemple, parle d'un droit « mouvant » pour qualifier le droit de la délimitation issu de l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord¹¹⁴⁶.

Comme on peut s'en apercevoir, « le rôle du juge dans l'élaboration du droit international est d'autant plus décisif que son arrêt, fondé ou non, fera obligatoirement jurisprudence »¹¹⁴⁷. De plus, il est généralement accepté que, dans tout système juridique, le juge devient « jurislatureur », de son gré ou même par simple inconscience. Il a ainsi la possibilité d'intervenir *a posteriori* afin de « corriger » une jurisprudence qu'il n'agrée pas, notamment chaque fois que l'autorité de ses actes se situe à niveau supérieur de celle dont les actes sont interprétés¹¹⁴⁸. Même lorsqu'il se limite à la détermination de l'existence et du contenu d'une règle de droit, l'apport du juge reste remarquable notamment en ce qui concerne les règles coutumières¹¹⁴⁹. En effet, « *la démarche du juge appelé à se prononcer sur une règle coutumière ne se réduit donc pas à une analyse neutre et objective d'un ensemble de faits. Les faits seraient incapables par eux-mêmes de lui fournir la solution du problème. Aussi bien doit-il les disséquer, les qualifier, les valoriser ou les minimiser, à l'instar de ce que font les plaideurs, en fonction d'une thèse dont le choix relève pour une part considérable de son appréciation* »¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁴ La CIJ a notamment apporté une forte contribution dans la définition du plateau continental et le problème de l'exercice de l'autorité de l'Etat riverain sur les zones sous-marines considérées comme « un prolongement, une continuation, une extension de ce territoire sous la mer » ; cf. CIJ, *Recueil* (1969), p. 31.

¹¹⁴⁵ Elle en a fait l'énumération : « ... Le principe qu'il ne saurait être question de refaire complètement la géographie, ni de rectifier les inégalités de la nature ; le principe voisin du non-empiètement d'une partie sur le prolongement naturel de l'autre... ; le principe du respect dû à toutes ces circonstances pertinentes ; le principe suivant lequel, bien que tous les Etats soient égaux en droit et puissent prétendre à un traitement égal, l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité ... Ni ne vise à rendre égal ce que la nature a fait inégal ; et le principe qu'il ne saurait être question de justice distributive » ; cf. CIJ *Recueil* (1969), pp. 39-40.

¹¹⁴⁶ Philippe CAHIER, « Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international », *op.cit.*, p. 363.

¹¹⁴⁷ Philippe CAHIER, « Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international », in *Mélanges Krzysztof SKUBISZEWSKI*, edited by Jerzy Makarczyk, Kluwer Law International, The Hague, London, p.353.

¹¹⁴⁸ On notera au passage que la place du juge international dans l'ordre international soit aussi solidement ancrée que celle du juge national dans l'ordre interne même si la transposition du rôle d'aiguilleur du juge national ne peut se faire sans limites en droit international.

¹¹⁴⁹ Pierre-Marie DUPUY a également montré l'importance de la jurisprudence dans la détermination de l'existence d'une règle coutumière (cf. P.M DUPUY, *Le juge et la règle générale*, *RGDIP*, (1989), pp. 570-598).

¹¹⁵⁰ P. HAGGENMACHER, *La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, *RGDIP* (1986), p. 118.

- L'Institut du droit international

Le rôle des associations scientifiques dans le mouvement de codification du droit international n'est pas à négliger, notamment à travers l'œuvre de l'Institut du Droit International (IDI) fondée en 1873. Il faut rappeler que l'idée de création d'une « institution scientifique permanente pour l'étude et les progrès du droit international »¹¹⁵¹ avait été lancée par Rolin-Jaequemyns pour signifier l'importance d'une action scientifique collective en faveur de la systématisation du droit international. Cependant, du fait des vives réticences exprimées par une bonne partie de la doctrine de l'époque quant à une action étendue de l'Institut sur la codification du droit international, le statut de l'IDI prévoit simplement un « *concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international* », inspirant par la même occasion la résolution de l'Assemblée Générale instituant un Comité d'experts pour l'étude de la codification.

Plus d'un siècle après sa mise en place, on s'accorde à reconnaître que l'Institut a atteint son objectif, en élaborant des règlements qui constituent parfois de véritables petits codes, tel le *Manuel des lois de la guerre*, adopté à Oxford en 1880. Les travaux de l'Institut ont également inspiré de nombreux travaux de codification à l'image des Conférences de La Haye 1889 et de 1907. Plus récemment, certains travaux jadis confiés à la CDI et n'ayant pas abouti ont finalement atterri sur la table de l'IDI : c'est le cas, par exemple, de son analyse du statut des organisations internationales et de leurs organes dans les relations avec les Etats. Même s'il existe bien dans ce domaine un grand nombre de règles communes découlant des accords de siège ou de conventions multilatérales propres à certaines organisations, l'étude générale de ce sujet avait été reprise par l'IDI qui a, notamment, travaillé sur la compétence extraterritoriale de l'Etat.

Ce succès, l'IDI le doit à sa composition qui regroupe d'éminents savants de tous les pays ayant une expérience des affaires publiques, mais aussi à ses méthodes de travail. Sans faire preuve d'un excès de zèle, l'Institut s'est souvent contenté de faire, soit un constat du droit existant, soit une amélioration de la pratique existante, soit enfin de simples vœux au travers de ses résolutions¹¹⁵². On peut en déduire que l'IDI mène une double activité : l'une déclarative et l'autre réformatrice.

- L'International Law Association :

A côté de l'IDI, se constituait la même année à Bruxelles l'*International Association for the reform and codification of the laws of nations* devenue depuis 1895, l'*International Law Association* ou

¹¹⁵¹ De la nécessité d'organiser une institution scientifique permanente pour favoriser l'étude et les progrès du droit international, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1873, p. 462.

¹¹⁵² Ces Résolutions sont portées à la connaissance des autorités gouvernementales, des organisations internationales, de la communauté scientifique. De cette manière, l'Institut s'efforce de souligner les caractéristiques de la *lex lata* pour en recommander le respect. Il s'attache aussi, parfois, à statuer de *lege ferenda*, pour contribuer au développement du droit international.

Association du droit international (ADI). Fondée à Bruxelles en 1873, elle a aussi beaucoup contribué par ses résolutions à développer l'œuvre de codification. Aussi, l'ADI compte plus de 3500 membres dans 50 branches nationales à travers le monde¹¹⁵³. L'Association a pour objet principal d'étudier, de clarifier et de promouvoir le droit international, public et privé, et ce à travers le travail de comités chargés des sujets d'intérêt particuliers. L'ADI a un statut consultatif d'une organisation non gouvernementale auprès de certaines agences spécialisées des Nations Unies.

Depuis sa création, l'ADI a fait avancer le débat entourant certaines des questions les plus importantes en droit international¹¹⁵⁴. Des comités de l'ADI ont formulé des principes communs et des standards émergents sur de nombreux sujets d'importance, dont les lettres de change (1876, 1908, 1910), l'aviation civile (1920), l'arbitrage international (1895, 1922, 1938, 1948, 1950), l'insolvabilité internationale (1938, 1946, 1954), la juridiction civile sur les corporations (2002), une cour pénale internationale permanente (1922, 1923), l'effet de la guerre sur les contrats (1930), les droits quant aux tréfonds marins, les eaux intérieures et les rivières et cours d'eau internationaux (1948, 1954, 1960, 1962), l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire (1960, 1962), le droit monétaire (1954, 1960), les tribunaux d'arbitrage pour l'investissement étranger (1962) et l'obligation de rendre compte des organisations internationales (1969).

Les rapports et résolutions de comités de l'ADI ont été adoptés ou utilisés par les Nations Unies et d'autres organisations internationales dans l'élaboration de plusieurs textes constituant le droit tel qu'il existe aujourd'hui. Les travaux de l'ADI ont été particulièrement influents en ce qui a trait au développement portant sur l'immunité des États (les conventions européennes et onusiennes sur l'immunité des États) et la Convention de La Haye sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans les procès civils et commerciaux. La Chambre des Lords, la Cour suprême des Etats-Unis et la Cour suprême du Canada ont fait référence aux résolutions, rapports et autres documents de l'ADI¹¹⁵⁵.

- L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)

L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale qui a pour mission d'unifier le droit privé. Plus précisément, son objet est d'étudier les besoins et les méthodes pour moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé et en

¹¹⁵³ L'Association reçoit une adhésion croissante des universitaires et des juristes praticiens du droit international. Elle opère, sous le contrôle de son conseil exécutif, à travers des branches pouvant représenter des États ou des groupes régionaux de pays.

¹¹⁵⁴ Pour plus de détails, consulter : La 50^e conférence de l'International Law Association (Bruxelles, 19-26 août 1962), *Revue internationale de droit comparé*, 1963, vol. 15, n^o 2, pp. 382-387. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1963_num_15_2_13642.

¹¹⁵⁵ Source : voir Rapport final de la 72^e Conférence Biennale de l'Association de droit international, Toronto, Canada, du 4 au 8 juin 2006 ? Pour plus d'information sur l'ADI, consulter son site internet : www.ilahq.org

particulier le droit commercial entre les États, et de préparer des conventions internationales pour répondre aux besoins juridiques internationaux. Avec plus de soixante États membres répartis sur tous les continents et représentant une grande variété de systèmes juridiques, UNIDROIT intervient dans l'édiction de normes internationales et donc la codification et le développement du droit international privé. D'abord installé en 1926 en tant qu'organe auxiliaire de la SDN, UNIDROIT a fini par devenir une organisation internationale ouverte aux États par adhésion à son statut¹¹⁵⁶.

En ce sens, il arrive à cet organe de s'immiscer dans le domaine de l'élaboration de règles internationales avec comme objectif, soit de les voir s'appliquer pour des contrats internationaux, notamment en matière de commerce international, entre les parties qui auraient expressément décidé de s'y référer, soit de servir d'indice au juge national ou international pour interpréter les contrats internationaux, soit enfin pour inspirer les législateurs nationaux ou internationaux qui proposeraient des règles dans la même matière¹¹⁵⁷. On se souviendra, par exemple, qu'UNIDROIT a été à l'origine de l'élaboration, en 2004, de textes avec des « principes relatifs aux contrats du commerce international »¹¹⁵⁸. Ainsi, UNIDROIT a, au cours des années, préparé les conventions internationales suivantes, adoptées par des conférences diplomatiques :

- Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juillet 1964).
- Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juillet 1964).
- Convention internationale relative au contrat de voyage (Bruxelles, 23 avril 1970).
- Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Washington, D.C., 1973).
- Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (Genève, 17 février 1983).
- Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988).
- Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988).

¹¹⁵⁶ C. KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par UNIDROIT », *Rev. crit. DIP*, 1995, 641 ; J. HUET, « Les contrats internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT : une nouvelle Lex mercatoria ? », *Petites affiches*, nov. 1995, n° 135.

¹¹⁵⁷ Cf. les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international sur le site de « *JurisPedia* » ; v. UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, 2004, 398 p., [http : //www.unidroit.org/french/accueil.htm](http://www.unidroit.org/french/accueil.htm)

¹¹⁵⁸ Anne-Marie TRAHAN, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Revue juridique Thémis*, Vol. 36, n° 2, 2002.

- Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995).
- Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).
- Protocole relatif aux questions spécifiques portant sur des matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).
- Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 2007).
- Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires (Genève, 2009).

D'autres instruments juridiques ont également été réalisés sous les auspices d'UNIDROIT :

- Guide d'UNIDROIT sur les Accords Internationaux de Franchise Principale (2000).
- Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise (2002).
- Principes ALI/ UNIDROIT de procédure civile transnationale (2004).
- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (1994, 2004).

Toutefois, la difficulté d'accorder l'ensemble des participants aux travaux de « codification » réalisés au sein d'UNIDROIT a fait que cet organe ait plutôt recours à des *principes* que le professeur Gérard CORNU définit comme une « *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinés à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »¹¹⁵⁹. Or, il est généralement admis qu'« à la différence des conventions internationales (...) ces « Principes » à large portée ne valent que par leur pouvoir de persuasion »¹¹⁶⁰. En effet, cet instrument particulier a pour vocation, sans avoir de force obligatoire générale pour l'ensemble des contrats du commerce international, d'inspirer en premier lieu les arbitres internationaux, voire les juges étatiques sauf si, en vertu de la théorie de l'autonomie de la volonté, les parties venaient à

¹¹⁵⁹ Gérard CORNU (dir.) et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2005, 6^e éd., 970 p.

¹¹⁶⁰ Claude, WITZ, Les premières applications jurisprudentielles du nouveau droit uniforme de la vente internationale, (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980), LGDJ, 1995, p.99 et s. L'auteur précise que « *le style des différents articles rappelle davantage les codifications des pays d'Europe continentale que les lois des pays de Common law* ».

décider de considérer ces principes comme des règles objectives qui régissent leur contrat¹¹⁶¹. Leur succès dépend donc énormément de l'adhésion qui leur sera réservée par la communauté juridique internationale, qui oscille entre perplexité¹¹⁶² et vif intérêt¹¹⁶³.

Notons, enfin, que le nouveau monde a connu une très forte impulsion en matière de codification du droit international. C'est ainsi qu'à côté des conférences panaméricaines de codification, on compte diverses associations scientifiques comme l'*American Society of International Law*¹¹⁶⁴ et l'Institut Américain de droit international. La première, fondée à Washington en 1906, avait à l'origine comme mission de préparer « *un plan de codification des principes de justice, qui devraient régir les relations des nations en temps de paix* ». La seconde a été créée trois années après la première, toujours à Washington, et avait parmi ses buts essentiels (art. 2,3°) « *de trouver une méthode en vertu de laquelle les principes généraux ou particuliers du droit international peuvent être soumis à une codification et d'élaborer des projets de codification sur les questions qui s'y prêtent* ».

b) La concurrence découlant de l'action des organisations internationales et des acteurs transnationaux

Avec les diverses interférences entre les Etats, les Organisations internationales et les nouveaux acteurs du droit international, la production des normes en droit international devient problématique car de multiples institutions ont désormais vocation à traiter des aspects économiques et sociaux sur le plan international. Pourtant, un examen plus approfondi des institutions spécialisées montre que seules certaines d'entre elles ont un pouvoir de régulation de dimension mondiale. Comment se manifeste ce pouvoir normatif, quelle en est l'étendue et la portée et, enfin, quels problèmes entraîne cette fonction créatrice en droit international ? Autant de questions qui ne seront pas examinées sur le fond ici mais seulement sous l'angle des problèmes qu'elles suscitent en matière de codification du droit international.

• L'étendue et la portée du pouvoir normatif des organisations internationales

A côté des deux sources fondamentales du droit international que constituent le traité et la coutume, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mentionne une autre source constituée par les principes généraux de droit bien qu'il faille cependant admettre qu'elle n'a pas la même

¹¹⁶¹ C. KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par UNIDROIT », *Revue critique de DIP*, 1995, 641 ; J. HUET, « Les contrats internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT : une nouvelle *Lex mercatoria* ? », *Petites affiches*, nov. 1995, n° 135.

¹¹⁶² P. DEUMIER, Les principes UNIDROIT ont 10 ans, bilan en demi-teinte, RDC, 2004/3, 774.

¹¹⁶³ D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et la Commission Lando », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, 205.

¹¹⁶⁴ Voir le Site officiel de l'institution : <http://www.asil.org>

importance que les deux autres¹¹⁶⁵. Cependant, l'article 38, qui évoque d'autres sources dites auxiliaires, que constituent la jurisprudence et la doctrine, n'épuise pas la liste des sources puisqu'il y a une montée en puissance des résolutions des organisations internationales dont la multiplication et l'importance sont incontestables alors que le débat sur leur valeur juridique reste toujours d'actualité.

Concernant la montée en puissance du pouvoir normatif des organisations internationales, il faut dire que si la CDI est qualifiée d'organe de « droit commun » en matière de codification¹¹⁶⁶, c'est avant tout parce qu'elle possède la compétence principale en matière de développement progressif du droit international et de sa codification¹¹⁶⁷. Mais cette compétence n'est pas exclusive et il existe désormais en droit international, à côté de l'ordre westphalien basé sur le concept de la souveraineté étatique, un nouvel ordre établi sur une répartition des fonctions et des activités. Cette nouvelle organisation contribue non seulement au développement de droits autonomes, mais suscite également la naissance d'un nouveau droit international qui est à l'origine des conflits de lois et des juridictions car chacune des activités considérées secrète son propre droit et ses propres juridictions. Les cas les plus visibles concernent le droit du commerce international (*lex mercatoria*), les droits de l'homme ou encore le droit de protection de l'environnement.

Concernant la valeur juridique des actes des organisations internationales, retenons que les résolutions des organisations internationales sont très diverses, selon l'organe qui les formule, le domaine d'intervention, le contenu, le destinataire. Si aucun problème ne se pose dans le cadre des résolutions tournées vers l'ordre juridique interne de l'organisation¹¹⁶⁸, la question se pose en revanche sur la valeur juridique des actes externes qui énoncent des principes ou des règles à destination des Etats membres ; ils n'ont pas normalement de caractère contraignant mais ils peuvent parfois revêtir ce caractère¹¹⁶⁹. Du point de vue juridique et formel, ces résolutions ne sont pas contraignantes et il appartient à chaque Etat membre de décider des suites à leur accorder dans son ordre interne¹¹⁷⁰. Mais la situation peut devenir plus complexe dans certains cas. Ainsi, comme

¹¹⁶⁵ Certains auteurs vont même jusqu'à contester leur statut de source et préfèrent qualifier les principes généraux comme source secondaire du droit international (Cf. Ahmed MAHIOU, Le débat sur les actes des organisations internationales, *Cours général de droit international, op.cit.* ; Lire aussi : Emmanuel DECAUX, « Le jus cogens : faiblesses d'une idée force ? », *L'Observateur des Nations Unies*, automne-hiver 1997, p. 13-20. Pierre MARIE-DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz (Précis), 10e édition, 2010 ; Dominique CARREAU, *Droit international*, Pedone, 10e édition, 2009).

¹¹⁶⁶ Cf. Yves DAUDET, « Actualités de la codification du droit international », *RCADI*, 2003, t1, 303.

¹¹⁶⁷ Cf. Résolution de l'AGNU du 18 novembre 1981 portant élargissement de la composition de la CDI.

¹¹⁶⁸ Ces dernières constituant ce que l'on appelle le droit propre de l'organisation, elles s'imposent aux Etats membres ; ainsi quand l'Assemblée générale des Nations Unies vote son budget, crée un organe, modifie une règle de fonctionnement, il s'agit de décisions obligatoires y compris pour la minorité qui s'y est opposée.

¹¹⁶⁹ Cf. Ahmed MAHIOU, Le débat sur les actes des organisations internationales et les contrats transnationaux, *Cours général de droit international public, op.cit.* p. 349.

¹¹⁷⁰ Cf. F. ANJAK, « La signification juridique de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats », *Droit international et développement, op. cit.*, p. 63 ; M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre..., op. cit.*, p. 183.

l'a rappelé récemment la Cour internationale de Justice, « *les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative* »¹¹⁷¹. Dans un tel contexte, ces résolutions peuvent faire prévaloir leur importance politique et idéologique, notamment lorsqu'elles rallient, à leur cause, la majorité ou la quasi-unanimité des Etats membres au sein de l'Assemblée générale.

Au niveau des organisations régionales, on a vu que ce sont leurs textes constitutifs qui leur confèrent des prérogatives de création normative, et dès lors qu'un Etat accepte d'en être membre, il est lié et engagé à respecter les décisions prises au sein de l'organisation. C'est le cas pour les organisations d'intégration, dont le meilleur exemple est celui de la Communauté européenne devenue Union européenne qui non seulement possède un tel pouvoir, mais a également prévu un système juridictionnel chargé de veiller sur le respect des décisions prises.

Toutefois, l'autoréglementation qui intervient dans ces divers secteurs d'activités n'est pas toujours à la hauteur de l'ampleur des problèmes créés par la globalisation. Ainsi comme le soulignait Mohamed SALAH, « la question de l'influence du rapport de force sur la production du droit international conduit, aujourd'hui, à s'interroger sur la nature et le fondement réels du pouvoir normatif des organisations internationales »¹¹⁷², notamment celles à vocation universelle. Il est vrai qu'en dehors de leur cadre conceptuel et de leur domaine d'action, les OI n'ont pas un rôle d'acteur dans le processus de codification mais sont le plus souvent admis à suivre les travaux de codification comme observateurs, notamment au niveau des conférences diplomatiques¹¹⁷³.

- Le pouvoir normatif des acteurs privés transnationaux¹¹⁷⁴

L'apparition de nouveaux acteurs sur la scène internationale est l'élément fondamental de l'état de l'évolution du phénomène de mondialisation sur le plan juridique. Elle est révélatrice d'une certaine confusion du Droit et de l'État¹¹⁷⁵ en ce sens que les États ne sont plus les seuls créateurs de normes. Des sujets de droits nationaux, qui étaient jusqu'ici les principaux destinataires des normes créées par les États, peuvent être à la fois auteurs et destinataires de règles de droit de nature différente. Ce

¹¹⁷¹ Avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, *CIJ Recueil* 1996, p. 254.

¹¹⁷² Mohamed SALAH, *Le droit international, droit du plus fort ? in regards d'une génération...*, *op.cit.*, p.360.

¹¹⁷³ Dans le cadre des travaux de la CDI, les Organisations internationales n'ont été admises à participer à part entière qu'à une seule convention de codification : celle relative au droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales acceptée à Vienne en 1986.

¹¹⁷⁴ Pour M. MERLE, « le transnational qualifierait les échanges partant d'initiatives privées et s'exerçant à travers les frontières des sociétés étatiques », cf. M. MERLE, « Le concept de transnationalité », in *Humanité et droit international. Mélanges René- Jean Dupuy*, Pedone, 1991, n° 9, p. 223, spéc. 224. L'auteur précise d'autre part que « la transnationalité ne peut générer un nouveau concept que si elle renvoie au passage d'un État à l'autre ou à la traversée de plusieurs États, donc au franchissement de la frontière ».

¹¹⁷⁵ G. FARJAT, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, p. 513.

phénomène s'exporte plus qu'avant au niveau mondial de sorte que de simples sujets de droit issus d'ordres juridiques nationaux deviennent de véritables acteurs sur la scène internationale. Le pouvoir de réglementation des acteurs transnationaux est la manifestation la plus pertinente de leur concurrence avec les États et les organisations internationales. Il explique le phénomène de multiplication et de diversification des producteurs de droit analysé plus haut.

En effet, « [a]vec l'intensification des réseaux et des flux d'échanges dont la vitesse de circulation est d'autant plus rapide que ces flux portent, à côté des biens et services matériels, sur des valeurs immatérielles, on assiste aujourd'hui à une étroite imbrication des divers secteurs de l'activité économique et "des diverses facettes de la réalité sociale" par-delà les frontières étatiques »¹¹⁷⁶. Toutes ces activités mondialisées se déroulent d'abord sur le plan économique et engendrent « le déplacement progressif de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques, l'importance du rôle joué par les corporations, les codes de conduite privés, le développement d'un droit négocié, la juridicisation croissante d'une normalisation technique »¹¹⁷⁷ qui se manifestent dans les activités humaines les plus diverses et à différents niveaux. Par ailleurs, cette manifestation de la mondialisation, dite multiscalaire¹¹⁷⁸, induit des changements importants et notamment la perte d'autorité et de compétence exclusives des États dans la production normative.

Gunther TEUBNER, qui a été parmi les premiers à lancer le débat de la fragmentation du droit à la suite de la mondialisation, est allé même jusqu'à affirmer que cette mondialisation du droit échappe de plus en plus aux États-nations et aux organisations internationales gouvernementales pour relever d'autres acteurs qui sont en train de restructurer les relations internationales selon d'autres voies basées non pas sur le commandement, mais sur les relations contractuelles. Il va même jusqu'à omettre les acteurs gouvernementaux pour considérer que la mondialisation du droit s'effectue sans les États¹¹⁷⁹. De son côté et sans aller aussi loin, A. J. ARNAUD considère, que ce droit non étatique peut relayer, suppléer et parfois supplanter le droit des États. Selon lui, le « gouvernement » de la société mondiale a cessé d'être le monopole des gouvernements pour devenir une action de « gouvernance » avec la participation d'acteurs multiples, dont les sociétés transnationales, à la production de normes régissant les relations internationales¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁶ M. SALAH MOHAMED MAHMOUD, « Mondialisation et souveraineté de l'État », *JDI*, 1996, n° 3, p. 612.

¹¹⁷⁷ R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux. Essai d'harmonisation des régimes juridiques*, thèse dactyl. Montpellier, 2006, n° 27.

¹¹⁷⁸ Voir notamment Gaylor RABU, *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques*, *Revue Internationale de droit économique*, 2008, pp. 335-356.

¹¹⁷⁹ Comme l'indique le titre de l'ouvrage qu'il a coordonné, *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997; voir aussi « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », *Cardoso Law Review*, 1992, no 13, pp. 1443-1462.

¹¹⁸⁰ Cf. A.-J. Arnaud, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, no 35, 1997, pp. 20 et 29.

Il s'agit principalement des institutions de Bretton Woods, comme la Banque mondiale ou le FMI, et leur rôle dans l'orientation du processus de mondialisation économique. Ces institutions qui, bien que ne présentant pas des garanties « démocratiques », posent problème car ils semblent être des instruments dont les programmes initiés ne sont que l'application d'une politique générale dont les critères sont définis, dans le cadre d'un rapport de force, où seul compte le poids économique des votants. Difficile dans ce cas de réaliser toute forme de démocratisation car il ne serait pas réaliste de proposer une réforme du système qui ne tiendrait pas compte ou « *qui fasse abstraction de la contribution financière des Etats* » sinon une telle réforme ne pourrait que déboucher sur l'abandon pure et simple du système par les Etats qui ont les moyens d'agir¹¹⁸¹. Désormais, l'accent est ouvertement mis sur la lutte contre la pauvreté¹¹⁸², sur la bonne gouvernance¹¹⁸³ et sur la nécessité d'associer le local à la conception des projets de développement¹¹⁸⁴.

Il s'agit également des grandes sociétés multinationales dont les contrats vont désormais au-delà de simples contrats entre opérateurs économiques du commerce international, mais voient les Etats assurer eux-mêmes des opérations économiques internationales. De la sorte, l'activité commerciale, au niveau international, n'est plus régie par le droit privé interne ou international, mais fait appel à des règles de droit international public du fait de la multiplication des contrats conclus entre les sociétés multinationales et les organismes étatiques ou contrôlés par les Etats pour la mise en valeur des richesses et des ressources naturelles et la réalisation de programmes industriels. Ces contrats sont généralement qualifiés de « contrats d'Etat » et posent le problème de leur statut et de leur régime juridique¹¹⁸⁵. Si la notion de « contrat d'Etat » a d'abord fait l'objet d'un rejet par le droit international¹¹⁸⁶ et la doctrine¹¹⁸⁷, il n'en demeure pas moins qu'on assiste de plus en plus à l'*internationalisation* des contrats liant des Etats et des organismes privés.

¹¹⁸¹ B. MARRE, cité par Yves TAVERNIER, « Critiquer les institutions financières internationales », *L'économie politique*, 2001, n°10, p.22.

¹¹⁸² Ch. AGUITTON, *Quelques leçons de Prague*, Paris, Attac France, 2000.

¹¹⁸³ Ch. CHAVAGNEUX, « Le FMI et la Banque mondiale tentés par la politique », *Esprit*, juin 2000.

¹¹⁸⁴ P. DUFOUR, « La banque mondiale et la lutte contre la pauvreté », in *La crise des organisations internationales*, p.63.

¹¹⁸⁵ Pour un état de la question, voir C. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247 s. ; « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *Recueil des cours*, tome 303 (2003), pp. 197-386.

¹¹⁸⁶ C'est qu'indique le célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Emprunts serbes* (1929), dans laquelle elle affirme que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale ». Autrement dit, un contrat liant une société commerciale à un Etat ne peut pas relever du droit international parce que l'une des parties n'est pas un sujet du droit international ; il s'ensuit qu'un tel contrat se trouve soumis à la loi de l'Etat contractant car un Etat souverain ne peut être soumis à la loi d'un autre Etat, conformément au principe de l'égalité et de la souveraineté des Etats.

¹¹⁸⁷ Ahmed MAHIOU explique par exemple que cette solution de la CPJI a prévalu pendant longtemps avant de soulever des objections de plus en plus fortes, parce qu'elle consacre une inégalité trop flagrante entre les parties contractantes au détriment du partenaire de l'Etat ; ledit partenaire peut être victime d'un changement du droit national afin de rendre le contrat plus avantageux pour l'Etat ; par ailleurs, en cas de litige, il se trouve soumis aux juridictions de l'Etat contractant sans avoir la garantie d'une justice impartiale ou équitable, car dans certains pays la justice n'est pas indépendante du pouvoir exécutif.

Désormais, on considère le fait que ces contrats puissent aller jusqu'à s'identifier aux principes et règles du droit international. Ainsi, ces contrats contiennent généralement une clause indiquant le droit applicable et si cette clause prévoit l'application des seuls principes et règles du droit international, on conclut qu'il y a là une manifestation de la volonté des parties, et notamment de l'Etat, de ne pas soumettre le contrat au droit national. La principale conséquence est qu'en négociant et en concluant des accords de développement avec des Etats, les sociétés transnationales apparaissent sur la scène internationale et revendiquent la reconnaissance de cette présence par l'attribution d'un statut international. Il existe ainsi tout un pan du droit international qui n'a de raison d'être que par rapport aux sociétés transnationales, qui sont alors associées, directement par la voie contractuelle ou indirectement par la voie conventionnelle, à la formation de certaines normes du droit international économique, que l'on nomme *lex mercatoria*¹¹⁸⁸.

Finalement, cette internationalisation du droit international au profit des pratiques *trans et supranationales*, conduit, comme le reconnaît Mireille DELMAS-MARTY, à reconnaître à certains concepts juridiques ayant vocation universelle, un statut de droit positif¹¹⁸⁹. Elle ajoute, à ce propos, que ces concepts, « qu'il s'agisse des droits de l'homme, de l'humanité (au sens de crime contre l'humanité ou de patrimoine commun de l'humanité) ou du marché (au confluent de la *lex mercatoria*, la *lex electronica* et la *lex electronica*), font désormais partie du droit positif : ils ont donc un usage constitutif et relèvent aussi de la raison pratique »¹¹⁹⁰. Toutefois, même si certaines de ces institutions ont été mises en place par un grand groupe d'Etats, il n'est pas toujours dit que la mission qui leur est confiée de codifier des instruments juridiques relatifs à leur objet, vise nécessairement à les incorporer dans un « instrument international ».

Comme on vient de l'évoquer, plusieurs autres organes contribuent à la codification du droit international, mais de manière plus occasionnelle (cas d'un comité créé pour traiter un sujet donné, par exemple « les relations amicales ») ou plus ponctuelle (cas de la Commission des droits de l'homme) ou dans une branche spéciale du droit (cas de la CNUDCI) ou dans un cadre géographique plus restreint (cas des organes de codification régionale), etc. Et, après tout, le texte de la Charte des Nations Unies ne privilégie aucune voie en la matière. Il reste qu'à terme, on ne peut cependant négliger le fait que, pour la mise en œuvre de l'article 13, c'est bien la création de la Commission du droit international qui a été préconisée et c'est donc bien elle qui a été investie d'une compétence de principe en matière de codification et de développement progressif du droit

¹¹⁸⁸ Cf. B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux ; réalités et perspectives », *Clunet*, 1975, p. 475. Ce point de vue est partagé par J. ROBERT, *Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ, 1988, pp. 18 et 22.

¹¹⁸⁹ Mireille DELMAS-MARTY, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit, Le relatif et l'Universel, Cours du Collège de France*, Paris, 2005.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

international. Comment expliquer, à partir de là, les péripéties que constituent la préférence marquée pour tel organe ou le choix politique de tel autre ?

B/- LA NATURE, LES FONDEMENTS ET LES CONSEQUENCES DE LA CONCURRENCE

D'un point de vue général, c'est de l'évolution de la société internationale que découle la nécessité de codifier le DIP. Sauf que les nouveaux domaines du droit international ne sont pas toujours prédisposés à une codification unificatrice puisqu'il n'existe pas toujours dans ces domaines un accord net justifié par une pratique des Etats. La constatation se vérifie encore dès l'instant où, au lieu de proposer des formulations univoques, le droit international contemporain présente à la place un « *amas* » de formules remarquablement ambiguës, avec des ambivalences, des polarités et des propriétés juridiques contradictoires qui menacent l'ordre juridique international. La concurrence en droit international trouve son origine dans la superposition dont fait l'objet cette discipline relativement aux réglementations spécifiques provenant de ses diverses institutions et du fait que les Etats membres de l'ONU sont également membres de plusieurs autres organisations internationales. Ainsi, il n'est pas rare par exemple qu'une même question soit étudiée dans le cadre du Benelux, de l'UE, de l'OCDE, de l'Unidroit et de l'ONU ou de l'une de ses institutions spécialisées. On cherchera à comprendre ici quelle place est accordée à ces nouveaux organes par la Charte ainsi que le problème de la valeur juridique et de l'universalité de leurs normes (1). On analysera également les difficultés pour la CDI de promouvoir la sécurité juridique internationale face à cette concurrence (2).

1/- La place des organes d'élaboration des normes internationales et l'universalité de leurs normes

La Charte des Nations Unies, en consacrant un article spécifique à l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international ne spécifie nullement que cette tâche reviendrait à un organe unique. La mise en œuvre des initiatives de l'Assemblée Générale en matière de codification prévue à l'article 13, paragraphe 1, lettre *a*), de la Charte avait été soumise à la réflexion de la commission dite « des méthodes »¹¹⁹¹, qui avait préconisé la constitution d'une Commission du droit international comme instrument privilégié, mais non exclusif, de la codification et du développement progressif du droit international. Suite à cette liberté, l'autonomisation des régimes d'application du droit international a fait courir des risques éventuels de dislocation de l'ordre juridique international du fait de l'apparition récente d'une nouvelle génération d'institutions d'élaboration, de contrôle ou encore d'application des obligations conventionnelles. La question qui se pose alors est celle de savoir comment considérer les normes internationales créées par ces

¹¹⁹¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Sixième Commission, annexe I.*

organes par rapport aux normes de droit international général applicables à tous les sujets de droit international. Sont-elles en situation de « soumission » ou dans un rapport de substitution ? Constituent-elles de simples exceptions aux règles générales ou, d'une certaine manière, sont-elles en concurrence ?

En tout état de cause, la légitimité et la nature juridique du droit produit par ces acteurs restent encore ambiguës ; cela s'explique d'abord par leur contenu souvent vague et, surtout, par le manque des mécanismes sérieux aux fins de leur mise en œuvre. La prise en compte de tous ces éléments crée dans tous les esprits ce qu'Andrea BIANCHI qualifie d' « incohérence normative »¹¹⁹² qui contribue largement à altérer la crédibilité du droit international et soulève également d'énormes difficultés dans la mise en œuvre du droit international. Par « incohérence normative », il faut comprendre les dissonances qui existent dans l'ordre juridique international : on peut relever plusieurs cas : d'abord le problème de l' « *accountability* » qui développe l'idée selon laquelle les acteurs du droit et, plus particulièrement ceux du droit international, doivent répondre de leurs actes ou omissions.

Or, on constate qu'il n'existe pas encore en droit international des règles applicables en matière de responsabilité des entreprises multinationales. Par ailleurs, si d'un côté, la CDI a pu mener jusqu'à la fin avec beaucoup de succès ses travaux sur la responsabilité des Etats et que, de l'autre côté, l'idée de la responsabilité individuelle pour la violation du droit international est largement enracinée dans la communauté internationale, il n'existe pas pour autant des principes clairs pour la responsabilité des organisations internationales. Ensuite, l'autre exemple illustratif de ce phénomène d'incohérence normative se rapporte au principe de complémentarité en droit international pénal inscrit sur le statut de la CPI et qui attribue une importance croissante aux tribunaux internes pour la mise en œuvre du droit international pénal. Or, avec l'affaiblissement du principe de la compétence universelle, une telle démarche est forcément vouée à l'échec. En effet, ce principe demeure un outil crucial pour combattre l'impunité et renforcer la justice internationale¹¹⁹³. A côté de cela, il y a les immunités de juridictions dont jouissent certains agents devant les tribunaux étrangers¹¹⁹⁴. Enfin, une toute autre considération en l'espèce relève de la pratique déterminante de tous ces organes, notamment de l'importance de leur *composition spéciale* faite de spécialistes confirmés de droit international public. Cependant, les problèmes nouveaux ainsi que l'ensemble des exigences de la mondialisation accentuent le recours à ces organes.

¹¹⁹² Andrea BIANCHI, in *Quel droit international pour le 21^e siècle ?*, *op.cit.*, p. 112.

¹¹⁹³ L'exercice de ce principe qui se veut extraterritorial se fait lorsque pour une affaire, la compétence nationale ne peut être exercée, aucun autre principe ne pouvant s'appliquer au cas d'espèce, notamment en matière de « crime international ».

¹¹⁹⁴ Lire à ce propos, Daniel VIGNES, L'affaire Girard et le Statut des forces américaines à l'étranger, *Annuaire français de droit international*, 1957, vol. 3, pp. 304-314.

L'autre caractéristique qui différencie la CDI des autres organes de codification des Nations Unies est assurément sa composition qui réunit, en son sein, des experts agissant à titre personnel alors même que les personnes mandatées dans le cadre des autres organes sont des représentants d'Etats qui agissent, de ce fait, en leur nom. Ce qui façonne un lien direct entre les positions défendues par les membres et celles qui leurs sont recommandées par leurs Etats membres. Un autre aspect qui mérite d'être souligné est relatif au caractère universel ou non de ces organes. En effet, on constate que ces organes peuvent, d'une part, avoir une composition restreinte ou limitée de manière à faciliter les négociations et qui sont sélectionnés sur une base de consultation des groupes régionaux afin d'être le plus représentatif possible. D'autre part, l'Assemblée générale des Nations Unies préfère créer, de plus en plus, des organes à caractère universel pour accomplir les tâches de codification. Toutefois, il est à noter que dans les faits, ce ne sont pas toujours toutes les délégations qui sont représentées au sein de ces organes.

Enfin, il faut également considérer sous cette rubrique la question de la participation de sujets autres que les Etats dans le processus de codification car, les organisations internationales non gouvernementales¹¹⁹⁵ se posent, comme il a été relevé plus haut, en véritables concurrents de la CDI. Ainsi, malgré la naissance lente d'une certaine collaboration entre eux, il n'existe pas encore à ce jour de véritable contribution de ces organisations et de leurs représentants à l'examen des sujets à l'ordre du jour à la CDI et vice-versa. En revanche, la situation est tout autre en ce qui concerne les relations entre les OING avec les autres organismes des Nations Unies avec lesquels il existe déjà une véritable collaboration¹¹⁹⁶. Quant aux ONG, elles exercent un rôle tout à fait de premier plan sur des sujets qui concernent la vie communautaire internationale à l'image du droit de l'environnement. A ce niveau, leur apport est très diversifié et peut se faire dans le but d'attirer simplement l'opinion publique internationale sur la nécessité de réglementation juridique d'un aspect particulier du droit international ou encore se constituer en groupe de pression sur les délégations des Etats dans le but de faire progresser le sujet. De ce fait, les ONG peuvent avoir un rôle très fécond dans le processus de codification et de développement progressif du droit international qui fait d'ailleurs de plus en plus l'objet d'une reconnaissance de la part de l'AGNU

¹¹⁹⁵ Il s'agit principalement du Comité juridique interaméricain, le Comité consultatif juridique afro-asiatique ou encore des organes juridiques du Conseil de l'Europe avec lesquels la CDI entretient des relations plutôt formelles de courtoisie réciproque.

¹¹⁹⁶ On peut signaler, entre autres, la participation de représentants du Tribunal pénal pour l'ex Yougoslavie et du Tribunal pénal pour la Rwanda dans les délibérations du Comité préparatoire de la Conférence pour la création d'une cour pénale internationale ainsi que la participation d'experts de l'Agence internationale de l'énergie atomique dans les séances du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'AGNU en matière de terrorisme international, cf. La codification du droit internationale, Colloque d'Aix-en-Provence, op.cit., p. 199.

dans ses résolutions pertinentes¹¹⁹⁷. Reste à souligner la valeur normative des règles créées au sein de ces différents organes, en comparaison avec celles émanant du mandat de la CDI.

Comme on peut le voir, le processus de globalisation révèle une inversion de la relation droit « spontané »/droit « organisé » dans la formation des normes internationales avec toutes les incohérences qui vont avec. Ces incohérences sont de plus en plus nombreuses et risquent, à terme, de porter véritablement atteinte au système car elles sont l'expression d'un affrontement entre différentes valeurs. Effectivement, dans la mesure où il n'existe pas d'instance politique globale étayant politiquement l'institutionnalisation juridique d'un domaine décisionnel organisé, le processus originel de formation du droit devient fragmenté, non coordonné et parfois insaisissable. Le lien entre la normativité et la validité des normes s'en trouve modifié du fait du caractère diffus des critères de validité du droit en l'absence de procédures fermement institutionnalisées ou d'instances décisionnelles centralisées au niveau global. Au regard de cette multiplicité d'organes décentralisés non coordonnés, il devient complexe de valider une norme, si ce n'est au cas par cas. Or, si l'on veut construire une communauté internationale élargie autour des Etats, il est indispensable de résoudre avant tout ces incohérences normatives.

2/- Les conséquences sur l'œuvre de codification de la Commission de droit international

L'article 13 §1 de la Charte, s'il ne donne pas la primauté de l'œuvre de codification à la seule CDI, a tout de même favorisé la prolifération des organes de codification que ce soit sur le plan général, régional ou spécial. Cette prolifération des organes de codification était de nature à limiter la marge d'action de la CDI et à morceler le droit international. En effet, l'expérience de l'analyse de la CDI et son œuvre laisse entrevoir que les Etats arrivent à dissocier l'œuvre proprement dite de codification qui se fait sur une base coutumière et la possibilité de création de nouvelles solutions et règles juridiques. Si la première tâche est généralement confiée à la CDI, il paraît, en revanche, que la capacité d'innovation juridique ou les créations *de novo* sont le plus souvent confiées à des organes *ad hoc* qui ne bénéficient pas nécessairement du même capital de confiance ni de la même respectabilité et qui n'offrent pas toujours les mêmes garanties de compétence technique de leurs membres en matière de droit international. Ce n'est donc pas toujours aux juristes qu'il incombe de prendre en charge la phase technique d'élaboration du droit au moment où il faut totalement innover. Aussi, entre ces extrêmes que constituent une codification *stricto sensu* du droit international et l'élaboration d'un droit international complètement nouveau, les Etats font confiance

¹¹⁹⁷ On peut citer ici l'exemple de la Résolution 52/160 du 15 décembre 1997 de l'Assemblée générale où cette dernière invitait le Secrétariat des Nations Unies, dans le cadre de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires pour la création de la Cour pénale internationale, d'inviter les organisations intergouvernementales accréditées par le Comité préparatoire à participer à ladite conférence, faisant prévaloir, entre autres choses, *l'intérêt que leurs activités présentent pour les travaux de la Conférence*.

à la CDI dans le premier cas mais pas dans le second ; il y a donc mise à l'écart délibéré de celle-ci dans le cadre de l'élaboration d'un droit nouveau (a) et la tâche de la CDI est encore handicapée d'autant qu'elle n'arrive pas toujours à faire face aux nécessités nouvelles du droit international contemporain (b).

a) La mise à l'écart de la CDI pour l'élaboration d'un droit international dans les domaines nouveaux

Cette mise à l'écart existe depuis la mise en place de la CDI puisque, malgré son avènement, plusieurs organes *ad hoc* l'ayant précédée ont été délibérément maintenus alors même que la CDI aurait normalement dû prendre leur relève. Tel fut le cas de la Commission des droits de l'homme (créée en 1946) à laquelle vont ensuite, assez naturellement, se relier d'autres organes (Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et pour la protection des minorités, Commission de la condition de la femme, Comité spécial de l'*apartheid*, Comité des Vingt-quatre, etc., investis de certains pouvoirs de recommandation). Il faut dire que le foisonnement, pour ne pas dire le désordre ou la duplication des organes chargés de codifier, les raisons qui ont présidé à leur création n'ont probablement que peu à voir avec le souci de cohérence entre le choix de l'organe et la nature du sujet, mais beaucoup à faire avec des situations politiques et circonstancielles¹¹⁹⁸.

Ensuite, en dehors du domaine des droits de l'homme, il faudrait encore citer les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, à la lutte contre le terrorisme, à la protection de l'environnement et d'autres encore qui ont été soumis à divers organes *ad hoc*. On rappellera aussi que l'Assemblée générale a créé un comité spécial composé de représentants d'Etats (mais devant être des juristes) en vue de « l'examen des principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies ». C'est également à un comité spécial qu'a incombé la charge de parvenir à une définition de l'agression, adoptée le 12 avril 1974 au bout de longues années d'élaboration. La même voie a été empruntée avec le Comité spécial pour l'élaboration d'une convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires constitué pour préparer une convention sur ce sujet, qui a été adoptée et ouverte à la signature et à la ratification des Etats par la résolution 44/34 de l'Assemblée générale du 4 décembre 1989, laquelle a explicitement souligné l'action de codification et de développement du droit international ainsi entreprise. Mais c'est probablement en matière de droit international pénal que l'on rencontre le plus grand nombre d'acteurs de la codification. Dans la plupart de ces domaines, on peut remarquer des initiatives menées par des sociétés savantes telle l'Association internationale du droit pénal ou encore l'action de juristes à titre individuel.

¹¹⁹⁸ Yves DAUDET, *op.cit.*, p.110.

Un autre exemple de cette mise à l'écart est donné par la phase de codification du droit de la mer en 1982. Lorsqu'il s'est agi de reprendre l'étude du droit de la mer en vue de la troisième Conférence des Nations Unies, pour « nouveau » que soit alors apparu ce droit de la mer et en dépit des nombreux et importants éléments de développement progressif qu'il comprenait, il ne pouvait être fait abstraction des coutumes existantes, qu'il s'agisse de les conserver, de les rejeter ou de les aménager ; autrement dit, si le droit était « nouveau », sa création n'intervenait pas *de novo*. Mais pour des raisons plus politiques que techniques, la CDI, malgré un travail de fond sur le sujet¹¹⁹⁹, en fut écartée et celui-ci fut repris par un Comité de rédaction pour donner naissance à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dite de Montego Bay de 1982. Tous ces exemples expliquent l'incapacité que ressent la CDI à faire face à l'expansion du droit international.

b) L'incapacité de la CDI à faire face à l'expansion du droit international

Beaucoup de sujets échappent de plus en plus à l'examen de la Commission du droit international tout simplement parce que d'autres organes sont spécifiquement désignés pour les traiter. C'est le cas de questions de droit international économique ou de droit international privé, bien que son statut précise qu'il ne lui est pas « interdit de pénétrer dans le domaine du droit international privé ». On soulignera à cet égard cette formulation assez étrange, qui évoque un domaine a priori étranger et mystérieux, dans lequel la Commission n'est pas positivement « invitée à entrer de plain-pied », ce qu'elle s'abstiendra d'ailleurs de faire jusqu'ici. Ces questions ne lui sont donc pas confiées « de bon cœur » compte tenu des travaux d'organes comme la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), la Conférence de La Haye de droit international privé ou de nombreux autres comités ou commissions¹²⁰⁰. Mais dans le cadre du droit international public, priorité de la Commission, il ressort que plusieurs domaines échappent également à son examen. Les principales raisons mises en avant concernent, généralement, les méthodes et les conditions de travail de la Commission, quand ce ne sont pas des raisons politiques.

En ce qui concerne les méthodes, l'organisation et les conditions de travail, l'on évoque généralement des motifs circonstanciels ou pratiques : la commission manque de temps ou travaille trop lentement¹²⁰¹. En effet, pour les représentants des Etats, le fait que la Commission passe dix ou

¹¹⁹⁹ Voir à cet effet les Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer qui se sont tenues à Genève de 1958 à 1960.

¹²⁰⁰ A l'époque où la CNUDCI a été instituée pour assurer l'égalité dans les échanges commerciaux internationaux, il avait été dit que la Commission du droit international était trop chargée pour pouvoir inclure des éléments supplémentaires dans son plan de travail et que l'approche différente requise par ces nouvelles branches du droit international ne serait pas en harmonie avec ses habitudes, ce qui, du reste, n'est pas un argument très convaincant.

¹²⁰¹ La méthode de travail de la CDI a été jugée trop lente ; ce qui lui a valu une préférence clairement affichée au profit des organes *ad hoc* beaucoup plus rapides dans l'œuvre de codification des règles. Les difficultés concernent aussi bien le fond (rôle du rapporteur spécial et son manque d'appui) que la procédure elle-même (le comité de rédaction, le débat avec la VIe Commission et l'AGNU, la sollicitation des Etats et le dernier renvoi devant l'AGNU). De plus, le rapporteur travaille seul et semble imposer son point de vue et le problème se pose notamment quand le rapporteur spécial vient des

quinze ans sur des sujets qui peuvent être parfois être jugés comme mineurs conduit inévitablement à jeter un discrédit sur son travail, notamment lorsque les résultats se déclinent plus sous forme d'une simple déclaration à défaut d'un texte de codification. De même, la constatation selon laquelle plus d'un demi-siècle a été nécessaire pour que le texte sur la responsabilité des Etats soit enfin adopté en première lecture en 1996, puis largement remis en chantier et fortement remanié, le tout pour donner naissance, en 2002, non pas à un projet de grande convention mais à une simple déclaration de caractère « recommandatoire », est de nature à susciter de sérieuses interrogations sur l'exercice de codification par cet organe.

A côté, on peut également évoquer le problème du statut des membres de la CDI : autrefois spécialisés en droit international général et faisant preuve d'une certaine indépendance, ils tendent à être, de nos jours, des représentants d'Etats généralement des anciens responsables politiques (anciens ministres), hauts fonctionnaires ou experts du ministère des affaires étrangères (diplomates ou directeurs des services juridiques) réputés plus proches des opinions étatiques. On y trouve de moins en moins d'universitaires et chercheurs ayant une certaine culture de l'indépendance. A cela s'ajoute l'existence d'un déséquilibre puisque les représentants de pays occidentaux ayant la culture de l'indépendance d'esprit sont moins nombreux que les représentants politiques, le plus souvent issus des nouveaux Etats. Sans oublier le fait que la plupart des membres de la CDI sont des hommes qui préfèrent organiser leur carrière, en dehors des enseignements universitaires, entre la VI^e Commission de l'Assemblée générale et la Cour internationale de justice¹²⁰². L'absentéisme au sein de cet organe est également un point très évoqué.

Pour ce qui est des incapacités dues aux obstacles politiques, notons qu'il peut arriver que l'élément politique soit plus considéré que l'élément scientifique ou technique. C'est d'ailleurs sur la base de cette considération qu'a été effectué le choix des membres d'un organe comme la CNUDCI contrairement à ceux de la CDI qui furent, du moins au début, choisis sur la base de leurs connaissances et expériences scientifiques. Ainsi, lorsque les contraintes politiques sont dominantes dans un sujet soumis à codification, les Etats préfèrent recourir à des comités *ad hoc* ou à des organes composés d'experts munis d'instructions que de faire appel à un organe d'experts indépendants, comme dans le cas de la CDI. La dimension politique est essentielle dans l'œuvre de codification puisqu'elle commande le caractère opératoire de l'exercice, à savoir la réalisation d'un travail susceptible de déboucher, soit sur de nouvelles règles de droit destinées à devenir

PED car il ne bénéficie pas toujours des mêmes outils et d'un environnement de travail adapté et donc favorable. D'où la nécessité d'un groupe de travail pour l'accompagner de manière collégiale.

¹²⁰² Ce qui fait craindre à une partie de la doctrine que la CDI ne devienne, à long terme, l'équivalent de la Sixième commission de l'Assemblée générale à un niveau moindre ; voir Alain PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI* 2007, tome 329, Nijhoff, Leiden/Boston 2008, pp. 9-47.

contraignantes, soit sur des modèles de règles ou des rapports, bref de réaliser avec succès la codification du droit positif¹²⁰³. On comprend mieux pourquoi on rencontre la préoccupation politique aux différents stades critiques de la codification et aux différentes étapes qui ne peuvent être déverrouillées ou franchies que par la volonté politique exprimée par les Etats auxquels incombent une vraie fonction de « pilotage » de l'opération¹²⁰⁴.

Au sein des Nations Unies, le cadre politique par excellence est la Sixième Commission ou Commission juridique de l'AGNU qui constitue un véritable « baromètre »¹²⁰⁵ permettant de mesurer le degré d'acceptabilité d'un projet en cours d'examen. Le système a comme avantage de favoriser la collaboration entre l'organe technique et scientifique qu'est la CDI dont les points de vue sont ensuite confrontés aux représentants étatiques réunis au sein de la Sixième Commission. Cependant la plupart du temps, les délégués des Etats à cette commission sont majoritairement des membres de la Commission du droit international qui ont tendance à poursuivre le débat de cette commission au lieu de mettre en relief les points saillants du point de vue politique devant servir de guide à la Commission du droit international pour la suite de ses travaux. Le volet politique de la codification serait ainsi partiellement occulté, même s'il faut signaler que cette situation est peut-être un peu moins marquée aujourd'hui qu'elle ne le fut par le passé. La Sixième Commission, en tant « porte-voix » des Etats, joue ainsi un rôle de « pilotage politique » pour la CDI, même si ce rôle reste insuffisant et fortement critiqué¹²⁰⁶.

Enfin, comme l'avait si bien rappelé l'Institut du droit international dans une de ses résolutions adoptée à sa session du Caire en 1987 : « *Bien que la Charte des Nations Unies ne lui confère pas le pouvoir d'arrêter des règles qui lient les Etats dans leurs relations mutuelles, l'Assemblée générale peut faire des recommandations contribuant au développement progressif du droit international, à sa consolidation et à sa codification. Cette possibilité se réalise au moyen de divers types de résolutions* ». ¹²⁰⁷ Ce qui démontre à suffisance que la codification ne se résume pas simplement à l'adoption de règles juridiquement contraignantes, mais qu'elle peut également consister à

¹²⁰³ Y. DAUDET, Actualités de la codification du droit international, *Recueil des cours*, Volume 303 (2003), p. 94.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ Selon l'expression de F. CEDE, « New Approaches to Law-Making in the UN-System », *Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 64.

¹²⁰⁶ Voir, par exemple, les critiques formulées par M. Alain PELLET en 1996 lorsqu'il occupait le poste de Président de la CDI ; Voir également, et parmi d'autres ; F. CEDE, *op. cit.*, pp. 64 ss., H. OWADA, *op. cit.*, p. 19, M. K. NAWAZ, *op. cit.*, p. 8, ; M. KAMTO, *op. cit.*, p. 20, A. YANKOV, *op. cit.*, p. 239, S. McCAFFREY, *op. cit.*, p. 658, B. GRAEFRATH, *op. cit.*, p. 612, C. W. PINTO « Selection of Topics for Codification and Progressive Development by the Commission and Its Working Methods », *United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law to Commemorate the Fiftieth Anniversary of the International Law Commission, Paper No. 4*, Nations Unies, New York, octobre 1997, p. 6.

¹²⁰⁷ Cité par Eric SUY, « Développement progressif et codification du droit international : le rôle de l'Assemblée générale revisité », *Le droit international comme langage des relations internationales, Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law, United Nations, New York, 13-17 March 1995*, p. 215.

l'adoption d'instruments plus informels à la valeur juridique plus incertaine. Cela justifie, en outre, que la CDI ait pu être écarté de tel ou tel sujet de codification au profit d'une action directe de l'AGNU elle-même ou d'un autre organe politique¹²⁰⁸.

3/- Les difficultés pour la CDI à assurer la sécurité juridique internationale par les traités

La sécurité juridique internationale a été remise en question à cause du phénomène de perte de sens des règles de droit international qu'on peut observer à quatre niveaux : d'abord du fait des contradictions entre les contenus normatifs des diverses sources du droit ; ensuite du fait des contradictions entre principes du droit international ; par ailleurs à cause des contradictions entre différentes normes du droit international issues du même acte ou, même, des non-sens inhérents à un même énoncé normatif, à une même disposition ; enfin, il y a des contradictions à propos de la signification de normes et de concepts juridiques fondamentaux. Pour le dépassement de ces contradictions, la codification se devait d'être l'instrument nécessaire, notamment de celles nées de la superposition des normes du droit international classique et des normes issues des domaines nouveaux de cette discipline. Or, il s'avère que la codification n'ait pas donné de résultats satisfaisants en ce sens qu'elle fait face à l'incapacité des acteurs internationaux à dépasser réellement les contradictions indiquées. La CDI se trouve ainsi en face d'énormes difficultés à trouver des réponses durables aux conflits de normes. A l'origine, se trouveraient la remise en cause d'un régime de droit commun (a) et la pratique des réserves aux traités (b).

a) La remise en cause d'un régime de « droit commun » comme limite à l'œuvre codificatrice de la CDI

L'intégration du produit de la codification dans un système normatif et la simplification de ce dernier que l'on pourrait en attendre soulèvent la question de l'appauvrissement du droit international par la codification. Les notions de diversité ou de pluralisme juridique et de codification seraient-elles si antinomiques ? Au plan international, y compris régional, l'intégration d'une nouvelle règle se heurte souvent à la diversité des textes, voire des traités ou « codes », existants dans la matière en question ou dans les matières voisines et à la concurrence entre instruments normatifs. Il peut alors se produire un certain désordre juridique provenant de l'existence de normes incompatibles et se traduisant parfois par un conflit entre ces normes ou instruments. L'utilisation de tout texte codifié sera alors tributaire de relations de pouvoir, de l'avantage économique procuré par l'adoption de ce dernier, de tout renvoi qui y est opéré, et le cas échéant de la sanction par le juge ou la profession du

¹²⁰⁸ Si on s'en tient à la lettre de l'article 13 de la Charte des Nations Unies, rien n'exclut cette compétence directe de l'Assemblée générale à cet égard, mais cela signifie cependant qu'est privilégiée une approche essentiellement politique de la codification et qu'est abandonné le schéma de collaboration entre la technique juridique et l'opportunité politique.

non-respect des dispositions codifiées. Or, le renvoi d'une norme vers un instrument sensé lui être supérieur ainsi que l'effectivité des sanctions font énormément défaut en droit international.

Face à toutes ces évolutions du droit international, la CDI a beaucoup de mal à trouver des solutions durables face au phénomène de conflits de normes. L'une des principales faiblesses de la CDI à réguler les conflits normatifs qui se posent en droit international a trait à l'aspect du rapport entre les Etats et la Commission. En effet, avec l'expansion matérielle et juridique du droit international, les Etats ont de plus en plus du mal à confier à la Commission les sujets les plus modernes et les plus délicats du droit international (droit de la mer, de l'environnement, de l'espace...). Ce choix peut s'interpréter comme étant une « crise de confiance ou de méfiance » des Etats vis-à-vis de cet organe pourtant indiqué en matière de codification du droit international. Pour le professeur DAUDET, la CDI est « l'organe généraliste » du DIP car investie d'une compétence de principe en la matière. Il se demande par la même occasion s'il n'existe pas un moyen pour que ce soit elle qui distribue les rôles aux autres organes en se déchargeant de certains sujets dont elle devrait en principe être saisie mais dont elle estime que la technicité et le temps ne lui permettent pas d'accomplir, en la matière, un travail complet et fini.

Dans le même sens, lorsque l'Assemblée générale confie un travail de codification à un Comité spécial, n'est-il pas normal qu'à l'issue de ce travail, le document final fasse l'objet soit d'une analyse, soit d'une étroite collaboration avec la CDI, avant d'être porté à l'attention des Etats et devenir convention internationale ? Une telle procédure aurait comme avantage d'éviter certains écueils même si l'on sait que les aléas des ratifications et le développement des réserves et autres déclarations interprétatives ainsi que le caractère rigide du processus conventionnel ont conduit à une certaine retenue des Etats l'égard de la CDI. En tout état de cause, le maintien d'une « culture juridique internationale », l'établissement des règles communes soit dans le domaine de la loi applicable en cas de conflit, soit dans celui de la procédure, s'avère non seulement une possibilité plus aisée, mais aussi une exigence même si la diversité du droit est susceptible d'entraver la mise en œuvre de certains principes de l'intégration.

b) La pratique des réserves mettent en cause la stabilité juridique internationale des traités

La remise en cause de l'unité du droit international peut également provenir de la pratique des réserves aux traités. Elles constituent ainsi une menace au principe « *Pacta sunt servanda* » et favorisent la mise en cause de la stabilité juridique internationale. Il faut dire que les échanges de collaboration entre la CDI et les Etats faisaient office de méthodes de démocratisation dans le cadre du processus de codification puisque les Etats profitaient souvent de cette occasion pour manifester

leurs opinions. Cela, non pas pour contribuer à l'élaboration d'un nouveau texte conventionnel mais pour exercer une influence sur le processus de formation ou d'évolution des règles coutumières, selon la direction qu'ils souhaitent. Cela se traduit, le plus souvent, par la mise à l'abri des dispositions conventionnelles qu'ils ne souhaitent pas se voir appliquer. Ces interventions volontaires dans le processus de formation du droit incitaient les Etats à aller vers des techniques d'élaboration de plus en plus raffinées et, partant, difficiles à exécuter, comme dans le cas des réserves.

A cet effet, les grandes conventions à caractère universel que l'on qualifie parfois de « traités-lois » se font de plus en plus rares. Quand bien même elles arriveraient à maturité dans leur processus d'élaboration, elles se retrouvent « essouffées » entre leur adoption et leur entrée en vigueur, souvent compromises par le jeu des réserves. Les réserves aux traités peuvent être considérées comme un « phénomène de déperdition » de la volonté des Etats lors du processus d'élaboration des conventions multilatérales générales et cela pour des motifs politico-idéologiques¹²⁰⁹. Les réserves peuvent avoir pour conséquence d'inciter les parties contractantes à s'affranchir de toutes les règles formulées par la convention sous prétexte que celle-ci forme un tout et que son inobservation par la partie adverse sur un point particulier autorise à la considérer tout entière comme désormais sans valeur.

Ainsi, les réserves aux traités sont, à l'origine, une émanation de la procédure de *consensus* lors des grands forums de discussions internationaux et qui permet d'éviter le recours à un vote qui mettrait en évidence les divergences et les malentendus tout en multipliant des équivoques entre représentants des Etats. Aussi, les Etats minoritaires ont trouvé comme « parade » la formulation de réserves lors de l'élaboration des divers instruments juridiques auxquels ils sont associés. Ce phénomène en vogue, qui est plutôt une « prudence », s'explique parce que la mise en écriture des normes commande aux Etats de ne pas s'engager à la légère. Les gouvernements ne pouvant se détacher du principe fondamental qui conditionne leur engagement, à savoir le principe de réciprocité, ils ont donc développé des stratégies à cet effet. Celles-ci sont de deux ordres : soit elles portent sur l'interprétation et l'application du droit en vigueur, soit elles ont des visées révisionnistes¹²¹⁰.

¹²⁰⁹ Edward Mc WHINNEY, *Les Nations Unies et la Formation du droit : Relativisme culturel et idéologique et formation du droit international pour une époque de transition*, Pedone, UNESCO, Paris, 1986, pp. 66-67.

¹²¹⁰ Les pratiques des pays en développement au sein des Nations Unies, consolidées par des résolutions de l'AGNU, leur ont permis, par exemple, de tirer du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, des effets dynamiques, allant dans le sens d'un esprit révisionniste de la Charte. En second lieu, le Tiers Monde a joué sur l'inversement du jeu de l'élément matériel de la coutume constitué par la répétition des conduites, et l'élément psychologique qui reconnaît ces conduites comme étant du droit. On a donc privilégié *l'opinio juris* et abouti ainsi à ce que l'on a qualifié de « coutumes sauvages ». Ces Etats ont également joué sur leur avantage numérique au sein des organes de l'ONU pour en tirer profit et se revendiquer davantage de l'idéologie démocratique pour ajouter de l'autorité au droit nouveau qu'ils entendaient proclamer. Cela s'est illustré à travers l'adoption de conventions générales touchant aux intérêts des pays industrialisés ; lesquelles conventions, malgré le fait qu'elles ne sont pas ratifiées par les pays riches, n'en sont pas moins imposables du

La Commission a jusqu'ici examiné un certain nombre de rapports sur la question des réserves aux traités¹²¹¹. L'article 2§1 de la CVDT identifie quatre éléments constitutifs en l'absence desquels il ne peut y avoir de réserve : une « déclaration unilatérale » « indifférente du libellé » « faite au moment de la ratification (consentement) » qui « vise à exclure ou modifier l'effet juridique d'une ou de certaines dispositions » du traité multilatéral. La réserve peut intervenir en raison de deux facteurs : le premier est juridique car il permet de préserver l'opinion des Etats, généralement minoritaires, qui sont souvent exclus lors de l'élaboration des traités dans le cadre de conférences où les décisions sont prises à la majorité qualifiée. Le second est plus social car l'hétérogénéité et l'élargissement de la société internationale nécessite le développement des réserves. Ce qui en fait un élément juridique très important en droit international¹²¹².

Mais s'il est vrai que le recours à la pratique de réserves au traité emporte des avantages¹²¹³ pour l'amélioration des relations internationales et le développement du droit international, il n'en demeure pas moins que cela entraîne un certain nombre d'inconvénients. Le premier d'entre eux est que l'Etat risque de vouloir réécrire le traité à son compte et le traité devient ainsi une carte à menus d'où l'on écarte les dispositions indigestes. Ce qui peut avoir pour conséquence de dénaturer le traité avec le risque de remettre en cause l'intégrité du traité, danger de morcellement et par conséquent une bilatéralisation des rapports entre les Etats. L'autre inconvénient est le risque de dilution des obligations qui équivaldront à une série d'actes unilatéraux qui déterminent le contenu du traité sans égard pour le texte adopté. A terme, on risque d'aboutir à un conflit entre le principe d'universalité et celui d'intégrité.

Finalement, la question que l'on peut se poser ici est celle de savoir si on n'a pas tendance à surestimer le savoir-faire et l'influence des organes considérés comme concurrents de la CDI. De toute évidence, il est certain que les juristes savent quelle institution doit être mise en place et quelles

fait de la majorité des Etats qui y adhèrent et finissent par lui conférer une valeur coutumière de portée universelle. Ce sont d'ailleurs ces nouvelles normes qui amener la communauté internationale à proclamer les règles de *jus cogens* ou normes impératives.

¹²¹¹ En 2001, sous la direction du Rapport spécial, M. Alain PELLET, la Commission a examiné sept rapports et adopté 53 directives concernant des définitions et déclarations interprétatives ainsi que la procédure s'appliquant à leur formulation. Depuis, un autre rapport a été établi qui traite des questions relatives à la recevabilité des réserves et déclarations interprétatives et à leurs effets ainsi qu'à l'impact de leur acceptation ou des objections formulées à leur endroit.

¹²¹² Par exemple, dans l'Avis consultatif de la CIJ du 28 mai 1951 sur les réserves à la Convention sur le génocide, la question posée à la Cour était de savoir si un Etat pouvait être considéré comme étant partie au traité malgré l'objection de certains quant à sa réserve. Ici : réserves soviétiques et des pays de l'Est sur la compétence de la CIJ en cas de violation de la convention (art. 9 et 12). La CIJ a déclaré que les buts poursuivis par cette Convention justifient qu'un Etat puisse devenir partie malgré l'objection de certains à la réserve. La CIJ a donc créé du droit. Elle a modifié la pratique existante. Mais, la liberté du réservataire n'est pas absolue : critère de la compatibilité de la réserve avec l'objet et les buts du traité. Chaque Etat considère si la réserve est conforme ou non aux buts et objets du traité. C'est un critère matériel.

¹²¹³ D'une part, le recours aux réserves permet l'adhésion du plus grand nombre d'Etats à un traité et lui assure une certaine universalité ; d'autre part, il permet d'élargir le champ d'application du traité.

normes doivent être élaborées par cette dernière pour obtenir le résultat escompté. Il n'en demeure pas moins que les experts d'une discipline, quels qu'ils soient, ont rarement conscience de leurs limites ; en revanche, tout ce qu'ils savent est généralement mis en avant, parfois réduit en simple slogan ou simplement trop contradictoire pour être littéralement « applicable » ou « mis en œuvre ». Ceci dit, toutes ces institutions, ci-dessus analysées, s'imaginent détenir chacune une partie du droit international. Il n'est d'ailleurs pas faux d'affirmer que c'est certainement le cas. Mais l'ennui est que chacune en propose une conception différente avec sa propre vision qu'elle soutient à tout prix en affirmant qu'elle détient l'explication la plus complète. Peu importe que cette vision soit complète ou qu'elle ne traite que des aspects pratiques ; chacune des institutions aspirant à être « maître » de la gouvernance mondiale. Or, le fait que chacun des domaines visités par ces organes de codification soit empreint d'une sensibilité propre, cela incite les dits organes à ne voir que certains problèmes et à ne concevoir que les solutions limitées aux problèmes ainsi circonscrits.

Mais, pour l'heure, toutes ces questions sur la fin ou non du règne de la CDI ne sont pas encore à l'ordre du jour. Sa place et son importance au sein des organes du système des Nations Unies, et même parmi les nombreux organes privés ou institutionnels qui s'occupent aussi de la codification, restent encore indéniables au regard de ses productions et des solutions qu'elle apporte aux différents problèmes auxquels reste confronté le droit international moderne. En atteste le fait que la fragmentation du droit international a été incluse dans l'ordre du jour de la CDI depuis 2000, avec constitution d'un groupe d'études sur la fragmentation du droit international établi en 2002 et chargé de réfléchir sur les risques et défis de ce phénomène. C'est d'ailleurs cet apport de la CDI qui sera analysé dans le cadre de la section 2 de ce chapitre.

Section II : Les réponses apportées par la CDI aux problèmes posés par la fragmentation du droit international

Lors de sa cinquante-quatrième session tenue en 2002, la CDI a mis en place un Groupe d'étude chargé d'examiner la question de la fragmentation sous le titre « *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* ». Un calendrier provisoire desdits travaux fut adopté lors de la session suivante en 2003 et la Commission chargea cinq de ses membres de faire une analyse sur l'ensemble des questions gravitant autour du thème de la fragmentation.¹²¹⁴ En 2006, un Rapport du Groupe d'étude a été

¹²¹⁴ Il s'agissait notamment des sujets suivants : a) La fonction et la portée de la *lex specialis* et la question des « régimes autonomes » par Martti KOSKENNIEMI ; b) L'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre parties » (art.31, par.3c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités) dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale par M. MANSFIELD ; c) L'application de traités successifs portant sur la même matière (art.30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) par M. MALESCANU ; d) La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement par M. DAOUDI et e) La hiérarchie des normes en droit international : *jus*

établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI.¹²¹⁵ Ce rapport fait office de document de synthèse collectif et comprend deux parties : la première consiste en une « étude analytique relativement longue » relatant la teneur des divers rapports présentés par les membres et les discussions du Groupe d'étude. Cette étude occupe l'essentiel du rapport établi par le Président KOSKENNIEMI. La seconde partie constitue, quant à elle, un ensemble condensé de conclusions, directives ou principes formulés à partir des études et des débats tenus au sein du Groupe¹²¹⁶.

La présente étude ne pouvait passer sous silence l'examen dudit rapport et cela pour deux raisons fondamentales : la première concerne la nécessité de cerner l'impact des travaux réalisés par la CDI sur la question de la fragmentation du droit international. La seconde raison est relative à l'apport de l'étude en ce qu'elle constitue un outil d'analyse permettant de mieux appréhender le rôle que pourrait jouer la Commission dans la perspective d'une conservation de l'unité et de la cohérence du droit international contemporain, d'une part, et dans le besoin de sécurité juridique par l'utilité de la codification, d'autre part. Il faut dire que la fragmentation, bien qu'étant un phénomène naturel qui implique de tenir compte de la diversité et de la complexité de la société internationale, pose néanmoins des problèmes de cohérence voire de contradiction en droit international. D'où la nécessité ou à tout le moins la pertinence d'une démarche susceptible d'identifier ces problèmes, de les évaluer et de disposer d'un cadre permettant de les gérer de manière juridiquement satisfaisante. La Commission estime que ce cadre est fourni par la Convention de Vienne sur le droit des traités de laquelle il est possible de tirer des techniques de nature à résoudre ou à faciliter la solution des tensions et des conflits naissant entre les règles et principes de droit¹²¹⁷. C'est à ce titre que la Commission a examiné notamment la fonction et les effets sur le droit international de la *lex specialis*, des régimes autonomes, de l'interprétation systémique des traités visant à intégrer toute règle dans le système conventionnel ou coutumier, du conflit entre normes successives et de la hiérarchie des normes. A l'issue de l'étude de ces différents aspects, la Commission propose de s'orienter vers des directives opérationnelles qui aideraient à examiner et à gérer la question de la fragmentation dans la pratique juridique¹²¹⁸.

cogens, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit par M. GALICKI.

¹²¹⁵ Président du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur le sujet : « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.

¹²¹⁶ Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante-septième session. Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Suppléments n°10 (A/60/10), p.203 (par.448).

¹²¹⁷ Cf. J. CARDONA LLORENS, « Le rôle des traités », In R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir. publ.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 25-51.

¹²¹⁸ C'est la principale conclusion de la CDI en 2006 (*Rapport de la Commission*, pp. 420-421).

A ce jour, il est encore trop tôt pour entrevoir ce que pourraient être les implications des travaux de la Commission du droit international¹²¹⁹ ; en attendant, et bien que l'approche de la Commission privilégie l'aspect pratique pour éviter les controverses abstraites et théoriques, elle a réveillé assez logiquement, au sein de la doctrine, les controverses sur l'unité ou le pluralisme du droit international ; il est normal que les tenants de l'une ou de l'autre thèse se saisissent de ce débat sur la fragmentation pour s'efforcer de conforter le bien-fondé de leurs points de vue et appeler de leurs vœux une société internationale plus centralisée ou plus polycentrique. Pour dépasser ce clivage classique, les membres du Groupe de travail ont convenu de ce que le sujet ne serait pas examiné de la même méthode que les sujets précédents car celui-ci ne se prêtait nullement à une codification sous la forme traditionnelle d'un projet d'articles. Par conséquent, les travaux ont été axés sur certains domaines bien spécifiques (§1). On décrira par la suite quelques limites liées à ce choix (§2).

§ 1 : La CDI face aux différents problèmes soulevés par la fragmentation

Dès le début de son examen, la Commission a d'emblée admis que, par sa nature, ce sujet était différent des autres¹²²⁰ et que, malgré son caractère unique, son examen par la Commission s'imposait néanmoins. L'objectif affiché par le Groupe d'étude était, de prime abord, d'identifier les risques et les défis « que la fragmentation présentait du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international, comme cela était analysé dans son étude de faisabilité de 2000 ». ¹²²¹ Mais, pour la CDI, il s'agissait par ailleurs de mettre en lumière les aspects positifs de la fragmentation¹²²² car, estima-t-elle, le phénomène n'a pas que des effets néfastes sur le droit international. Ainsi, de manière générale, après avoir levé les doutes sur l'intérêt de l'examen d'un tel sujet par la Commission, les membres sont arrivés à la conclusion selon laquelle le sujet n'était pas nouveau en droit international et que son examen par la Commission ne devait pas seulement reposer sur les conséquences indésirables de l'expansion du droit international dans de nouveaux domaines. Ce qui a par ailleurs justifié le changement du titre du rapport final¹²²³.

¹²¹⁹ Pour l'instant, l'Assemblée générale des Nations Unies s'est contentée de prendre note des conclusions de la CDI sans autre indication sur les suites à leur réserver.

¹²²⁰ Dans son rapport de 2000, la Commission a décrit le sujet comme « différent de ceux qu'elle avait étudiés jusque-là » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, par. 731).

¹²²¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, chap. IX, A.1, par. 729.

¹²²² Par exemple, la fragmentation pouvait être vue comme un signe de vitalité du droit international. De même, on a aussi déclaré que la prolifération de règles, régimes et institutions renforcerait peut-être le droit international.

¹²²³ Le Groupe d'étude avait d'abord examiné le sujet sous la forme « des risques et des défis que la fragmentation présentait du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international » avant de le ramener à « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ».

Concernant la présentation et la méthode employée, les membres de la Commission ont convenu qu'un tel sujet ne pouvait faire l'objet d'une codification sous la forme traditionnelle de projets d'articles¹²²⁴. Les travaux ont de ce fait été axés sur certains domaines ou thèmes spécifiques (A). Et, comme elle l'avait laissé entendre, la Commission a également proposé des solutions en vue de résoudre les principaux problèmes causés par la fragmentation en droit international public (B).

A/- LES DIFFERENTS AXES DEVELOPPES PAR LE RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DE LA CDI SUR LA FRAGMENTATION

La diversité des situations des règles et des institutions diverses peut provoquer des sérieuses difficultés, du moins quand de telles situations ne permettent pas le respect du droit international. En conséquence, les questions concernant la relation entre le droit international général et des domaines plus spécifiques, au sein du système normatif international, pourraient toujours se poser. La CDI a abordé cette question sous la supervision de Martti KOSKENNIEMI, Président du Groupe d'étude sur la fragmentation, à sa session de 2004, en mettant l'accent sur le rôle de la *lex specialis* et les régimes autonomes¹²²⁵. Dans son rapport, l'auteur suggère que, même si l'existence de telles entités (les régimes autonomes) est avérée, aucun régime juridique international spécialisé ne peut être créé en dehors du cadre du droit international général. En effet, il affirme que la notion de régimes autonomes « est trompeur » et qu'« il n'y a pas de support juridique qui exclurait, de facto en son sein, une vision du droit international général ». De ce fait, le Rapport de la CDI opère une évaluation de la gravité de la fragmentation du droit international à travers les conflits normatifs (1) et les régimes auto-normatifs (2).

1/- La fonction et la portée de la *lex specialis* et la question des conflits normatifs

De manière générale, l'étude sur « la fragmentation du droit international » par la CDI met l'accent sur les conflits de normes qui illustrent la portée élargie du droit international, mais portent également atteinte à la cohérence du système juridique international. La question a été soulevée en raison de l'émergence d'un certain nombre d'ensembles intégrés de règles de droit international relatives à des objets particuliers issus des domaines nouveaux en droit international tels que les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit du commerce international, les notions de crimes internationaux, la responsabilité internationale, etc. Ces ensembles combinent souvent règles primaires spécifiques (règles fixant les droits et notamment les obligations) avec des règles spécifiques secondaires (règles portant sur les normes de création, de changement, de responsabilité

¹²²⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10), chap. X., par. 501.

¹²²⁵ M. KOSKENNIEMI, Étude sur la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question de-régimes contenant, Doc auto. ILC (LVI) / SG/FIL/CRD.1/Add.1 (2004).

et de règlement des différends) qui revendiquent une autonomie par rapport aux principes du droit international général. Or, cette autonomie de certains secteurs spécifiques du droit international vis-à-vis de règles générales conduit parfois à des conflits entre ces ensembles spécialisés de règles et le droit général ainsi qu'entre ces ensembles de règles particulières considérées individuellement¹²²⁶.

Alors que le champ d'application du droit international s'est largement étendu et que les institutions internationales se sont multipliées et spécialisées devant les nouvelles exigences de la communauté, « *le droit international (...) n'offre pas un système judiciaire intégré assurant une répartition ordonnée du travail* »¹²²⁷. Ainsi, la spécialisation est souvent synonyme d'autonomie. Se posent dès lors des questions d'ordre institutionnel (compétence, relation hiérarchique) et matériel (effet de la spécialisation par rapport au droit général, règlement des conflits de lois, question d'interprétation)¹²²⁸. Les régimes spéciaux (droit de la mer, droit humanitaire, droit de l'environnement, droit commercial...) contribuent certes au développement du droit international mais formulent également de nouvelles règles qui peuvent s'écarter du droit général. C'est justement cet écart qui remet en cause l'unité du droit international vu que les réglementations concurrentes et/ou parallèles lui donnent l'image d'un droit fragmenté. Or le droit international a pour objectif de stabiliser les relations internationales. Cette stabilité peut être remise en cause s'il existe des contradictions dans les différentes obligations des Etats.

Ainsi, on peut observer trois types de conflits normatifs. D'abord celui qui peut intervenir entre une règle de droit général et une règle particulière du fait de l'interprétation orthodoxe qui peut découler du droit général. On peut qualifier cette première catégorie de conflit normatif de « *fragmentation d'interprétation contraire au droit général* » et celle-ci peut être illustrée par la contradiction entre les décisions rendues dans deux affaires différentes à propos de l'interprétation d'une règle de droit international général¹²²⁹. Dans le cadre de l'affaire *Tadic*¹²³⁰, en 1999, la Chambre d'appel du TPIY s'est appuyée, pour l'examen de la responsabilité de la Serbie Monténégro sur les actes commis par des milices serbes de Bosnie dans le conflit de l'ex-Yougoslavie, sur la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire du Nicaragua de 1986. Dans ce dernier cas, les Etats-Unis n'avaient pas été tenus pour

¹²²⁶ Le problème, de l'avis des juristes, tient à ce que l'élaboration d'un droit et la création d'institutions aussi spécialisés tendent à plus ou moins méconnaître l'activité législative et institutionnelle qui se déploie dans des domaines voisins et les pratiques et principes généraux de droit international. D'où des conflits entre règles ou ensembles de règles, des pratiques institutionnelles divergentes, voire même peut-être la perte d'une perspective globale du droit (cf. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, chap. X., par. 8.)

¹²²⁷ Affaire *Tadic*, 2 octobre 1995, §11.

¹²²⁸ V. les conclusions des travaux du Groupe d'étude de la *fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de la dite session (A/61/10, par. 251).

¹²²⁹ Le contraste est établi ici entre l'arrêt *Nicaragua* et l'arrêt *Tadic* du TPIY, 2 octobre 1995.

¹²³⁰ Voir *Procureur c / Dusko Tadic*, arrêt, affaire n° IT-94-1-A (15 Juillet 1999), p. 49-50.

responsables des actes concernant les *contras* nicaraguayens simplement en raison de leur contribution dans l'organisation, le financement, la formation et les équipements réservés aux *contras* nicaraguayens. Pour la CIJ, une telle implication ne pouvait faire véritablement l'objet d'un « contrôle effectif » pour impliquer la responsabilité d'une puissance extérieure dans les troubles internes d'un autre Etat ; pour sa part et pour des faits similaires, la Chambre d'appel du TPIY a estimé, au contraire, que le « contrôle effectif » était avéré dès lors que la démonstration était faite que la puissance externe avait exercé un pouvoir dans l'organisation, la coordination ou encore la planification des actions militaires du groupe responsable des troubles. Si le fait que deux institutions interprètent la loi générale de façon différente face à des faits similaires peut être courant dans tout système juridique, le problème qui se pose, en droit international, est qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes institutions capable de faire prévaloir la décision de l'institution hiérarchiquement supérieure sur l'autre. Ce qui a pour conséquence de diminuer la sécurité juridique des instruments juridiques en droit international. Dans un tel cas, la solution ne pourrait provenir que, soit d'une harmonisation future, soit de l'adoption d'une nouvelle règle qui régirait de manière définitive et univoque la question.

Ensuite, un conflit normatif peut survenir entre le droit général et une règle particulière qui constitue une exception, voire une entorse au droit général. En d'autres termes, il s'agit d'une fragmentation résultant de l'émergence d'un droit spécial en tant qu'exception au droit général. Il peut arriver qu'une institution prenne une décision qui s'écarte complètement des situations similaires précédentes régies par une règle, juste en vertu du fait que la nouvelle loi est édictée comme une « exception à ce principe général ». On peut parfaitement illustrer cette situation dans le cadre du traitement des réserves formulées par les organes de droit de l'homme. Par exemple, dans le cas *Belilos* de 1988, la Cour européenne des droits de l'homme, suite à une déclaration interprétative faite par la Suisse dans son instrument de ratification, mais requalifiée en réserve par la Cour, a invalidé cette dernière pour incompatibilité avec l'article 63 de la Convention, et obligé la Suisse à être liée par ladite Convention, « indépendamment de la validité de la déclaration ». Ce qui intéresse ici, ce n'est pas tant de critiquer ou non la décision de la CEDH, mais c'est l'émergence de modèles d'exceptions à l'égard de certains objets, qui s'écartent du droit commun et qui sont justifiées en raison des propriétés particulières de cet objet. Ces modèles d'exception finissent par constituer des normes techniques standard qui permettent à la fois de traiter de sujets complexes tout en favorisant l'accès au traité à un plus grand nombre de signataires. Parfois, ces réserves d'exception peuvent être institutionnalisées et constituer un régime à part qualifié de « *self contained regime* » à l'image du droit des droits de l'homme, du droit humanitaire, du droit commercial, du droit de l'environnement ou encore du droit diplomatique dont on soutient qu'ils puissent être régis par des

principes qui constituent des exceptions au droit international général, en raison de leur objet spécifique.

Enfin, le conflit normatif peut avoir lieu entre deux types de droit spécial comme l'illustre le débat entre le commerce et l'environnement dans l'affaire des *Hormones du bœuf*¹²³¹. Les principes régissant l'un et l'autre des deux secteurs juridiques étant différents, les réponses aux diverses problématiques qu'ils posent sont tenus de varier en fonction de ce que l'on choisit comme cadre pertinent d'interprétation¹²³². En ce sens, on s'aperçoit que l'économie et les droits de l'homme ne font pas toujours bon ménage ; pour cause, la coexistence de deux cours dans l'exemple européen est particulièrement significatif et fait apparaître des difficultés entre les deux conventions interaméricaines (sur les droits de l'homme et sur la corruption). Elles pourraient apparaître également dans le cas du Mercosur et de la Convention américaine des droits de l'homme, entre l'OHADA et la Charte africaine des droits de l'homme ou encore à l'échelle mondiale entre les normes de l'OMC et les pactes des Nations Unies, avec le débat sur la clause sociale, renvoyée par l'OMC à l'OIT¹²³³. De toute évidence, la mise en place d'une Europe de marché, d'un côté, avec le système juridique propre à la communauté « économique » européenne et, de l'autre côté, l'Europe des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, n'avait prévu aucune inclusion entre les deux systèmes mais une simple juxtaposition entre deux « *ensembles que l'on croyait complémentaires du fait de leurs objets distincts. Or à long terme, cela a fait apparaître des risques de conflits dans de nombreux domaines où la question juridique concerne à la fois l'économie et les droits de l'homme* »¹²³⁴.

A certains égards, le risque de conflits normatifs peut également se vérifier dans certaines décisions rendues par des organes régionaux à l'image de la Cour de justice de l'Union européenne. C'est justement le cas lorsqu'elle est amenée à prendre position par rapport à certaines règles bien établies du droit international général, en particulier en ce qui concerne le droit international de la mer, ou, plus généralement, les règles relatives à l'extension des compétences de l'Etat. L'exemple en la matière est celui où la CJCE avait cru bon de faire prévaloir le droit communautaire sur la

¹²³¹ Il s'agit d'un long conflit commercial sur la viande aux hormones entre les Etats-Unis et l'Union européenne mettant en jeu la sécurité alimentaire et notamment le principe de précaution ; voir décision rendue par l'organe de règlement des différends de l'OMC, 12 juillet 1999 ; Communautés européennes, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits camés (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48AB/R du 13 février 1998, par. 123 à 125.

¹²³² Par exemple, une activité de transport de pétrole destiné à la vente peut être considérée comme dangereuse au regard de la protection de l'environnement. En cas de conflit, il faudra déjà déterminer quel tribunal sera compétent (commercial ou cour des droits de l'homme) et ensuite établir quelles seraient les règles applicables en l'espèce.

¹²³³ Cf. Souad Le GALL et Vincent AUSSILOUX, Les normes sociales dans le commerce international, article extrait d'un colloque consacré aux « droits de l'homme et l'enfant face à la mondialisation », posté sur : http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaires/notes_bleues/nbb/nbb167/norme.htm

¹²³⁴ On peut par exemple se référer aux affaires *M. et Co. c. RFA*, CEDH, 9 février 1990 ; affaire *Cantoni c. France*, CEDH, 15 novembre 1996 ; affaire *Mathews c. Royaume Uni*, CEDH, 18 février 1999.

compétence des Etats en matière d'attribution de la nationalité, en rejetant la jurisprudence *Nottebohm* de la CIJ¹²³⁵. Pour la plupart des affaires qui lui sont soumises et qui portent sur un conflit juridique du fait de l'applicabilité d'une loi financière qui ignorerait les principes des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg constate certes généralement la violation mais après avoir pris soin de souligner que les actes en cause « ne peuvent être soumis au contrôle juridictionnel de la Cour de Luxembourg¹²³⁶ ».

Comme on peut le constater, la fragmentation apparaît différemment dans chacun de ces trois types de conflits. Si le premier type pose véritablement problème quant aux effets d'interprétations juridiques divergentes dans un environnement institutionnel considéré comme complexe, les deux derniers désignent des cas réels de conflit où la norme elle-même, contrairement à une certaine interprétation présumée de celle-ci, apparaît différemment selon le cadre normatif qui est utilisé pour son examen. L'analyse de la question des « régimes autonomes » a aussi été associée à la *lex specialis* dans le rapport de la CDI.

2/- La *lex specialis* et la question des « régimes autonomes »

On parle de régime autonome dans les cas où un ensemble de règles primaires relatives à un objet particulier est relié à un ensemble de règles spéciales secondaires qui revendiquent la priorité, voire une totale indépendance d'application, face à la règle primaire prévue par la loi générale. Dans un sens large, les règles secondaires sont celles qui se rapportent à la création et à la modification des règles primaires ainsi qu'aux modalités de réaction à leur violation et aux moyens de contestation de leur règlement. Dans cette optique, On est en présence d'un *système juridique autonome*, par opposition à une simple juxtaposition de règles primaires¹²³⁷. Les règles secondaires permettent ainsi une bonne « administration » des règles secondaires. Or, lorsqu'elles forment un groupe de règles dans un secteur du droit ou des relations internationales, ces règles secondaires constituent ce que l'on appelle un « régime juridique spécifique »¹²³⁸. Ce dernier se définit comme une union de règles fixant notamment des droits, des devoirs, des attributions et des règles ayant trait à l'administration de ces règles, y compris en particulier les règles pour réagir aux violations. Quand

¹²³⁵ Voir David RUZIE, « Nationalité, effectivité et droit communautaire, à propos de l'affaire C-369/90 du 7 juillet 1990 », in *RGDIP*, 1993/1, pp. 107-120 ; texte de l'arrêt, *ibid.*, p. 256 et s.

¹²³⁶ Voir les thèses développées par le professeur Jean-Paul JACQUE, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies, L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, n°69, p. 3 et s.

¹²³⁷ Lors de ses travaux sur le sujet de la responsabilité des Etats, la CDI a établi par Roberto AGO (rapporteur spécial) une nette distinction entre les règles primaires et secondaires. Pour la Commission », les règles secondaires "sont celles qui fixent les conséquences d'une violation du droit primaire » ; cf. Voir HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford 1961).

¹²³⁸ Marcel PROST, « Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international : A propos d'une utopie paresseuse », *Revue Belge de droit international*, vol.32, n°2, 2006, pp.621 s.

un tel régime cherche à s'écarter de la loi générale, on est en présence d'un « régime autonome »¹²³⁹, qui constitue un cas particulier de la *lex specialis*.

En effet, le Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats reconnaît l'éventualité de l'existence de régimes autonomes comme suit : « *Ces articles ne s'appliquent pas lorsque et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales du droit international* ». Dans son commentaire, la Commission observe que « les règles générales concernant le cadre juridique, conséquences d'une violation du droit international, sont secondaires à des règles particulières auxquelles les Parties peuvent convenir et qu'il s'agit là d'un reflet du principe de la *lex specialis* »¹²⁴⁰. Poussant plus loin que Roberto AGO sa réflexion sur la question de la relation entre les régimes conventionnels spéciaux et les règles générales, le Rapporteur spécial RIPHAGEN estima, en 1982, dans le cadre de ce que celui-ci a appelé les « problèmes généraux posés par la rédaction de la deuxième partie du projet d'articles » sur la responsabilité des États, que : « *Le droit international, tel qu'il se présente aujourd'hui, n'est pas fondé sur un seul système, mais sur plusieurs sous-systèmes apparentés, au sein desquels les règles dites primaires et les règles dites secondaires sont étroitement et même indissociablement liées* »¹²⁴¹.

Il existe, ainsi à ce jour un grand nombre de régimes autonomes, des systèmes spécialisés appelés à réagir aussi bien contre la violation que la priorité de réclamation aux règles du droit international général. C'est par exemple le cas de l'ordre juridique communautaire qui exclut l'utilisation de contre-mesures entre membres de l'Union européenne. Tout comme le droit des « Droits de l'homme » contient en son sein des systèmes et des mécanismes de plaintes individuelles spécifiques par rapport à des règles générales du droit de la responsabilité des États. Quant au droit de l'environnement, il a spécialement prévu des mécanismes permettant de déroger aux règles

¹²³⁹ L'existence de ces règles avait déjà été établie par la Cour permanente de Justice internationale qui avait utilisé la notion *d'auto-contained regime* dans l'affaire *SS Wimbledon* en 1923. Dans ce cas d'espèce, la CPJI a très tôt reconnu qu'un ensemble de règles spécifiques et institutions peuvent être créés pour déroger à la loi générale sur une question telle que l'utilisation des voies navigables intérieures ; cf. CPJI, *arrêt du Wimbledon*, Ser. R. Non. 1 (1923) p. 23-4. De même, dans l'affaire des *Otages* en 1980, la CIJ a identifié le droit diplomatique comme un régime autonome précisément de cette manière. Les règles du droit diplomatique ont été conçues comme une déviation par rapport au droit de la responsabilité de l'État dans la mesure où ces règles prévoient leur propre système de réagir à des violations: "Les règles du droit diplomatique, en un mot, constituent un régime qui, d'une part, fixe les obligations de l'État de résidence concernant les installations, privilèges et immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage par des membres de la mission et précise les moyens à la disposition de l'État accréditaire pour parer à de tels abus » ; cf. CIJ, affaire des *Otages*, Recueil 1980, p. 40, paragraphe 86.

¹²⁴⁰ *Le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, texte adopté par la CDI à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de la dite session, accompagné de commentaires sur les projets d'articles, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquante-sixième session, Supplément n°10 (A/56/10)*.

¹²⁴¹ Willem RIPHAGEN, Troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la CDI de 1982*, vol. II (première partie), p. 32, par. 35.

générales de règlement des différends ainsi que des contre-mesures. Mais le régime qui présente le plus de sophistication est assurément celui incarné par l'OMC. Avec un organe d'appel permanent, capable d'élaborer des règles de procédure prévues dans un règlement des différends (Mémorandum d'accord)¹²⁴², et l'adoption des décisions par voie de consensus négatif¹²⁴³, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC fonctionne comme un tribunal indépendant et fondé entièrement sur le droit du commerce international¹²⁴⁴, lui accordant le statut d'un tribunal judiciaire régulier et une compétence obligatoire pour les demandes pertinentes. Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation d'une violation des obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif des accords visés, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures de cette entente (Article 23:1 du Mémorandum). Dans un tel contexte, comment peuvent-elles s'établir les relations entre la loi spéciale et le droit général ?

Face à une règle générale qualifiée de norme ou de principe de droit international, une règle particulière peut être considérée, soit comme une dérogation à la règle générale, soit comme une norme de précision de la règle générale. Dans le premier cas, on parle de la maxime de *lex specialis derogat legi generali*, considérée comme une règle de conflit entre la règle générale et la règle particulière¹²⁴⁵, cette dernière prenant le dessus sur la première. Dans le second cas, la règle particulière s'applique en complément de la règle générale dont elle apporte des précisions dans les modalités d'application, dans une situation bien déterminée. Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une situation d'application ou d'exception face à la règle générale, le rôle de la *lex specialis* est d'indiquer quelle règle se doit d'être appliquée de manière à ce que le particulier remplace le général. L'idée générale que la *lex specialis* l'emporte sur la *lex generali* avait déjà été exprimée par Grotius¹²⁴⁶ pour qui, lorsque des parties à un traité sont confrontées à une règle de conflit, la préférence devrait être donnée à la règle la plus spécifique qui propose, en l'espèce, des dispositions spéciales qui sont ordinairement plus efficaces que celles énoncées dans l'ordre général¹²⁴⁷. Les

¹²⁴² Comprendre le règlement des différends (Mémorandum d'accord), 33 ILM (1994) 1144.

¹²⁴³ Voir Arts. 16 (4) et 17 (14) de l'Accord instituant l'OMC.

¹²⁴⁴ Joost PAUWELYN, «Le rôle du droit international public à l'OMC : jusqu'où pouvons-nous aller? Comment ? », *AJIL* (2001) 553 (en italique dans l'original).

¹²⁴⁵ Il existe cependant des exceptions à cette affirmation. En effet, dans le cadre de l'affaire *Neumann*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la disposition relative à l'indemnisation en cas d'arrestation illégale à l'article 5 (5) ne constituait pas une *lex specialis* opposant une règle de conflit par rapport à la règle générale en matière d'indemnisation prévue à l'article 50 puisqu'elle en facilitait plutôt l'application, cf. *Neumann*, CEDH 1974 A n ° 17 (1974) p. 13 (paragraphe 29).

¹²⁴⁶ Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis. Tres Libri*, (édité par James Brown Scott, *The Classics of International Law*), (Oxford: Clarendon Press, 1925), livre II, chap. XVI, sect. XXIX, p. 428.

¹²⁴⁷ Deux raisons principales expliquent pourquoi la règle de la *lex specialis* est si largement acceptée. D'un côté, une règle spéciale est considérée comme étant plus proche de l'objet qu'elle régleme contrairement à une règle d'ordre général en ce qu'elle régleme la question de manière plus efficace. De l'autre côté, cela pourrait aussi s'expliquer par le fait que les règles spéciales sont les mieux à même de tenir compte de circonstances particulières. La nécessité de s'y

règles spéciales sont donc mieux à même de prendre en compte les circonstances particulières car étant plus claires et plus catégoriques et donc souvent ressenties comme plus «impératives» ou plus « contraignantes » que les règles générales. En plus, la *lex specialis* peut aussi sembler plus utile en ce qu'elle reflète mieux la volonté des parties¹²⁴⁸. Il n'est donc pas étonnant que la pratique juridique accepte la règle de la *lex specialis* en tant que principe général du droit¹²⁴⁹.

Toutefois, l'une des principales difficultés provient du caractère relationnel et notamment de l'imprécision relative de la distinction entre le « général » et le « spécial » dont la détermination n'est, somme toute, pas évidente. Par exemple, la Convention sur la lutte contre les mines anti-personnel (Traité d'Ottawa) met en place un droit général sur l'utilisation des mines terrestres. Pourtant, cette même Convention peut être considérée comme une « règle spéciale » développant des aspects de droit humanitaire. De plus, on peut considérer que toute « loi spéciale » porte en elle des caractéristiques de « règle générale » en ce sens qu'elle s'applique dans un cadre général et non à un seul cas spécifique. « Généralité » et « spécialité » sont donc des notions relatives en droit international puisqu'une règle de droit n'est jamais « générale » ou « spéciale » dans l'abstrait mais toujours relativement à une autre règle. Ainsi, l'utilisation de mines anti-personnel est un *sujet spécial* qui s'applique dans le cadre d'un *thème général* qui est le droit humanitaire. Tout dépend de la situation dans laquelle son application est préconisée¹²⁵⁰.

Des cas peuvent également se présenter où la règle générale et la règle spéciale portent sur le même objet. En présence d'un tel rapport, on distingue généralement trois cas de figure : soit la *lex specialis* est expressément autorisée par la loi générale pertinente en tant que règle s'appliquant directement à la situation juridique ; soit la *lex specialis* est expressément interdite par la loi générale pertinente qui s'applique, le cas échéant ; soit enfin la loi générale pertinente reste muette sur la

conformer est ressentie plus fortement que ce n'est le cas avec règles générales. Elles ont ainsi une plus grande clarté de précision et sont donc souvent senti plus "dures" ou plus "obligatoires" que les règles générales qui peuvent rester dans l'ombre et n'être appliquées que rarement.

¹²⁴⁸ Voir Joost PAUWELYN, *Conflict of Norms. supra*, note 21, p. 388. Pour une lecture volontariste de la *lex specialis*, qui peut être combattue par d'autres éléments, voir aussi Nancy KONTOU, *The Termination of Treaties in Light of New Customary International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 142.

¹²⁴⁹ La *lex specialis* est surtout considérée par certains auteurs (Pufendorf et Vattel ou Anzilotti) comme un principe valable d'interprétation ou une bonne technique de résolution des conflits en droit international public. Mais pour Georges Scelle en revanche, une règle particulière ne devait que rarement l'emporter sur ce qu'il appelait « l'économie d'ensemble » du droit commun. Pour plus de lecture sur ces différents auteurs : Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* (traduit par J. Barbeyrac, Bâle, Thourneisen, 1732), livre V, chap. XII, p. 138 à 140); Emmerich de VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des Souverains* (1758) (deux volumes, Londres), t. I, livre II, chap. XVII, par. 316, p. 511 ; Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, t. I (Paris: Sirey, 1929), p. 103 ; Charles ROUSSEAU, « De la compatibilité des normes. », *supra*, note 36, p. 177 ; Georges SCELLE, *Cours de droit international public* (Paris: Domat-Montchrestien, 1948), p. 642.

¹²⁵⁰ Par exemple, en règle générale, l'application du Traité du GATT concerne les Etats en développement ; or rien n'empêche qu'elle puisse apparaître comme une « règle particulière » à d'autres égards. Ce qui correspondrait une déviation de la règle générale du GATT.

question et, dans ce dernier cas, la liberté d'application du juge est laissée selon l'intérêt du moment. Le droit international général étant un droit *jus dispositivum*, les parties sont libres d'établir des droits et des obligations spécifiques en vue de régir leurs comportements puisqu' « *il est bien entendu que, dans la pratique, les règles d'intérêt général [du droit international] peuvent, par convention, être dérogées à partir de cas particuliers ou entre parties* »¹²⁵¹. Il arrive aussi que la *lex specialis* serve à établir un lien entre deux normes qui, loin d'être antagoniques, vont dans le même sens, le rapport « spécial/général » allant de pair avec un rapport « moyens/fins ». Comme indiqué plus haut, la Cour européenne des droits de l'homme a défini le rapport existant entre l'article 10 de la Convention européenne (Liberté d'expression) et l'article 11 (Liberté de réunion et d'association) en faisant de cet article 11 une *lex specialis* de l'article 10¹²⁵². Il peut en outre arriver, dans le cas de la relation règle générale et règle spéciale, que les Etats créent des *leges speciales* là où il n'existe pas de réglementation générale. Ici, les règles spéciales ne s'opposent ou ne complètent aucune règle générale puisqu'elles régissent ce que l'on peut qualifier, *a priori*, de zone de « non-droit ».

Sur la base du sens large ou étroit de la notion de « régimes autonomes » souvent utilisé par les rapporteurs spéciaux, le rapport de la CDI considère que : « Peuvent être qualifiés de régime autonome a) un ensemble spécial de règles secondaires déterminant les conséquences de la violation de certaines règles primaires (y compris les procédures de cette détermination) ainsi que b) tout groupe imbriqué (ensemble, régime, sous-système) de règles sur un problème donné et les règles présidant à la création, à l'interprétation, à l'application, à la modification ou à l'extinction – bref, à l'administration – de ces règles¹²⁵³. Il ajoute qu'il est de plus constamment fait référence dans la doctrine et dans la pratique à une troisième notion – celle de « branches du droit international » – lesquelles sont également censées fonctionner comme des régimes autonomes, et être régies par leurs propres principes. Concernant leur création, le rapport précise que seuls les Etats sont habilités

¹²⁵¹ Telle était la situation dans l'affaire du *droit de Passage* où, après avoir déterminé que la pratique en la matière était admise par les deux États, (l'Inde et la Grande-Bretagne c/Portugal), établissant un droit limité de passage en transit, le juge a conclu qu'il n'avait pas besoin d'enquêter sur ce que le contenu des principes généraux du droit ou la coutume prévoyaient dans un tel cas : « Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales » ; cf. CIJ, affaire *du Droit de passage*, Recueil 1960 p. 44.

¹²⁵² « La Cour note qu'en l'espèce, la question de la liberté d'expression ne peut être dissociée de celle de la liberté de réunion. La protection de la liberté d'opinion, qui est assurée par l'article 10 de la Convention, est un des objectifs de la liberté de réunion pacifique consacrée à l'article 11 de la Convention. C'est pourquoi, relevant que les griefs du requérant ont trait principalement au refus que lui auraient opposé les autorités de la République turque de Chypre-Nord de l'autoriser à franchir la ligne verte pour y rencontrer des Chypriotes grecs, la Cour considère que l'article 11 de la Convention prime en tant que *lex specialis* régissant les réunions, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question au titre de l'article 10 pris séparément. Toutefois, la Cour tiendra compte de l'article 10 lorsqu'elle examinera l'article 11 et interprétera celui-ci » ; voir *Djavit An c. Turquie*, arrêt du 20 février 2003, CEDH 2003-III, par. 39.

¹²⁵³ Voir Rapport de la CDI, *op.cit.*, par. 152.

à instituer des régimes autonomes ayant priorité sur les règles générales, dans les limites de l'application de la règle de la *lex specialis* en droit international¹²⁵⁴.

La question des régimes autonomes a également fait l'objet d'un examen en dehors du cas de la responsabilité de l'Etat. Ainsi, on a par exemple évoqué le cas de l'établissement d'un régime spécial pris dans un sens plus large (*Vapeur «Wimbledon»*, tout ensemble de règles, à la fois primaires et secondaires, formant système), se fait aussi normalement par la voie d'un traité ou de plusieurs traités comme dans le cas de ceux « visés » par l'OMC. Ces régimes spéciaux portent des appellations comme « droit international pénal », « droit humanitaire », « droit commercial », « droit de l'environnement », etc. Ils sont le résultat d'une évolution de la culture juridique et des solutions apportées aux nécessités pratiques de la spécialisation que de démarches créatrices délibérées et reflètent la diversification fonctionnelle de la société internationale ou, en termes plus prosaïques, des activités de groupes particuliers cherchant à expliciter ou à renforcer des choix et des orientations qui semblaient ne pas avoir suffisamment retenu l'attention du droit général¹²⁵⁵. Or, ce qui caractérise ces régimes et qui pose problème en droit international, c'est justement l'application de « principes » spéciaux par des organes spécialisés chargés d'assurer la mise en œuvre des traités au sein desdits régimes.

On comprend mieux pourquoi le rapport de la CDI sur la question de la fragmentation ne pouvait ainsi que se pencher sur la recherche de solutions capables de faciliter la relation entre les régimes autonomes (spéciaux) et le droit international général dans des circonstances normales.

B/- LES REPONSES APORTEES PAR LA CDI AUX PROBLEMES SUSCITES PAR LA FRAGMENTATION

Pour la CDI, « [A]ucun des régimes conventionnels qui existent actuellement n'est autonome au sens qu'il exclut globalement l'application du droit international général. Au contraire, les organes conventionnels des droits de l'homme et du droit commercial, par exemple, y recourent constamment pour administrer le régime spécial dont ils ont la charge »¹²⁵⁶. Toutefois, elle a estimé qu'il était opportun de tirer des conclusions quant au fait que les États aient la faculté de mettre de côté la plus grande partie du droit général en instaurant des régimes spéciaux de responsabilité ou d'administration des règles, même si, dans une certaine mesure, cela reste fonction de la « densité » normative du régime dont il s'agit.

¹²⁵⁴ Voir le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, commentaire de l'article 55, par. 2, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément no 10 (A/56/10)*, p. 384.

¹²⁵⁵ Rapport de la CDI, *op.cit.*, par. 158.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, par. 172.

Ainsi dans son rapport de 2004 relatif à la question de la fragmentation, le Groupe d'étude de la CDI a émis le souhait d'imposer d'autres limites à la volonté des Etats de choisir, parmi les traités incompatibles auxquels ils étaient parties, lesquels ils respecteraient et lesquels ils devraient enfreindre. Dans le même sens, plusieurs outils et remèdes ont été proposés par le Groupe de travail de la CDI pour lutter contre les effets néfastes de la fragmentation en droit international. Tous visent, soit à faciliter l'interpénétration entre l'application du droit international général et celle des droits internationaux spéciaux (1), soit à renforcer la communication entre les juridictions internationales et la coopération entre les différentes branches du droit (2).

1/- Les mesures visant à faciliter l'interpénétration entre l'application du droit international général et celle des droits internationaux spéciaux

Ces mesures visent à la fois le besoin d'harmonisation de l'interprétation du droit international (a) et la nécessité d'élaboration d'un système juridique davantage organisé (b).

a) L'importance accordée au principe d'harmonisation de l'interprétation du droit international

Le sujet de l'harmonisation du droit international semble préoccuper la doctrine au plus haut point. En témoignage, la présentation du juge Rüdiger WOLFRUM, Président du Tribunal international du droit de la mer, faite le 31 juillet 2008 devant la Commission de Droit International à Genève à propos de certaines préoccupations relatives au développement du droit international, telle que la fragmentation due à des divergences d'interprétation et d'application de certaines normes¹²⁵⁷. Ici, c'est le besoin de renforcer l'ordre juridique international qui est mis en avant. Aussi, pour réconcilier des dispositions de traités qui paraissent divergentes, la CDI se base sur la CVDT, tout en soulignant les difficultés liées aux problèmes actuels d'interprétation des traités dans un monde où sont en « conflit » divers instruments juridiques internationaux. Selon cette conception, il semblerait qu'il n'existe pas un seul régime qui prétendrait être valide ou fonctionner indépendamment de la Convention de Vienne¹²⁵⁸.

A cet effet, tout régime spécial se trouve lié au droit international général de trois façons: d'abord, les conditions de validité d'un régime spécial, y compris la validité de son établissement, sont déterminées par des principes de droit international général; ensuite, du fait même de sa « spécialité », un régime spécial ne saurait prévoir toutes les conditions de son fonctionnement. Le droit international général doit donc intervenir, et ce non pas parce qu'il a été incorporé au régime spécial,

¹²⁵⁷ Fanny JOYEAU, A propos de la fragmentation du droit international : un regard sur le principe de précaution en droit de la mer, <http://m2bde.u-paris10.fr/taxonomy/term/3472>.

¹²⁵⁸ Rapport de la CDI, supra, par. 178.

mais du fait même de sa « généralité » ou, en d'autres termes, du caractère systémique du droit international¹²⁵⁹. Enfin, le droit international général prévoit les conséquences de la « défaillance » d'un régime spécial. Cependant, comme le rappelle la Commission, il n'est pas toujours possible de déterminer, en se référant uniquement au régime spécial, qu'il y a défaillance de ce dernier, ce qui peut précisément constituer un aspect de la défaillance, par exemple, lorsqu'un système spécial de règlement des différends cesse de fonctionner¹²⁶⁰. Ainsi donc, tout régime autonome au sens le plus large, « droit de l'environnement », « droit de l'espace », etc. interagit avec d'autres codifications ou ensembles juridiques qui spécifient les principes spéciaux dont il faut tenir compte. Elle apporte à la prise de décision juridique des aspects et des considérations qui sont censés être pertinents et qui doivent se composer avec d'autres éléments. Il n'y a pas d'exclusion rigoureuse implicite, ce qui signifie que l'on s'oriente sur des considérations et des pratiques qui peuvent être plus ou moins pertinentes selon que le problème entre dans le cadre du « droit commercial », du « droit humanitaire » ou encore des « droits de l'homme ».

De plus, comme il a été indiqué plus haut, les rapporteurs spéciaux sur la question de la responsabilité de l'Etat n'ont jamais vu dans les régimes ou les sous-systèmes autonomes des « circuits fermés juridiques », c'est-à-dire des systèmes excluant complètement et définitivement toute intervention du droit général. La pratique et la littérature amènent au moins à cette conclusion que les articles 31 et 32 de la CVDT s'appliquent dans tous les cas à moins qu'ils ne soient expressément écartés par d'autres principes d'interprétation. Pour des raisons de politique générale, la même position se retrouve dans de nombreux articles spécialisés sur les traités relatifs aux droits de l'homme comme le note PAUWELYN : « Dans leurs relations conventionnelles, les États peuvent s'entendre pour exclure une règle ou plusieurs règles ou, en théorie, toutes les règles de droit international (hormis le *jus cogens*), mais ils ne peuvent faire de même pour le système du droit international »¹²⁶¹.

La Commission explique également que : « Même à l'égard d'un régime bien développé, le droit général exerce au moins deux fonctions. En premier lieu, il fournit le fonds normatif qui supplée aux aspects du fonctionnement du régime que celui-ci n'a pas expressément prévus. Par exemple, en cas

¹²⁵⁹ Le droit international général influe sur le fonctionnement d'un régime spécial essentiellement de trois façons: a) Le droit international général (c'est-à-dire les coutumes générales et les principes généraux du droit) comble les lacunes du régime spécial et offre des principes d'interprétation pour le fonctionnement de ce dernier; b) La plupart des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités (et avant tout les articles 31 et 32) valent en tant que droit coutumier et sont applicables au sens visé sous a); c) Le droit international général comporte des principes de hiérarchie qui contrôlent le fonctionnement du régime spécial avant tout en déterminant les normes impératives du droit international, mais aussi en donnant les moyens de déterminer, en cas de conflit, quel régime devrait l'emporter ou, du moins, quelles conséquences découlent de la violation des règles d'un régime commise de façon à respecter celles d'un autre (généralement la responsabilité de l'État);

¹²⁶⁰ Cf. Rapport de la CDI sur la fragmentation, *op.cit.*, par. 194.

¹²⁶¹ PAUWELYN, *Conflicts of Norms...*, supra, note 21, p. 37.

de dissolution d'un État qui est partie à un différend soumis aux mécanismes de règlement de l'OMC, les règles générales de la succession des États déterminent le sort à réserver à toutes les réclamations concernant cet État, qu'il soit demandeur ou défendeur... En deuxième lieu, les règles du droit général s'appliquent aussi si le régime spécial ne fonctionne pas convenablement. Il peut s'agir d'une défaillance de fond ou d'une défaillance de procédure, et certaines des possibilités offertes aux parties au régime sont indiquées dans la Convention de Vienne elle-même. Les règles relatives à la responsabilité de l'État peuvent également être pertinentes en pareil cas »¹²⁶².

Par ailleurs, l'harmonisation des systèmes juridiques peut également se faire à travers des modalités d'appréciation des juridictions internationales adaptant les principes du droit à l'infinie variété des espèces individuelles¹²⁶³. Faisant un parallèle avec Charles De VISSCHER, parlant de la CPIJ, on peut dire que la CIJ continuera « à *devoir tenir compte, dans une mesure plus restreinte sans doute, mais encore toujours importante, de ces principes généraux du droit* » auxquels se réfère si justement son Statut, qui sont la source de toutes les règles positives et qui seuls permettent d'en faire une application adéquate aux exigences toujours mouvantes du progrès international »¹²⁶⁴. Le droit international constitue un système juridique dont les règles, les principes ou normes s'appliquent en relation avec d'autres normes et en interprétation à celles-ci. Alors, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de sorte à faire émerger un ensemble unique d'obligations compatibles les unes envers les autres et selon un schéma adapté qui ferait que les obligations de moindre importance tirent leur reconnaissance des obligations dites fondamentales : c'est ici toute la portée du « principe d'harmonisation » ; ce besoin d'harmonisation est né du fait des conséquences néfastes du phénomène de fragmentation du droit international qui menace son unité, la sécurité juridique internationale et l'ordre juridique international.

Les limites ou carences spectaculaires du droit international dans le domaine de son application du fait de la faiblesse et de la rareté des procédures d'exécution et des techniques coercitives concèdent à l'interprétation des normes internationales une importance de premier plan permettant d'établir son unité et sa cohérence. Au-delà cependant de toutes les difficultés théoriques liées à l'interprétation des normes, il convient de dédramatiser largement les problèmes pratiques qui peuvent résulter de cette aporie. En effet, les sujets de droit international, essentiellement les États, sont souvent appelés à opérer une harmonisation dans l'application et l'interprétation des normes auxquelles ils ont eux-mêmes consenti. Aussi retrouve-t-on à ce stade, comme à ceux de

¹²⁶² Rapport de la CDI sur la question de la fragmentation, *op.cit.*, par. 191.

¹²⁶³ SALEILLES, *Livre du CeniTwirt*, p. 126.

¹²⁶⁴ Charles de VISSCHER, *La Codification du droit international*, *op.cit.*, p. 391.

l'élaboration des règles et de leur application, le caractère négocié et concerté du droit international public. Pour la Commission, « la validité d'un traité ou du consentement d'un État à être lié par un traité ne peut être contestée qu'en application de la présente Convention ». Et c'est ici qu'est clairement exprimé le « niveau minimal » auquel la Convention de Vienne régirait tout ce qui se passe dans le monde de la création et de l'administration de régimes.

D'ailleurs en se référant à la CVDT, tout traité devrait en principe s'adapter à l'évolution du droit et il appartient aux cours et tribunaux d'inclure tout droit international qui s'impose aux parties en tant que droit et ce quel que soit le domaine du litige dont ils ont été saisis. Cela s'explique certainement par le fait que « [L]e droit international se compose largement de coutumes ou de traités normatifs, qui ne sont pas accompagnés, comme en droit interne, d'actes concertés d'exécution qui viendraient aux différents stades en rendre à la fois opératoire et univoque la signification, l'enfermant dans un réseau croissant d'éclaircissements. Ainsi, un instrument commun à différents États comme un traité connaît une diversification, une individualisation de ses modalités d'application, de telle sorte que tout se passe comme si un traité était en réalité une collection d'actes unilatéraux librement mis en œuvre par chacune des parties pour son propre compte »¹²⁶⁵. Aussi, l'un des corollaires du principe de la souveraineté étatique consiste dans la libre interprétation, par l'Etat, de ses propres engagements, d'affirmer le sens qu'il leur confère, et le plus souvent, en pratique, les limites qu'il leur assigne, comme en contrepartie le sens qu'il attache aux obligations correspondantes des autres sujets. Cette capacité subsiste même en dépit des restrictions formelles que peuvent comporter les instruments conventionnels¹²⁶⁶. Toutefois, les dispositions pertinentes de la CVDT du 23 mai 1969 (art. 31, 32 et 33 sur l'interprétation) manifestent la diversité dans les modalités d'exercice de cette capacité¹²⁶⁷.

Au niveau des organisations internationales, la capacité d'interprétation est fonction de leur charte constitutive et peut s'organiser de manière variable, partant du fait que leur fonctionnement reste dominé par un principe de spécificité, notamment en ce qui concerne leurs compétences, lesquelles ne sont que des compétences dérivées. Pour les Communautés européennes, l'attribution à la Cour de Justice de l'Union européenne d'une compétence obligatoire en matière d'interprétation figure

¹²⁶⁵ Paul AMSELEK, « *Interprétation et droit* » publié sous la direction de, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 187.

¹²⁶⁶ Ainsi, le fait qu'un traité interdise les réserves sur tout ou partie de ses dispositions n'empêche pas l'exercice d'un droit indépendant d'interprétation, puisqu'il n'est pas de même nature. Il ne consiste pas, en effet, comme pour les réserves, à modifier la substance d'un engagement, mais simplement à l'éclaircir, à lui donner son sens initial et complet - même si une telle différenciation peut en pratique être artificielle.

¹²⁶⁷ Il peut s'agir de déclarations, donc d'attitudes formalisées, contemporaines de l'engagement, mais aussi postérieures à lui, il peut également s'agir de pratiques juridiques, de conduites, de comportements dont on pourra déduire le recours à un sens donné d'une règle, qui en attesteront l'usage.

dans le Traité de Rome lui-même (art. 177)¹²⁶⁸. Ces solutions opposées entre une organisation internationale et une organisation régionale peuvent déboucher sur une interprétation divergente de la Charte puisqu'un Etat membre peut estimer qu'une résolution donnée excède les compétences de l'organe qui l'a adoptée, la déclare nulle et refuse de la prendre en considération.

Fort heureusement, il existe à côté deux autres techniques d'interprétation de la règle de droit international : d'une part, une interprétation concertée issue de la volonté commune des sujets liés par une règle de droit. Elle fait autorité dans la mesure où elle émane des auteurs de la règle elle-même et constitue, en vertu de cela, une technique d'harmonisation des capacités concurrentes. D'autre part, l'interprétation juridictionnelle qui occupe une situation quelque peu intermédiaire entre l'interprétation concertée et l'interprétation unilatérale¹²⁶⁹. Elle émane en effet soit d'un organe d'une organisation, soit d'une juridiction indépendante qui constitue à elle seule une telle organisation. À cet égard, son autorité est fondamentalement limitée, n'apportant en pratique qu'un remède partiel dans l'application du droit international¹²⁷⁰.

De manière générale, que ce soit sur le plan interne ou international, le sujet ou l'organe qui commande l'interprétation du droit commande par la même occasion son sens, et il est vrai que la bataille pour la maîtrise de l'interprétation est une composante décisive de la lutte pour le droit. En effet, il est sans doute vrai qu'en droit international plus qu'ailleurs, la majeure partie de l'activité juridique diplomatique mais aussi juridictionnelle voire doctrinale s'attache à déterminer la visibilité et le sens des règles en vigueur, à préciser leur portée, à définir leur articulation mutuelle¹²⁷¹. Or, l'augmentation du nombre de sujets en droit international mettant en avant une concurrence des modes d'interprétation, le développement insuffisant de nombre de régimes juridiques ou encore la flexibilité des normes générales souvent supplétives ou optatives sont autant de facteurs qui contribuent au dysfonctionnement d'une interprétation harmonieuse du droit international. Ainsi, l'interprétation est un élément d'expression de la *positivité du droit*¹²⁷² en ce sens qu'il lui appartient de conférer aux règles de droit l'efficacité juridique sur lesquelles elles peuvent se prévaloir pour leur bonne application. La Charte des Nations Unies constitue en soi un instrument de référence

¹²⁶⁸ La compétence de la CJCE lui a permis d'imposer aux Etats membres et à leurs juridictions une interprétation centralisée et autoritaire du droit communautaire, établissant son unité et sa primauté, la capacité d'interprétation des organes de l'ONU entre en concurrence avec celle des États membres.

¹²⁶⁹ Elle est concertée puisqu'elle repose sur le consentement préalable des États intéressés à la juridiction. Mais elle demeure unilatérale en tant qu'imputable à un organe déterminé.

¹²⁷⁰ C'est le cas pour les avis consultatifs de la CIJ. Même si les organes qui les sollicitent les considèrent généralement comme obligatoires, ils ne peuvent s'imposer directement aux États membres. C'est également le cas des arrêts, ou des jugements de tribunaux arbitraux.

¹²⁷¹ Paul AMSELEK, *Interprétation et droit*, op.cit., pp. 192 s.

¹²⁷² Dans la mesure où l'interprétation comme produit résulte toujours d'un choix entre plusieurs significations possibles, où elle imprime à la règle un contenu déterminé, même si elle n'en épuise pas les diverses acceptions possibles, elle rappelle au surplus que la positivité du droit est le produit d'une politique juridique.

pour l'interprétation de normes internationales. De même la CVDT, par exemple, combine de façon équilibrée ou habile trois types de règles qui sont virtuellement antagonistes à savoir : la textualité ; l'intention des parties ; la finalité des dispositions. Dès lors, il appartient à chacun des interprètes d'utiliser de manière habile l'ensemble de ces méthodes puisque toutes les méthodes d'interprétation ne peuvent guère être unifiées dans un *corpus* unique, dans une méthode générale et uniforme. Tout au contraire, la pluralité des méthodes maintient leur ouverture et leur flexibilité, leur permettant de servir à toutes fins.

C'est ainsi que sont de plus en plus considérées des solutions de *soft law* illustrées par l'exemple de la notion de précaution en droit international telle que formalisée lors de la Conférence de Rio de 1992, puis confirmée plus tard d'abord par le TIDM dans l'affaire du thon à nageoire bleue de 1999¹²⁷³, ensuite par la CJCE, favorable à l'application directe du principe¹²⁷⁴. Le principe constitue un droit mou (« *soft law* ») et traduit un principe interprétatif, un « principe directeur »¹²⁷⁵. Les termes employés révèlent en effet la volonté d'énoncer des recommandations, des orientations guidant l'action des Etats et non des obligations à leur charge. Les Etats n'ont en outre pas la volonté de se conformer à une obligation de précaution. Quant à la pratique juridique, il serait souhaitable, voire très utile pour les négociateurs de futures conventions d'avoir des outils pratiques et des critères d'interprétation des traités lorsqu'ils envisagent la question des effets des conflits sur le droit international. Ce qui laisserait à la Commission, comme l'avait proposé Thomas FITSCHEN (représentant de l'Allemagne à la Sixième Commission) le soin d'« Adapter les traités internationaux aux changements de circonstances c'est-à-dire identifier ce qui constitue un accord conséquent et une pratique conséquente, et de quelle façon ils affectent l'application et l'interprétation des traités ». Il appartiendrait dès lors à la Commission de faciliter l'utilisation d'un « *principe de common law* » qui impliquerait la prise en considération des règles et principes développés dans les autres branches du droit et par les différentes juridictions.

b) L'élaboration d'un système international organisé et hiérarchisé

C'est en rapport avec le thème de la multiplication des juridictions internationales, particulièrement liés à la problématique de la fragmentation du droit international que plusieurs propositions ont été analysées dans le but d'avoir un système juridictionnel international organisé¹²⁷⁶. La raison principale qui a été évoquée est celle d'un besoin urgent de juguler les dangers de contradiction des

¹²⁷³ Le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), saisi par l'Australie et la Nouvelle-Zélande d'une demande en mesures conservatoires, avait considéré que « les parties devraient (...) agir avec prudence et précaution » (cf. *Affaire du thon à nageoire bleue*, §77).

¹²⁷⁴ CJCE, *Affaire des filets maillants dérivants* de 1993, affaire de l'ESB de 1996.

¹²⁷⁵ P. MARTIN-BIDOU, Le principe de précaution en droit international de l'environnement, *RGDIP*, n°3, 1999, p.631.

¹²⁷⁶ Pierre-Marie DUPUY, Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilités des Juges », Vol.1, *EJLS* n°2, p. 32 et s.

jurisprudences et celui de retrouver l'unité du droit international. Il s'agit donc pour la doctrine de revoir la relative « précarité » du système actuel pas assez adapté à un droit international en pleine expansion. Les juges jouent un rôle déterminant et crucial dans la centralisation de l'ordre juridique international. En même temps qu'ils jouent un rôle révélateur de *l'opinio juris*, ils ont aussi un rôle de faiseur *d'opinio juris* (enjeux de cohabitation entre différents ordres normatifs). Ils participent ainsi au développement de *l'opinio juris* en faisant de la pesée d'intérêts pour dégager des principes et des règles. Mais les juges agissent également comme des agents pour la structuration de l'ordre international. Ils exercent une fonction très importante pour préserver sa cohérence puisque, à travers les décisions qu'ils rendent, les tribunaux internationaux participent à la structuration de l'ordre international. Mais pour ce faire, il y a ici nécessité de jumeler une double hiérarchie en droit international : une hiérarchie normative et une hiérarchie organique.

Dans le cas d'une hiérarchie normative, l'on sait que la mondialisation a provoqué la création de plusieurs organes internationaux qui, elle-même, a suscité l'accroissement du nombre de normes internationales. Comment les faire cohabiter et les faire appliquer ? L'exemple de la codification des obligations « *erga omnes* » par la CIJ et celle du « *jus cogens* » par la CDI dans la Convention de Vienne pourraient servir de base pour mettre en place une hiérarchie normative en droit international. Déjà, Kelsen dans la « *Théorie pure du droit* » affirme que toutes les normes juridiques trouvent leur fondement dans une norme supérieure. La norme qui est au sommet de la pyramide a un fondement extra-juridique : c'est la norme fondamentale, laquelle, dans le cadre du droit international, ne saurait être que la règle de « *jus cogens* ». Dans une même optique, KOHEN souligne que le DIP est une création collective de la société internationale car c'est un droit créé essentiellement par les Etats même si ses règles ne s'appliquent pas seulement aux seuls Etats qui ont donné leur consentement. Pour l'auteur, les valeurs d'une société donnée, à un moment donné, sont le fondement de l'ordre juridique.

Pour fonder cette société de valeurs, il existe plusieurs éléments capables de constituer la base d'un ordre public international. D'une part, la Commission souligne dans son rapport l'importance relative de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, de l'introduction de la notion de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* en tant que règles de conflits. D'autre part, la CVDT, le Statut de la Cour pénale internationale ainsi que les articles de la CDI sur la responsabilité des Etats sont autant d'éléments qui pourraient permettre aux normes de droit international d'entretenir des relations entre elles, même si les sources du droit (traité, coutume, principes généraux du droit) ne sont pas classées selon un ordre général de priorité. Ces règles et ces principes ainsi considérés comprennent au moins les normes qui régissent la qualité d'Etat, la juridiction des Etats, la représentation des Etats, la succession d'Etats, la création et le transfert de souveraineté, les privilèges et immunités des

diplomates, le statut territorial (par exemple, la liberté de la haute mer), les règles de nationalité, la notion de « crime contre l'humanité », sans parler de l'ensemble des diverses règles que l'Article 103 de la Charte des Nations Unies rend non seulement applicables, mais aussi hiérarchiquement supérieures aux règles fixées par les régimes autonomes.

Ainsi, dans le cadre de l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité internationale des Etats, comme le souligne Pierre-Marie DUPUY, le phénomène le plus marquant, consacré par l'effort de codification dont il a fait l'objet, est à n'en pas douter à relever du côté des incidences de la *multilatéralisation* des obligations internationales¹²⁷⁷. L'affirmation par la CIJ en 1970 de l'existence de règles impératives en droit international a révolutionné le droit international en ce sens, comme le souligne d'ailleurs le rapport de la CDI, qu'il n'a jamais fait aucun doute que, sur la scène internationale, certaines considérations sont plus importantes que d'autres et doivent être tenues pour telles en droit, même si la façon d'en tenir compte ne cesse de faire l'objet de controverses. Sans vouloir prendre position, on ne saurait ignorer l'importance reconnue à certaines normes, et la pratique du droit international a toujours reconnu l'existence de normes supérieures à d'autres, auxquelles il fallait donner effet¹²⁷⁸. En ce sens, l'Article 103 renvoie aux droits et obligations en vertu de la Charte et vise également les devoirs découlant de décisions exécutoires des organes des Nations Unies avec pour conséquence principale de mettre à l'écart la règle de moindre importance dans la mesure où elle est en conflit avec l'obligation visée à l'Article 103¹²⁷⁹. Cette règle énonce non une invalidité de la « règle inférieure », mais simplement une primauté de l'Article 103 qui est d'ailleurs expressément mentionnée au paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention de Vienne¹²⁸⁰. En conséquence de quoi, la supériorité hiérarchique des obligations en vertu de la Charte n'entraîne pas les mêmes effets que les règles de *jus cogens*, lesquelles invalident les normes incompatibles avec elles ou y mettent fin¹²⁸¹. De même, en tant qu'accord international

¹²⁷⁷ Pierre-Marie DUPUY, « *Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges* », Vol.1 EJLS No. 2.

¹²⁷⁸ Une pratique abondante donne effet à l'idée informelle que certaines normes sont plus importantes que d'autres et qu'en cas de conflit les premières doivent être suivies d'effet. On peut par exemple noter que la Cour internationale de Justice a pu, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (1949), limiter la souveraineté de l'État par ce qu'elle a appelé des « considérations élémentaires d'humanité » et, dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996), présumer l'existence de « principes intransgressibles du droit international coutumier » sans soulever d'objections fondamentales ; cf. *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, *CIJ Recueil 1949*, p. 22; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, CIJ, Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

¹²⁷⁹ Voir par exemple DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. » *supra*, note 14, p. 243; ZEMANEK, « The Legal Foundations of the International System... » *supra*, note 31, p. 230.

¹²⁸⁰ Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

¹²⁸¹ On a ainsi fait valoir qu'« il semble possible de trouver une solution claire au problème d'obligations conflictuelles si une disposition de la Charte reflète une norme de *jus cogens*. En ce cas, les obligations conflictuelles sont et demeurent nulles et non avenues ». BERNHARDT, « Article 103 », *supra*, note 447, p. 1298. Néanmoins la source d'invalidation n'est pas à trouver en pareil cas dans la Charte, mais dans la règle qui veut que tous les accords incompatibles avec le *jus cogens* soient privés de toute validité.

au même titre que n'importe quel traité, les obligations de la Charte des Nations Unies qui se retrouvent en conflit contre une norme impératives sont automatiquement frappées par une non-validité¹²⁸².

L'idée de normes impératives (*jus cogens*) est plus ancienne que le droit international moderne et il s'agit d'une catégorie de normes si fondamentales qu'aucune dérogation n'y serait permise puisque faisant prévaloir des objectifs d'ordre public et d'intérêt général. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été le premier à résumer l'origine, la nature et les effets du *jus cogens*¹²⁸³. Plus tard ce sont les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui vont reprendre la notion et lui donner plus de sens. Toutefois, la difficulté réside en ce que dans la version finale de son projet d'articles sur le droit des traités, la Commission du droit international s'est délibérément abstenue d'énumérer des exemples concrets de normes de *jus cogens*¹²⁸⁴, et ce parce qu'à son avis «on ne dispose d'aucun critère simple qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens*¹²⁸⁵ ». Quant aux obligations *erga omnes*, elles se distinguent des règles de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies et du *jus cogens* en ce qu'elles désignent le *champ d'application* du droit pertinent et les conséquences d'ordre procédural qui en découlent. Une norme qui porte création d'obligations *erga omnes* est à respecter envers « la communauté internationale dans son ensemble » et tous les États, qu'ils soient ou non directement intéressés par la question, sont habilités à mettre en jeu la responsabilité d'un État qui y aurait manqué. L'opposabilité *erga omnes* d'une obligation n'entraîne malgré tout aucune supériorité claire et nette de cette obligation sur d'autres obligations, bien que la pratique admette qu'elles établissent des obligations importantes¹²⁸⁶.

On n'insistera pas spécialement ici sur le cadre d'une hiérarchie organique vu que le Rapport de la CDI ne s'est pas appesanti sur ce pan de la question. Il s'agira simplement d'indiquer quelques pistes liées à la nécessité d'une coordination entre tribunaux de premier, de second et de troisième

¹²⁸² Voir par exemple FASSBENDER, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *supra*, note 454, p. 590 et s.

¹²⁸³ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a résumé comme suit l'origine, la nature et les effets du *jus cogens*: « En raison de l'importance des valeurs [l'interdiction de la torture] qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang supérieur à celui du droit conventionnel et même à celui des règles de droit coutumier « ordinaire ». Il s'ensuit bien évidemment que les États ne peuvent y déroger par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative ».

¹²⁸⁴ Voir Projet d'articles sur le droit des traités, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Annuaire*. 1966, vol. II, p. 270.

¹²⁸⁵ Lord McNAIR a exprimé avec élégance la même idée en écrivant que : « il est plus facile d'illustrer ces règles [*jus cogens*] que de les définir ». Voir A. D. McNAIR, *The Law of Treaties*, *supra*, note 57, p. 215. De même, par exemple, Aust, *Handbook of International Law*, *supra*, note 504, p. 11; SHELTON, « International Law and Relative Normativity », *supra*, note 496, p. 151.

¹²⁸⁶ Cette importance ne se traduit pas par une supériorité hiérarchique semblable à celle qui se dégage de l'Article 103 ou du *jus cogens*.

niveau. Il existerait une coordination d'application du droit international aux deux extrêmes internes (juge de 1^{ère} instance) et international (juge à la CIJ). L'unité de l'ordre juridique international ne peut provenir que d'une différenciation nette entre ordre juridique national et ordre juridique international. Avec un rôle central sur l'ensemble du droit international, la CIJ pourrait se situer au centre d'un système contentieux international décentralisé. A cet effet, elle serait en mesure d'exercer une influence positive sur l'évolution générale du droit international et ses différentes branches, en faisant valoir le point de vue de l'unité du droit : elle leur apporterait une base conceptuelle et modèrerait les tendances à privilégier une approche partielle ou militante du droit. Ce serait donc une coordination empirique autour de la CIJ qui pourrait occuper le sommet de la hiérarchie judiciaire et imposer son autorité du moins dans les fonctions d'interprétation des règles de droit international général. Par exemple, elle serait une sorte de tribunal international des conflits et déterminerait alors quels organes auraient compétence pour régler un différend international en cas de concurrence entre juridictions appartenant à des sous-systèmes différents.

A côté, le rôle des autres juridictions internationales (cours et tribunaux) mérite d'être souligné en tant que solution aux problèmes de conflits de normes. L'article 38 du Statut de la CIJ s'adresse à des juges en présence d'un différend, il est normal que ceux-ci recherchent d'abord si le différend est soumis à un traité dans la mesure où cette source est facilement identifiable, et ensuite, s'ils ne trouvent pas, ils cherchent dans la coutume. Ils recherchent d'abord la règle spécifique, même si le droit international est caractérisé par un principe essentiel, celui de l'équivalence des sources entre le traité et la coutume. Ceci signifie que les Etats peuvent conclure un traité dérogeant à une coutume et inversement une nouvelle coutume peut apparaître et déroger à un traité. En termes de valeur juridique, elles sont sur un pied d'égalité. La conséquence qui en découle est qu'il peut y avoir des conflits. Dans ce cas, la priorité est donnée au regard du contenu de la norme, au cas par cas. Le conflit doit être résolu à travers deux règles : la règle spéciale l'emporte sur la règle générale (*lex specialis derogat legi generali*) et la règle postérieure l'emporte sur la règle antérieure (*lex posterior derogat legi anteriori*). La seconde conséquence est qu'une même règle peut provenir de deux sources différentes comme dans le cas de *l'Affaire Nicaragua*¹²⁸⁷ dans laquelle on peut relever, avec beaucoup d'intérêt, que même si le contenu de deux règles est identique, la coutume ne perd pas pour autant son autonomie.

Il y a donc lieu de souligner ici les conséquences possibles d'une catégorisation des règles spéciales, c'est-à-dire que la prise en considération de celles-ci en tant que « règles autonomes » ou « règles exceptionnelles » peut conditionner la solution du problème des lacunes. Compte tenu de tout cela, le développement des règles spéciales dans l'ordre juridique international soulève des difficultés

¹²⁸⁷ CIJ, Arrêt du 27 juin 1986.

pour l'interprète et exige de ce dernier une plus grande capacité scientifique. Il exige également de renforcer les échanges entre les juges à tous les niveaux.

2/- Les mesures visant à renforcer la communication entre les juridictions internationales et la coopération entre les différentes branches du droit

La prolifération de cours et tribunaux internationaux est la conséquence de l'expansion du droit international public, qui couvre plus de domaines d'action que par le passé. La création de tribunaux spécialisés destinés à statuer sur des différends relevant de domaines spécialisés du droit international constitue un choix délibéré des Etats qui réagissent ainsi à cette évolution. Ces cours et tribunaux sont parfaitement conscients du fait qu'ils n'existent pas en tant qu'entités totalement distinctes. Ils doivent coopérer, étudier les travaux des autres juridictions et, dans la mesure du possible, harmoniser leur jurisprudence. Le rapport du Groupe d'étude de la CDI envisage ainsi le fait que, pour trouver une solution possible aux conflits de compétence, les « institutions [concernées] devront chercher à coordonner leur jurisprudence à l'avenir »¹²⁸⁸. Le Rapport ajoute que : « *Apprécier l'existence d'un conflit et le règlement du conflit font partie du raisonnement juridique, autrement dit du processus pragmatique par lequel les juristes interprètent et appliquent le droit formel* »¹²⁸⁹.

A certains égards, le débat sur la fragmentation est nécessairement lié à celui intéressant le rôle et la fonction de juge international dans la perspective d'une résolution des tensions et des conflits de normes suscités par ce phénomène. Il faut d'ailleurs reconnaître que les juges internationaux ont joué un rôle crucial dans le déclenchement de la fragmentation et, à ce titre, ont un rôle déterminant dans le maintien de l'unité du droit international comme on le verra ultérieurement. Pour l'instant, l'une des solutions préconisées par la Commission pour éviter les conflits de jurisprudence serait d'amener les juges internationaux à coopérer entre eux. Plusieurs mécanismes sont à même de favoriser cette coopération. C'est le cas du « principe d'*electio fori* car, contrairement au droit interne, le droit international s'attache à l'axiome selon lequel chaque tribunal international est juge de sa propre compétence mais aussi selon lequel la juridiction internationale est fondée sur le consentement des Etats comme le montre, parmi bien d'autres, l'exemple de l'ORD (art. 23 du Mémoire).

Cependant, les normes juridiques étant normalement prévues pour répondre au besoin de réguler une situation juridique concrète et préexistante, on pourrait s'appuyer sur le principe de la chose jugée et les cas de litispendance. La « litispendance » est la circonstance qui se présente lorsque

¹²⁸⁸ Voir Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude (voir document A/CN.4/L.682/Add.1).

¹²⁸⁹ *Ibidem*, par. 97.

deux juridictions de même degré ont été saisies du même litige alors qu'elles sont également compétentes pour connaître de l'affaire. Ainsi, lorsque des affaires ont été portées devant deux juridictions différentes et de même degré et qu'il y a un intérêt à ce qu'elles soient instruites et jugées ensemble, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande ou, à défaut, d'office. La notion existe également en droit international¹²⁹⁰, notamment dans le cas du droit communautaire avec la Convention de Bruxelles et le Règlement (CE) n°44/2001¹²⁹¹. La litispendance se différencie de la compétence dans la mesure où, en la matière, l'incident résulte non pas de l'incompétence de la juridiction saisie, mais au contraire du fait que plusieurs juridictions compétentes ont été saisies du même litige. Son usage permet donc de limiter les risques d'aboutir à une contrariété de jugement¹²⁹² et d'aboutir ainsi à un système juridictionnel intégré. En droit international, la litispendance concerne plus la recevabilité de la demande que la compétence du juge. Donc, dans le cas de la litispendance, le droit international ne peut offrir que des considérations d'opportunité pour pousser une cour à suspendre sa procédure ou à renoncer à l'exercice de sa compétence.

La coopération entre juridictions internationales peut également se faire dans le cadre de la signature de traités-modèles comme c'est le cas avec les Conventions sur le génocide (1948), le trafic de drogues (1961), la protection du personnel diplomatique (1963), le piratage (1970), la torture (1984), etc., ainsi que la continuation des systèmes basés sur l'extradition au niveau de l'ONU ; ou encore la Convention Européenne d'extradition (1957), la Convention Européenne d'Entraide en matière pénale (1959) et la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (1983) au niveau européen. Comme on peut le constater, le phénomène de prise en compte de la « *multilatéralité* » et la coopération juridictionnelle gagne du terrain face à l'extradition. Toutefois, le défaut de formation des autorités judiciaires en matière de coopération judiciaire internationale, la méconnaissance des conventions, des systèmes légaux judiciaires étrangers, auxquels il est difficile d'accéder, et la langue de l'autorité qui demande l'entraide judiciaire ainsi que pour le manque en moyens technologiques permettant une transmission rapide et efficace de l'information font encore

¹²⁹⁰ E. CORNUT, Litispendance internationale : la répudiation à venir est contraire à l'ordre public international. La Semaine juridique, édition générale, n°10, 7 mars 2011, n°262, p. 465-466, note à propos de 1ère Civ. - 23 février 2011.

¹²⁹¹ La litispendance européenne est réglée par l'article 27-1 du Règlement n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000. C'est une notion autonome, qui doit faire l'objet d'une interprétation extensive. Selon un arrêt de la Première Chambre de la Cour de cassation (1ère CIV. - 17 janvier 2006, BICC 638 du 15 avril 2006), viole ce texte la Cour d'appel qui, saisie d'une action en contrefaçon, rejette la demande de dessaisissement formée par la société défenderesse au profit d'une juridiction italienne saisie d'un litige opposant les mêmes parties, portant sur la résiliation de leurs conventions et le caractère licite de l'usage par la société des dessins fournis par son cocontractant. Lire à propos le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹²⁹² Lexique des termes juridiques, Dalloz 14^{ème} éd.

défaut à ce jour. Le résultat de l'action conjointe de tous ces facteurs négatifs est une coopération lente, inefficace et insuffisante, pleine de méconnaissance mutuelle entre les autorités impliquées.

On pourrait également évoquer le besoin d'harmonisation et d'uniformisation des normes internationales à travers leur origine et leur objet. En effet, en même temps qu'il prône la coexistence et la promotion de la coopération entre différents systèmes juridiques, le droit international a également pour mission d'harmoniser les droits internes. Cette mutation du droit international s'est d'abord réalisé au niveau du champ du droit international économique avec la mondialisation avant d'atteindre le droit international politique sous l'effet du triomphe du libéralisme. Mais la discipline dans laquelle l'incursion du droit international a été la plus spectaculaire reste incontestablement le droit constitutionnel au travers des notions telles que : droit de l'homme et des minorités ; démocratie et état de droit, etc. A ce propos, l'ancien Secrétaire général de l'ONU, BOUTROS BOUTROS-GHALI parle de la naissance d' « *un véritable droit international de la démocratie* »¹²⁹³.

Que cela soit envisagé dans le cadre du droit international général le plus classique, ou du droit spécial, il existe une certaine dépendance organique des institutions juridiques du droit international à l'égard du droit interne, comme l'illustre les conditions d'exercice de la protection diplomatique. D'ailleurs, Roberto AGO, dans ses rapports à la CDI, montrait comment cette institution traditionnelle mettait en œuvre un processus procédural permettant aux juridictions internes de faire respecter par leur propre état les obligations internationales auxquelles il est tenu. Elles peuvent ainsi lui éviter l'invocation et la mise en œuvre de sa responsabilité internationale¹²⁹⁴. Ce phénomène a connu une expansion du fait des droits de l'homme¹²⁹⁵. Les dizaines de conventions adoptées en ce domaine sont, certes, souvent dotées de mécanismes de suivi destinés à assurer le respect par les Etats des obligations souscrites. Cependant, c'est au juge interne de veiller à ce que chacune des Parties à ces traités applique les droits qu'ils consacrent.

En somme, il a été signalé dans les développements ci-dessus que le rapport de la CDI sur la question de la fragmentation préconise que les relations entre règles « de type spécial » et « de type général » où les relations dépendant d'une succession dans le temps servaient parfois de critères pour préférer une règle à une autre et ainsi éviter les conflits de lois. De même, on a vu que la solution aux problèmes de conflits de normes peut se trouver dans la prise en compte de quatre

¹²⁹³ BOUTROS BOUTROS-GHALI, « L'ONU et l'impératif de démocratisation », in *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 117-122.

¹²⁹⁴ Voir P.M. DUPUY, *Droit international public, op.cit.*, §§ 477-479; J. DUGARD, Deuxième rapport sur la protection diplomatique, 28 fév. 2001, A/CN.4/514.

¹²⁹⁵ Voir, notamment, C. TOMUSCHAT, *Human Rights, between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, Academy of European Law, Vol. XIII/1.

critères fondamentaux par les juges internationaux : la détermination de la véritable nature des obligations impliquées ; la prise en compte du facteur temporel ; la nécessité de prendre en considération la nature des obligations conventionnelles et le fondement des règles impliquées et, pour finir, la considération de quelques principes généraux du droit déduits de la logique juridique (Ex : prise en compte des règles de l'art. 31 de Vienne de 1969). Et, même si la résolution des conflits normatifs en droit international est prévue par des règles et principes contenus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ou encore présidée par le principe de l'harmonisation¹²⁹⁶, des rapports hiérarchiques apparaissent souvent en droit international : c'est le cas de règles de *jus cogens*, de l'Article 103 de la Charte, de *lex specialis* ou *lex posterior*... L'objet de toute hiérarchie en matière normative est de résoudre les conflits de normes qui se posent dans un système considéré. Evoquer la probabilité d'une hiérarchisation des normes en droit international n'est plus un sujet « tabou » à l'heure actuelle.

Il s'agit maintenant d'examiner les limites qu'offre le rapport final de la CDI sur la question des difficultés découlant de la fragmentation du droit international.

§ 2 : Les limites de l'examen de la CDI sur la question de la fragmentation

La Commission de droit international s'est occupé de la question de « *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* ». Dans son analyse, elle a clairement exprimé sa préférence pour une perspective matérielle et non institutionnelle faisant ressortir ainsi trois situations distinctes que soulèvent de manière différente la question de la fragmentation¹²⁹⁷. D'après le professeur KOSKENNIEMI, la fragmentation peut être abordée de deux manières : soit à partir d'une analyse du droit positif en examinant la manière dont les traités ou le droit coutumier se fragmentent en régimes spéciaux, soit de manière institutionnelle en considérant la prolifération des juridictions internationales et notamment l'examen de la pratique au cas où des juridictions internationales ou d'autres autorités viendraient à adopter des points de vue contradictoires. Ainsi selon cette approche du sujet, il a été noté qu'un examen des différents exposés et travaux écrits sur le sujet de la fragmentation faisait ressortir la nécessité d'établir une distinction entre une perspective institutionnelle et une perspective matérielle. Tandis que la première s'intéressait surtout aux questions institutionnelles touchant la coordination pratique, la hiérarchie institutionnelle et la nécessité pour les différents acteurs, en particulier les cours et les tribunaux internationaux de prêter mutuellement attention à leurs jurisprudences respectives, la

¹²⁹⁶ Le principe d'harmonisation consiste, en cas de conflit entre deux normes, de toujours garder à l'esprit que ces normes devraient être interprétées comme étant compatibles dans la mesure du possible.

¹²⁹⁷ Elle a effectivement examiné a) la fragmentation résultant d'interprétations antagoniques du droit général ; b) la fragmentation résultant de l'émergence d'un droit spécial en tant qu'exception au droit général et, enfin, c) la fragmentation considérée sous l'angle de la différenciation entre plusieurs types de droit spécial.

deuxième supposait que l'on examine si et comment le fond du droit lui-même pouvait être fragmenté en régimes particuliers qui risquaient de manquer de cohérence ou étaient en contradiction entre eux¹²⁹⁸. Si la CDI s'est contentée d'adopter la seconde position dans son analyse du phénomène de fragmentation (A), l'aspect institutionnel bien que légèrement abordée, n'en présente pas moins un intérêt primordial (B).

A/- LE CHOIX D'UNE APPROCHE SYSTEMIQUE PLUTÔT QU'INTUITIVE

Pour la CDI, l'approche de la fragmentation est davantage axée sur le système. C'est la raison pour laquelle elle a plutôt opté en faveur d'une approche systématique, plutôt qu'en faveur d'une approche intuitive, pour identifier la substance d'une telle problématique juridique. Le Groupe d'étude s'était concentré sur les questions de fond tout en soulignant la dimension du droit international en tant que système juridique. La fragmentation n'ayant pas que des aspects négatifs, il s'agissait plus pour les membres du Groupe d'étude d'aider à expliquer un phénomène nouveau de l'environnement juridique plutôt que de chercher à résoudre les conflits organiques auxquelles elle soumet le droit international moderne. Dans ce point, on mettra en exergue le fait que la Commission ait choisit une méthode d'analyse descriptive plutôt que positive (1) qui, à long terme, pourrait porter préjudice à la respectabilité dont elle continue de jouir au plan international. Il aurait semblé plus efficace que la Commission proposât aux Etats une nouvelle réglementation en matière de résolution des conflits de normes (2).

1/- Une méthode d'analyse simplement descriptive de la fragmentation

Il avait été admis par les membres de la Commission que celle-ci adopterait une approche descriptive qui se limiterait à évaluer la gravité de la fragmentation en droit international. La Commission a ainsi jugé qu'il était plus intéressant de se focaliser sur une approche plus exploratoire du phénomène, car celui-ci est susceptible d'évolution avec le temps. Certes, on ne peut qu'apprécier une telle méthode de travail qui vise à s'étaler sur le long terme mais on est également en droit de s'interroger sur l'apport normatif d'une entreprise de codification ou de développement progressif du droit international qui n'entend pas élaborer des normes, se contentant d'établir des directives ou des principes¹²⁹⁹. En effet, on peut craindre que cette pratique ne se généralise dans le futur et finisse par faire douter de la singularité de la contribution de la CDI par rapport à celle des

¹²⁹⁸ Nations Unies, Rapport de la CDI, Cinquante-cinquième session, 5 mai-juin et 7 juillet-8 août 2003, Assemblée Générale, Documents officiels, Suppléments N°10, p. 238.

¹²⁹⁹ Sur les problèmes de normativité en droit international, lire notamment J. d'ASPREMONT LYNDEN, « Les dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de justice », R.B.D.I., 2003/2, pp. 496-520.

autres sociétés scientifiques¹³⁰⁰. Il est vrai que, depuis un certain nombre d'années, la CDI a adopté une nouvelle méthode de travail qui consiste à s'appuyer sur un Groupe de travail, constitué le plus souvent pour considérer une question spécifique ou surmonter une impasse dans laquelle se trouve la Commission¹³⁰¹. On espère, à juste titre, que dans le cas des travaux relatifs à la fragmentation du droit international, le rapport fourni par le Groupe de travail a servi à définir une orientation générale et que les travaux de la Commission ne se confondront pas, exclusivement, avec directives et conclusions du Groupe de travail¹³⁰².

De toute évidence, l'approche d'une analyse systémique du phénomène de la fragmentation et ses conséquences, choisie par la Commission, a consisté à répondre à une demande de la société internationale en s'appuyant sur les composants fondamentaux du système juridique international afin d'élaborer et mettre en œuvre une stratégie destinée à mieux guider et orienter les acteurs internationaux concernés dans une direction bien précise. Autrement dit, avoir un regard systémique consiste ici à se centrer sur la structuration des contenus normatifs, ou encore sur la façon dont les normes circulent dans le système et non sur le contenu de ces dernières. Ici, on s'attache beaucoup plus au « comment » se déroulent les échanges normatifs entre systèmes et ordres juridiques plutôt qu'à leur objet. Ce qui nécessite la mise en place d'ajustements successifs pour réguler les problèmes spontanés suscités par le phénomène de la fragmentation et aider à l'organisation des acteurs pour que ceux-ci s'adaptent au mieux aux évolutions de leur environnement. Si cette méthode peut s'avérer particulièrement intéressante dans la mesure où elle propose des modalités adaptées aux situations rencontrées par les sujets du droit international, elle ne fait que donner une alternative sans jamais résoudre irrémédiablement le problème, en proposant simplement des « techniques sophistiquées » de modélisation de la complexité ainsi créée, ou encore en suscitant des analyses thérapeutiques dites « systémiques ».

La Commission a donc fait le choix d'appliquer, dans son analyse, cette logique systémique qui incite à se détacher du problème de fond pour se consacrer prioritairement à ce que le système pourrait offrir lui-même comme solution. Cette démarche a consisté d'abord à identifier les difficultés suscitées par le phénomène de la fragmentation en droit international, avant d'apprécier,

¹³⁰⁰ On parle ici de manière spécifique des autres organismes qui interviennent dans le cadre de la codification du droit international en général.

¹³⁰¹ Ce fut notamment le cas, aux cinquante-cinquième et cinquante-sixième sessions de la Commission, au sujet des actes unilatéraux des Etats, cf. *The work of the International Law Commission* (1996), 6^e éd., vol. 1, 2004, p. 23.

¹³⁰² L'une des principales craintes exprimées par la majorité des auteurs est de voir les travaux de la CDI apparaître tous orientés et commandés par le groupe de travail alors même que l'élargissement du nombre des membres de la CDI de 25 à 34 avait pour but d'éviter que les travaux de cet organe ne deviennent « une série de monologues, intéressants si l'on veut, mais pas indiqués pour permettre cet ajustement réciproque et progressif de positions en vue de la formation d'un accord réel sur les formules acceptables par tous » ; cf. R. AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *op.cit.*, p. 550.

parmi les processus en cours, les leviers d'action pertinents sur lesquels fonder sa stratégie. Or, il semble que cette méthode s'avère de moins en moins adaptée pour résoudre des problèmes techniques ou d'organisation impliquant divers acteurs. Baser simplement sa logique sur une différenciation des normes juridiques produites par ces différents acteurs sans jamais les opposer (puisque jugées complémentaires entre elles) ne permet pas toujours d'analyser la complexité des relations entre des systèmes et d'en comprendre les mécanismes. Une analyse de la théorie générale des différents systèmes juridiques¹³⁰³ apprend que tout système possède des propriétés et des caractéristiques communes mais qu'au-delà des échanges multiples et apparents, se cache le plus souvent un ordre constitué d'interactions récurrentes. Ainsi, devient-il difficile d'appréhender de manière efficace un système dans sa globalité, tout en conservant une certaine neutralité. Pour cela, il aurait été intéressant de porter son regard sur le désordre apparent créé par les productions normatives de chaque acteur en se focalisant sur deux aspects : les composants fondamentaux du système et ses interactions récurrentes.

En tentant de faire entrer tout le système dans un modèle de lecture analytique, la Commission aurait pu faire émerger le contenu des différents composants fondamentaux qui alimentent la dynamique actuelle du droit international et ainsi mieux renseigner les acteurs sur son équilibre. Cette approche aurait eu l'avantage de mieux cerner les échanges et les comportements entre les sous-systèmes qui se traduisent par des processus interactifs et des comportements spontanés pas toujours structurés. La Commission aurait ainsi favorisé l'organisation de l'ensemble du système international en fonction de règles générales précises déduites de la logique « juridique » et de sa propre expérience. C'est pourquoi il aurait été souhaitable que la Commission opte pour une analyse faisant prévaloir une approche méthodologique mixte, mettant plus d'appoints sur les interactions récurrentes dans le fonctionnement du système international. L'aborder sous cet angle aurait certainement permis d'approcher toute la complexité qui se cache derrière la trame relationnelle entre les acteurs et les sous-systèmes entre eux. Ce qui lui aurait, somme toute, permis de proposer des solutions normatives nouvelles aux problèmes des conflits normatifs.

2/- Le choix d'une nouvelle normativité comme solution aux conflits de normes

Dans son Rapport, la Commission n'a fait que recenser les domaines dans lesquels des règles de droit international étaient en conflit. Il faut noter que le Groupe d'étude a pris comme base la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et a choisi de se concentrer sur le principe, selon lequel ce sont les États qui créent les normes juridiques internationales. Or, la définition en

¹³⁰³ Pierre BONASSIES, Rudolf B. SCHLESINGER, *Le fond commun des systèmes juridiques. Observation sur un nouveau projet de recherche*, *Revue internationale de droit comparé*, 1963, vol. 15, pp. 501-540 ; voir aussi Mireille DELMAS-MARTY, *collec. Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004.

termes généraux pour certains « concepts » en droit international s'impose aujourd'hui, notamment en matière de traités d'extradition ou de normes relatives aux droits de l'homme, là où les conflits d'interprétations sont le plus plausibles. Dans l'exemple de la contradiction de jurisprudences entre la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires* et celle du TPIY dans l'affaire *Tadic*, on se rend à l'évidence que c'est la définition de la notion de « contrôle effectif » qui est au centre de la contradiction, chaque juridiction essayant de lui donner la définition qui sied le mieux au cas d'espèce auquel elle est appelée à se prononcer. Il semble, en effet, que l'application du critère de contrôle effectif n'ait pas été bien accueillie par la doctrine¹³⁰⁴, d'où son remplacement par le critère de « contrôle global »¹³⁰⁵ d'abord dans l'affaire *Laurent Semanza*¹³⁰⁶ jugée devant la Chambre d'Appel du TPIY, ensuite son application par la CEDH dans la célèbre affaire *Loizidou* pour imputer à la Turquie les actes des autorités de la « République turque de Chypre Nord », à savoir la dépossession de la requérante de ses biens immobiliers¹³⁰⁷.

Ces quelques exemples suffisent à illustrer la nécessité pour la CDI de faire régler, par accord international, les questions de conflits normatifs. Déjà, lors de son intervention devant le Comité d'experts de 1925 chargé de réfléchir sur la codification du droit international, le professeur BRIERLY affirmait que le Comité devait « *rechercher les matières en droit international qui présentent un intérêt pratique et non un intérêt théorique et, si possible, choisir des questions qui, dans l'état actuel du droit international, présentent à l'heure actuelle des difficultés pour les gouvernements et qui seraient susceptibles, à la suite des travaux du Comité, d'être réglées par un accord international* »¹³⁰⁸. Rapporté à la CDI et près d'un siècle plus tard, cette affirmation reste d'actualité puisque l'évolution actuelle du droit international confronte largement les Gouvernements à des problèmes juridiques pratiques et impose à la CDI d'intervenir dans la résolution de ces problèmes. Parmi ces derniers, figure en bonne place le problème de conflits normatifs occasionnés par la fragmentation du droit international. A cet effet, existe-t-il des solutions de codification à cette problématique de conflits de normes internationales ? C'est l'une des principales interrogations à laquelle la CDI et, dans une moindre mesure, les autres organes de codification, sont appelés à répondre.

¹³⁰⁴ Voir Djamchij MOMTAZ, « Le droit international applicable aux conflits armés non internationaux », *RCADI*, t. 292.

¹³⁰⁵ La Chambre d'Appel du TPIY a opéré une nette distinction entre les actes exécutés par un groupe d'individus plus ou moins organisés et ceux commis par des individus agissant isolément : d'après elle, le critère du contrôle effectif est approprié pour imputer la première catégorie à un Etat, alors que pour la seconde, il suffirait que l'Etat exerce sur le groupe en question « un contrôle global en prêtant son concours à la planification d'ensemble » de ses activités militaires (cf. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Chambre d'Appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 137).

¹³⁰⁶ CEDH, *Laurent Semanza v. The Prosecutor*, Decision, Case n° ICTR-97-23 A, 31 May 2000.

¹³⁰⁷ CEDH, *Loizidou c. Turquie*, Rec. Série A, vol. 310, 23 mars 1995 ; et *Prosecutor v. Dusko Tadic*, n° IT-94-1-A, 15 July 1999, par. 128.

¹³⁰⁸ Cf. Procès-verbaux de la première session du Comité d'experts, 1925, p. 17.

Il est vrai que les conflits de normes ont existé, de tout temps et dans tous les systèmes juridiques. Mais contrairement à ce qui est admis en droit interne par exemple, les hiérarchies entre normes et institutions internationales sont moins fréquentes et beaucoup moins solides. D'où l'utilisation de nombreux types de principes interprétatifs censés contribuer à la résolution des conflits. Encore faudrait-il construire un ensemble cohérent de principes sur cette question dont la valeur serait nécessairement soumise et débattue par les Etats réunis au sein des Nations Unies. Ainsi, dans un premier temps, la résolution des conflits normatifs pourrait se faire par codification. Il ne s'agirait pas de créer de nouvelles règles, mais de porter plutôt toute l'attention sur les inconvénients et les dangers des questions certes règlementées par le droit international, mais dont la réglementation est peu satisfaisante ou fragmentaire. Le droit relatif à ces questions s'est suffisamment développé mais pas certainement d'une façon compatible avec ce qu'exigent des relations paisibles et amicales entre les Etats au point de créer des litiges sur le plan international. De telles questions entrent bien dans le domaine de la codification du droit international que prévoit l'article 15 du Statut de la CDI et relèvent donc de sa compétence.

Mais cette codification ne devrait pas s'entendre dans son sens *stricto sensu* : en effet, la codification ne serait ici qu'un outil essentiel qui permettrait de consacrer la « libre circulation des normes juridiques » au sens où elle devrait permettre d'ordonner et de trouver un langage commun permettant d'accéder aux concepts et de déterminer la solution d'un conflit de normes¹³⁰⁹ par l'harmonisation et l'uniformisation de certains domaines. Mieux encore, une telle codification générale aboutirait certainement à créer des références communes servant de ponts entre les différents systèmes qui composent l'ordre juridique international. Au-delà de cette codification *stricto sensu*¹³¹⁰, il faudrait amplifier l'œuvre de développement progressif du droit international. En effet, aujourd'hui, il existe de moins en moins de branches du droit international dont on puisse dire qu'elles comportent un accord si net dans la pratique des Etats au point de ne nécessiter qu'une simple codification unificatrice¹³¹¹. Le « développement progressif » pourrait ainsi agir de deux manières : d'un côté, il permettrait une « refonte » du droit existant, c'est-à-dire que les anciennes dispositions seront changées en tout ou en partie et que "l'acte ancien disparaîtra, remplacé par le nouveau". De l'autre côté, il permettrait une certaine consolidation du droit existant, le texte ancien ne faisant pas l'objet d'une abrogation, mais d'un simple renforcement par le nouveau. Dans un cas

¹³⁰⁹ Cette facilité d'échanges juridiques se ferait aussi entre règles nationales qu'au moment de l'intégration des normes régionales et internationales au sein des systèmes nationaux assurant par-là des accès communs à l'ensemble des systèmes juridiques.

¹³¹⁰ La codification est considérée ici comme une opération constitutive car elle permet à des actes existant sous la forme coutumière et parfois éparpillés d'être fixés dans un texte positif; le droit codifié peut ainsi se résumer en une « consolidation » du droit coutumier.

¹³¹¹ Plusieurs études ont montré que s'il existe dans la plupart des branches du droit international une base d'entente commune, quant aux principes, la pratique présente par contre une grande diversité quant aux détails d'application.

comme dans l'autre, il y aura nécessairement création de droit puisque la procédure de développement progressif sera fortement associée à une fonction législative qui tiendrait compte des éléments d'évolution du droit.

Une telle solution se justifie par le fait que, lorsque les États sont invités à formuler leur point de vue sur ce que doit être à l'avenir le droit international sur un sujet donné, ils ne se limitent pas à constater purement et simplement les règles juridiques déjà acquises ; ils s'efforcent de les améliorer, d'y introduire quelques réformes, certains éléments de progrès qui tiennent compte de l'évolution récente des faits et des idées. Il faut donc cesser d'opposer dans un débat stérile « codification » à « législation », comme s'il fallait faire un choix entre deux méthodes dont l'une serait exclusive de l'autre. La seule chose qui importe, c'est de rechercher de façon concrète et pratique, ce qui, à un moment donné et dans une matière donnée, est acceptable pour les Gouvernements. C'est la raison pour laquelle il serait intéressant que la CDI opère un toilettage régulier, voire perpétuel, des textes du fait à la fois du foisonnement des textes qui touchent aujourd'hui à quasiment tous les domaines et du fait des continuelles adaptations des textes à l'évolution du contexte, comme la chute du mur de Berlin ou l'arrivée de nouveaux Etats sur le plan international¹³¹². Les Etats entre eux, tout comme les organisations internationales, ne pouvant toujours justifier de la même maîtrise des contextes et ne pouvant disposer des mêmes outils pour faire face aux problèmes planétaires, leur action ne peut être efficace et coordonnée que si elle part d'une source commune.

Dans un second temps, la solution législative pourrait également être envisageable en pareil cas. Cette manière de résoudre les conflits normatifs fait appel à la réglementation des questions « *urgentes et nouvelles* » qui exige un travail de législation. L'article 20 du statut de la CDI a d'ailleurs expressément prévu cette éventualité en exigeant de la Commission de présenter ses conclusions sous forme de commentaires se rapportant non seulement « *aux divergences et désaccords qui subsistent* » mais également à « *l'étendue de l'accord réalisé ...* ». Ce qui sous-tend une distinction nette entre ce qu'elle constate de *lege lata* et ce qu'elle propose comme étant la règle véritable de *lege ferenda*.

Cependant, cette vision des choses n'enlève rien du rôle crucial joué par le groupe de travail dont le recours peut se comprendre aisément, même si l'on peut émettre des regrets concernant le fait que le Groupe d'étude ait laissé de côté l'analyse de la question sur le plan institutionnel. Il reste donc à voir le résultat des travaux, quant aux compétences des institutions, leurs relations et leur place dans le système juridique.

¹³¹² Pour plus de détails sur les conséquences juridiques de l'arrivée de ces Etats, lire : « Les nouveaux États dans la vie internationale », *Journal de la Société des Américanistes*, Année 1955, Volume 44, N° 1 pp. 268-269.

B/- LA MISE A L' ECART DE L'EXAMEN DU PHENOMENE SUR LE PLAN INSTITUTIONNEL

La fragmentation du droit international présente deux conséquences majeures : une conséquence législative centrée sur la diversification des techniques normatives (croissance exponentielle du droit dérivé) et une conséquence institutionnelle basée sur la prolifération des juridictions internationales. Or, certains manquements, et non des moindres, peuvent être relevés à l'analyse du rapport du Groupe d'étude de la CDI. En effet, celui-ci est consacré, pour l'essentiel, aux aspects substantiels de la fragmentation et n'aborde pas suffisamment les aspects institutionnels qui s'y rattachent. De ce fait, le rapport n'a pas cherché à établir le bien-fondé de la préoccupation selon laquelle la prolifération des cours et tribunaux internationaux spécialisés risquerait d'entraîner des incompatibilités et des contradictions au sein de la jurisprudence internationale. Ce choix de la Commission de ne pas se saisir de la question sur le plan institutionnel, démontre une fois de plus la fébrilité de cet organe à se saisir des principaux problèmes qui se posent en droit international. Le professeur Alain PELLET avait d'ailleurs clairement souligné cette « fuite en avant » de la CDI dans un article dédié au rapport, lorsqu'il affirmait que « ... *la Commission, conformément à une tentation à laquelle elle succombe de plus en plus fréquemment, s'en tient à une demi-mesure...* »¹³¹³. Après une analyse des difficultés de fragmentation sur lesquelles les membres du Groupe de travail n'ont pas souhaité axer leur propos (1), on reviendra plus spécifiquement sur l'intérêt qu'aurait suscité une analyse de la situation par l'organe de codification (2).

1/- Les difficultés institutionnelles de fragmentation éludées par la Commission

Suivant l'analyse du Groupe d'étude de la CDI, la fragmentation soulève deux principaux problèmes : au plan institutionnel et au fond. La Commission a fait le choix de laisser de côté le problème institutionnel, arguant qu'il valait « *[M]ieux confier aux institutions elles-mêmes le soin de traiter des compétences institutionnelles* »¹³¹⁴. Mais comment traiter de ces compétences lorsqu'on sait que ces organes sont en conflit entre eux et qu'il n'existe pas encore, sur le plan international, une hiérarchie entre les différents organes judiciaires ? Est-il besoin de rappeler qu'il a été admis dès le départ que la CDI était également un acteur dans le domaine institutionnel ? Pour J-M DUPUY¹³¹⁵, le rapport de la CDI sur la question de la fragmentation du droit international est non seulement « *trop lourd* », mais également « *sans grande utilité* » car il ne fait que « *rappeler*

¹³¹³ Alain PELLET, Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique : une codification pour presque rien, Mélanges offerts à Lucius CAFLISCH, par Marcelo G. COHEN (éd.), La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflich, pp. 1133-1155.

¹³¹⁴ Commission de Droit International, « *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », Rapport du Groupe d'études de la commission du droit international, Etablit sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, avril 2006, Nations Unies, p. 14.

¹³¹⁵ J-M DUPUY, Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ?, *op. cit.*, p.97.

*tous les principes élémentaires connus en matière d'interprétation des normes internationales*¹³¹⁶ ». Dans un article publié dans la RGDIP en 2007¹³¹⁷, le professeur B. CONFORTI montre également la légèreté du rapport de la CDI sur la question de la fragmentation, évoquant par la même occasion le rôle plus accentué que devrait jouer cet organe subsidiaire des Nations Unies.

Au demeurant, il était indiqué au paragraphe 505 du rapport de 2002¹³¹⁸ que les membres du Groupe d'étude étaient convenus que la Commission ne devait pas étudier la question de la création d'institutions judiciaires internationales ni celle de la relation entre ces institutions. En d'autres termes, il n'était pas demandé à la Commission de traiter de la multiplication des institutions. La Sixième Commission de l'Assemblée générale a paru se ranger à l'avis de la Commission à cet égard. Selon le paragraphe 227 du résumé thématique, plusieurs délégations ont souscrit au point de vue de la Commission qui estimait ne pas devoir s'occuper dans l'immédiat de la question de la création d'institutions judiciaires internationales ni de celle des relations entre de telles institutions et, selon le paragraphe 229, plusieurs délégations ont également estimé que la Commission n'avait pas à faire fonction d'arbitre dans les relations entre institutions. Pour autant, une certaine contradiction semble se glisser dans le discours de la Sixième Commission. En effet, en appuyant l'étude de la question de la fragmentation par la CDI, « la Sixième Commission de l'Assemblée générale lors de sa cinquante-septième session a estimé que le sujet présentait actuellement un intérêt considérable compte tenu de la possibilité de conflits, quant au fond et quant à la procédure, par suite de la multiplication d'institutions appliquant ou interprétant le droit international »¹³¹⁹.

Or, il semble que la seule évocation par la Sixième Commission de « la multiplication d'institutions appliquant ou interprétant [de différentes façons] le droit international » aurait pu suffire à amener la CDI à examiner de manière approfondi les effets de la fragmentation sous l'angle institutionnel. Deux principales questions auraient, en principe, dû retenir l'attention du Groupe de travail de la CDI : celle de la création d'institutions judiciaires internationales et des relations entre ces institutions et celle de l'absence d'une analogie entre systèmes internationaux et systèmes internes.

Concernant la première question éludée, on peut aisément soutenir l'idée selon laquelle le choix de la Commission reste discutable dans le sens où elle précise elle-même, dans le paragraphe 505 du chapitre X de son rapport que : « *On a néanmoins considéré que, dans la mesure où les mêmes règles ou des règles similaires du droit international pouvaient être précisées et appliquées différemment par des institutions judiciaires, il convenait d'étudier les problèmes posés par ces*

¹³¹⁶ Benedetto CONFORTI, *Interprétation des normes internationales*, RGDIP, n°1, 2007.

¹³¹⁷ B. CONFORTI, « Unité et fragmentation du Droit international : Glissez, Mortels, n'appuyez pas », RGDIP, ISSN 0373-6156, 2007, vol. 111, no1, pp. 5-18.

¹³¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément no 10 (A/57/10)*, chap. IX.

¹³¹⁹ Cf. Rapport de la Commission de droit international lors de sa cinquante-septième session, par. 422.

divergences ». On ne peut donc que s'étonner de ce que le Groupe de travail ait finalement laissé de côté cette question surtout que la Commission elle-même a reconnu l'existence du phénomène ainsi que les principaux problèmes qu'il soulève en droit international, l'un au plan institutionnel et l'autre au fond. Au plan institutionnel, le phénomène tient à l'existence de différentes institutions ayant la juridiction et la compétence pour appliquer le droit international, et au problème de leurs relations et d'une éventuelle hiérarchie¹³²⁰. Mais la Commission a préféré ne pas aborder cet aspect institutionnel, qui relèverait plutôt des institutions concernées auxquelles elle laisse le soin de résoudre les difficultés qui se posent. Toutefois, si l'on peut comprendre sa prudence car, selon Ahmed MAHIOU, « elle ne souhaite pas se mêler des délicats problèmes de répartition des compétences et de hiérarchie entre les institutions »¹³²¹, la position de retrait ne s'avère pas convaincante ; en effet, l'examen de cet aspect par la Commission pourrait apporter une contribution utile par une identification et une évaluation des problèmes posés et, éventuellement, des propositions de solutions, tout en laissant le choix entre les solutions aux instances appropriées.

Cela est d'autant plus vrai que l'expérience montre aujourd'hui que l'examen de l'harmonisation ou du conflit de normes ne peut pas se faire en totale abstraction de la répartition des compétences. Quelle que soit la solution vers laquelle on penche, unité et hiérarchie normatives ou pluralité et décentralisation normatives, elle aura toujours un retentissement sur les structures organisationnelles et elle devra prendre en considération la variable institutionnelle et donc les enjeux de pouvoir entre les instances concernées. C'est tout l'intérêt de certaines approches récentes relatives au pluralisme juridique qui est au centre de la réflexion d'un certain nombre d'auteurs¹³²². Ainsi, même si elles peuvent se révéler acceptables d'un point de vue juridique, ces positions de la Commission jugées très restrictives sont une occasion manquée de prendre à bras le corps l'ensemble des problèmes occasionnés par la fragmentation. En effet, il est probable de dissocier le traitement des deux faits

¹³²⁰ Le rapport de la Commission mentionne comme exemple la discordance de jurisprudence entre le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (affaire *Tadic*) et la Cour internationale de Justice (affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*) qui a rebondi avec l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. On pourrait aussi citer l'affaire *Mox*, qui est encore plus significative de l'enchevêtrement des compétences juridictionnelles, puisque pas moins de quatre juridictions ont été saisies à ce propos : le Tribunal international du droit de la mer, le Tribunal arbitral de la mer de l'annexe VII, le Tribunal arbitral de la convention OSPAR et la Cour de justice des communautés européennes (cf. S. MALJEAN-DUBOIS et J.-C. MARTIN, « L'affaire de l'usine *Mox* devant les tribunaux internationaux », *JDI*, 2007, pp. 437 s.).

¹³²¹ Voir Ahmed MAHIOU, Les paradigmes du droit international : les caractéristiques, *Cours général de droit international public, op.cit.*, p. 98.

¹³²² C'est notamment le cas de Mireille MARTY-DELMAS, qui analyse toutes ces problématiques dans sa chaire « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit » au Collège de France (Cf. *Le Flou du droit*, PUF, 1986, réédité en 2004 ; *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 1996 et *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998). Voir aussi M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*. Vol. I : *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004 ; vol. II : *Le pluralisme ordonné*, 2006 ; vol. III : *La refondation des pouvoirs*, 2007. Le pluralisme juridique est appréhendé par le professeur Francis Snyder sous un autre angle, celui des sites de gouvernance qui sert de clef pour analyser la mondialisation économique (cf. F. SNYDER, « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *L'observateur des Nations Unies*, no 13, 2002, pp. 3-63).

(législatifs et institutionnels) d'autant plus que dans la réalité, l'un ne va pas sans l'autre, voire même que l'un est le corollaire de l'autre. Ce silence assourdissant sur l'aspect institutionnel de la fragmentation est d'autant plus regrettable que la Commission aurait pu trouver utile d'aborder ce point ne serait-ce que pour s'interroger sur les relations existant entre ces deux catégories de mécanismes.

Il serait donc bienvenu, qu'à la suite de son rapport de 2006, la Commission se penche à nouveau sur cette problématique. Notons cependant qu'il a été admis par la Commission qu'elle pourrait utilement s'intéresser aux problèmes de communication entre ces mêmes institutions. Dans cette optique, la Commission avait prévu d'organiser, dans le futur, un séminaire auquel elle participerait en tant « qu'animateur » et dont l'objet serait « de passer en revue la pratique des États et de favoriser le dialogue et éventuellement l'harmonisation »¹³²³. D'autres membres sont allés plus loin en émettant le souhait et la proposition de voir la Commission faciliter la coordination de ce séminaire. De même, « des réunions plus institutionnalisées et périodiques ont été envisagées et on a fait observer que des pratiques comparables existaient déjà, comme par exemple la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et les réunions annuelles des conseillers juridiques des États qui se tenaient à l'Organisation des Nations Unies pendant que siégeait l'Assemblée générale »¹³²⁴.

Pour ce qui est de l'absence d'une analogie entre systèmes internationaux et systèmes internes, il a été noté qu'au paragraphe 506 du rapport de 2002, la Commission avait décidé de ne pas faire d'analogies hiérarchiques avec les systèmes de droit interne même si la hiérarchie n'a pas été totalement exclue de l'étude de la Commission. D'après la Commission, de telles analogies introduisaient une hiérarchie qui n'existait pas dans l'ordre juridique international et ne devait pas être plaquées sur celui-ci. En droit international, il n'y avait pas de hiérarchie bien établie et faisant autorité entre les diverses valeurs, par exemple les droits de l'homme par rapport à l'environnement. De plus, il n'y avait pas, en droit international, de hiérarchie établissant un système représenté par un organe de dernier recours chargé de régler les conflits de normes ou de jurisprudences. Les récents développements du droit international humanitaire, des droits de l'homme et du droit commercial international, font penser que les individus et les sociétés transnationales peuvent désormais être considérés comme des sujets du droit international public¹³²⁵. Cette interprétation, bien qu'allant à

¹³²³ Selon une autre proposition, ce séminaire devrait se tenir au début de chaque session annuelle de la Commission. Pour le Groupe d'étude, la tenue d'un tel séminaire était compatible avec le chapitre III du Statut de la Commission.

¹³²⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, chap. X., par. 508.

¹³²⁵ Sur cette question, consulter, entre autres : ASCENSIO (H.), Decaux (E.), Pellet (A.), *Droit international pénal*, Pédone, 2000 ; CASSESE (A.), *Le droit international dans un monde divisé*, BERGER-LEVRAULT, 1986 ; COMBACAU (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 1999.

l'encontre de l'orthodoxie juridique internationale traditionnelle¹³²⁶, paraît de plus en plus évidente de nos jours puisque les personnes morales ou physiques sont de plus en plus admises comme des sujets du système juridique international. Ce qui complique un peu plus les relations entre le système international et les systèmes internes.

On situe ici tout l'intérêt d'un mouvement d'harmonisation par la codification. Celui-ci, contrairement aux entrecroisements qui se limitent à des coordinations horizontales entre différents ensembles juridiques, présenterait l'avantage d'instaurer une relation de type vertical, impliquant une hiérarchie entre le haut (le niveau international, régional ou mondial) et le bas (le niveau national). Toutefois, comme l'indique le professeur MARTY-DELMAS, cette hiérarchie ne saurait être univoque car la primauté du droit international peut s'inverser au profit du droit interne¹³²⁷. Par ailleurs, d'autres questions et non des moindres ont été mises de côté par le Rapport. Ainsi par exemple, les questions de droit non contraignant («*soft law*») en tant que type spécial de droit doté de ses propres mécanismes d'application et de règlement des différends ayant valeur indicative n'ont pas été exploitées ni analysées. De même, les questions en rapport avec l'émergence de types de contraintes découlant d'activités privées ou mixtes publiques-privées dont la *lex mercatoria* ou d'autres types de réglementations informelles des activités transnationales et leurs effets sur l'élaboration traditionnelle du droit n'ont pas été abordées.

En somme, si l'intégration horizontale à base conventionnelle représente pour la communauté internationale un modèle pour assurer l'unité du droit international, il n'en demeure pas moins que cette intégration horizontale ne peut être renforcée, du moins dans certains domaines, que par une intégration verticale à base institutionnelle. Il est vrai que le droit international ne fonctionne pas de la même manière que les systèmes internes qui sont, eux, pourvus d'une hiérarchie normative leur permettant de faire juger des conflits normatifs en dernier recours par un organe spécifique. A partir de là, seule l'idée de faciliter les communications entre les diverses institutions du système juridique international et d'harmonisation ont été valablement admises par le Groupe de travail de la Commission. Mais les problèmes posés par les divergences de jurisprudence ne peuvent être ignorées par la CDI d'autant plus que c'est en précisant les règles les unes par rapport aux autres qu'on pourrait éviter la plupart des conflits juridictionnels. C'est la raison pour laquelle il aurait été souhaitable que la CDI dans son étude sur la fragmentation, saisisse l'occasion d'une analyse du phénomène sur le plan institutionnel.

¹³²⁶ Celle-ci admet que seuls les sujets du droit international peuvent créer, appliquer ou veiller à l'application des règles de ce droit et porter la responsabilité de sa violation, même en ce qui concerne les droits de l'homme, le droit humanitaire et le commerce international.

¹³²⁷ Le professeur DELMAS-MARTY explique qu'il s'agit là de « la raison d'être de principes comme la subsidiarité en droit communautaire, ou la complémentarité dans le statut instituant la Cour pénale internationale, qui incitent à chercher d'abord la solution en droit interne (cf. *Le Pluralisme ordonné*, Les forces imaginantes du droit (III), Seuil, 2004, p. 72.)

2/- L'intérêt pour la CDI de se saisir du phénomène sur le plan institutionnel

Sachant que l'ordre normatif international ne saurait se concevoir en présence d'un désordre structurel, il est difficile de comprendre pourquoi le codificateur se refuse à s'engager sur le terrain de la structuration du droit international qui lui paraît hors de sa mission. Cela est d'autant plus étonnant que sa tâche consiste à atteindre une certaine forme d'objectivité dans les relations internationales, particulièrement entre les Etats, conformément à un ordre ou un objectif préalablement établi. Cet ordre, d'après Maarten BOS, ne peut se concevoir que de façon historique et métaphysique¹³²⁸. Sur le plan historique, l'ordre objectif se traduit dans le stade de l'évolution du monde et le codificateur, qui accompagne cette évolution, ne doit aller ni trop vite, ni trop lentement. Cela est d'ailleurs clairement exprimé à travers les quatre critères formulés par le Secrétariat des Nations Unies à savoir : les exigences de justice, l'intérêt général de la communauté des Etats, le progrès international et le bon voisinage. Les trois premiers critères ont d'ailleurs été à la base du Projet Convention sur la Procédure Arbitrale adopté par la CDI en 1953¹³²⁹. Sur le plan métaphysique, l'œuvre de codification fait appel à la « raison » car, pour être objectif, il faut un minimum de pertinence dans le domaine des faits et le codificateur se doit de les prévoir dans la mesure du possible. Il dispose, pour ce fait, de son intuition.

Or, au regard de la pratique de la CDI, notons, tout d'abord, que la codification internationale a toujours franchi des étapes en vue d'aller au-delà d'une simple coordination des rapports étatiques qui lui ont permis d'instaurer des rapports plus institutionnels allant parfois vers l'intégration, le rapprochement du but de la codification interne, sans pour autant s'y identifier¹³³⁰. En ce sens, la codification internationale ne saurait avoir un caractère exclusivement formel tout comme son but, social, ne saurait se résumer à un ordre technique censé mettre fin à l'incertitude de la règle de droit international. La codification se doit également d'affecter le fond du droit en vue de permettre une certaine cohérence entre les institutions à l'origine de la règle de droit d'une part, et le sens donné à telle ou telle autre règle de droit d'autre part. En ce sens, les instances de codification, notamment les conférences d'adoption des conventions, lorsqu'elles s'érigent en « législateurs internationaux », devraient avoir vocation à aller au-delà de la simple coexistence ou coordination, mais assurer également l'émergence d'institutions de coopération et engager la société internationale sur la voie d'une intégration réussie.

¹³²⁸ Maarten BOS, « Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public », in *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto AGO*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1987, Tome I, II et III, p. 150.

¹³²⁹ *Yearbook of The International Law Commission*, 1953, vol. II, pp. 208-212.

¹³³⁰ Ahmed MAHIOU, Introduction au Colloque de la S.F.D.I. d'Aix-en-Provence sur la *Codification du droit international*, *op.cit.*, p. 15.

Certes, une partie de la doctrine a tendance à penser que le passage d'une approche faisant prévaloir la coordination et l'harmonisation des règles étatiques vers une approche plus institutionnelle, changerait radicalement l'objectif de la codification aussi bien dans ses fondements que dans ses conséquences¹³³¹. Cependant, une telle crainte devrait être dissipée à la suite de l'exemple de codification du droit international pénal qui a permis l'émergence d'une volonté de renforcement de l'institutionnalisation de la Société internationale à travers une justice pénale internationale¹³³². Désormais, quoi qu'il en soit, une dialectique oppose deux conceptions qui animent actuellement le droit international : la première est une approche relationnelle qui privilégie les rapports entre les Etats et la coordination de leurs rapports en mettant l'accent sur tout ce qui peut permettre une pacification et une harmonisation par le droit commun aux Etats tout en respectant la souveraineté de chaque Etat¹³³³. La seconde est une approche institutionnelle très ambitieuse où il convient de dépasser la coordination et l'harmonisation des règles, pour intégrer progressivement la société internationale, mais cette fois en restreignant la souveraineté des Etats¹³³⁴. Le statut des espaces internationaux est sans nul doute l'un des domaines où l'on peut le mieux percevoir cette dialectique¹³³⁵.

La codification permet, selon R. AGO, de « *redéfinir les règles, d'en préciser la teneur, d'élaguer au besoin les branches mortes, d'ajuster autant que possible les institutions aux nouvelles situations* »¹³³⁶ ... ». La densité conventionnelle qui règne dans la société internationale actuelle appelle donc à une nécessité de suppléer aux carences institutionnelles de cette société. On aurait ainsi envisagé que la Commission puisse se pencher sur des dispositions visant à assurer une meilleure efficacité de l'engagement des parties, d'une part, mais surtout des organes juridictionnels appelés à se saisir de tout litige relatif à un conflit de loi, comme elle avait tenté de le faire dans le cadre de l'arbitrage international¹³³⁷, d'autre part. Certes, le rapport de la CDI sur la fragmentation

¹³³¹ *Ibid.*, p. 52.

¹³³² Sur la justice internationale, cf. Salvatore ZAPPALA, *La justice pénale internationale*, coll. Clefs, Montchrestien, 2007, 160 p. ; Jean-Paul BAZELAIRE et Thierry CRETIN, *La justice pénale internationale*, PUF, 2010, 261 p.

¹³³³ La meilleure thèse sur cette conception a été présentée par Prosper WEILL, « Vers une normativité relative en droit international », RGDIP, 1982, p. 6 s.

¹³³⁴ Selon la formule de R.-J. DUPUY, il s'agit de passer « du monde des cités à la cité du monde », in *Le droit international*, PUF, Que sais-je ?, n° 1060, 10^e édition, 1996, p. 5.

¹³³⁵ Jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, le régime des espaces internationaux ne reposait que sur quelques principes simples s'ordonnant autour des notions d'égalité, de liberté et de gratuité dans l'accès et l'exploitation des ressources contenues dans ces espaces., qu'il s'agisse de la haute mer, de l'espace extra-atmosphérique ou encore de l'espace aérien. Cette libre-exploitation des ressources des espaces internationaux va connaître une première évolution avec le traité sur l'Antarctique de 1959 qui s'efforce de contenir les convoitises exprimées par certains Etats sur cette région et dote l'Antarctique d'un statut « internationalisé ». Mais c'est surtout la Convention de Montego Bay de 1982, fortement institutionnalisée, centralisée et planifiée qui va servir de base à une codification des espaces internationaux en lui dotant de « régimes spéciaux » afin de protéger et surtout gérer collectivement des espaces et ressources que l'on qualifie de « patrimoine commun de l'humanité ».

¹³³⁶ R. AGO, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », *op.cit.*, p. 96 s.

¹³³⁷ En 1953, la CDI avait réalisé un premier effort de codification à grande échelle en adoptant un Projet de Convention sur la Procédure Arbitrale qui contenait une série de dispositions visant à assurer l'efficacité de l'engagement d'arbitrage

mentionne que : « [L]’absence de hiérarchie générale en droit international ne signifie pas que les conflits normatifs entraîneraient une paralysie juridique. Il suffit d’établir les hiérarchies voulues au cas par cas, pour résoudre des problèmes particuliers au fur et à mesure qu’ils se présentent. »

L’idée centrale du présent point consiste à souligner le fait que les questions urgentes et nouvelles, qui se posent en droit international et qui appellent une réglementation internationale, entrent dans cette partie de la tâche de la Commission qui se rapporte au « développement progressif du droit international ». La Commission ne saurait donc les ignorer et, si par malheur elle venait à limiter ses fonctions à celles d’un institut de recherches chargé de réunir une documentation et de constater l’accord existant ou, plus souvent peut-être, l’absence d’accord, elle ne s’acquitterait pas de la tâche que son statut lui a assignée. Elle ne répondrait pas non plus au besoin urgent de la société internationale qui anime le mouvement de codification depuis son origine et qui a trouvé son expression dans les dispositions de la Charte des Nations Unies. Par conséquent, il faut noter que la fragmentation matérielle du droit pousse à une lecture comparée de la jurisprudence internationale. Le champ d’application du droit international s’est largement étendu. Les institutions internationales se sont multipliées et spécialisées devant les nouvelles exigences de la communauté. Cependant « le droit international n’offre pas un système judiciaire intégré assurant une répartition ordonnée du travail » (*Affaire Tadic*, 2 octobre 1995, §11). La spécialisation étant souvent synonyme d’autonomie, se posent dès lors des questions d’ordre institutionnel (compétence, relation hiérarchique) et matériel (effet de la spécialisation par rapport au droit général, règlement des conflits de lois, question d’interprétation). Toutes ces questions mériteraient une attention particulière de la part de la Commission du droit international. D’où tout l’intérêt d’une implication pratique des propositions de cette dernière.

3/- L’implication pratique des propositions de la CDI sur la question de la fragmentation

Les propositions de la CDI en rapport avec la question de la fragmentation ne sauraient demeurer simplement théoriques ; il convient de leur donner un aspect plus pratique. Rappelons que le choix opéré par la Commission pour analyser la fragmentation selon l’hypothèse que la « fragmentation traditionnelle du droit international a déjà doté les praticiens de techniques nécessaires pour gérer des règles et régimes qui pointent dans des directions différentes » a été motivé par le fait que les notions de « fragmentation » et de « cohérence » (on sous-entend ici cohérence du droit) ne sont que des notions subjectives et non objectives. Pourtant, le bilan dressé au cours des études préparatoires aboutit à constater, soit l’absence, soit l’insuffisance radicale de la réglementation juridique

assumé par les parties, ainsi que des clauses relatives à la constitution et aux pouvoirs du tribunal, aux règles générales en matière de preuve et de procédure et à la sentence arbitrale. Cf. *Yearbook of The International Law Commission*, 1953, vol. II, p. 201 (sous 14).

internationale relativement à une matière donnée, lorsque (comme c'est le cas de bien des questions d'ordre économique par exemple) le développement du droit international s'est trouvé fortement distancé par la marche des idées et des faits.

Ici le rôle du juriste est, par la force des choses, beaucoup plus restreint, car les problèmes qui se posent sont essentiellement ou des problèmes politiques ou des problèmes techniques. Dans le premier cas, il appartient aux hommes d'État, responsables de la conduite des affaires envers leur pays, de décider si, et dans quelle mesure, les États, qui jusqu'alors ont gardé le droit exclusif de réglementer certaines questions, doivent s'en dépouiller désormais pour se soumettre à une réglementation conventionnelle internationale. Dans le second cas, les problèmes techniques, ouvrent la voie vers une réglementation juridique des domaines encore inexplorés : c'est aux experts techniques qu'il appartiendra de fournir aux conférences de droit international la substance même de leurs délibérations, de suggérer le cadre de la réglementation envisagée et d'esquisser les solutions. En tant qu'organe auteur de la Convention de Vienne, la CDI se trouve ainsi en bonne place pour analyser la problématique de la fragmentation dans toute son étendue. Il s'agit également, au sens où l'entend Paul AMSELECK, d'un « dédoublement fonctionnel de la même volonté qui assume à la fois le rôle de pilote ou de conducteur et celui de commandant de bord adressant des consignes de route au pilote »¹³³⁸. Mais six ans après la publication du Rapport de la CDI, on est en droit de se demander si les objectifs visés par les membres ont été atteints. La question mérite d'être posée d'autant plus que déjà, en août 2001, dans son souci permanent de dégager des règles qui permettent de codifier la responsabilité des États, la CDI avait adopté un dispositif intitulé « responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ». Ce dispositif fut, quelques mois plus tard, « recommandé » aux gouvernements, par résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (le 12 décembre 2001). Lorsqu'elle a élaboré ce dispositif qui repose sur la notion de « violations graves d'obligations découlant des normes impératives du droit international général », la CDI a laissé de côté la question des contre-mesures, en d'autres termes des sanctions applicables à un État en cas de violation de ces normes. Et voici que la même difficulté se reproduit en 2006 avec la question de la fragmentation¹³³⁹. Un autre exemple qui décrit cette « timidité » de la CDI à faire œuvre véritable dans sa mission de « développement progressif du droit international » est celui relatif à l'abandon du premier projet d'articles de la CDI, sur les missions spéciales »¹³⁴⁰.

¹³³⁸ Paul AMSELECK, *Science et déterminisme, éthique et liberté : Essai sur une fausse antinomie*, Paris, PUF, 1988, p. 118.

¹³³⁹ Lorsqu'elle a produit, en 2004, son rapport sur la question de la fragmentation du droit international, la CDI a examiné le problème sous l'angle normatif laissant de côté l'examen du problème sous l'angle institutionnel. Or, a priori, les deux semblent indissociables dans la recherche des solutions.

¹³⁴⁰ « L'expression « mission spéciale » s'entend d'une mission ayant un caractère représentatif et temporaire, envoyée par un État auprès d'un autre État pour traiter avec ce dernier de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée ».

Ainsi, à force de vouloir trouver le dénominateur commun plus petit au pluralisme juridique, la CDI préfère se risquer à laisser de côté et sans solution quelques « problèmes brûlants » en droit international. Non pas que l'ambition de cette étude fût celle d'inciter cette « noble institution » à codifier des règles qui ne soient pas encore assez mûries, au risque d'offrir à la communauté mondiale des codes « mort-né », mais il est important qu'elle se saisisse des occasions actuelles qu'offre le droit international pour améliorer celui-ci, quitte à faire acte de législateur¹³⁴¹. Comme l'ont suggéré d'autres auteurs par le passé, la Commission se doit désormais « *de développer le droit international au lieu de se contenter d'exposer purement et simplement la loi déjà existante* »¹³⁴². Déjà, Szymon RUNDSTEIN avait fait observé qu'il considérait la codification comme un processus de création de normes juridiques car, selon lui, en unifiant les règles existantes, la codification découvrait de nouvelles règles inhérentes à ces dernières et cristallisait les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire et coutumière. Toujours selon cet auteur, le danger d'une immobilisation du développement du droit, un phénomène courant dans la législation interne, n'existait pas en droit international. Pour cela, il estimait qu'il était nécessaire de tenir compte des tendances évolutives des rapports internationaux et de l'influence du *jus nasciturum* – droit non écrit¹³⁴³. Pour Charles de VISSCHER, la codification, même au sens le plus strict, impliquait toujours un certain élément législatif, étant donné qu'elle visait à réaliser une certaine uniformité et à réduire au minimum les différences existant entre les différentes théories du droit international. Il rappelle à juste titre que la tâche du Comité (ancêtre de la CDI) consistait à encourager la conclusion de nouvelles conventions et, pour ce faire, il ne paraissait ni nécessaire, ni utile de déterminer dans l'abstrait ce qui appartenait au domaine de la codification ou au domaine de la législation. L'essentiel, d'après lui, était de découvrir, sous une forme concrète et pratique, ce qui était acceptable pour le gouvernement¹³⁴⁴.

Il est certes vrai que le professeur Alain PELLET écrivait que : « *Tout sujet impliquant soit une négociation politique importante, soit des études techniques poussées, est un « mauvais » thème de développement progressif et de codification du droit* »¹³⁴⁵, mais il ajoute également qu'« *[E]lle peut aussi, et elle devrait sans doute, présenter des projets alternatifs lorsqu'elle estime être confrontée à un problème de choix politique qu'il ne lui appartient pas d'opérer* ». Ces remarques ne s'appliquent

¹³⁴¹ Cf. la Déclaration de J. BRIERLY faite au Comité des Nations Unies pour le développement progressif du droit international, le 20 mai 1947, (Doc. A/AC. 10/30, p. 3, in Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la commission du droit international, Mémoire présenté par le Secrétaire général, New York, 1948).

¹³⁴² *Idem*.

¹³⁴³ Cité par Manfred LACHS, *Le monde de la pensée en droit international : Théories et pratiques*, Economica, p. 211.

¹³⁴⁴ Procès-verbaux de la première session du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international, 1925, p. 13 et 25 (cité par Manfred LACHS, *op.cit.*, supra, note 62).

¹³⁴⁵ Alain PELLET, La commission du droit international pour quoi faire ? Balletbo A. (éd.), *Boutros Boutros-Ghali Americum discipulorumque liber : paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 586 ss.

pas seulement au choix des sujets dont la Commission entreprendra l'examen à l'avenir. Elles concernent également la forme que peut prendre le résultat de ses travaux.

Conclusion du chapitre

On retiendra que l'étude du pluralisme juridique permet de prendre connaissance de la pluralité des groupes dotés d'appareils ayant compétence à édicter des règles que le professeur Jean-François PERRIN qualifiait de « socialement nécessaire »¹³⁴⁶. Toute la complexité ici provient du fait que le droit international est fait de règles et ordres juridiques qui ne doivent pas leur existence à l'intervention d'un organe étatique, mais plutôt à l'interaction dynamique entre plusieurs entités dites « souveraines ». Les difficultés d'entente entre ces différentes entités, mêlées au phénomène de globalisation, ont favorisé l'arrivée de nouveaux acteurs sur la scène internationale et le passage de la formation des règles juridiques internationales d'une « production normative » vers une « formation spontanée » du droit¹³⁴⁷. Cette multiplicité d'acteurs engagés dans une activité normative suscite inévitablement des problèmes de concurrence, voire de contradictions, dès l'instant où une même matière fait l'objet de règlementations multiples.

Outre les questions qui jusqu'ici entraient dans le domaine du droit international, il y a des questions nouvelles, qui résultent des exigences de la vie sociale moderne de même que des droits internationaux des individus. On peut conclure de cette évolution qu'elle rend nécessaires, dans le cadre de la codification des aspects généraux du droit international, la mise au point et la révision de certaines notions traditionnelles. Cette mise au point et cette révision ne feraient qu'exprimer les changements intervenus dans le domaine du droit et l'évolution de la société internationale, qui ne permettent plus de retenir ce qui tend à être généralement considéré comme une fiction faisant obstacle au progrès. Les efforts antérieurement entrepris en vue de la codification n'ont fait qu'effleurer la question jusqu'ici. Si les réponses apportées par les Etats à ces phénomènes nouveaux au niveau interne restent insuffisantes, ces mêmes Etats n'ont pas montré des signes d'évolution vis-

¹³⁴⁶ J.-F. PERRIN, Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 77-90.

¹³⁴⁷ L'expression « droit spontané » trouve son fondement dans la doctrine italienne d'après-guerre et a été popularisée dans les milieux juridiques notamment par Roberto AGO qui a opposé droit « positif » et droit « spontané ». Pour l'auteur, le premier est le droit formé de façon « artificielle », selon les procédures prévues à cet effet, alors que le second est composé de normes naissant « naturellement » sans aucun procédé de création n'ait été suivi à leur égard. Voir R. AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI*, 1956-II, vol. 90, p. 929 ; V. aussi du même auteur : « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, pp. 14-62.

à-vis de leur engagement en faveur d'une véritable codification générale dans ces nouveaux domaines¹³⁴⁸.

Ainsi, la communauté internationale actuelle, composée de Nations plus proches les unes des autres, est en proie à un désordre. Ce dernier justifie donc ce besoin qui attend de la codification qu'elle consacre un certain système normatif. La CDI a commencé depuis plusieurs années à dégager des domaines d'intérêts fondamentaux pour la communauté internationale. Elle a ainsi établi une échelle de normes et une codification tendant à unir les nations autour de ces normes transcendantes. Mais la codification est aujourd'hui confrontée à un certain nombre de problèmes, parmi lesquels la volonté de se saisir désormais un peu plus des pratiques récentes, voire même de les anticiper. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que bien de domaines juridiques aient perdu de leur cohérence, que des règles contradictoires puissent coexister sans que des critères décisifs puissent arbitrer entre elles. D'où le besoin de sa propre révision sous la poussée de l'histoire.

Par ailleurs, même si le travail de codification se maintient exclusivement sur un plan normatif, il serait de plus en plus souhaitable qu'il se complète par un aménagement institutionnel qui, en conseillant aux Etats et aux organisations internationales de créer des organes et des procédures adéquates, permettrait tout à la fois de garantir l'application des normes et éviter la prolifération incontrôlée d'organes et institutions internationaux. Il appartient donc à la CDI de prendre des engagements plus fermes en vue de s'engager sur des terrains qu'il estimait, jusqu'ici, être en dehors de ses missions. Il en va de sa survie et de celle de tout le droit international public. L'œuvre de codification qu'elle se doit d'imprimer ne devrait plus se réduire à un simple « révélateur photographique du droit coutumier »¹³⁴⁹ puisqu'elle se doit de réaliser également une expansion du droit international contemporain. Comme le remarquait Georges SCHELLE à ce propos, « la codification est par nature révisionniste et même créatrice du droit »¹³⁵⁰. Certains évoquent le travail codificateur dans l'Etat comme un facteur d'unité politique alors que ce même travail n'évoquerait, pour le domaine international, qu'un simple intérêt technique et scientifique¹³⁵¹.

Il s'agit maintenant de voir en quoi et comment cette codification pourrait se nourrir de la nouvelle diversité accrue d'opinions et du système polycentrique que présente le droit international moderne.

¹³⁴⁸ Sur le continent américain où un énorme travail a été réalisé en ce domaine, les conventions qui le consacraient ont été peu ratifiées alors que l'Europe continue de traîner le pas en ce qui concerne la ratification du droit de La Haye, du droit de la mer ou encore celui de la Responsabilité internationale.

¹³⁴⁹ René-Jean DUPUY, *La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire ? Mélanges offerts à Roberto AGO*, 1987, Giuffrè, Rome, pp. 1-18.

¹³⁵⁰ Georges SCHELLE, « Rapport sur la procédure arbitrale », Document A/CN.4/18, in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II., 1950, pp. 118 ss.

¹³⁵¹ Roberto AGO a fortement dénoncé cette opposition, estimant que les deux séries de phénomènes sont voisins.

Chapitre II – Les avantages de codification découlant de la fragmentation

Le phénomène de mondialisation ne pouvait ne pas avoir des incidences sur le droit¹³⁵² car, il affecte non seulement les formes et les modalités de la régulation juridique, mais encore il oblige à repenser le droit¹³⁵³. Aussi, la « fragmentation du droit international public » engendrée par cette mondialisation et par la multiplication de régimes partiels est également perçue comme le signe d'un processus de mutation. D'après Pierre-Marie DUPUY, « *la multiplication des juridictions internationales est le signe le plus évident de la diversification matérielle et organique de l'ordre juridique international, mais ce n'est pas la menace la plus directe qui pèse sur le maintien de l'unité du droit international, du moins si l'on sait prendre à temps les dispositions nécessaires pour assurer une unité minimum de jurisprudence entre les organes concernés quant à la définition et aux implications des principales règles secondaires du droit international et d'un certain nombre de règles primaires*¹³⁵⁴ ». Il faut dire que ce processus fait clairement apparaître la dichotomie qui existe désormais entre l'universel et le régional en droit international contemporain¹³⁵⁵ puisque, à l'idée d'un système juridique unique ou de systèmes entièrement clos, se substitue celle d'une pluralité de systèmes plus ou moins « ouverts »¹³⁵⁶, où la diversité des relations susceptibles de s'établir entre eux fait que l'indépendance complète d'un système à l'égard d'un autre, et *a fortiori* son indifférence, constituent des cas relativement exceptionnels¹³⁵⁷.

Il existe, de ce fait, des « interpénétrations » entre systèmes¹³⁵⁸ ainsi que des phénomènes de « collaboration internormative »¹³⁵⁹ qui n'excluent, en aucun cas, l'existence de « conflits internormatifs »¹³⁶⁰ ou des cas de « dissonance »¹³⁶¹. Par conséquent, le droit international contemporain doit désormais faire face à un mouvement général irrésistible qui pousserait au

¹³⁵² André-Jean ARNAUD, (1998), *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, Coll. Droit et société, LGDJ.

¹³⁵³ Jacques CHEVALLIER, (1998) « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, n°3.

¹³⁵⁴ Pierre-Marie DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », *Harmonies et contradictions en droit international*, voir Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (sous la dir.), *op.cit.*, p. 39.

¹³⁵⁵ Pour plus de détails sur cette question, cf. *SFDI*, Colloque de Bordeaux, *Régionalisme et Universalisme dans le droit international contemporain*, Paris, Pedone, 1977.

¹³⁵⁶ Cf. Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p.119.

¹³⁵⁷ Michel VAN DE KERCHOVE, La diversité des rapports entre ordres juridiques, l'exemple des ordres sportifs et des ordres ecclésiastiques, in *Pour un droit pluriel, op.cit.*, p. 235.

¹³⁵⁸ Cf. Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in : *Mélanges offerts à Henry Rolin*, Paris 1964, p. 491 ; François RIGAUX, « Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales », in : *Evolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à Paul de VISSCHER*, Paris 1984, P. 175 ; PERRIN, *Sociologie* (n.1), p.52.

¹³⁵⁹ PERRIN, *Sociologie* (n.1), p.54.

¹³⁶⁰ *Ibidem*.

¹³⁶¹ Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Evreux 1979, p. 264.

dépassement des cadres juridiques hérités du passé¹³⁶². C'est de ce mouvement dont il est question lorsque Mireille DELMAS-MARTY parle de l'émergence progressive d'un « droit commun »¹³⁶³ débordant les frontières de l'Etat-Nation. Pour rappel, le pluralisme juridique « ... *ne présuppose plus la suprématie nécessaire de l'ordre juridique officiel et la subsidiarité des autres* »¹³⁶⁴. Bien au contraire, dans une société pluraliste fondée sur des valeurs d'égalité et de liberté, le souci de justice se trouve propulsé au cœur de la tension suivante : d'une part, codifier des pratiques et réguler les rapports sociaux et d'autre part, reconnaître les particularismes dans leur singularité¹³⁶⁵. Ce qui implique, au final, des processus parallèles entre les buts que les Etats s'assignent dans un cadre régional ou encore ceux qui ont vocation à englober tous les Etats et être ainsi de portée universelle¹³⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, la dynamique contemporaine du pluralisme juridique ne saurait se résumer à la seule dialectique des antinomies ; elle devrait également faire penser à une dynamique d'interaction et d'interconnexion entre les différents régimes en présence. A ce propos, Georges GURVITCH a ouvert la voie à une analyse présentant les degrés de rapprochement qui peuvent exister dans le système juridique en fonction de leur variation d'un pôle de fusion vers un pôle de contradiction¹³⁶⁷. Il y décrivait notamment comment les multiples composantes des « totalités sociales en marche » peuvent entretenir des rapports dynamiques *d'ambiguïté/ambivalence* (rapprochement mêlé d'éloignement), de *complémentarité* (participation à un même ensemble sous le mode de la coexistence nécessaire, de la compensation ou de la croissance parallèle), d'implication mutuelle (interpénétration ou chevauchement) et de réciprocité de perspectives (co-évolution interne symétrique). Chacun de ces degrés constitue un élément indispensable dans la recherche d'une codification générale, basée sur des éléments de valeur commune. Aussi, en se basant sur cette typologie, on montrera comment la fragmentation, à travers le pluralisme juridique, peut être une source non négligeable de l'œuvre de codification du droit international (Section 1) et comment elle participe également à l'élaboration des normes juridiques internationales et au développement du droit international (Section 2).

¹³⁶² J. CHEVALLIER, Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation, in *Le Droit saisi par la Mondialisation*, Charles-Albert MORAND (Dir.), Edition Bruylant, 2001, p. 37.

¹³⁶³ M. DELMAS-MARTY, (1994) *Pour un droit commun*, Paris, Coll. Librairie du XXe siècle, Seuil ; (1996) *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel ; (1998) *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Coll. Essais, Seuil.

¹³⁶⁴ J.- F. PERRIN, Pour une théorie de la connaissance juridique, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 119-120.

¹³⁶⁵ Dominique MANAÏ, Justice incertaine et pluralisme des valeurs à l'ère démocratique, In *Pour un Droit Pluriel*, Etudes offertes au Professeur Jean-François PERRIN, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2002, p. 182.

¹³⁶⁶ Avec les phénomènes de la mondialisation, les Etats sont incapables de réguler le trop plein de flux qui se pose à leur niveau : cela ne peut se faire qu'à un niveau plus vaste compris entre le droit traditionnel d'origine étatique et le droit international.

¹³⁶⁷ Georges GURVITCH, *Dialectique et sociologie*, Paris, Flammarion, 1962, p. 233-283.

Section 1 : La fragmentation nourrit la codification par la multiplication des régimes juridiques

D'après Gidon GOTTLIEB, « *le relationnisme ou l'ouverture à la différence est un attribut nécessaire de l'appartenance à toute communauté politique, stratégique, discursive, savante ou culturelle...* »¹³⁶⁸. Le fait que le droit public ou même privé soit aujourd'hui gagné par divers acteurs prônant divers secteurs d'activités n'est qu'une conséquence positive de l'évolution des sociétés. Celles-ci sont désormais gouvernées à travers un souci de démocratie et d'effectivité¹³⁶⁹, les règles juridiques étant désormais conçues en fonction de la pratique de l'action plutôt que de la dogmatique des principes¹³⁷⁰. Dans une société fragmentée comme l'est la société actuelle, la réalité du droit est celle d'une communication juridique plurielle dont l'Etat seul ne saurait avoir le monopole¹³⁷¹. Le système juridique international présente une configuration dans laquelle il existe un ensemble complexe de projets et de programmes réglementaires distincts encastrés dans des spécialités respectives mais assurant une liaison fonctionnelle avec le langage et la production normative des sous-systèmes sociaux externes¹³⁷².

Or, la régulation des échanges entre ces différents acteurs économiques et/ou politiques passe nécessairement par le canal du droit¹³⁷³ car nécessitant l'élaboration de règles et le recours à des mécanismes de solution des litiges évitant la médiation étatique. Cela engendre une certaine concurrence entre les différents systèmes juridiques et permet par la même occasion aux Etats de mieux se conformer à des règles de droit international général tout en leur imposant des obligations mutualistes exclusives notamment dans le cadre régional ou dans des domaines spécifiques comme les domaines des droits de l'homme ou celui de l'environnement. Comme on peut le voir, la concurrence entre les différents systèmes normatifs en droit international occasionne indirectement leur convergence et leur rapprochement (§1), lesquels, à leur tour, facilitent l'œuvre de codification du droit international général (§2).

¹³⁶⁸ Gidon GOTTLIEB, « Relationism: Legal Theory for a Relational Society », (1983) 50 *The Univ. of Chicago Law Review*, pp. 567-612.

¹³⁶⁹ Jean-François PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, *op.cit.*, note 2, p.65 et s. ; Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques de l'action », (1993) *Recueil Dalloz-Sirey*, Chronique LV, p.207-212.

¹³⁷⁰ Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994 ; Robert S. SUMMERS, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 13-92 ; Patrick S. ATIYAH, « From Principles to Pragmatism : Changes in the Function of the Judicial Process and the Law », (1980) 65, *Iowa Law Review*, pp. 1249-1272.

¹³⁷¹ GUNTHER TEUBNER, « The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism », (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1443-1462. Pour une étude critique, voir Michel COUTU, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner: la nouvelle guerre des dieux? », (1997) 12 *Revue canadienne Droit et Société*, pp. 93-113.

¹³⁷² Gunther TEUBNER, « After Privatization ? The Many Autonomies of Private Law », *op.cit.*, note 18.

¹³⁷³ Comme le notait M.A. FRISON-ROCHE, (« Mondialisation «économique et mondialisation juridique », *Le Monde* 12 décembre 1996), « il ne peut y avoir mondialisation des échanges économiques satisfaisantes qu'accompagnée d'une universalisation du droit ».

§ 1 : La concurrence entre les régimes juridiques occasionne indirectement leur convergence/rapprochement

L'évolution du droit international se manifeste dans les activités humaines les plus diverses et à différents niveaux. En ce sens, la mondialisation est dite multiscalaire¹³⁷⁴ car sa manifestation induit des changements importants et notamment la perte d'autorité et de compétence exclusives des États dans la production normative. De nouveaux acteurs de droit privé sont créateurs de normes ayant pour but de s'appliquer à leurs destinataires sans considération de la nationalité de ces derniers¹³⁷⁵. Mais cela ne veut pas dire qu'il y a systématiquement concurrence entre le droit découlant de la société internationale et celui de la société civile internationale¹³⁷⁶. En effet, les instruments juridiques provenant de l'un comme de l'autre des deux systèmes se rencontrent et concourent tous au fonctionnement du droit international en vue de « véhiculer juridiquement » le processus de la mondialisation des échanges. Et quand bien même il y aurait une certaine concurrence entre eux, la formalisation de cette dernière occasionnerait plutôt leur convergence. Dans cette perspective, le droit mondialisé engendrerait un mouvement de rapprochement¹³⁷⁷ des systèmes juridiques étatiques par la constitution progressive d'un socle de normes communes. Cette convergence serait notamment le fruit de l'évolution des modes de production normative (A). Elle serait également le résultat de l'interprétation des normes des régimes juridiques nationaux ressortant des pratiques contractuelles¹³⁷⁸ (B).

A/- LA CONVERGENCE RELEVANT DE L'EVOLUTION DES MODES DE PRODUCTION NORMATIVE

La nécessité d'une coexistence de règles de sources différentes a été rappelée par le professeur Julio GONZALES CAMPO¹³⁷⁹ dans son cours de droit international privé à la Haye dans lequel il faisait prévaloir que l'évocation des « sources » d'une règle de droit interpelle sur le fait de savoir par qui

¹³⁷⁴ Gaylor RABU, La Mondialisation et le droit : Eléments de convergence des régimes juridiques, Article posté en 2008 sur http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RIDE_223_0335

¹³⁷⁵ *Idem.*

¹³⁷⁶ La mondialisation permet donc aux acteurs privés de développer une activité au niveau mondial. Leur rôle peut même dépasser celui des relations privées pour s'insérer dans le champ en principe réservé (aux États) des relations internationales. Ce stade d'évolution des acteurs privés transnationaux est le signe de la formation progressive d'une société civile internationale. Lire : V. H. GHERARI & S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale...*, *op. cit.* p. 173.

¹³⁷⁷ M. BOCCARA, *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law*, thèse Lyon dactyl., 1993 ; D. LAMËTHE, « L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation », in *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée 1999, p. 305 et J. CHEVALIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 39.

¹³⁷⁸ Cf. R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux. Essai d'harmonisation des régimes juridiques*, thèse dactyl. Montpellier, 2006, n° 27.

¹³⁷⁹ Julio GONZALES CAMPO, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Cours général, *Académie de Droit international de la Haye*, 2002, pp. 67-92.

et comment cette règle de droit a été créée. Autrement dit, il s'agit de déterminer les instances et les procédés formels de formation de cette règle de droit dans un ordre juridique considéré selon qu'il appartienne au contexte juridique de l'ordre général ou à celui de l'ordre spécial. Ce qui est mis en avant ici, c'est l'apparition de nouvelles instances et procédés formels de création des règles de droit international public. Ainsi, à côté des modes traditionnels, on compte aussi le droit institutionnel, produit de décisions ou d'actes d'organismes régionaux ou spécialisés émanant des nouvelles institutions créées en droit international telle que l'Union européenne. Cela implique, d'une part, la coexistence de règles de sources différentes en droit international et, par conséquent, une tendance à la création de règles matérielles uniformes pour les situations internationales⁽¹⁾. D'autre part, les règles autonomes, bien qu'émanant d'organes non-étatiques, sont censées se soumettre à un ordre public international ⁽²⁾.

1/- La tendance à la création de règles matérielles uniformes pour les situations internationales

En tant que science juridique, le droit n'est pas unitaire dès lors que les règles de droit doivent en principe former un ensemble hétérogène. Pour simplifier leur étude, on les a divisées, selon des critères scientifiques¹³⁸⁰. Cette division résulte à la fois de la codification qui a été opérée, des textes, de la pratique, et des enseignements universitaires. Le droit se divise donc en sous-ensembles que l'on appelle communément « branches du droit ». Dans le cadre du droit international, objet de la présente étude, le phénomène de complexification et de diversification du droit¹³⁸¹ auquel on assiste depuis le début du XX^e siècle, a fait apparaître de nouvelles matières avec le développement des relations sociales, notamment internationales. Or, tous les échanges humains, qu'ils soient culturels, politiques ou économiques se doivent inévitablement d'être régulés par le droit. Avec la mondialisation, ces échanges se sont accrus au point de changer la perception traditionnelle des relations internationales et favoriser une concurrence entre les régimes juridiques. Mais du fait de leur imbrication, ces systèmes font l'objet d'une réglementation internationale spéciale destinée à les rapprocher et à les rendre plus uniformes.

En effet, le phénomène de la diversification juridique conduit à la création de règles matérielles uniformes pour des situations internationales. Elle agit, sous l'effet de certaines tendances divergentes, sur la mise en place d'outils ou de règles favorisant des méthodes pour arriver à

¹³⁸⁰ Plusieurs divisions ont été opérées pour simplifier l'étude de la science juridique : si une première distinction avait été opérée entre le droit public et le droit privé, une autre classification distingue le droit national, ou droit interne, du droit international. En dehors de la distinction entre droit public et droit privé, d'autres subdivisions par matière « objet » étudiée existent à l'intérieur de chacune de ses deux composantes. La plus grande catégorisation du droit privé comporte le (civil, commercial, pénal) et public (constitutionnel, administratif, finances publiques, etc.)

¹³⁸¹ Cela est principalement dû au progrès des sciences et des techniques, à une complexité croissante de l'économie, ainsi qu'à un interventionnisme étatique accru.

l'uniformité du droit. Cette uniformité s'illustre parfaitement à travers deux mouvements en droit international. Le premier est le besoin d'unification du droit matériel interne qui, pour ce faire, a généralement recours aux traités internationaux pour établir des règles matérielles pouvant se substituer, dans les États parties, au traité ou aux dispositions correspondantes des ordres juridiques étatiques¹³⁸². Autrement dit, la Société Internationale se comporte davantage comme une communauté de Nations juxtaposées en voie d'intégration, rendant par la même occasion chaque Nation ou chaque Etat tributaire de tous les autres. Il s'agit plus précisément, selon les termes de René-Jean DUPUY, d'une intégration horizontale à base conventionnelle¹³⁸³. Ce processus d'intégration, normatif avant tout, ne cesse de s'étendre à des principes jugés de plus en plus essentiels pour la préservation d'une vie politique, économique et sociale entre les différentes Nations.

L'exemple le plus patent est celui qui a marqué l'institutionnalisation du droit du commerce international avec la création de l'OMC¹³⁸⁴, d'une part, et la réalisation d'un régime autonome instituant un ordre juridique spécial du commerce international que l'on résume sous le vocable de *lex mercatoria*, d'autre part. Cet ordre juridique a pour mission de réglementer le commerce entre les nations avec, à la base, une action fondée sur une soixantaine d'Accords internationaux¹³⁸⁵. Les Accords de Marrakech ont ainsi élargi le domaine de la régulation internationale du commerce mondial et contribué à faire de l'OMC la pierre angulaire du nouvel ordre juridique économique international¹³⁸⁶ qui se bâtit autour du commerce international. Se pose toutefois le problème de la légitimité de ce nouveau droit international¹³⁸⁷ bâti sous la double autonomie de ses aspects institutionnels et juridictionnels. Celui-ci ne garantit pas toujours, malgré les procédures de

¹³⁸² Selon Gaylor RABU, les acteurs transnationaux, souvent mal appréhendés, sont constitués sur la base d'un contrat-organisation à partir duquel ils développent un pouvoir normatif et économique à travers les frontières. Il s'en suit une « multiscalarité » *ratione materiae* et *ratione personae* qui génère une modification des sources du droit et favorise une perte du monopole des États dans la production normative. Cette perte n'est pas subie ; elle est consciemment consentie comme le démontre la réception au sein des ordres juridiques étatiques de la réglementation des acteurs transnationaux.

¹³⁸³ René-Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international, Souveraineté des États...*, Ed. A. Pedone, 1999, p. 67.

¹³⁸⁴ Issues des cendres des accords du GATT, les accords de Marrakech ont été signés le 15 avril 1994 et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

¹³⁸⁵ La plupart des Accords de l'OMC résultent des négociations du Cycle d'Uruguay (1986-1994) qui ont abouti à leur signature à la Réunion ministérielle de Marrakech en avril 1994. Les Accords et Décisions sont au nombre de 60 environ et représentent 550 pages au total. Depuis lors, les négociations ont abouti à des textes juridiques additionnels tels que l'Accord sur les technologies de l'information et des protocoles dans les domaines des services et de l'accession et de nouvelles négociations ont été lancés à la Conférence ministérielle de Doha en novembre 2001.

¹³⁸⁶ Cf. Bermejo, ROMUALDO, *Vers un nouvel ordre économique international : Étude centrée sur les aspects juridiques*, Fribourg (Sui.) Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Coll. « Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Suisse », 1982, 539 p.

¹³⁸⁷ H. ULLRICH, « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *RIDE*, 2003, p. 291, spéc. p. 295.

négociations en son sein, l'égalité entre les grandes puissances économiques et les pays émergents¹³⁸⁸.

Mais le domaine économique et commercial n'est pas le seul qui aurait été affecté par la « mondialisation du droit ». En effet, d'autres domaines tels que le sport international¹³⁸⁹, la santé¹³⁹⁰ ou encore l'environnement¹³⁹¹ font l'objet d'un traitement mondialisé car impliquant des problématiques ne pouvant plus être traitées à l'échelle nationale. Il en est de même pour la justice internationale¹³⁹² ou de la thématique d'une « culture mondiale ».

Tous ces secteurs d'activités font l'objet d'un second mouvement tourné vers l'uniformisation de leurs ordres juridiques au niveau mondial¹³⁹³. Les Etats, tout en conservant leur fondement de souveraineté et d'indépendance, sont le plus souvent amenés à adapter leurs politiques nationales à l'évolution de la société mondiale¹³⁹⁴. Cette adaptation passe, soit par la création de nouvelles règles de droit, soit par la modification de règles existantes afin de les rendre compatibles avec les règles prônées dans un ordre juridique supérieur. Sur le plan régional, on peut citer l'exemple du droit communautaire¹³⁹⁵. Sur le plan universel, on peut citer en exemple l'universalisation de certaines notions comme celle d'« agression » ou de « crime international »¹³⁹⁶. Le système juridique

¹³⁸⁸ On peut citer en exemple le cas du Rapport de l'ECDDP de 2003 destiné à rendre les APE (Accords de Partenariats Economiques) compatibles avec la réglementation en vigueur au sein de l'OMC suite au constat selon lequel il existerait des importantes lacunes juridiques dans les règles de l'OMC relatives aux accords nord-sud. Ce document analyse les dispositions de l'Accord de Cotonou relatives aux négociations des APE, examine la question des traitements spéciaux et différenciés dans les dispositions de l'OMC sur les accords régionaux sur le commerce, évalue le niveau de flexibilité dans le cadre de l'Article XXIV et tire quelques conclusions sur les changements spécifiques nécessaires.

¹³⁸⁹ Dans le cas du Comité Internationale Olympique (CIO) ou de la Fédération Internationale de Football Amateur (FIFA), le constat est que ces fédérations sportives internationales, par exemple, définissent les règles applicables à leur discipline. Celles-ci ne se limitent pas uniquement aux règles du jeu mais intéressent également de manière directe ou indirecte l'activité économique de ses membres. Ainsi par exemple, les fédérations nationales sont tenues de respecter les prescriptions des fédérations internationales tout en devant s'assurer, par réappropriation des normes, de leur application par leurs propres membres et par les acteurs agissant en périphérie de l'activité contractuelle desdits membres : l'illustration parfaite a été donnée par la FIFA qui a adopté un règlement destiné à réglementer les conditions d'accès à la profession d'agents sportifs. Pour compléments, cf. F. LATTY, *La lex sportiva, recherche sur le droit transnational*, thèse dactylo. Université Paris X-Nanterre, 2005.

¹³⁹⁰ Voir « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », in *L'internationalisation de l'emploi, un défi pour une mondialisation plus juste*, Entretiens France BIT, L'Harmattan, 2007.

¹³⁹¹ Pour plus de détails, lire notamment : Jean-Pierre BEURIER et Alexandre-Charles KISS, *Droit international de l'environnement*, Pédone, 2004 ; Simon CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, L'Harmattan, 2002 ; Olivier MAZAUDOUX, *Droit international public et droit international de l'environnement*, (coll. « Les cahiers du CRIDEAU, n° 16 », Pulim, 2008, 156 p.

¹³⁹² Emmanuelle JOUANNET, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt de la CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des Plates-formes pétrolières », *Revue générale de droit public*, vol.108, n°4, 2004, pp.917-948.

¹³⁹³ Lire à ce propos l'article d'André ORAISON, Justifications et enjeux de la codification du droit international public in *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, Paris, vol.84, pp.131-154.

¹³⁹⁴ Díez de VELASCO VALLEJO, « Législation et codification dans le droit international actuel », *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Vol.1, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 247-259.

¹³⁹⁵ P.-M. EISEMANN (ed.), *L'intégration du droit international et du droit communautaire dans l'ordre juridique international. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 587 p.

¹³⁹⁶ Voir G. ABI-SAAB, « Des concepts comme les normes de *jus cogens* ou le *crime international*... », in *Cours général de droit international public*, RCADI, t. 207, 1987, pp. 9-464 ; voir aussi Alain PELLET, « L'adaptation du droit

international se retrouve ainsi composé d'une superposition d'espaces juridiques. En dessous, existe un espace national composé par chaque Etat souverain, au milieu, un espace régional et transnational composé aussi bien d'acteurs étatiques, d'organisations internationales, d'acteurs privés transnationaux et, enfin au-dessus, un espace international composé, lui, d'acteurs étatiques en général et d'organisations internationales.

Le besoin d'adéquation entre ces différents espaces juridiques devrait aboutir à la rencontre des pouvoirs normatifs apparemment concurrents, issus de chaque espace juridique. Cela passe notamment par l'influence exercée par les espaces « inférieurs » sur les espaces « supérieurs » afin de participer, directement ou indirectement à l'élaboration des normes internationales au sein dudit système. L'attribution du statut consultatif entre également dans cette optique de participation et d'influence sur l'élaboration des normes internationales¹³⁹⁷. Mais les Etats peuvent directement reconnaître ou attribuer à un acteur de la Société civile la qualité d'élaborer des normes générales du droit international. C'est le cas du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) qui dispose d'un statut juridique particulier¹³⁹⁸ intégré dans les Conventions de Genève de 1949 et les protocoles additionnels de 1977. Sa mission est, depuis sa fondation en 1863, d'œuvrer à protéger et à venir en aide aux victimes des conflits armés et d'autres situations de violence, d'abord en faveur des militaires blessés, puis progressivement en faveur de toutes les victimes de ces situations¹³⁹⁹. La même reconnaissance bénéficie également dans le cas de l'*International Air Transport Association* qui participe à la réglementation du transport aérien¹⁴⁰⁰. Une autre illustration en matière de sport sur la réglementation internationale concerne le domaine du dopage avec l'adoption de la loi du 5 avril 2006¹⁴⁰¹ qui marque la reconnaissance de la force juridique des normes sportives

international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI* 2007, tome 329, Nijhoff, Leiden/Boston 2008, pp. 9-47 ; « Les nouvelles tendances du droit international. Aspects 'macro-juridiques' », *Études internationales* (Tunis) n° 92, 3/2004, pp. 62-82.

¹³⁹⁷ G. BRETON-LE GOFF, *L'influence des ONG sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruylant-Y. Blais, 2001 ; M. H. RAMAZANI GHAVAMABADI, *Le rôle des ONG dans le développement du droit international*, thèse Paris 1, 2005. En outre, certaines ONG bénéficient du statut d'*amicus curiae* permettant de présenter leurs observations auprès d'instances juridictionnelles, voire quasi juridictionnelles comme l'ORD. Mais leur participation à ce titre demeure relativement limitée.

¹³⁹⁸ Paul REUTER, « La personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix-Rouge », in C. SWINARSKI (Ed.), *Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 785 et s. ; Ch. DOMINICE, « La personnalité juridique internationale du CICR », in C. SWINARSKI (Ed.), *Studies and Essays in International Humanitarian Law...*, *op. cit.*, p. 663 et s.

¹³⁹⁹ Le CICR: Sa mission et son action, Publications officiels du CICR, 2009, réf. 0963.

¹⁴⁰⁰ Voir notamment les remarques de Dominique CARREAU qui considère cet organisme ainsi que les conférences maritimes comme des « cartels privés » qui ont reçu pour mission de la part des États de gérer un « service public international » dans l'intérêt de la communauté internationale, en raison sans doute de leur plus grande capacité à y parvenir efficacement », *Droit international*, Pedone, 8e éd., 2004, p. 198, n° 501 ; lire aussi F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 640.

¹⁴⁰¹ Loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs, JORF, 6 avril 2006, p. 51-93.

transnationales¹⁴⁰². Cette loi fait en effet référence à un Code mondial antidopage et intègre une liste des produits dopants ainsi qu'une réglementation en matière d'autorisation à usage thérapeutique. Comme dans les autres cas, ce corpus de règles émane de l'Agence mondiale antidopage (AMA)¹⁴⁰³ qui est une fondation de droit privé suisse soumise aux articles 80 et suivants du Code civil suisse, au même titre que le Comité International Olympique (CIO) qui est à l'origine de sa création¹⁴⁰⁴. Le texte fut d'ailleurs présenté lors de la Conférence de Copenhague du 5 mars 2003 avant d'être unanimement adoptée lors de la Conférence générale de l'UNESCO du 19 octobre 2005. A ce jour, la Convention a été ratifiée par 41 Etats et est entrée en vigueur le 1^{er} février 2007.

Ce second mouvement prend naissance sur l'impossible isolement de chaque système normatif puisque des rapports se nouent et se dénouent au gré de la production de mouvements de conjonction ou de conflits. Tout comme on peut constater que les relations entre ensembles internationaux sont empreintes de divers emprunts réciproques qui renforcent leur mutualité ainsi qu'une construction juridique commune¹⁴⁰⁵. L'harmonisation se réalise donc aussi bien au niveau micro-juridique qu'à un niveau macro-juridique. Dans le premier cas, ce sont les Etats, par le biais de leurs juridictions nationales, qui se prononcent sur les règles internationales en les acceptants dans leurs ordres juridiques, en fonction de leur validité ou après interprétation de celles-ci. Dans le second cas, on voit des organismes de la société civile intervenir dans des domaines jadis laissés à la seule souveraineté étatique et procéder à l'élaboration de normes juridiques le plus souvent validées et acceptées par la communauté internationale. Tous ces rapports dénotent une coexistence de fait entre ordres juridiques (ordre juridique spécial et ordre juridique général), coexistence qui passe nécessairement par la création conjointe de règles juridiques communes car, comme l'affirmait un éminent auteur, « la mondialisation est très largement le fruit d'un ordre construit »¹⁴⁰⁶. Or, ces règles communes créent, en droit international, un système d'ordre public auquel doivent se soumettre toutes les autres réglementations.

¹⁴⁰² Voir en ce sens En ce sens, G. RABU, « La lutte contre le dopage et la protection de la santé des sportifs », *D&S*, n° 16, mars 2007, p. 168, spéc. p. 181.

¹⁴⁰³ F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, n° 120.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, n° 115 pour un rapide historique.

¹⁴⁰⁵ Plusieurs exemples peuvent l'illustrer, notamment entre les dispositifs du Conseil de l'Europe et ceux de l'Union européenne. En effet, qu'il s'agisse de la lutte contre la corruption ou de la protection de l'environnement, on s'aperçoit que les textes de l'un sont souvent recopiés par l'autre avec de faibles variantes. Ainsi par exemple, la Convention UE de 1997 contre la corruption annonce les conventions du Conseil de l'Europe signées en 1991 (cf. Mireille DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'Universel*, *op.cit.*, p. 252.). De façon plus nette encore, la décision-cadre UE de 2003 sur la protection pénale de l'environnement reproduit pour l'essentiel le dispositif de la convention du Conseil de l'Europe signée en 1998 (voir G. GIUDICELLI-DELAGE, « Le droit pénal de l'environnement. L'exception européenne », *RSC*, 2005, p. 767-775).

¹⁴⁰⁶ Gérard FARJAT, propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et de la mondialisation, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2003, p. 516.

2/- La soumission des régimes autonomes à un ordre public international

Un autre aspect qui illustre la recherche d'uniformité des réglementations internationales concerne l'aspect de la soumission des régimes autonomes à l'ordre public international. C'est la réalisation matérielle de l'hypothèse d'un « pluralisme ordonné »¹⁴⁰⁷ en droit international qui consiste à maintenir une séparation entre systèmes normatifs sans toutefois leur imposer une fusion de manière à permettre la construction d'un espace ordonné. En effet, les différents ordres juridiques créés en droit international (notamment le droit conventionnel issu des acteurs juridiques transnationaux qui bénéficient d'un pouvoir réglementaire propre), lorsqu'ils font preuve d'une certaine autonomie, ne peuvent en aucune circonstance se prévaloir d'une quelconque indépendance leur permettant de s'affranchir aux règles d'ordre public. C'est le cas de l'ordre juridique créé par le sport international ou *lex sportiva* dont les fédérations sportives, bien que bénéficiant d'un monopole de fait, voire de droit dans l'exemple des fédérations françaises délégataires, ne peuvent se soustraire au droit de la concurrence¹⁴⁰⁸. Ainsi, qu'il s'agisse de la vie au niveau national, régional ou mondial, les systèmes juridiques dits « autonomes » se doivent de souscrire entièrement aux règles nationales, régionales ou universelles en matière d'ordre public, apanage des seuls Etats souverains¹⁴⁰⁹. L'adaptabilité des ordres juridiques spéciaux leur permet d'acquérir une ampleur telle que les normes qu'ils sont appelés à édicter permettent d'harmoniser les pratiques au-delà des sphères géographiques nationales ; cette harmonisation des pratiques se fera parfois dans un espace juridique virtuel qui n'a rien de commun avec l'espace juridique formé par les États-nations¹⁴¹⁰.

Selon Mme NIBOYET et M. GEOUFFRE de La PRADELLE, il est « impossible de donner une définition précise de la notion d'ordre public international »¹⁴¹¹, celui-ci étant présenté comme « un ensemble de valeurs intangibles et supérieures, qui mêle des intérêts généraux (ou publics), comme des intérêts politiques, moraux, économiques et sociaux »¹⁴¹². En d'autres termes, cette définition fait une distinction entre les règles assurant la sauvegarde des principes de justice universelle et permettant de protéger les fondements de l'organisation politique et sociale de la communauté internationale dans son ensemble, et celles dont le rôle est la simple régulation des relations entre les sujets du droit international. Les premières sont des principes intangibles, exprimant les valeurs sociales qui structurent un groupe humain. Ainsi, le droit international affiche clairement qu'il existe

¹⁴⁰⁷ Lire M. DELMAS-MARTY, « *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques* », D., 2006, n° 14, pp. 951-957.

¹⁴⁰⁸ Gaylor RABU, *La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergences des régimes juridiques*, Revue internationale de droit économique, De Boek Université, p. 348.

¹⁴⁰⁹ Lire à ce propos, *L'Etat souverain à l'aube du XXIe siècle*, Colloque de Nancy de la SFDI, Pedone, 1994.

¹⁴¹⁰ Cette organisation dynamique polycentrique permet aux groupements transnationaux d'être présent sur une pluralité de territoires.

¹⁴¹¹ M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ (2007), n°307, pp. 221-238.

¹⁴¹² *Idem*.

des valeurs dotées d'un statut juridique supérieur aux autres normes, notamment contractuelles. C'est cette architecture qui permet au corps social de se repérer autour d'un « ordre public » en droit international.

La notion est bien connue dans les ordres internes, notamment dans les droits de l'Europe continentale, où l'on distingue l'ordre public de direction et celui de protection. Le premier impose une certaine conception de l'intérêt général et de l'utilité publique, alors que le second est destiné à protéger certaines catégories de contractants trop fragiles pour pouvoir négocier leurs intérêts sans que ceux-ci soient engloutis¹⁴¹³. Mais, pour fonder un ordre public, il faut que le groupe ait conscience d'appartenir à une communauté politique qui se structure, et la question est alors celle des moyens de cette structuration. Ceux-ci peuvent résider dans les lois les plus importantes, qualifiées de lois d'ordre public. Ainsi par exemple, le code civil français énonce-t-il à son article 6 : « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » Mais cela peut aussi être le fait de principes directeurs, non nécessairement écrits, mais puisés dans la conscience collective.

La notion de « droit supérieur » au contrat n'est pas inconnue en droit international pour autant, et la catégorie de normes qui lui correspond est celle des règles de droit impératif général¹⁴¹⁴. Ces dernières sont considérées supérieures à toute autre et entraînent automatiquement la nullité des traités qui entreraient en contradiction avec elles. Leur objectif est la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. La charte des Nations Unies était apparue en 1945 comme une ébauche d'armature au droit mondial. Bien que de nature contractuelle, elle avait une vocation universelle qui a été confirmée par l'adhésion massive des Etats. Le texte lui-même affirme sa valeur fondatrice puisque les obligations découlant de la charte prévalent sur tout autre accord international comme l'indique son article 103¹⁴¹⁵, même si, de plus en plus, l'autorité de cette disposition semble être remise en cause¹⁴¹⁶. A côté de l'article 103 de la Charte, on évoque aussi les

¹⁴¹³ Cf. B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 4^e édition, 2006, p.255-266.

¹⁴¹⁴ Dominique CARREAU, *Droit international public*, 9^e édition, Pédone, p. 94, no 183 et suivants.

¹⁴¹⁵ Jean Marc THOUVENIN, *Commentaire de l'article 103 de la Charte des Nations Unies in : La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, volume II, Jean Pierre COT, Alain Pellet et Mathias FORTEAU, Economica, Paris, 2^eme édition, 2002.

¹⁴¹⁶ Malheureusement, le Conseil de sécurité, en s'exemptant lui-même du respect de la Charte, a brisé le mouvement vers un ordre public mondial onusien. Les manœuvres qui ont entouré le vote de la résolution 1441 du 8 novembre 2002 sur l'Irak en témoignent. Et aucune interprétation de cette résolution ne transformera la guerre annoncée en une expérience de sécurité collective respectueuse du droit. Car la Charte ne permet en aucun cas d'ouvrir par allusion aux Etats le droit de faire la guerre. La sécurité collective est de l'entière responsabilité du Conseil d'un bout à l'autre d'une opération militaire autorisée. « *Les plans pour l'emploi de la force armée sont établis par le Conseil de sécurité avec l'aide du comité d'état-major* »(article 46). Et la confiscation des opérations entreprises au nom de la sécurité par un Etat et ses alliés n'est qu'une manifestation de plus de l'ordre impérial.

règles de *jus cogens*¹⁴¹⁷, les obligations *erga omnes*¹⁴¹⁸ ou encore les principes généraux du droit international. Cette classification introduit des rapports hiérarchiques entre les normes de droit international¹⁴¹⁹ et pose les bases d'un ordre public international.

Ainsi pour ordonner les systèmes juridiques et les soumettre à un ordre unique, il faudrait des corrélations suffisamment fortes pour rendre les ensembles juridiques en formation un peu plus stables et un peu plus durables. À côté des instruments traditionnels que sont la hiérarchie des normes et des institutions, on peut ainsi faire le constat de l'émergence d'une hiérarchie normative en droit international. En effet, la doctrine s'efforce depuis quelques années de dégager un traitement juridique particulier aux violations les plus graves du droit international, que la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dénomme *jus cogens*. À la suite de l'affaire de la Cour internationale de justice *Barcelona Traction* qui évoque « les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble », la doctrine range dans les obligations non susceptibles de dérogation l'interdiction du génocide, de l'esclavage, de la guerre d'agression... qui viennent consacrer l'« ordre public international ». À ce propos, Alain PELLET, Patrick DAILLIER et Mathias FORTEAU estiment que la reconnaissance du *jus cogens* est révolutionnaire car elle participe à l'édification des bases constitutionnelles écrites de la Communauté internationale¹⁴²⁰.

Toutefois, il convient de noter que la notion d'ordre public en droit international doit aussi faire l'objet d'une vigilance particulière sur le contenu qu'on lui donne à un moment donné afin qu'il ne serve pas des valeurs régressives et ne soit pas confisqué par des pouvoirs répressifs qui en feraient un ordre sécuritaire ou moral. De même, l'idée d'un ordre public mondial reste incompatible avec l'impunité pénale, et l'esprit de compromis qui a jusqu'ici gangrené les possibilités de justice comme l'illustre la négociation sur le texte fondateur de la justice pénale internationale, affaiblissant par la même occasion le statut de la Cour pénale internationale¹⁴²¹. Enfin, l'absence d'un ordre public qui hiérarchiserait les normes applicables aux relations transnationales est infiniment

¹⁴¹⁷ Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

¹⁴¹⁸ Certaines obligations ont un statut spécial en raison de leur champ d'application universel. Tel est le cas des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui viole de telles obligations (Cf. Conclusions des travaux du Groupe de travail de la CDI sur la question de la fragmentation, *op.cit. par. 37*).

¹⁴¹⁹ Cf. Conclusions des travaux du Groupe de travail de la CDI sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II. (2), par. 31 à 42.

¹⁴²⁰ A. PELLET, P. DAILLIER et Mathias FORTEAU, *Droit international public*, LGDJ, 8e éd., 2009, p. 205.

¹⁴²¹ À ce propos, plusieurs États n'ayant pas adhéré à ce statut tentent encore de le limiter par des mesures de transaction. Parmi ceux-ci, les États-Unis s'acharnent à obtenir par accord d'un maximum d'États la certitude que leurs nationaux bénéficieraient en toutes circonstances de l'impunité. Le droit pénal, par essence « d'ordre public », et son application indérogable en sont dénaturés.

dommageable pour les peuples dans le domaine des droits humains. Bien que l'on s'accorde à reconnaître l'affirmation de ces droits une valeur supérieure, les mécanismes juridiques sont tellement sommaires qu'il n'y a pour le moment que de trop rares possibilités de faire annuler les décisions qui sont porteuses directement ou plus indirectement de leur violation. Sans oublier le fait que le libéralisme porté par l'OMC étend son champ d'application à vive allure. Et rien ne permet de régler convenablement, du moins à ce jour, les contradictions entre la norme commerciale et les droits humains qu'elle détruit.

De manière générale, on ne peut que s'accorder avec Monique CHEMILLIER-GENDREAU¹⁴²² lorsqu'elle évoque deux conditions préalables à l'instauration d'un véritable ordre public international : la première est dans l'élaboration d'un travail théorique sur le concept d'intérêt public universel qui doit être au cœur du projet de démocratie mondiale, et l'utilisation de ce concept ne doit pas être confisquée par un organe non démocratique comme le Conseil de sécurité des Nations Unies. La seconde tient au renforcement du juge international, auquel il faut pouvoir soumettre tous les cas dans lesquels on soupçonnera les puissances surarmées de jouer de leurs positions au mépris de la protection des populations ou les mécanismes du marché d'avoir occasionné des violations des droits fondamentaux.

En somme, des tensions peuvent naître entre le public et le privé ou encore le local, le national et le global, faisant surgir des fragments d'un droit commun tout en garantissant l'autonomie de chaque système, bien que cette dernière soit réduite du fait des interdépendances croissantes qui se créent entre les différents systèmes. On aboutit ainsi à un degré d'universalisme qui appellerait non seulement à une primauté de la norme internationale sur la norme interne, même si cette primauté n'est que rarement effective, mais aussi à asseoir une sécurité juridique basée sur l'intégration plus ou moins effective des différents ordres juridiques. En cela, le pluralisme juridique semble ouvrir la voie, à défaut d'un ordre mondial, au moins à une harmonisation qui suppose la fusion des systèmes juridiques ou plutôt des concepts juridiques et ne présuppose nullement l'unité du système global¹⁴²³. Cette unité peut plutôt se construire progressivement avec l'intervention du juge international lorsqu'il interprète les normes internationales.

¹⁴²² Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Droit international et démocratie mondiale : Les Raisons d'un échec*, La discorde, Textuel, 2002, 272p.

¹⁴²³ Pierre-Marie DUPUY, *L'Unité de l'ordre juridique international*. Cours général de l'Académie de droit international public [2000], Martinus Nijhoff, 2003.

B/- LA CONVERGENCE RELEVANT DE L'INTERPRETATION DES NORMES DES DIFFERENTS REGIMES JURIDIQUES

Le droit international de ces dernières années est de plus en plus paradoxal, de plus en plus tiraillé entre forces diverses, souvent opposées. Cela va d'une interdépendance matérielle qui s'est dramatiquement accrue à un changement de la distribution générale du pouvoir ayant favorisé l'émergence d'un pôle hégémonique qui tend de plus en plus vers l'unilatéralisme, au sein même d'un tissu juridique et institutionnel remarquablement multilatéral (d'où des tensions quasi-insoutenables) ; enfin, les forces centripètes vers l'unification ont provoqué des forces centrifuges contraires, dans une multiplication de replis sur soi, de micro-nationalismes, d'indépendantismes, de sécessionnismes, de ce qu'un auteur suisse a appelé le « néo-tribalisme »¹⁴²⁴.

Cependant, il ne faut pas confondre l'existence d'un droit et son effectivité ou son efficacité, même si, sur ce plan, le droit international prête davantage le flanc à l'insatisfaction et à la critique au point d'engendrer des interrogations sur le fondement du caractère obligatoire de ses règles¹⁴²⁵. En droit international, comme on le verra un peu plus loin, il y a une tendance irréversible à prévoir de plus en plus les voies et moyens d'assurer le respect des règles, comme le montrent la multiplication des juridictions internationales, l'implication grandissante des organisations internationales et parfois l'intervention des juridictions nationales pour veiller au respect ou à la mise en œuvre du droit international. Il convient donc d'envisager comment l'internormativité mêlée à l'interprétation croisée des juges éclairent le débat juridique international (1) avant d'expliquer quel serait l'apport normatif de la multiplication des juridictions internationales en matière de codification (2).

1/- L'internormativité et l'interprétation croisée éclairent le débat juridique en droit international

Si, de fait, la thèse du droit étatique et du monisme juridique présupposait la reconnaissance d'un seul ordre juridique légitime, cette conception n'est plus soutenable aujourd'hui pour penser le droit dans des sociétés multiculturelles¹⁴²⁶. Ainsi, le caractère insoutenable de cette vision « traditionnelle » du droit semble essentiellement provenir du multiculturalisme des sociétés occidentales : « la problématique fondamentale du droit contemporain a trait à la conciliation des divers ordres juridiques reconnus et créés par les citoyens et citoyennes »¹⁴²⁷. Ce qui suppose, d'une part, qu'il y a contestation de la conception d'un seul ordre juridique comme lieu d'énonciation du droit et, *a*

¹⁴²⁴ Robert KOLB, « Mondialisation et droit international », PUF, Relations internationales, 2005/3- n°123, pages 69 à 86.

¹⁴²⁵ Ahmed MAHIOU, « Les paradigmes du droit international : les caractéristiques », Cours général de droit international public, *Recueil de cours, op. cit.*, p. 91.

¹⁴²⁶ Louise LALONDE, La Médiation, une approche « internormative » des différends, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n°33, 2002, p. 106 et s.

¹⁴²⁷ *Idem.*

fortiori, de l'État comme seul énonciateur du droit, et, d'autre part, que les citoyens et les citoyennes peuvent non seulement légitimer la norme juridique, mais qu'ils peuvent en être les énonciateurs. L'enjeu principal de cet état de « crise du droit »¹⁴²⁸, qu'on peut rattacher à divers phénomènes contemporains, sera alors celui de la « conciliation » de ces divers ordres juridiques non étatiques, par ailleurs reconnus, et donc légitimés par les citoyens. Or, cet enjeu de la conciliation des ordres juridiques ne peut être autre que l'enjeu de l'application de cette normativité plurielle puisque c'est à ce stade que peut se matérialiser la conciliation des divers normativités en droit international.

La notion de « pluralisme juridique » est donc posée comme corollaire à cette multiplicité des ordres juridiques ; leur point de convergence est très certainement celui de la reconnaissance d'un pluralisme normatif et d'une interaction souhaitée entre ces normativités plurielles. En d'autres termes, l'internormativité suppose un rapport, une relation, voire, dans le meilleur des cas, un dialogue entre des ordres juridiques ou normatifs. Ces rapports, pour exister, supposent naturellement l'existence d'au moins deux ordres qu'il s'agisse, pour reprendre les enseignements du Doyen CARBONNIER, d'un système juridique et un ou plusieurs autres systèmes normatifs, ou qu'il s'agisse de normes sociales, techniques ou commerciales. Le concept d'internormativité invite ainsi à l'étude des rapports entre le droit et les autres espèces de la normativité sociale. Au début du siècle, la religion, la morale, les mœurs et les usages étaient considérés comme les principaux ordres normatifs avec lesquels le droit pouvait entretenir des relations significatives. Mais aujourd'hui, on s'intéresse davantage à ses rapports avec les normes spéciales, éthiques, scientifiques, organisationnelles, régionales ou communautaires. Avec les différents changements culturels intervenus au niveau de la communauté internationale, on ne peut appréhender la réalité des mélanges normatifs anciens ou nouveaux sans récuser la théorie pure du droit qui va de pair avec le projet politique moderne¹⁴²⁹. La chimie des interactions entre les normativités impose l'hypothèse d'un droit soluble dans la société. Or, le droit international n'est soluble que dans l'interdisciplinarité.

Par conséquent, le problème se posant en termes d'effectivité de la norme juridique, postule que la légitimité de la norme de droit international est essentiellement issue non pas de son énonciation formelle, mais de son énonciation par le sujet de droit lui-même, énonciation qui frôle ainsi l'application. Ainsi, entre le réalisme du droit international général, le militantisme des droits de l'homme, et le légalisme du droit pénal, les jeux d'interprétation croisée ont le mérite d'éclairer le

¹⁴²⁸ Le droit est essentiellement en crise de légitimité de son autorité, puis en crise de son application et de sa reconnaissance. Voir notamment les hypothèses interprétatives de J. HABERMAS et de J. CAPPELLETTI. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 à la p. 467 et s ; J. CAPPELLETTI, « Accès à la justice : comme programme de réforme et comme méthode de pensée » (1982) 2 *Windsor Y. B. Access Just.* 193.

¹⁴²⁹ Cf. Jean-Guy BELLEY (sous la Dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence (coll. Droit et société), 1996, 279 p.

débat juridique, même si l'on peut regretter ici le fait qu'ils ne donnent pas toujours les moyens de le trancher¹⁴³⁰. Cette justice sans hiérarchie qui se cherche à tâtons, par une sorte de porosité entre les divers ensembles, une compénétration par capillarité, ne peut-être qu'une phase transitoire dans la construction d'un véritable ordre juridique mondial comme cela a déjà été évoqué. Elle se traduit à travers la relativité de l'isolement des règles issues des régimes autonomes face au droit international général¹⁴³¹. De même, l'internormativité et l'interprétation croisée permettraient la formation, sinon d'une communauté de valeurs, du moins d'une communauté de juges. L'apport essentiel des processus d'entrecroisements, normatifs et judiciaires, est de créer une dynamique qui favorise l'évitement des conflits et aide à résoudre certaines contradictions. Ainsi, la mondialisation aura au moins le mérite d'unifier certaines conceptions en rapprochant les comportements et surtout en facilitant l'émergence de règles communes et donc leur éventuelle formulation sous forme codifiée.

C'est au regard donc de la gestion de l'internormativité reconnue comme inhérente à l'application des normes pluralistes que se construit le tremplin vers les modes d'interprétation des normes juridiques. Ces formes d'interprétation peuvent être basées sur des modèles de comparaison normatives. Dans sa thèse de droit international présentée et soutenue en 2009¹⁴³², Sandrine RUGIS soutient que « *l'interaction normative peut servir de fondement à la méthode comparative ou être initiée par elle* ». Pour elle, « *la méthode comparative est une technique reposant sur la comparaison, la confrontation, le recoupement de normes ou de jurisprudences internationales. En droit international de la personne, elle se traduit, notamment, par l'attention portée au corpus juridique préexistant lors de la rédaction d'une convention internationale ou lors de l'interprétation d'un droit par un organe international de contrôle* »¹⁴³³. L'interaction normative peut donc créer des solidarités entre les normes et les organes internationaux dès lors qu'elle peut les conduire à s'appuyer sur des réalisations existantes pour se développer et à trouver ailleurs un écho à leurs propres approches et préoccupations. A travers l'interprétation croisée, le juge international peut déterminer le sens d'un droit ou le contenu d'une disposition, par le biais d'une comparaison normative entre deux ou plusieurs instruments internationaux et/ou jurisprudences internationales. De la sorte, en prenant la forme d'une interprétation croisée, voire d'un dialogue des juges,

¹⁴³⁰ M. DELMAS-MARTY, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *op.cit.* p. 52.

¹⁴³¹ Il va sans dire que dans leurs engagements, les organes des régimes spéciaux font souvent référence aux principes « coutumiers » du droit international général (responsabilité des Etats, Convention de Vienne sur le droit des traités, etc.).

¹⁴³² Sandrine TURGIS, Recherche sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne, Université Panthéon-Assas (Paris 2), Thèse de doctorat, 2009.

¹⁴³³ *Idem*, p. 16.

l'interprétation des normes internationales, l'interaction de ces dernières peut aboutir à une « unification juridique internationale »¹⁴³⁴.

En matière de droit international pénal par exemple, la voie de la compétence universelle demeure une méthode de systématisation impliquant non seulement des bases internationales claires et précises, mais encore une harmonisation d'un système à l'autre. Cependant, ce système demeure encore très fragile en droit international¹⁴³⁵. D'où l'autre voie de la complémentarité des juridictions mixtes créées dans les diverses parties du monde¹⁴³⁶. Au même titre que les juridictions régionales, les « juridictions d'exception » nouvellement créées pourraient devenir de véritables laboratoires du pluralisme juridique en même temps qu'elles seraient d'un apport normatif conséquent pour le droit international.

2/- La création de nouvelles juridictions engendre un apport normatif au droit international général

La transformation du droit international n'affecte pas seulement les rapports interétatiques. Les juridictions internationales favorisent la cristallisation des valeurs sociales fondamentales. Les tribunaux pénaux internationaux ont, par exemple, apporté une définition universelle du viol. Très en avance par rapport à la pratique de nombreux pays, cette définition est la manifestation d'une conscience juridique universelle qui s'exprime dans l'application du droit positif matérialisé par le châtement des coupables. Les grandes questions de société (les limites de la responsabilité individuelle, la peine de mort, le principe de précaution, le terrorisme, la délinquance sexuelle, etc.) viennent ainsi en débat dans ces instances juridictionnelles, qui deviennent des laboratoires au sein desquelles les différentes cultures juridiques du monde sont synthétisées et dépassées¹⁴³⁷.

Loin d'appauvrir le contenu matériel du droit international général, la création de nouvelles juridictions internationales, à l'image des deux tribunaux *ad hoc*, semble plutôt avoir fourni l'occasion d'une contribution très notable à l'incorporation de normes d'origine conventionnelle au droit international. C'est le cas dans le domaine du droit humanitaire international où des apports substantiels au droit coutumier ont été relevés et développés par la jurisprudence des deux tribunaux

¹⁴³⁴ Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome II, La méthode comparative, LGDJ, Paris, 1974, p. 371.

¹⁴³⁵ Cf. Brigitte STERN, « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, 40, 1997.

¹⁴³⁶ La plupart de ces juridictions (au Kosovo, au Cambodge, en Sierra Leone, au Timor Oriental, etc.) sont composés pour partie de juges nationaux et pour partie de juges internationaux, venus de pays étrangers et représentant non pas leurs Etats, mais la communauté internationale dans son ensemble. Leur effort d'imagination pour trouver des solutions à l'ineffectivité des normes à vocation universelle n'est plus à démontrer.

¹⁴³⁷ Philippe WECKEL, « la mondialisation du droit », 2003, *Revue générale de droit international public*, p. 63.

pénaux¹⁴³⁸. On devrait normalement espérer des développements similaires concernant le nouveau Tribunal international du droit de la mer, notamment dans le domaine de la limitation maritime, tout comme celui de la gestion des fonds marins par l'intermédiaire de sa chambre spéciale. Toutefois, il reste à craindre que cette nouvelle jurisprudence ne vienne concurrencer celle déjà existante en la matière émanant de la CIJ. En effet, la Convention de Montego Bay ouvre droit aux parties contractantes de choisir entre l'une et l'autre juridiction ou encore d'avoir recours à d'autres procédures existantes en matière de règlement pacifique des différends¹⁴³⁹. De même, si la concurrence en matière de création de juridictions nouvelles se limite à ce cas de figure entre la CIJ et le tribunal international du droit de la mer, il faut également craindre le fait que la multiplication des juridictions internationales ne nourrisse le danger d'une interprétation diversifiée de certains concepts ou règles clés fondamentaux du droit international. Le risque ici est d'assister à une interprétation différente de celle qui est généralement retenue par la pratique internationale, elle-même le plus souvent influencée par la jurisprudence de la Cour internationale de justice¹⁴⁴⁰.

Par ailleurs, la prise en compte des éléments du « régionalisme » dans la conception d'un droit international général est perceptible à divers égards. Par exemple, on pourrait faire valoir l'argument selon lequel le statut de la CDI, organe principal de la codification générale du droit international, exige que sa composition s'effectue en prenant en compte la représentation des différents systèmes juridiques mondiaux. En d'autres termes, les membres de la CDI doivent refléter, de manière pratique, l'ensemble des systèmes régionaux qui sont reconnus. Il y a ici déjà un souci majeur de préserver un équilibre « régional » sans oublier le fait que la plupart des candidats présentés par les Etats membres sont des juristes des ministères des affaires étrangères, c'est-à-dire des personnes rompues à la pratique d'un droit le plus souvent national et régional. On peut également déduire cette importance régionale dans la pratique de la Commission et notamment par rapport au rôle confié au rapporteur spécial de l'organe de codification. En effet, la Commission semble se satisfaire de ce que, les rapports étant répartis entre des membres de régions différentes, « *Ce système, à la condition d'être appliqué avec souplesse, présente de nombreux avantages,*

¹⁴³⁸ C'est ce qu'atteste la très riche décision rendue par la chambre d'appel du TPIY Cette dernière précise des points de droit importants touchant au droit international humanitaire et celui du maintien de la paix dans le cadre des Nations Unies ainsi qu'à la théorie des sources du droit international. Voir SASSOLI (M.), « La première décision de la chambre d'appel du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) », in *RGDIP*, 1996/1, pp. 101-134.

¹⁴³⁹ Il faut dire ici que cela n'a rien de choquant dans la mesure où le principe fondamental qui gouverne le droit du règlement pacifique des différends est en effet celui de *la liberté de choix entre les types de procédures ouvertes aux parties*, Cf. article 33 de la Charte des Nations Unies.

¹⁴⁴⁰ Pierre-Marie DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in *Harmonie et contradictions en droit international*, Colloque du 11-12-13 avril 1996, Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (sous la dir.), Ed. A. pedone, 1996, pp. 17-54.

notamment en ce qu'il contribue à garantir que la formulation de rapports et de propositions s'inspire de conceptions différentes et de cultures juridiques différentes »¹⁴⁴¹.

Enfin, la concurrence des jurisprudences peut avoir des effets positifs sur l'interprétation des règles de droit international. On parle de concurrence jurisprudentielle lorsque la décision d'une juridiction internationale ne coïncide pas totalement avec celle d'une autre, soit parce qu'elle va plus loin que cette dernière, soit parce qu'elle tranche un point de droit ou prend position sur une question que la première s'est abstenue d'aborder quand elle en avait l'occasion. Des décisions de ce type sont apparues notamment en ce qui concerne le contrôle juridictionnel de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁴⁴² entre la CIJ et le TPIY. Ainsi, dans l'affaire de *Lockerbie*, la CIJ a fait preuve d'une extrême prudence en se gardant d'une position quelconque préférant laisser toutes les portes ouvertes dans le cadre de ses deux ordonnances du 14 avril 1992 dont l'une précise qu'« à ce stade, la Cour n'a pas à se prononcer définitivement sur l'effet juridique de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité... »¹⁴⁴³. Or, trois années plus tard, dans l'arrêt historique rendu le 2 octobre 1995, la Chambre d'appel du TPIY « fera pour ainsi dire la leçon à la Cour » en adoptant une position dépourvue de toute ambiguïté sur le même sujet : pour le Tribunal, il est clair que tout juge international appelé à faire application d'une résolution du Conseil de sécurité doit pouvoir en vérifier la validité juridique, sauf éventuellement si son acte constitutif le lui interdit formellement¹⁴⁴⁴. Tel n'est le cas ni en ce qui concerne la CIJ, ni en ce qui concerne le TPIY. Ce dernier, contrairement à la CIJ, y voit un élément de son pouvoir de dire le droit. Cette position du TPIY montre que la multiplication des juridictions internationales et son corollaire, l'existence de plusieurs jurisprudences, n'ont pas que des effets négatifs en droit international.

La concurrence jurisprudentielle peut se manifester aussi par l'interprétation qu'une juridiction internationale pourrait donner à une décision d'une autre juridiction internationale. La décision de l'une ne contredit pas forcément celle de l'autre, mais lui attache une certaine portée. Ce fut le cas dans l'affaire *Flegenheimer*¹⁴⁴⁵ dans laquelle la Commission de conciliation Italie-Etats-Unis circonscrivit l'arrêt de la CIJ de 1955 dans l'affaire *Nottebohm* à une décision d'espèce afin de

¹⁴⁴¹ *Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (1996)*, AG Doc, Off. 51^e session, supp. n°10 (A/51/10), § 187.

¹⁴⁴² Sur cette question, voir note de Mohamed BEDJAOUI, opinion dissidente dans l'affaire de *Lockerbie*, ordonnances du 14 avril 1992, CIJ, Recueil, 1992, pp. 33-49 et 143-159 ; « Un contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité est-il possible ? », in SFDI, Colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, (50^e anniversaire des Nations Unies, Pedone, Paris, 1995, pp. 225-297.

¹⁴⁴³ Voir Affaire relative aux questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de *Lockerbie (Lybie c. Etats-Unis)* (demande en indication des mesures conservatoires), ordonnance du 14 avril 1992, CIJ, Recueil 1992, p. 126, § 43.

¹⁴⁴⁴ Cf. Louis CONDORELLI, « *Jurisdictio* et (dés) ordre juridique en droit international. Quelques remarques au sujet de l'arrêt du 2 octobre de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Tadic » in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 282.

¹⁴⁴⁵ Décision du 20 septembre 1958, *I.L.R.*, 1958-I, pp. 91 s.

limiter la portée de l'exigence du « lien effectif » entre une personne et un Etat comme condition d'exercice par ce dernier de son droit de protection diplomatique :

« *The Commission is of the opinion that it is doubtful that the international Court of Justice intended to establish a rule of general international law in requiring, in the Nottebohm Case, that there must exist an effective link between the person and the State in order that the latter may exercise its right of diplomatic protection in behalf of the former. The Court itself restricted the scope of its Decision ...* »¹⁴⁴⁶.

Ces deux exemples illustrent ainsi l'un des aspects positifs de la fragmentation, notamment du fait de la multiplication des juridictions internationales, qui peut s'avérer, à certains égards, être un moteur de développement pour l'interprétation des règles du droit international. Il faut dire que la conception d'une juridiction internationale évoque l'existence d'un *imperium* qui relègue, au second plan, les questions de la source de l'obligation et de la légitimité de l'institution. Ce « type-idéal » certes discutable, permettrait d'asseoir l'éclosion d'une collectivité globale s'appuyant sur le concept de l'humanité ou sur celui de la communauté internationale¹⁴⁴⁷. Dans tous les cas, la juridictionnalisation du droit apparaît comme un moyen commode de fédérer les matières et secteurs du droit international sans pour autant remettre en cause la souveraineté étatique¹⁴⁴⁸. L'avantage d'un tel système est qu'il permet de concevoir divers stades d'intégrations entre juridictions internes, régionales et internationales. En cela, il peut également s'avérer être un élément contribuant à faciliter la codification du droit international général.

§2 : La convergence des différents régimes juridiques facilite leur codification

La théorie du pluralisme juridique, développée à l'origine par Santi ROMANO, est aujourd'hui communément admise par la doctrine en droit international¹⁴⁴⁹. Elle implique la recherche d'une harmonisation et d'un « *encadrement normatif* » à travers des modes de régulation assurant la soutenabilité du processus dans son ensemble. Dans une telle optique, le concept de codification en

¹⁴⁴⁶ Ibid. § 12.

¹⁴⁴⁷ Lire notamment R.-J. DUPUY, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, Unesco, 1986 ; B. SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, 1994-IV, vol. 250, *passim* ; G. ABI-SAAB, « La communauté internationale saisie par le droit – Essai de radioscopie juridique », in *Liber Amicorum Boutros-Ghali*, vol. I, Bruylant, 1998, pp. 81-108.

¹⁴⁴⁸ Dans un sens formel, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, associés dans l'esprit des peuples à la fonction de création du droit et à la fonction d'application du droit, continuent à relever de la volonté étatique.

¹⁴⁴⁹ Santi ROMANO, *L'ordre juridique* [1918] Dalloz, 2e édition, 2002, Introduction de Ph. FRANCESKAKIS et Présentation de P. MAYER, traduit de l'italien par L. FRANCOIS et P. GOTHOT ; D. De BECHILLO, « Qu'est-ce qu'une règle de droit ? », éditions O. JACOB, 1997, p. 145 et s ; F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ*, 1982, p. 51 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, « Le système juridique entre ordre et désordre », PUF, 1988, p. 188 ; J.-G. BELLEY, *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, *LGDJ*, 1995 ; J. CHEVALIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 7 ; DELMAS-MARTY, M. « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », D., Seuil, 2006, n° 14, pp. 951-957.

droit international public comprend non seulement des corps normatifs systématisés et disposant de leur propre autonomie, mais également d'autres normes groupées en des textes mineurs, sur des sujets ayant une envergure limitée et pouvant faire l'objet de traités multilatéraux spéciaux. Très tôt déjà, Henri BONFILS considérait la création de règles particulières comme compatible, voire indispensable pour atteindre l'universalité du droit. Pour lui, les « *codifications partielles, sous forme de traités* » devraient être perçues comme positives puisque, à travers elles, les Etats parties arriveront à accepter « *un certain nombre de principes, nombre qui ira en augmentant à mesure que la civilisation se perfectionnera* »¹⁴⁵⁰. De même, pour Karl STRUPP, « *la codification du droit international public ne peut se faire que fragmentairement, en tenant compte des différences qui existent entre les divers groupes juridiques* »¹⁴⁵¹. La convergence des régimes juridiques constitue donc un important moyen de stabilisation de leurs rapports en ce sens qu'il permet d'entretenir une dialectique de synthèse entre eux et une mise en ordre du droit international. Cette convergence permet en même temps de nourrir la codification du droit international à travers deux mouvements : celui qui s'établit, d'une part, à travers les processus d'harmonisation et d'unification des systèmes juridiques (A) et, d'autre part, à travers l'intégration et la coordination des instruments juridiques (B).

A/- LA CODIFICATION DECOULANT DES PROCESSUS D'HARMONISATION DES SYSTEMES JURIDIQUES

Le droit international est un système juridique dont les règles, les principes ou normes s'appliquent en relation avec d'autres normes et en rapport avec leur interprétation. Dans ce contexte, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de sorte à faire émerger un ensemble unique d'obligations compatibles les unes envers les autres et selon un schéma adapté qui ferait que les obligations de moindre importance puissent tirer leur reconnaissance des obligations dites fondamentales : c'est ici que réside toute la portée du « principe d'harmonisation » lequel, au même titre que le principe d'unification, constitue un processus spécifique qui poursuit un objectif d'intégration (normative et/ou judiciaire) par le rapprochement des divers systèmes. Ces deux processus influencent largement l'œuvre de codification par la recherche permanente d'un socle de normes communes (1) qui faciliterait, à son tour, l'intégration des ordres et espaces juridiques internationaux (2).

¹⁴⁵⁰ Henry BONFILS, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Rousseau, Paris, 1894, pp. 880 et 883.

¹⁴⁵¹ K. STRUPP, *Eléments du droit international public...*, *op. cit.*, p. 21.

1/- L'harmonisation par la constitution d'un socle de normes communes

Il existe en matière de droit international des réalisations communes, des points de rencontre et des projets partagés conjointement par la société internationale et la société civile transnationale. Le premier niveau consiste, pour les acteurs de la société civile internationale, à exercer un pouvoir d'influence sur les négociations internationales¹⁴⁵². De la sorte, elles participent indirectement à l'élaboration de normes internationales, quand elles ne bénéficient pas d'un statut consultatif¹⁴⁵³, voire d'un statut juridique particulier de la part des Etats comme dans le cas du CICR¹⁴⁵⁴. Mais on a vu que cette reconnaissance pouvait également intervenir dans des domaines qui ne relèvent pas de l'humanitaire. On peut citer le cas de l'International Air Transport Association qui participe à la réglementation du transport aérien¹⁴⁵⁵ ou l'exemple en matière de lutte « mondialisée » contre le dopage et la protection de la santé des sportifs¹⁴⁵⁶.

Dans tous ces différents secteurs du droit, l'idée d'une intégration normative par la mise en place de normes communes par tous les Etats commence à faire son chemin. L'intérêt de ce mode de production normative est multiple : il permet de rendre plus identifiables les producteurs de droit et donc les normes applicables et les lieux de leur application. Ce faisant, les « frottements » entre systèmes juridiques s'en trouvent limités. Ces normes plus ou moins standardisées sont ainsi diffusées selon un mode organisé et volontaire. Autrement dit, s'opère ainsi une harmonisation des règles de droit applicables qui est légitime car acceptée par leurs destinataires. Cette harmonisation se réalise tant au niveau macro-juridique que micro-juridique lorsqu'il s'agit pour les juridictions nationales de se prononcer sur des litiges relatifs à la validité, l'interprétation, l'exécution ou la rupture des contrats internationaux.

Par ailleurs, les Etats se sont longtemps essayés à donner un contenu commun au concept de « développement durable » en tenant compte de leurs disparités et des responsabilités passées des

¹⁴⁵² Les ONG influencent régulièrement les négociations internationales, même s'il est toujours difficile d'évaluer leur poids réel.

¹⁴⁵³ Cf. G. BRETON-LE GOFF, L'influence des ONG sur la négociation de quelques instruments internationaux, Bruylant-Y. Blais, 2001 ; M. H. RAMAZANI GHAVAMABADI, Le rôle des ONG dans le développement du droit international, thèse Paris 1, 2005. En outre, certaines ONG bénéficient du statut d'*amicus curiae* permettant de présenter leurs observations auprès d'instances juridictionnelles, voire quasi juridictionnelles comme l'ORD.

¹⁴⁵⁴ Le CICR dispose d'un statut juridique particulier intégré dans les Conventions de Genève de 1949 et les protocoles additionnels de 1977, qui n'en fait cependant pas une organisation intergouvernementale comme l'OMS ou encore l'UNESCO (voir P. REUTER, « La personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix-Rouge », in C. SWINARSKI (Ed.), *Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 785 et s. ; Ch. DOMINICE, « La personnalité juridique internationale du CICR », in C. SWINARSKI (Ed.), *Studies and Essays in International Humanitarian Law...*, op. cit., p. 663 et s. ; P. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 202 ; A. LORITE ESCORIHUELA, « Le Comité international de la Croix-Rouge comme organisation *sui generis* ? Remarques sur la personnalité juridique internationale du CICR », *RGDIP*, 2001/3, p. 588).

¹⁴⁵⁵ F. LATTY, La lex sportiva..., op. cit., p. 640.

¹⁴⁵⁶ F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, Droit du sport, LGDJ, n° 120.

pays les plus développés tout en cherchant à garantir le bien-être des générations futures et la préservation de l'écosystème. Mais l'intégration d'une telle notion s'est révélée quelque peu complexe à cause des multiples ramifications qu'elle soulève, aussi bien sur le plan juridique¹⁴⁵⁷, environnemental¹⁴⁵⁸, qu'économique¹⁴⁵⁹. C'est ce dispositif d'intégration normative, différenciée aussi bien dans l'espace que dans les secteurs d'activités, que cherche à réaliser la Convention de Kyoto adoptée en 1997 et entrée en vigueur le 15 février 2005.

En matière de commerce international, l'encadrement du contrat de vente illustre bien¹⁴⁶⁰ les pratiques d'intégration juridique. En témoignent tantôt celles pilotées par les États au sein de la Conférence des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) ou encore de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹⁴⁶¹. Tous ces organes n'ont qu'un seul et même objectif : harmoniser les règles de droit en matière de commerce international en établissant les grandes lignes d'un cadre juridique (unité législative de premier degré) en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement.

Toutefois, si le processus d'harmonisation permet un rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques afin d'en réduire, voire d'en supprimer les possibles contradictions¹⁴⁶², seule l'unification de ces régimes juridiques pourrait permettre leur véritable intégration au sein d'un même régime formant un tout unique¹⁴⁶³. Et c'est dans cette perspective que l'œuvre de codification générale d'un organe comme la CDI serait d'une grande utilité.

¹⁴⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'Universel*, *op.cit.*, p. 368-374.

¹⁴⁵⁸ L. BOISSON de CHAZOURNES, « Le droit international au chevet de la lutte contre le réchauffement planétaire : éléments d'un régime », in *L'Évolution du droit international. Mélanges Hubert Thierry*, Pedone, 1998, p. 54.

¹⁴⁵⁹ R. GUESNERIE, « L'évaluation économique des politiques climatiques », in E. Bard (dir.), *L'Homme face au climat* (colloque au Collège de France, oct. 2004).

¹⁴⁶⁰ Selon Kahn, un contrat de vente peut, à première vue, être défini comme « un contrat dont l'un des contractants cède la propriété d'un meuble corporel contre un prix exprimé en monnaie, qu'il s'agisse d'une chose de genre ou d'un corps certain ». Voir Philippe KAHN, « Introduction générale : qu'est-ce que la vente ? », (2001) *Rev. Dr. Aff. Intern.* 241, 249.

¹⁴⁶¹ L'OHADA a été créée par le *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* conclu à Maurice le 17 octobre 1993, *J. O. OHADA*, no 4, 1er nov. 1997, p. 1 et suiv. (ci-après *Traité de l'OHADA*). Sur le *Traité* et ses suites, voir notamment Joseph ISSA-SAYEGH, Paul-Gérard POUGOUÉ et Filiga M. SAWADOGO, *OHADA: Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3e éd., Téléport, Juriscope, 2008; Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique : (OHADA)*, 1re éd., Paris, PUF, 1999.

¹⁴⁶² Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige / PUF, 2000, p. 423. Voir également É. LITTRÉ, préc., note 12, p. 417-421 ; Martin BOODMAN, « The Myth of Harmonization of Laws », (1991) 39 *Am. J. Comp. L.* 699, 700-702 et J. ISSA-SAYEGH, préc., note 19, 13. L'aspect musical de cette définition est plus édifiant : harmoniser consiste à faire en sorte que toutes les parties concourent à un même but ou à un même effet mélodieux.

¹⁴⁶³ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 7, Paris, Gallimard, Hachette, 1971, p. 1450.

2/- L'intégration par l'unification des ordres et espaces juridiques internationaux

Par intégration on comprend, soit le processus, soit le résultat d'une opération par laquelle une diversité de normes, de règles substantielles sont incorporées dans un ensemble unique en vue d'alléger ou de supprimer les différences qui existaient entre elles¹⁴⁶⁴. L'unification se pose, a priori, comme le principal moyen pour atteindre une intégration parfaite des normes juridiques dans tout système de droit. Elle consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes¹⁴⁶⁵. L'unification peut concerner aussi bien les relations horizontales vers le haut (niveau international, régional et mondial) que les relations verticales vers le bas (niveau international et national). En cela, elle permet une certaine hiérarchie et cohérence entre les ordres juridiques, notamment lorsque le législateur réussit à concevoir ou à élaborer un texte au contenu unificateur.

Certains auteurs sont très prudents face au modèle unificateur qu'ils considèrent comme un moyen de favoriser un droit unique¹⁴⁶⁶, bien au-delà de l'échelle régionale, comme ce serait le cas actuellement dans des domaines aussi variés que la justice internationale ou le droit des contrats internationaux. Le risque encouru ici est celui de voir émerger, dans certains domaines, un système hégémonique qui dominerait tous les autres¹⁴⁶⁷. A cet effet, le professeur Mireille Delmas-Marty distingue l'unification par transplantation et l'unification par hybridation¹⁴⁶⁸. La première, comme l'indique son nom, est basée sur un « transfert » juridique, parfois unilatéral, d'un système sur les autres, faisant courir le risque d'une domination de ce dernier et l'effacement des autres. Quant à l'unification par hybridation, elle a pour caractéristique d'innover en combinant différents systèmes, donc en incorporant des éléments de la diversité juridique du monde. Elle pourrait, en ce sens, être qualifiée de pluraliste. Mais, d'une part, rien n'empêche la survenance de cas de résistance au niveau des autres systèmes considérés ; d'autre part, l'incapacité du droit international à régler les

¹⁴⁶⁴ L'intégration ainsi envisagée concernera les normes matérielles et non les règles de conflit de lois. Aux dires du juge Béraudo, c'est généralement « lorsqu'une négociation visant à obtenir des règles uniformes tarde à aboutir [que] le recours intermédiaire à des règles de conflit unifiées se trouve justifié ». Voir Jean-Paul BÉRAUDO, « La négociation internationale institutionnelle de droit privé (Ière partie) », (1997) *Rev. Dr. Uniforme* 9, 19.

¹⁴⁶⁵ Une directive européenne constitue un bon exemple d'unification. Aux termes de l'article 249 (ex-art. 189) du Traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE 340 du 10 novembre 1997, p. 173-308, une directive a certes un effet obligatoire à l'égard de tous les États membres. Toutefois chacun de ces États a la faculté de choisir la forme et les moyens les mieux appropriés pour assurer l'exécution des dispositions de ladite directive. Théoriquement, un traité de droit international constitue un autre exemple d'unification. Cependant les États profitent souvent du pouvoir qui leur est reconnu de choisir le support d'expression de leur consentement à un traité pour y apporter des ajustements substantiels.

¹⁴⁶⁶ Lire Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun, op.cit.*, p. 283 et s.

¹⁴⁶⁷ Le problème se pose tout particulièrement en droit des affaires, mais aussi en d'autres domaines comme le domaine culturel, une unification par transplantation unilatérale d'un système à l'autre ; ce qui signifierait, si le phénomène devait se généraliser, non seulement un risque de domination hégémonique d'un système sur les autres, mais encore la perte de toute diversité, l'effacement de l'histoire, l'oubli de l'inventivité des peuples.

¹⁴⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme ordonné, op.cit.*, pp. 102 et s.

problèmes de la société internationale montre qu'il est à la fois « *incomplet et fragmentaire* »¹⁴⁶⁹. Cette critique est largement partagée par Paul REUTER pour qui « *l'ordre juridique international est [...] insuffisamment développé pour résoudre les problèmes posés par la société internationale* »¹⁴⁷⁰. D'où la nécessité de recourir à une uniformisation plutôt qu'à une unification de ce droit. L'uniformisation consiste à donner la *même forme* à un ensemble d'éléments « dont toutes les parties se ressemblent entre elles »¹⁴⁷¹. Selon KAMDEM FETZE¹⁴⁷², l'unification postule que, pour une matière précise, soit minutieusement élaboré un cadre normatif (unité de second degré) contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans pouvoir y déroger ni sur le fond, ni sur la forme. Concrètement, l'uniformisation suppose par exemple que les États impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées contenu dans un instrument unique. D'ailleurs, c'est ce support commun à tous les intervenants à une intégration juridique qui fait la particularité de l'uniformisation et la distingue de l'unification.

Au demeurant, la principale forme d'uniformisation pour atteindre un résultat uniforme reste la codification. Cette dernière est généralement utilisée comme instrument de cohésion de la société internationale. Ainsi pour surmonter ce que l'on qualifie de plus en plus d'écueils de la fragmentation du droit international¹⁴⁷³, il devient nécessaire et légitime que la CDI (en tant que principal organe subsidiaire permanent de l'Assemblée générale chargé du développement progressif et de la codification du droit international) s'en préoccupe, même si cette qualité ne lui donne pas vocation à un quelconque monopole dans ce domaine et, moins encore, dans celui de l'élaboration du droit international. A ce propos, lorsqu'on s'interroge sur les relations entre la CDI et les autres organes de codification, il vient à l'esprit de savoir si celle-ci a compétence à dessiner un ordre d'ensemble du droit international par la "mise en ordre des normes", cherchant à inscrire les actions des autres organes dans une harmonie d'ensemble qui laisserait les nouvelles branches du droit international prospérer sans pour autant nuire à la structure d'ensemble.

Cherchant à définir la codification, Sylvaine PERUZZETTO estimait que la norme juridique [étant] une représentation de la réalité, l'œuvre de codification s'apparente à un « code » à l'image du code de la langue ou du langage informatique ; il en résulte, d'après elle, « *que la codification est l'organisation de ce code qui aboutit éventuellement à un code du type des petits livres rouges bien connus des juristes français : la codification serait ainsi le codage du code, la représentation de la*

¹⁴⁶⁹ E. Giraud, « Le droit international public et la politique », *RCADI*, vol. 110, tome III, 1963, p. 580.

¹⁴⁷⁰ P. REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, tome II, 1961, p. 491.

¹⁴⁷¹ É. LITTRÉ, préc., note 24, p. 1450 et 1451.

¹⁴⁷² I. FETZE KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Revue de droit uniforme*, (2008) *Unif. L. Rev./Rev. dr. unif.* 709, p. 619.

¹⁴⁷³ Titre d'un document de travail informel présenté en 1998 au Groupe de travail sur 10 programme à long terme de la Commission et qui n'a, malheureusement, pas été retenu par celui-ci à titre de sujet possible.

représentation »¹⁴⁷⁴. La CDI devrait donc être ce jardinier¹⁴⁷⁵ du droit international, appelé à mettre en ordre un espace préalablement délimité, d'y maîtriser le foisonnement naturel. Comme le jardinier peut se contenter de mettre en ordre son jardin, en enlevant les mauvaises herbes et en composant des massifs avec les essences existantes, le codificateur devrait codifier à droit constant sans modifier les règles et sans en ajouter. Mais le jardinier comme le codificateur peuvent profiter de la tâche pour ajouter des règles ou espèces nouvelles, ou pour modifier les espèces existantes¹⁴⁷⁶. La recherche de la mise en ordre des normes juridiques à travers l'œuvre de codification nécessite également une anticipation sur l'avenir afin que la codification, qui marque un arrêt dans le temps, offre pareillement des structures capables de recevoir les évolutions futures du droit.

Il ne s'agit pas de soutenir, et des juristes de grande autorité n'ont pas manqué de l'indiquer, que la codification du droit international devrait porter sur la réglementation détaillée de ses diverses branches, mais qu'elle devrait se borner à poser les principes généraux et les grandes lignes partout où le besoin s'en fait ressentir. De là, la tâche de la Commission présenterait une utilité réelle nécessaire à l'autorité du droit international tout en allégeant la tâche des tribunaux internationaux en apportant plus de certitude, de précision, de clarté et d'uniformité dans les questions de détails. Il s'agit là d'une nécessité de « bon sens » comme l'impose les « *besoins de réglementation des rapports internationaux* »¹⁴⁷⁷. En agissant de la sorte, la Commission sera en mesure de ramener à leurs justes proportions, les divergences et les particularités des droits nationaux ainsi que des pratiques judiciaires qui sont, le plus souvent, à l'origine des conflits normatifs en droit international.

Ainsi, l'objectif est de faire coexister en même temps le droit international conçu par les Etats et les organes internationaux et le droit revu par le droit international (créer au sein des Etats nationaux ou des organisations régionales ou encore des organes spéciaux). Dans le premier cas, il faut dire « *qu'à l'unité sur le principe même d'une codification, répondait une diversité quant à la méthode de codification* »¹⁴⁷⁸. Le droit international étant le droit de tous les Etats, il convient qu'il y ait des convergences sur le principe de codification de règles communes entre ces Etats qui forment la communauté internationale. Cette convergence ne peut être assurée et initiée que par un organe commun à tous les Etats. Dans le second cas, l'œuvre de codification doit faire face à plusieurs difficultés parmi lesquelles la multiplication des acteurs dans le travail d'élaboration des textes, ces

¹⁴⁷⁴ Cf. Sylvaine PERUZZETTO, La codification du droit de l'Union européenne, article publié sur www.codification_communautaire.doc, février 2009, s. p. 1.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, Sylvaine PERUZZETTO utilise l'image du jardinier qu'elle compare au codificateur pour montrer que, comme lui, le codificateur est appelé à « jardiner » un espace « fini » alors même que le monde est « infini ». Se pose alors la question de savoir s'il pourrait exister un jardinier capable de jardiner tout cet espace infini.

¹⁴⁷⁶ *Idem.*

¹⁴⁷⁷ La formule fut utilisée déjà en septembre 1924 par l'Assemblée de la SDN qui demandait ainsi au Conseil de réunir un Comité d'experts sur la codification du droit international.

¹⁴⁷⁸ Sylvaine PERUZZETTO, La codification du droit de l'Union européenne, *op.cit.*, p. 4.

acteurs étant chacun spécialisés dans leur domaine. De même, le foisonnement du droit international, c'est-à-dire l'extension continue de son champ d'application, fait que les normes conçues au niveau international touchent aujourd'hui quasiment l'ensemble des branches du droit national... Du coup, les risques de recoupement et de contradiction, au sein même du droit international, sont amplifiés. Enfin, la dernière difficulté réside dans l'existence du multilinguisme. En effet, la codification étant la représentation des règles juridiques, il convient de rappeler que ces règles sont exprimées non seulement dans la langue que le code juridique utilise, mais aussi qu'elles doivent coller au plus près des représentations linguistiques de l'ensemble des Etats qui expriment le souhait de se voir appliquer ces règles. C'est cette multiplicité de représentation qui tend parfois à rompre l'unité du système. Au lieu d'être considéré comme un frein, le multilinguisme devrait plutôt permettre une représentation adaptée aux réalités des différents Etats et la première des réalités, qui en est constitutive, c'est sans doute la langue et la culture des Etats.

Il en découle que dans l'exercice de sa responsabilité de discuter avec d'autres organes, la CDI se doit de nouer des relations avec chacun des autres organes de codification à l'image de la Commission africaine de droit international, récemment créée. Ce qui devrait normalement l'amener à renforcer son propre travail en s'appuyant sur les méthodes et moyens d'intégration des instruments juridiques utilisés par ses congénères.

B/- LA CODIFICATION DECOULANT DES PROCESSUS D'INTEGRATION ET DE COORDINATION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES

L'intégration des différents ordres juridiques nécessite avant tout la mise en place d'un système d'harmonisation comme cela vient d'être analysé. Ce dernier se caractérise par une intégration normative au sein de chaque espace juridique donné. Un tel mouvement d'harmonisation instaure normalement une relation de type vertical, impliquant une hiérarchie entre le haut (le niveau international, régional ou mondial) et le bas (le niveau national). Mais cette hiérarchie n'est pas univoque et la primauté du droit international peut s'inverser au profit du droit interne : c'est la raison d'être de principes comme la subsidiarité en droit communautaire, ou la complémentarité dans le statut de Rome sur la Cour pénale internationale, qui incitent à chercher d'abord la solution en droit interne. L'expression de « hiérarchies enchevêtrées », qui traduit cette inversion, aide à comprendre que le mouvement d'harmonisation soit tantôt ascendant, du droit interne vers un droit commun supranational, tantôt descendant, par retour au droit interne. Ce qui justifie le besoin d'une cohérence au sein de ces instruments d'une part (1), cohérence que l'on pourrait obtenir par les méthodes de codification. D'autre part, le développement des codifications régionales, notamment

en Amérique et en Europe, nourrit également la tendance vers une codification internationale du droit international public (2).

1/- La recherche d'une cohérence au sein des instruments juridiques

La cohérence est une qualité qui devrait se retrouver aussi bien dans toute législation que dans tout système juridique qui se veut efficace et crédible. Or, il semble que la codification soit une technique législative particulièrement apte à la réaliser. Dans le cadre du droit international, la cohérence s'élève au niveau de valeur fondamentale car elle peut viser à ne pas créer d'inégalité ou de disparité de traitements injustifiés entre les sujets du droit. D'après le professeur Pierre d'ARGENT, la cohérence « des » instruments de codification pourrait s'envisager de trois manières différentes : dans le cadre d'une cohérence au sein ou « dans » les instruments de codification ; dans le cadre d'une cohérence « entre » ces mêmes instruments et, enfin, dans le cadre de la cohérence générale du droit international lui-même « par » ses instruments de codification. Concernant les deux premières catégories (« entre » et « par »), la cohérence se fait à l'intérieur des instruments de codification. Le dernier cas par contre fait appel à une cohérence externe.

La cohérence interne ne pose, *a priori*, pas de grandes difficultés puisqu'elle se présente comme un préalable, voire une exigence s'imposant à tout auteur d'un texte ayant une vocation juridique¹⁴⁷⁹. Il serait, en effet, incompréhensible qu'un contrat, un texte de loi ou tout autre support juridique puisse comporter, en lui-même, des dispositions incompatibles ou contradictoires. Dans un tel cas de figure, l'autorité d'un tel instrument s'en trouverait forcément amoindrie, la contradiction offrant aux parties ou aux assujettis divers motifs leur permettant d'échapper à son emprise. Plus encore lorsque ledit texte est destiné à une vocation codificatrice, il s'expose à une vive critique et diminue ses chances de « fédération » autour des principes qu'il développe. Toutefois, la cohérence interne ne se réduit nullement à l'unique considération de non-contradiction ; elle requiert également que les termes utilisés présentent une forme de systématisation quant à leur usage dans ce texte. En d'autres termes, un mot ou une expression utilisée à un endroit devra avoir le même sens et la même signification partout où le texte sera sollicité. Tout codificateur ne saurait ignorer cet impératif de cohérence au « sein » de chaque instrument de codification, même si cette cohérence interne ne suffit pas à créer une dynamique entre les instruments de codification. D'où l'intérêt d'une cohérence externe.

La dimension externe de la cohérence est celle qui devrait exister « entre » les différents instruments de codification relevant aussi bien d'un même organe que d'organes institutionnels différents. Elle

¹⁴⁷⁹ Pierre d'ARGENT explique en effet que « quel que soit [le] contenu moral ou politique [d'un texte juridique], le droit, en tant que discours, doit se présenter comme étant cohérent avec lui-même, c'est-à-dire qu'il doit minimalement satisfaire au principe de non-contradiction ».

vient compléter la cohérence interne qui existe au sein de chaque instrument de codification car, en l'absence de cette cohérence « entre » textes codifiés proches, l'instrument de codification ne peut échapper à des reproches d'incohérence et d'exclusion justifiée par le manque de « relevance » vis-à-vis du texte précédent. En ce sens, Pierre d'ARGENT souligne que « *la cohérence externe est une vertu profondément conservatrice puisqu'elle véhicule comme valeur positive le fait pour un texte, soit de reprendre à son compte des solutions et des mots déjà retenus par ailleurs, soit d'arrêter ses propres solutions en fonction de celles qui ont déjà été pensées, en visant tantôt à les compléter, tantôt à s'en écarter pour de justes motifs* »¹⁴⁸⁰. Ici, il ne s'agit nullement de mettre à mal l'instrument antérieur, mais plutôt de faire en sorte que ce dernier puisse servir de référent afin que, par rapport à lui, on puisse détecter une certaine cohérence entre ces textes. Mais là encore, si la cohérence externe s'accommode mieux face à des instruments de codification émanant d'un même organe¹⁴⁸¹, il n'en est pas toujours de même lorsqu'il s'agit de comparer deux instruments émanant d'organes différents. Or, la recherche d'une cohérence et d'une articulation harmonieuse entre instruments de codification est celle qui pose actuellement le plus de problèmes en droit international puisqu'elle est à l'origine des conflits des lois en droit international¹⁴⁸². Faisant référence à la nécessaire cohérence qui devrait être à l'œuvre dans tout travail juridique, Jaap HAGE soutient que celle-ci devrait être invoquée en tant que « *correctional device* »¹⁴⁸³.

Aussi, s'il est clairement défini que la cohérence externe devra être assurée lors des travaux de la CDI¹⁴⁸⁴, il revient également à cet organe subsidiaire d'assurer la cohérence des autres instruments de codification développés par les autres codificateurs, aussi bien en droit public qu'en droit privé. Cette cohérence entre instruments relevant de codificateurs institutionnellement distincts est dite cohérence de résultat et poursuit un objectif double : d'une part, elle procède d'une comparaison entre l'instrument ancien achevé et l'instrument en cours d'élaboration ; d'autre part, elle tend à établir, non pas que le nouveau soit conforme à l'ancien, mais que l'ancien annonçait déjà ce que le nouveau énonce en le rendant plus acceptable aux yeux du premier. C'est d'ailleurs ce processus de cohérence de résultat qu'Ahmed MAHIOU a qualifié de « cohérence globale du processus de codification »¹⁴⁸⁵. Il ne s'agit plus d'une simple cohérence entendue comme une question de correspondance par rapport à certaines normes coutumières et à certains besoins sociaux ; c'est la

¹⁴⁸⁰ Pierre d'ARGENT, La cohérence des instruments de codification, Intervention lors du Colloque, Rome 29 avril 2011.

¹⁴⁸¹ On peut citer l'exemple de la cohérence recherchée entre les travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats et ceux sur la responsabilité des organisations.

¹⁴⁸² Voir Rapport de la CDI, 2002, A/57/10, par. 475.

¹⁴⁸³ Jaap HAGE, « Law and Coherence », *Ratio Juris*, 2004, pp. 87-105 (97).

¹⁴⁸⁴ La cohérence des travaux de la CDI lui confère une certaine suprématie et une autorité certaine en la matière, avec une « souveraineté » entendue au sens le plus classique d'indépendance par rapport à autrui.

¹⁴⁸⁵ Ahmed MAHIOU, « Rapport général », La codification du droit international, SFDI, colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, Paris, 1999, p. 32.

question de savoir si, non seulement les uns par rapport aux autres, mais également tous ensemble, globalement, les instruments de codification produisent un tout cohérent, couvrant l'ordre juridique international entier¹⁴⁸⁶. D'ailleurs à ce propos, une des méthodes de systématisation et d'ordonnement de l'ordre juridique international est celle proposée par le secrétariat des Nations Unies, eu égard à la manière dont ce dernier présente les travaux de la CDI à travers le guide analytique disponible sur internet¹⁴⁸⁷. La codification demeure donc un moyen permettant d'ordonner l'ordre juridique international par la résolution des problèmes d'ordre théorique, mais aussi d'ordre pratique.

Enfin, à ce besoin de cohérence des règles et normes juridiques du droit international doit correspondre une cohérence du langage car le vocabulaire scientifique doit être univoque en tout lieu et en tout temps. En d'autres termes, il ne doit pas y avoir deux termes pour signifier la même chose, et cela plus particulièrement en matière de codification vu que cette œuvre impose une concordance entre la règle et son expression si l'on veut faciliter l'accessibilité pour le public. Cependant, il serait également utile, à toute fin, que le vocabulaire soit de temps en temps rajeuni et ajusté à l'usage de l'époque qu'il est destiné à servir. Dans ce cas, une adaptation des textes codifiés qui permettrait d'éviter les pièges terminologiques, semble nécessaire lorsque le temps l'impose. Il convient de voir comment cette codification générale peut se nourrir des autres codifications régionales ou spéciales.

2/- Le développement des codifications régionales ou spéciales comme supports à une codification universelle du droit international public

Le développement du droit international ne se fait pas uniquement au niveau universel mais également sur le plan régional, voire le plan transnational. L'analyse de la pratique suivie par les principaux organes des Nations Unies amène à penser que les textes conventionnels constituent le résultat de la coopération politique entre les Etats, que ce soit sur un plan bilatéral, régional ou universel. Or, il ne serait pas inexact d'affirmer que le prolongement de la coopération dans le domaine politique soit l'effort de la traduction juridique de cette coopération, c'est-à-dire la codification. Il n'est donc pas étonnant que la mondialisation ait engendré, en même temps, « *le déplacement progressif de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques, l'importance du rôle joué par les corporations, les codes de conduite privés, le développement d'un*

¹⁴⁸⁶ On se souviendra, à cet égard que, tout au début de son existence, lors de sa première session, la CDI se posa cette question, certains de ses membres étant favorables à un plan de travail méthodique et systématique, aboutissant à une codification de tout le droit international, tandis que d'autres préféraient une approche plus casuistique, projet de codification thématique par projet de codification ; voir 4^{ème} session de l'Assemblée générale, A/925.

¹⁴⁸⁷ On remarquera que cette présentation est subdivisée en dix chapitres (sources, sujets, succession d'Etats, compétence et immunité, droit des organisations internationales...) montrant ainsi un agencement logique qui paraît tendre à une certaine complétude ; cf. <http://untreaty.un.org/ilc/guide/gfra.htm>

droit négocié, la juridicisation croissante d'une normalisation technique »¹⁴⁸⁸. Certes, cette image, sur le plan normatif, expression des solidarités normatives régionales ou spéciales favorisent l'émergence de règles singulières, créant par la même occasion un risque d'éclatement et de parcellisation du droit international en systèmes régionaux distincts. Mais la réalité d'un tel danger¹⁴⁸⁹ se doit d'être envisagée avec beaucoup de subtilité. En effet, même si elles présentent une certaine ambivalence entre convergences et divergences, les niveaux de codifications universelles et régionales n'en restent pas moins complémentaires. La codification régionale ne constitue nullement une menace à la codification universelle qu'elle est plutôt amenée à stimuler dans un mouvement de confortement mutuel. De son côté, la codification universelle intègre les différences et les valeurs régionales qu'elle respecte par l'unité comme par la diversité des normes.

D'un côté, la tendance vers une codification internationale du droit international public depuis le XIX^e siècle, en Amérique et en Europe, a apporté des règles conventionnelles concernant la compétence judiciaire internationale et la procédure, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ainsi que la coopération entre les autorités judiciaires¹⁴⁹⁰. La codification générale se nourrit bien entendu de ces codifications éparses et il est donc parfaitement envisageable que les conventions générales, issues des travaux de la CDI soient assimilés comme des « codes généraux » c'est-à-dire des instruments catalyseurs dans lesquels se trouveraient regroupés l'ensemble des principes généraux et fondamentaux du droit international général, ainsi que toutes les règles figurant dans les instruments juridiques épars des autres organes internationaux. Un tel point de vue n'est pas loin de celui des rédacteurs de la Charte qui considéraient qu'« *il n'y aura de codification et de développement progressif du droit international que dans la mesure où le texte écrit doit devenir obligatoire* »¹⁴⁹¹. Or, selon les termes du professeur Yves DAUDET, les autres entreprises de codification relèvent, soit de la codification doctrinale¹⁴⁹², soit du testament¹⁴⁹³. C'est ainsi que, par exemple, les Etats de l'Amérique latine, pionniers dans le domaine de la codification, ont sans doute largement influencé le mouvement de codification universel du droit

¹⁴⁸⁸ A.-J. ARNAUD, « La régulation par le droit en contexte de globalisation », in *Entre modernité et mondialisation. Leçon d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 2e éd., 2004, p. 121, spéc. p. 125.

¹⁴⁸⁹ P.-M. DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in *Harmonies et contradictions en droit international*, Pedone, 1996, sp. p. 43.

¹⁴⁹⁰ Bermejo, ROMUALDO, *Vers un nouvel ordre économique international : Étude centrée sur les aspects juridiques*, Fribourg (Sui.) Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Coll. « Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Suisse », 1982, 539 p.

¹⁴⁹¹ Voir Yves DAUDET, *La Charte des Nations Unies*, article 13, paragraphe 1 (a), in Jean Pierre COT et Alain PELLET, *La Charte des Nations Unies*, commentaire article par article, Economica, 2001, P. 311.

¹⁴⁹² L'auteur cite en exemple le code international de Bentham en 1789, le code de BLUNTSCHLI en 1868 et bien d'autres, ou encore les travaux accomplis par des institutions telles que l'institut de droit international ou l'American Law Association (dont il convient de rappeler qu'elle est issue de l'« International Association for the Reform and the codification of the law of Nations »)

¹⁴⁹³ Cité par Yves DAUDET, *op.cit.*, p. 311.

international. Ce qui confirme bien l'idée selon laquelle il existerait une certaine complémentarité entre approches régionale et universelle¹⁴⁹⁴.

De l'autre côté, la codification régionale constitue un mode d'adaptation du droit général à des particularités régionales. La codification universelle sait faire preuve de souplesse nécessaire et énonce souvent des règles supplétives qui laissent aux Etats la latitude de pouvoir adopter entre eux d'autres règles, notamment sur le plan régional. En ce sens, la codification permet également de procéder à une « contextualisation régionale »¹⁴⁹⁵ qui s'avère nécessaire voire indispensable à la mise en œuvre locale de normes posées au niveau universel. Le domaine de la défense des droits fondamentaux de l'être humain est celui qui illustre le mieux ce phénomène, car où mieux que sur le plan local et régional pourrait-on le mieux concilier les impératifs universels¹⁴⁹⁶ et les exigences particulières ? Les valeurs prônées au sein de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen ne pouvaient trouver meilleur écho dans leur applicabilité qu'au niveau régional où, dans des mouvements de codifications, elles sont reprises dans des instruments juridiques régionaux. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples constitue, à ce titre, un très bel exemple du « processus d'irradiation normative » puisqu'il réussit à se placer sans équivoque dans la droite lignée de la DUDH en même temps qu'elle introduit les droits de la « troisième génération », consacre sans le définir le peuple comme destinataire des droits et s'efforce également de marquer l'attachement de ces Etats aux traditions et aux valeurs de la civilisation africaine¹⁴⁹⁷.

Au regard de ce qui précède, s'il est indéniable que la codification régionale peut parfois être envisagée comme un instrument non seulement d'opposition mais de rupture avec les schémas universels, il va sans dire que les rapports entre universalisme et régionalisme peuvent se révéler complémentaires. Tel sera particulièrement le cas, lorsque la codification régionale préfigure une évolution généralisable, c'est-à-dire qu'elle s'évade de son confinement étroit à l'échelle régionale pour contribuer à un moment donné à la formation du droit de la société internationale dans son ensemble¹⁴⁹⁸. La doctrine « Drago »¹⁴⁹⁹ évoquée par les pratiques latino-américaines ou encore la

¹⁴⁹⁴ Voir le cas des relations « synchronisés » entre la CDI d'une part, et le Comité européen de coopération juridique d'autre part, selon les propos de M. GOLSONG, (cité in *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, op.cit., p. 89) ou encore la complémentarité des travaux de la CDI avec la Commission arabe pour le droit international, soulignés par M. ENNAIFER, in *Ann. CDI*, 1984, vol. II, p.110.

¹⁴⁹⁵ A. PAPAUX & E. WYLER, *L'éthique du droit international*, op.cit., p. 60.

¹⁴⁹⁶ La Déclaration universelle des droits de l'homme, elle-même précédée par la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, proclame une grande variété de valeurs humaines qui ont fait l'objet d'une vaste entreprise de codification et de développement du droit international des droits fondamentaux.

¹⁴⁹⁷ Cf. *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, op.cit., p. 92 s.

¹⁴⁹⁸ Jean-Claude GAUTRON, op.cit., p. 41.

¹⁴⁹⁹ La Doctrine Drago a été à l'origine de la proposition du général PORTER à la deuxième Conférence de la paix de La Haye sur l'idée de l'existence d'un droit de faire la guerre ; cf. « *La codification du droit international* », colloque de la SFDI de 1999, op.cit., p. 94 s.

pratique des réserves en droit des traités¹⁵⁰⁰ sont autant d'exemples d'anticipation à travers lesquels les pratiques régionales ont offert des modèles de conduites transposables au plan universel. De même, sur le plan européen, on relèvera que pour ses travaux sur les immunités des Etats, la CDI se sera inspirée, au moins partiellement, de la convention de Bâle, première ébauche régionale¹⁵⁰¹ en matière d'immunités des Etats.

Mais l'exemple d'inspiration de codification universelle dérivée d'une codification régionale est celui du droit de la mer. En effet, les juristes latino-américains ont été les premiers à s'intéresser de plus près au droit de la mer face aux standards et conceptions européennes auxquels ils n'avaient pas été associés¹⁵⁰². C'est ainsi que ces Etats lancèrent très tôt un vaste mouvement de révision d'un droit qu'ils estimaient inadapté en prenant la tête d'une croisade visant à la formulation, sur le plan universel, de règles qui leur permettraient de préserver leur souveraineté tout en sauvegardant leurs chances de développement. Cette croisade aux relents d'affrontement entre la vision régionaliste européenne et la vision latino-américaine, avait également comme objectif la protection des ressources naturelles du sol et du sous-sol marins contigus à leurs territoires ainsi que leur libre exploitation exclusive par les Etats côtiers. De cette volonté, va découler entre 1950 et 1958, date de la Convention de Genève sur le plateau continental, une multitude d'instruments allant d'actes unilatéraux dispersés vers des organes continentaux de codification¹⁵⁰³. Si toutes ces tentatives de codification n'ont pas offert de véritables droits aux Etats ayant participé à sa mise en œuvre, elle aura au moins eu le mérite de les conforter dans leurs revendications légitimes et d'influencer de manière considérable les travaux de la CDI menés au niveau universel en matière du droit de la mer.

En somme, on peut donc reconnaître que l'altération du principe de la souveraineté étatique, au fil des jours, des années et des siècles a fini par ouvrir la voie du droit international à toute sorte d'acteurs, multipliant les obligations internationales ainsi que leur modes de création et d'exécution et d'interprétation juridique. On peut également déduire qu'il existe dans les liens de coopération entre les codifications régionales et universels un moyen d'aboutir à l'unité de l'ordre juridique

¹⁵⁰⁰ Estimant trop rigide le système de réserve en cours dans la SDN où la présentation d'une réserve non expressément prévue équivalait à une nouvelle offre faite aux parties, les Etats latino-américains adoptèrent des règles particulières au principe du consentement unanime. Ainsi, lors de la Convention sur les traités signée à La Havane le 20 février 1928 et la résolution XXIX de la VIII^e Conférence internationale américaine approuvée à Lima en 1938, ces Etats décidèrent de rompre avec le système de réserve en vigueur au sein de la SDN en considérant désormais que « le refus opposé par un ou plusieurs Etats ne suffisait plus à empêcher la participation au traité du réservataire. Cf. « La codification du droit international », colloque de la SFDI de 1999, op.cit., p. 95 s.

¹⁵⁰¹ Voir à cet effet : I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant, éditions de l'Université de Bruxelles, 1998, sp. p. 260-261.

¹⁵⁰² René-Jean DUPUY & D. VIGNES, *Traité du nouveau droit de la mer*, Ed. Economica, 1985, p. 43.

¹⁵⁰³ D'abord, le Conseil juridique interaméricain de juristes ; puis l'adoption en 1954 d'une résolution LXXXIV par la X^e Conférence interaméricaine et, enfin, la convocation d'une conférence d'experts interaméricains sur la préservation de ressources naturelles à Mexico en janvier 1956 énonçant des principes « expression de la conscience juridique du continent » ayant trait à la mer territoriale, au plateau continental et aux ressources vivantes de la haute mer.

international malgré les degrés de complexification auxquels devrait faire face le droit international. Il s'agit, comme le souligne Pierre Marie DUPUY, de préserver ce « patrimoine normatif commun »¹⁵⁰⁴. Ce besoin de préservation est également suscité par l'apport de la spécialisation et de la régionalisation comme outils nécessaires au développement du droit international contemporain.

Section 2 : La fragmentation influence le développement croissant du droit international

L'idée d'un pluralisme juridique est porteuse d'une ouverture à toutes les rationalités et normativités qui sont partie prenante à la construction des différents projets à réaliser au sein de la société internationale. Elle appelle à la pluralité des voies et moyens du droit et à la diversité de ses champs d'opération qui font, tout de même, l'objet d'une certaine organisation. Imposé dans la société du fait de la globalisation des échanges, le pluralisme juridique devient de plus en plus important dans la sphère du droit, et plus précisément du droit international public. Ce qui lui vaut aujourd'hui d'avoir des promoteurs et acteurs privilégiés aussi bien parmi les théoriciens que les praticiens du droit. Pour ces derniers, s'il est indéniable que les internationalistes ne sont pas tous unanimes quant à l'idée d'un pluralisme juridique (positif pour le droit international), il n'en demeure pas moins que la plupart d'entre eux manifeste un intérêt pour le droit qui s'élabore et se manifeste indépendamment de l'Etat « souverain ». Ils vont jusqu'à souligner l'importance qu'il y a aujourd'hui d'établir plutôt une connexion et une complémentarité entre les différents modes d'expression de ce pluralisme juridique.

Ainsi, la pluralité juridique n'est pas nécessairement quelque chose de néfaste pour le droit international, bien au contraire, elle peut être l'occasion d'affiner progressivement, en groupes de plus en plus restreints, des règles universelles. En cela, la fragmentation et la codification sont deux notions qui, au-delà de leur antinomie, se recourent à l'image des « serpents entrelacés du caducée d'Hermès »¹⁵⁰⁵. De ce fait, que ce soit dans le cadre de la « coopération généralisée » entre les Etats, à l'origine du phénomène de spécialisation en droit international¹⁵⁰⁶, ou encore dans le cadre du processus de régionalisation, les deux phénomènes sont considérés comme permettant un développement de la science du droit¹⁵⁰⁷. Une analyse de l'impact effectif de ces notions sur le progrès du droit international mérite notre attention (§1). De même, le recours à la généralisation des

¹⁵⁰⁴ P.-M. DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », *op.cit.*, p. 54.

¹⁵⁰⁵ La légende rapporte à ce propos qu'Apollon échangea avec Hermès son demi-frère une baguette en or contre une lyre. Hermès l'utilise un jour pour séparer deux serpents, mais ces serpents s'y enroulent en sens inverse. Représenté à l'origine par un bâton de laurier ou d'olivier avec ses branches, ces dernières se sont enroulées autour du bâton pour figurer les deux serpents entrelacés.

¹⁵⁰⁶ Le processus de spécialisation peut s'entendre comme la division du droit international en plusieurs secteurs ou branches d'activités plus ou moins autonomes et dont les ramifications ne cessent de se développer.

¹⁵⁰⁷ G. GOUDSWAAR, Discours inaugural comme professeur de statistiques à l'université d'Amsterdam, le 23 février 1951, *Revue de l'Institut International de Statistique*, 1951.

principes généraux au sein des régimes autonomes constitue un moyen de hiérarchisation et de renforcement de l'unité du droit international (§2).

§ 1 : Le « régionalisme » et la spécialisation comme techniques d'examen et d'évolution du droit international universel

Si la volonté des Etats éclaire le fondement du caractère obligatoire du droit international pour l'essentiel de ses règles, elle ne suffit pas pour expliquer comment d'autres règles s'imposent à eux sans leur accord et ce serait donc une position excessive et inexacte de le nier en ramenant tout au seul consentement des Etats. De nos jours, le droit international est issu d'une communauté de normes, de droits et de valeurs et se heurte de plus en plus à deux phénomènes : la souveraineté de l'Etat qui introduit la règle de la spécialisation¹⁵⁰⁸ et la régionalisation du droit international. Cette approche flexible et plurielle apparaît comme la plus adaptée pour mieux comprendre la société internationale actuelle et rendre compte de la complexité, des ambiguïtés et des contradictions du droit international contemporain.

En cela, l'idée de la pluralité des modes de production du droit n'est nullement une hérésie au sein de l'ordre juridique international puisque la globalisation contribue à la compétition entre systèmes juridiques. Mais à l'inverse, les pratiques régionales peuvent constituer, a priori, un moyen constant permettant aux organes chargés de la codification du droit international général, de pouvoir assumer la délicate mission d'exprimer en termes généraux les pratiques de codifications parcellaires visibles au niveau régional. Aussi, après avoir analysé les avantages et les limites tirés de chacun des deux phénomènes (A), on verra comment, ils influencent le droit international universel, notamment à travers les modèles de codifications spéciale et régionale (B).

A/ LES AVANTAGES TIRES DE LA REGIONALISATION ET DE LA SPECIALISATION DU D.I.

Il serait difficile de concevoir le pluralisme juridique comme idéologie structurante en l'absence d'un socle de valeurs communes soutenu par l'ensemble des acteurs qui soutiennent et s'inspirent de ces valeurs. Or, il est généralement admis que l'expérience créée par les systèmes régionaux et spéciaux, suffisamment cohérents dans leurs principes et aussi suffisamment systématiques dans leurs règles, exerce une influence positive sur le système et l'ordre juridique internationaux. Ainsi, par exemple, on peut affirmer que le droit international latino-américain, « produit intellectuel de la tradition de droit civil de l'Europe continentale en général et héritage juridique des empires coloniaux espagnol et portugais en particulier »¹⁵⁰⁹, a largement influencé la formation du droit

¹⁵⁰⁸ Le droit international est désormais déchiré entre le modèle souverain et des aspirations à une solidarité plus étroite de la Communauté internationale. Basé sur un modèle étatique qui s'essouffle, qui perd de sa cohérence face aux institutions transnationales et aux phénomènes transnationaux : terrorisme, pollution, multinationales.

¹⁵⁰⁹ Edwards MCWHINNEY, Les Nations Unies et la formation du droit, Pedone/Unesco, 1986, p. 16.

international général, notamment en lui apportant certaines notions spécifiques telles que celle de *l'uti possidetis*¹⁵¹⁰. Dans un contexte où les normes uniformes étaient encore très rares au niveau international, la spécialisation des règles de droit ne pouvait être qu'un phénomène souhaitable en vue d'arriver à leur universalité (2). Il en est de même pour le phénomène de régionalisation du droit (1) même si pour chacun d'eux, des limites sont à prévoir (3).

1/- La culture juridique véhiculée par l'idée de régionalisation

Il existe à présent une opposition entre l'universel et le régional qui se réduit finalement à une opposition entre le général et le particulier. Cette « *summa divisio* » est avant tout l'œuvre des organisations internationales et de leur classification. En effet, les organisations internationales, dont le nombre n'a cessé de croître depuis les années soixante-dix¹⁵¹¹, sont des groupements d'Etats constitués par traités, dotés d'une constitution et d'organes communs afin de réaliser un but d'intérêt commun et possédant une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres. Le problème de leur statut en tant que sujet de droit international a depuis été résolu par la CIJ en 1949¹⁵¹². Mais les organisations internationales font désormais apparaître le souci de leur classification qu'on peut normalement retrouver dans tous les ouvrages de droit international général. Cette classification se fait tantôt par rapport à leur objet (OI à vocation générale ou OI à vocation spéciale), tantôt suivant le critère de compétences (OI d'intégration, de coopération, ou de réglementation, etc.)¹⁵¹³. Mais la plus répandue des classifications des OI est celle qui prend en compte « l'extension géographique »¹⁵¹⁴ qui diviserait les OI en organisations universelles et organisations régionales.

A y regarder de plus près, ce phénomène de régionalisation ne date pas d'aujourd'hui. A ce propos, le professeur KARAGIANNIS, répondant à la question de savoir si « le droit régional constitue du droit international », soulignait que « *ce qu'on qualifie aujourd'hui de droit international n'était, en fait, qu'un droit régional, le droit européen qui a su s'imposer aux autres droits régionaux* »¹⁵¹⁵. Au fil du temps, ce droit régional européen devenu droit international, a été défié, plus ou moins radicalement, par le droit régional américain, après l'indépendance des colonies du Nouveau Monde. Aujourd'hui et demain, toujours dans un souci de développement et de justice

¹⁵¹⁰ La doctrine de *l'uti possidetis* a été invoquée par l'Argentine en 1982 lors de son différend avec la Grande Bretagne sur la question des îles Malouines. En application de cette doctrine, le tracé des frontières des « Etats successeurs » de l'empire espagnol correspond à celui des divisions administratives internes ou régionales de l'époque coloniale ; cf. Edwards MCWHINNEY, *Les Nations Unies et la formation du Droit*, Paris, Unesco, Pedone, 1986 (notamment chap. 9).

¹⁵¹¹ Leur nombre est passé de moins de 50 au début du siècle à plus de 400 actuellement, dépassant ainsi le nombre d'Etats et s'arrogeant ainsi le premier rang des sujets du droit international sur le plan quantitatif.

¹⁵¹² CIJ, *Rec.* 1949, p. 178 : « pour atteindre ces buts, il est indispensable que l'Organisation ait la personnalité internationale ».

¹⁵¹³ Rafâa BEN ACHOUR, *op.cit.*, p.125.

¹⁵¹⁴ P. BASTID, *Cours de droit international public (problèmes juridiques posés par les organisations internationales)*, Les cours du droit, Paris, 1971-1972, p. 30.

¹⁵¹⁵ SFDI, *op.cit.*, p. 63.

internationale, on se demande si le droit international ne sera pas le reflet des nouvelles civilisations rentrées récemment dans le concert des « Etats indépendants », à savoir les anciennes colonies européennes d'Afrique et d'Asie. *Mutatis mutandis*, cela explique certainement pourquoi la qualité de membre de la CDI a été étendue aux ressortissants de ces Etats afin que l'ensemble des systèmes juridiques nationaux, et plus encore régionaux, participent à l'œuvre de codification du droit international.

En tout état de cause, c'est avant tout au sein des systèmes régionaux que s'organise la capacité d'influence des Etats sur le système international, que ce soit dans le cadre de la formation des normes internationales ou dans celui du règlement pacifique des litiges internationaux. A cet effet, on peut constater un certain équilibre entre droit universel et droits régionaux. Cet équilibre provient sûrement du fait que les systèmes régionaux s'auto-neutralisent entre eux afin que le droit international régional ne subisse l'influence, voire l'infléchissement par l'un d'entre eux. Comme l'a laissé entendre la CDI dans son rapport de 2006, l'influence du phénomène régional s'exerce à deux niveaux sur le droit international.

D'un côté, il constitue un ensemble d'approches et de méthodes pour l'examen du droit international. Dans une certaine mesure, l'illustration parfaite en est faite par la notion de cultures juridiques différentes consacrée par exemple dans le Statut de la Commission du droit international elle-même, dont l'article 8 exige que, « dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée ». Il ne fait aucun doute qu'il y a toujours eu des approches, voire des « cultures », régionales et locales au sein du droit international mais la régionalisation exerce une influence à la fois sociologique, culturelle et politique sur ce dernier. Ces influences régionales semblent importantes précisément parce qu'elles ont perdu leur caractère initialement circonscrit à une région géographique donnée pour se généraliser et ainsi contribuer au développement du droit international universel. Par conséquent, comme le faisait observer JENNINGS en 1987, le régionalisme ne saurait être un système à part, malgré ses particularismes. Bien au contraire, il fait partie du système dans son ensemble dont il tire d'ailleurs sa validité¹⁵¹⁶.

De l'autre côté, le régionalisme constitue une technique d'élaboration du droit international. Cette faculté du régionalisme est inhérente à l'homogénéité relative des intérêts de la communauté internationale dont les perspectives seraient une gestion plus équitable des richesses et des problèmes auxquels cette communauté se trouve confrontée. En d'autres termes, il s'agit, à partir de

¹⁵¹⁶ Robert JENNINGS, « Universal International Law in a Multicultural World », dans Maarten Bos et Ian Brownlie (dir. publ.), *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce* (Oxford: Oxford University Press, 1987), publié également dans *Collected Essays of Sir Robert Jennings* (La Haye: Kluwer, 1998), p. 342.

normes issues d'un cadre régional, de perfectionner des normes générales plus efficaces dont la cohérence et la pertinence seraient légitimées par une communauté culturelle mondiale plus soudée. A partir de là, on comprend mieux pourquoi les régimes de droits de l'homme et les régimes de libre-échange ont toujours pris naissance dans un contexte régional, et ce, malgré les prétentions universalistes de la réflexion sur les droits de l'homme ou des marchés des matières premières. Tout cela suppose qu'il faille voir dans la diversité régionale non pas des exceptions, mais la mise en œuvre et l'application diversifiées, en fonction du contexte, de normes partagées. Dans ces conditions, la question relèverait aussi de la problématique plus générale des relations entre droit général et droit spécial, qui n'est pas bien différente du problème général de l'applicabilité et des limites de la *lex specialis*¹⁵¹⁷. Un autre aspect concerne la question des relations entre universalisme et régionalisme au sein du système de sécurité collective de l'ONU. Le problème pourrait éventuellement se poser dans le cadre de l'application des chapitres VII et VIII de la Charte, relativement au règlement des différends au sein des organismes régionaux. A cet effet, le paragraphe 2 de l'Article 52, recommande aux membres d'accords ou organismes régionaux de faire tous leurs efforts pour régler d'une manière pacifique les différends d'ordre local avant de les soumettre au Conseil de sécurité. Ce qui instaure, en l'espèce un ordre hiérarchique entre les organes de règlement régionaux et ceux des Nations Unies puisqu'il semble évident que l'action entreprise par un organisme ou un accord régional ne saurait être considérée comme une « exception » à la compétence du Conseil de sécurité. Celui-ci peut à tout moment se saisir d'une question s'il le juge bon, par exemple, lorsqu'il estime que l'action régionale n'a pas été ou risque de ne pas être appropriée ou effective. À cet égard, le Chapitre VIII devrait être considéré comme un ensemble de dispositions fonctionnelles qui permet de traiter de questions particulières au niveau le plus approprié, compte tenu dûment des problèmes de « subsidiarité »¹⁵¹⁸.

2/- L'influence des systèmes spéciaux sur le droit international général

L'approche véhiculée par l'expression de « conflits de systèmes juridiques » n'est pas toujours judicieuse. *A priori*, il semble qu'il s'agisse davantage d'une concurrence entre systèmes, c'est-à-dire d'une compétition entre les systèmes juridiques, phénomène qui tient certes à l'entremêlement croissant des situations juridiques et à l'augmentation considérable des communications. Mais cette concurrence peut également résulter d'une recherche croissante en faveur de l'élaboration d'un droit commun dont le droit international public constitue l'incarnation la plus ancienne. Plusieurs raisons viennent étayer une telle vision.

¹⁵¹⁷ Cf. Rapport du Groupe de travail de la CDI sur la question de la Fragmentation établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI EN 2006, Documents officiels, Assemblée générale, Nations Unies, A/CN.4/L.682.

¹⁵¹⁸ Pour un tour d'horizon utile, voir HUMMER et SCHWEITZER, « Article 52 », dans Bruno SIMMA (éd.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 709-710.

D'abord, comme il a été déjà signalé dans la section précédente, la compétition des sous-systèmes juridiques favorise le perfectionnement du droit international. Cela d'autant plus que le pluralisme juridique se manifeste avant tout à travers la concurrence qu'elle suscite entre les différents systèmes juridiques en droit international. S'il est vrai que cette compétition peut conduire à une coordination spontanée, par échanges croisés, elle se traduit aussi le plus souvent par des transplantations, tantôt imposées par contrainte, tantôt acceptées, voire recherchées, au profit d'un système réputé plus prestigieux. C'est notamment le cas en ce qui concerne les régimes juridiques auto-suffisants, bien que le plus souvent considérés comme des modèles de scission du droit international. Cette traduction de l'expression « *self contained regime* » désigne un ensemble de règles, en général de nature conventionnelle de fond et de procédures qui déterminent les conséquences juridiques de la violation de normes concernant un domaine particulier des relations internationales¹⁵¹⁹. La CIJ explique, à propos, que « *les règles du droit international (en matière de relations diplomatiques) constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'Etat accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourrait en faire les membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'Etat accréditaire pour parer à de tels abus* »¹⁵²⁰. Cette définition, certes extensive, implique l'existence d'un système dans lequel « règles primaires et règles secondaires sont étroitement liées et indissociables »¹⁵²¹. Un régime se suffisant à lui-même serait donc un sous-système visant à exclure plus ou moins totalement l'application des conséquences juridiques générales des faits illicites, en particulier l'application des contre-mesures qui sont normalement à la disposition de la partie lésée »¹⁵²².

Ainsi, ces régimes qu'on qualifie également de « régimes spéciaux »¹⁵²³ font désormais partie de l'histoire du droit international et sont dotés de solides cadres institutionnels et de la capacité de fixer de nouvelles normes internationales. Ils ont fini par soulever les questions embarrassantes autour de leur admissibilité en tant que « sous-systèmes » en droit de la responsabilité des Etats¹⁵²⁴, d'une part, et, d'autre part, de leur validité en droit international général, notamment lorsqu'ils viennent contester la validité de ce dernier. Ce qui pose le problème général de leur statut en droit

¹⁵¹⁹ Cf. Dictionnaire de droit international public, Jean SALMON (sous la dir.), Bruylant, 2001, p. 958.

¹⁵²⁰ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, 24 mai 1980, *Rec.* 1980, p. 40.

¹⁵²¹ Cf. G. ARANGIO-RUIZ, 3^e rapport sur la responsabilité des Etats, *ACDI*, 1991, vol. II., 1^{ère} partie, note 167, p. 27.

¹⁵²² Bruno SIMMA, « *Self Contained regime* », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 116 ; traduction du secrétariat des Nations Unies in *ACDI* 1991, vol. II, 1^{ère} partie, note 167, p. 27.

¹⁵²³ Les plus couramment cités des régimes se suffisant à eux-mêmes concernent le droit communautaire, les règles relatives à la protection des droits de l'homme, le droit du commerce ou de l'OMC et celles portant sur les relations diplomatiques ; Voir G. ARANGIO-RUIZ, 4^e rapport sur la responsabilité des Etats, *ACDI*, 1992, vol. II, 1^{ère} partie, § 98-111, pp. 38-42.

¹⁵²⁴ Lire les conclusions du Rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité des Etats, *ibidem*, § 112, p. 42.

international¹⁵²⁵. Dans le rapport de la CDI relatif à la question de la fragmentation du droit international, Martti KOSKENNIEMI rappelle qu' « il n'était pas possible que de tels régimes soient créés en dehors du champ d'application du droit international général ». Les règles des « régimes spéciaux » ne sont donc aucunement isolées du droit international général, mais participent à son élaboration.

Ensuite, la spécialisation permet de rationaliser l'ensemble des sous-systèmes sociaux. S'il est vrai que la spécialisation du droit international est à l'origine de l'insaisissable vue d'ensemble de cette discipline, il n'en demeure pas moins que la « ghettoïsation » du droit, en favorisant le développement « territorial » de chaque secteur juridique, a également permis de développer des ramifications avec le droit international général. En ce sens, on peut voir dans la spécialisation un moyen de rationalisation des sous-systèmes sociaux en droit international, via des processus privés hautement organisés. En effet, la positivation croissante des normes sociales, validées sur la base de processus décisionnels « privés », est la conséquence de la rationalisation complète des sous-systèmes sociaux à l'échelle mondiale. Le phénomène de spécialisation des domaines juridiques aboutit nécessairement à une tendance de formation normative organisée, parfois mieux qu'il n'en serait dans les processus juridiques centraux, dans les sous-systèmes sociaux périphériques au droit. Ainsi donc, le phénomène de globalisation donne au droit la possibilité d'institutionnaliser ce que Gunther TEUBNER qualifie de « constitution sociale durable »¹⁵²⁶ qui faciliterait l'émergence d'une société civile à l'échelle globale.

Enfin, la spécialisation permet d'aboutir à l'élaboration de projets conventionnels communs ou à la révision des traités dépassés. Rappelons que pour être viable, tout système d'ordre public international devrait reposer sur une communauté mondiale pluraliste. Or, cette qualité suppose, au demeurant, un mouvement en faveur d'un acte immédiat et général de codification des principes de droit international considérés comme devant régir la coexistence pacifique. Ainsi, à la différence de l'action de la CDI, les autres organismes des Nations Unies ont souvent eu recours au morcellement et à la parcellisation de certains domaines du droit international pour mieux procéder à leur codification ou développement progressif. C'est notamment le cas du domaine des droits de l'homme, du désarmement, de l'espace extra-atmosphérique, de l'environnement ou du terrorisme international qui constituent des domaines dans lesquels il existe un véritable morcellement systématique du droit international selon un dessein méthodologique initialement voulu.

¹⁵²⁵ Cf. Michael MEHLING, « Dissiper la chimère de « régimes autonomes » du droit international de l'OMC, vol. 16, Numéro 5, pp. 857-877.

¹⁵²⁶ Gunther TEUBNER, « *Un Droit spontané dans la société mondiale*, » in Charles-Albert Morand (éd.) *Le droit saisi par la mondialisation*, *op.cit.*, p. 208.

Cette parcellarisation du droit international en plusieurs sujets ou secteurs aura facilité l'élaboration de conventions globales dans des matières jusque-là difficiles, voire impossible à codifier du fait des divergences politiques quant à l'acceptation d'une définition commune. Ce fut exactement le cas pour la prévention et la répression du phénomène du terrorisme international pour lequel un « *Comité ad hoc* » avait été mis en place dans les années soixante-dix mais sans qu'il ne parvienne à quelque succès que ce soit. Il aura fallu attendre que cette codification se fasse sur le plan régional¹⁵²⁷ pour qu'enfin les Etats se mettent d'accord sur une définition commune du phénomène du terrorisme sur le plan global. Cet avantage d'entente au niveau régional, contrairement au niveau global, s'explique par le fait que le premier ne présente pas nécessairement les divisions idéologiques et la variété dans le « spectre politique » caractérisant les négociations au sein des Nations Unies. Il en découle que, bien souvent, l'approche sectorielle peut présenter des aspects de codification presque aussi efficaces qu'ils l'auraient été dans une approche globale. Mais toutes ces visions, qui représentent encore un idéal à atteindre, sont porteuses de diverses limites.

3/- Les limites du régionalisme et de la spécialisation comme formes d'intégration normatives

Lors des débats de la SFDI, en 1976, relatifs aux objectifs de la codification régionale, Louis DUBOUIS se demanda si « *le fractionnement de l'unité du régime juridique de la société internationale qu'entraîne toute norme régionale et a fortiori tout système de normes régionales, sert ou entrave le progrès du droit international* »¹⁵²⁸. S'il a été démontré dans les passages précédents que la codification régionale pouvait avoir une influence positive sur le développement et la codification du droit international, il n'en demeure pas moins qu'il demeure avant tout l'expression d'un certain particularisme qui se manifeste à l'échelle régionale. En ce sens, la régionalisation atténue la dimension universelle du droit international car elle favorise une intensification de la solidarité dans un cadre restreint d'une part, et organise un contrepois selon des principes différents de ceux communément admis en droit international d'autre part.

En effet sur le plan international, le régionalisme est avant tout l'expression d'un particularisme lorsqu'il correspond à un regroupement de pays géographiquement proches, avec pour but de faciliter, entre eux, des échanges politiques, économiques ou commerciaux par la création de

¹⁵²⁷ Cf. Convention pour la prévention et la répression des actes de terrorismes, Washington, 1971 ; La Convention européenne pour la répression du terrorisme, Strasbourg, 1977 ; Convention régionale de la SAARC sur la répression du terrorisme, Katmandou, 1987.

¹⁵²⁸ Louis DUBOUIS, « Les rapports du droit régional et du droit universel », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, op.cit., p. 226.

relations privilégiées¹⁵²⁹. Aujourd'hui, la plupart des Etats de la planète font partie d'un ensemble régional, soit en Zone de libre-échange¹⁵³⁰, en Union douanière¹⁵³¹, en Marché commun¹⁵³² ou en Union économique et monétaire¹⁵³³, en fonction de leur degré d'intégration qui varie d'un arrangement régional à l'autre. Il existe, par exemple, des différences considérables entre la construction européenne, d'une part, et le grand marché nord-américain, de l'autre. Alors que l'UE engage la souveraineté des Etats membres dans une entreprise économique et politique commune¹⁵³⁴, l'ALENA s'inscrit essentiellement dans la perspective d'une libre circulation des biens et des capitaux.

Par conséquent, lorsqu'une « région » décide de codifier des règles censées s'appliquer à des Etats membres bien identifiés, il y a là par essence un souci de « séparatisme » ou plutôt un désir irréductible de rupture et d'isolement. Cette rupture s'opère à un double niveau : il y a d'un côté rupture avec le système universel (atomisation et parcellisation du droit international). Ici, l'essence même du système régional est justifiée par la nécessité de régler les problèmes régionaux qui ne sont pas résolus (ou susceptibles de l'être) par application d'une règle universelle. Il peut aussi s'agir d'une plus grande souplesse dans l'adaptation et l'application de la norme universelle. En matière de droits de l'homme par exemple, on peut soutenir que la seule existence de cours régionales, avec des interprétations différentes qu'elles sont susceptibles de donner des droits fondamentaux de la personne humaine, reste un défi à l'universalité de ces droits et ce, *nonobstant* l'hommage que tous

¹⁵²⁹ Exemples : l'Union Européenne, l'ALENA (Accord Libre-Echange Nord-Américain), le MERCOSUR (en Amérique du Sud). Depuis le cycle de l'Uruguay, ce type d'accords s'est développé en réaction souvent à la lenteur des négociations de l'OMC.

¹⁵³⁰ Dans une Zone de libre-échange, les partenaires suppriment, pour l'essentiel de leurs échanges réciproques, les obstacles s'opposant à la libre circulation des biens et services, sans adopter pour autant une politique commerciale commune à l'égard des pays tiers. En d'autres termes, chaque pays membre maintient son propre tarif douanier vis-à-vis des pays n'appartenant pas à la zone. Parmi les zones de libre-échange les plus anciennes, on peut citer l'Association européenne de libre-échange (AELE) de 1959, et l'Association latino-américaine de libre-commerce (ALALC) de 1960. L'Accord commercial de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (1983), l'Accord de libre-échange nord-américain (1992) et l'Espace Economique Européen, entré en vigueur en janvier 1994, en sont des exemples plus récents.

¹⁵³¹ Une union douanière est similaire à une zone de libre-échange, mais elle se caractérise aussi par l'adoption d'une réglementation commerciale commune vis-à-vis des pays tiers. Les pays constituant une Union douanière appliquent notamment un tarif douanier extérieur commun aux produits originaires des territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci. Ainsi, dans sa forme totale, l'Union douanière comporte la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers. Le type le plus célèbre d'une telle association fut réalisé en 1834 par les Etats allemands, lors de la constitution de Zollverein. Parmi les exemples plus récents, on peut citer l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC) créée en 1964, et le Groupe andin, crée par l'accord de Carthagène de 1969.

¹⁵³² Un marché commun exige la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. Les douze pays de la CEE, qui faisaient déjà partie d'une Union douanière, ont créé le premier janvier 1993 un Marché unique.

¹⁵³³ Quant à l'Union économique et monétaire, elle est la forme la plus élaborée de l'intégration régionale. Elle ajoute en effet aux "quatre libertés" instituées par le marché commun, la mise en œuvre des politiques macro-économiques communes. L'Union Economique et Monétaire (UEM), regroupant dix-sept pays de l'Union européenne au 1^{er} janvier 2011, représente aujourd'hui le seul projet visant la réalisation d'une intégration aussi perfectionnée. En dehors de ces quatre types d'intégration régionale, il en existe bien entendu des formes hybrides ou parcellaires.

¹⁵³⁴ Parfois le problème est que l'UE entreprend de régir des domaines déjà régis à un échelon supérieur par des traités universels, pour ce faire elle édicte des traités avec force obligatoire contraignants pour ses membres.

ces instruments régionaux rendent à la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁵³⁵. Il y a de l'autre côté une rupture avec les autres systèmes régionaux (rendre compatibles les normes internationales avec le milieu dans lequel elles seront amenées à s'appliquer en tenant compte des spécificités de cette région). On est plus en phase avec une ligne de défense commune où les Etats d'une même région entendent, pour des raisons idéologiques ou de poids politique, se retrancher de la société universelle commune. Cette vision de l'« autarcie régionale », bien que très rare, peut quand même se manifester à travers l'intrusion, au XXI^e siècle, d'ordres juridiques théocratiques dans le domaine des relations internationales¹⁵³⁶. Selon M. CHEMILLIER-GENDREAU, une telle évolution porte en elle le danger réel de voir les religions faire obstacle à la réalisation d'un droit international construit sur des valeurs communes¹⁵³⁷. Pour reprendre l'exemple des cours régionales des droits de l'homme, les craintes les plus soutenues concernent, d'une part, la future jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dont le contenu diverge, à certains égards, des Conventions de Rome et de San José¹⁵³⁸. D'autre part, la probable création, un jour, d'une Cour arabe des droits de l'homme et des peuples qui serait chargée de faire appliquer la Charte de même nom fait courir le même risque de dislocation.

La même conception de rupture entre deux ou divers systèmes régionaux peut être illustrée à travers l'exemple du droit de la mer opposant pour l'occasion les concepts latino-américains et européens¹⁵³⁹. Les Etats latino-américains, ne voulant pas entrer dans un cadre juridique auquel ils n'avaient participé, s'intéressèrent très tôt au droit de la mer et lancèrent un vaste mouvement de révision d'un droit qu'ils estimaient inadapte¹⁵⁴⁰. Ce à quoi tentèrent de s'opposer les Etats européens mais cette attitude protestataire¹⁵⁴¹ a au moins eu le mérite d'accélérer le processus de codification des principes ayant trait à la mer territoriale, le plateau continental et les ressources vivantes de la Haute mer. Finalement, la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental

¹⁵³⁵ Cf. CI. ZANGHI, « Evolution et développement de la Déclaration universelle des droits de l'homme dans les différentes réalités juridiques », *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 433-453.

¹⁵³⁶ A. PAPAUX & E. WYLER, *L'éthique du droit international*, op. cit., p. 75.

¹⁵³⁷ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté, essai sur la fonction du droit international*, éd. La découverte, 1995, p. 222.

¹⁵³⁸ On peut par exemple citer la place extraordinaire accordée aux droits collectifs, lesquels peuvent le cas échéant, en toute circonstance et en dehors même du cadre africain, être interprétés à l'encontre des droits de l'individu (cf. G. HAARSCHER, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, pp. 231-234). A cela, il convient d'ajouter une assez longue liste de « devoirs de l'homme » aussi vague que moralisateurs (articles 27 à 29). Ces devoirs peuvent bien se retrouver en opposition contre les droits qui, le plus souvent, ne font pas partie des priorités des dirigeants africains.

¹⁵³⁹ Cf. R-J DUPUY & D. VIGNES, *Traité du nouveau droit de la mer*, éd. Economica, 1985, p. 43.

¹⁵⁴⁰ Ces Etats entendaient protéger et ainsi exploiter de manière exclusive et à leur seul profit les ressources minérales du sol et du sous-sol marin contigus à leur territoire.

¹⁵⁴¹ J.-P. QUENEUDEC, « Les tendances régionales dans le droit de la mer », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, op. cit., p. 260.

va finir par entériner dans une large mesure et sur le plan universel, les principes jadis énoncés et développés au sein des Etats latino-américains.

Quoi qu'il en soit, les particularismes régionaux constituent un danger pour le droit international général puisque les solidarités régionales favorisent l'émergence de règles singulières et fragmentaires et cela se confirme à travers l'œuvre de codification régionale. Cette dernière poursuit donc un objectif naturel de rupture et d'isolement par rapport au droit international général. Cette essence « séparatrice »¹⁵⁴² du droit régional se justifie par la nécessité même d'adaptation du droit général à des particularités régionales qui oblige les différents systèmes régionaux à avoir des institutions propres. D'un côté, les règles universelles ne pouvant pas toujours apporter les solutions adéquates à certaines situations juridiques survenant dans le cadre régional, les Etats éprouvent de ce fait la nécessité de se regrouper sur le plan régional pour faire face à ces situations particulières. De l'autre côté, la codification et l'élaboration de certaines normes spécifiques au niveau régional constitue aussi un moyen efficace pour procéder à une « contextualisation régionale »¹⁵⁴³ indispensable à la mise en œuvre locale des règles universelles. Le domaine des droits de l'homme est celui qui illustre le mieux ce besoin d'adaptation des règles universelles au niveau régional du fait des exigences et des spécificités économiques, sociales, culturelles et surtout religieuses visibles dans chaque région. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme, texte « générique et universel » en matière de droits de l'homme connaît diverses inclinaisons régionales : on peut notamment citer le cas de la Convention européenne des droits de l'homme pour l'Europe, la Charte interaméricaine des droits de l'homme pour les Etats d'Amérique ou encore la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples pour ce qui est du continent africain.

Mais la codification régionale peut également s'envisager comme un instrument d'opposition et de rupture face aux schémas universels et, à ce titre, le droit international court un risque d'atomisation et de parcellisation du fait de la présence en son sein de systèmes régionaux distincts les uns des autres. Cette vision a été clairement vérifiée à l'époque où l'Europe centrale et orientale était soumise au joug soviétique et que, seule une méthode de codification aura permis d'assurer à ces régions une certaine « autonomie » vis-à-vis du droit soviétique, menée dans le cadre institutionnel du COMECON¹⁵⁴⁴. Le même schéma s'applique également aux Etats d'Amérique latine qui, par le biais de la codification, avaient réussi à s'affranchir du modèle juridique occidental. Le droit musulman au niveau régional est aussi un exemple de rupture avec les normes internationales,

¹⁵⁴² H. RUIZ FABRI, « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *AFDI*, 1990, sp. P. 229.

¹⁵⁴³ A. PAPAUX & E. WYLER, *L'éthique du droit international*, op. cit., p. 60.

¹⁵⁴⁴ Réunis dans ce cadre institutionnel, les pays d'Europe centrale et orientale ont su forger une idée de codification ayant favorisé l'émergence et le développement d'un droit régional propre à la communauté d'Etats socialistes ; cf. S. NAHLIK, « La codification du droit international dans les pays du COMECON », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, op.cit., p. 245.

notamment en ce qui concerne les droits de l'homme. En effet, certaines régions arguent de particularités spirituelles pour légitimer, tout en le systématisant, le rejet de principes considérés comme universels comme c'est le cas dans le monde islamique¹⁵⁴⁵. Ainsi par exemple, la pratique des droits de l'homme dans les pays islamiques se heurte à la « conviction que Dieu, et Dieu seul, est l'Auteur de la Loi et Source de tous les droits de l'homme »¹⁵⁴⁶. Ce qui met la Loi et les préceptes religieux au-dessus des droits et libertés énoncés au niveau mondial et pose le postulat selon lequel chaque homme devra être distingué sur la base de la religion à laquelle il appartient. Une telle construction, si elle reste valable aux yeux de leurs auteurs, favorise des « intentions » totalement incompatibles avec les instruments internationaux de proclamation comme l'est le texte de la DUDH. Dans de telles circonstances, la codification du droit régional ne participe plus dans l'objectif d'un développement progressif du droit international.

Cette tendance est également visible au sein des Groupes spéciaux créés au sein d'organes de codification ou de comités *ad hoc* puisque les différents juristes qui participent à ces groupes de travail visant à créer des conventions internationales sur le sujet ont tendance à mettre chacun en avant les spécificités de leur droit national ou régional pour les généraliser à l'ensemble des autres systèmes juridiques. Ce qui rend parfois impossible une véritable uniformisation réfléchie et organisée du droit à l'échelle universelle. Anne Charlotte MARTINEAU soutient, par exemple, l'idée selon laquelle l'édifice normatif international pourrait être ébranlé du fait d'un nombre trop important de règles spéciales ou régionales. C'est à ce titre qu'elle les rend « *partiellement responsables* » de la première Guerre mondiale¹⁵⁴⁷. Dans le même sens mais bien avant elle, Antoine PILLET, estimait qu'il est erroné de voir le progrès du droit dans le « *développement plus grand des textes* ». C'est pourquoi il déplore « *la façon dont les règles ont été posées [à La Haye] et notamment leur rédaction trop poussée au détail* »¹⁵⁴⁸ qui serait, selon lui, l'une des causes de la guerre car jugées trop spécifiques et de ce fait difficiles, voire impossibles à respecter. Pour lui, il faut au contraire s'en tenir à quelques grands principes et « *réduire [les traités] à quelques formules brèves et nettes* »¹⁵⁴⁹. Le respect du droit international passe désormais par sa généralisation et non par sa spécialisation. Ainsi, l'utilisation des règles spéciales doit être encadrée par la mise en place

¹⁵⁴⁵ Voir à cet effet, v. la Déclaration islamique universelle élaborée lors de la Conférence internationale sur le prophète Mahomet et son Message, Londres, 1980 ; la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme proclamée le 19 septembre 1981 à l'initiative du Conseil islamique pour l'Europe, v. sur ce point Z. HAQUANI, « La déclaration islamique universelle des droits de l'homme », in R-J. DUPUY (dir.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel* ; Colloque de la Haye, 1983, Dordrecht, MNP/Académie de droit international de la Haye, 1984, p. 163 ; La Déclaration des droits de l'homme en islam adoptée dans le cadre de la Conférence islamique en août 1990.

¹⁵⁴⁶ Lire l'alinéa 2 du Préambule de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme.

¹⁵⁴⁷ Anne Charlotte MARTINEAU, « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », article posté sur Internet en 2007, http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Martineau_009.pdf

¹⁵⁴⁸ A. PELLET, *La guerre et le droit*, Uystpruyst-Dieudonné, Louvain, 1922, p. 133.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 138.

d'institutions à caractère universel et il se pourrait bien que l'idée de la création de l'ONU soit tirée de cette exigence.

B/ LES INFLUENCES PRATIQUES DU PLURALISME SUR LE DEVELOPPEMENT DU SYSTEME UNIVERSEL

Analysés sur le plan de la matière visée et de leur application, les systèmes juridiques se composent tous de règles et de principes plus ou moins généraux ou spéciaux. Il arrive que ces dernières établissent des relations entre elles, favorisant par la même occasion une sorte « d'intégration systémique » qui pourrait faire évoluer l'application du droit international sur le plan universel. Ainsi le pluralisme juridique, par le biais du droit régional et du droit spécial, peut être considéré comme un facteur de développement plus rapide du droit international (1), de diffusion plus large du droit international dans les masses (2) ou encore de certitude pour le développement de la justice internationale (3).

1/- Un facteur pour un développement plus rapide du droit international

Les codifications régionales ou spéciales suscitent et stimulent une activité législative toujours croissante qui constitue en elle-même un puissant facteur de développement plus rapide du droit international. En effet, en faisant du droit particulier un droit universel, les juristes affirment ainsi leur volonté à faire du droit international « *la conscience juridique du monde civilisé* »¹⁵⁵⁰. Or, tous les grands auteurs, notamment en Europe¹⁵⁵¹, s'accordent à dire que cette vaste entreprise ne pourra se faire que par le biais de la codification. Tout d'abord, il faut noter que le droit s'universalise par la conclusion de traités généraux qui portent sur les intérêts étatiques communs et qui voient le jour lors de congrès universels¹⁵⁵². Cependant, il n'est pas toujours évident de réunir tous les Etats autour de l'idée d'élaborer un traité général qui fixerait une fois pour toutes les normes régulatrices dans un domaine bien déterminé. Pour aboutir à un résultat probant lors d'une telle initiative, il faut avant toute chose, comme l'écrit Georges SCELLE, qu'un travail préliminaire ait « *été préparé par des techniciens du droit international public [ou] privé en dehors de l'influence des gouvernants* »¹⁵⁵³, les gouvernants n'intervenant que dans la seconde moitié de ce processus, même si, là encore, rien

¹⁵⁵⁰ En référence à l'article premier du Statut de l'Institut de droit international adopté en 1873 ainsi qu'à l'ouvrage de Martti KOSKENNIEMI duquel s'inspire notre analyse : *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, XIV-569p.

¹⁵⁵¹ Les auteurs européens sont, en effet, très optimistes quant à l'idée que le droit international (européen) est appelé à devenir universel grâce aux entreprises de codification. Pour donner du poids à cette idée, ils s'appuient sur le fait que l'universalité du droit international ne s'obtiendra que par la conclusion de traités généraux et particuliers.

¹⁵⁵² D'après BLUNTSCHLI, on encourage la tenue de congrès universels car « *la mise en œuvre des principes généraux du droit international sera mieux assurée si, à côté des grands Etats de l'Europe, les autres grandes puissances du monde, en particulier des Amériques, prennent part à la discussion de ces principes et concourent à leur promulgation* ». Cf. J.K. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1870, pp. 101-102.

¹⁵⁵³ G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, onzième partie, p. 535, Sirey 1932-1934, repr. phot. méc., CNRS, 1984.

ne leur interdit de refuser leur adhésion ou mieux de la conditionner par d'autres mécanismes juridiques à l'image de la technique des réserves.

Pour contourner cette difficulté, certains auteurs n'hésitent plus à mettre en avant l'idée que la conclusion de traités particuliers entre un cercle restreint d'Etats pourrait constituer une méthode d'universalisation du droit. Pour Pasquale FIORE, par exemple, ces traités peuvent servir de « modèles »¹⁵⁵⁴ à des traités spécifiques du même genre et desquels il sera possible d'extraire les principes universels de la pluralité des traités particuliers ainsi créés. Ainsi, les Etats européens sont-ils réputés être porte-parole de l'universel car, comme l'exprime John WESTLAKE, la création de règles appartenant à « *une branche spéciale de droit international* » nécessite le seul consentement des Etats les plus intéressés dont l'entente est présumée représenter « *l'entente générale* »¹⁵⁵⁵. Arrive le constat selon lequel on pourrait par ce biais aboutir à l'unité du droit international et que « *de l'unité se déduira son universalité* »¹⁵⁵⁶ grâce à un savant mélange du particulier et du général, ou encore de la conciliation entre ce que Maxime-Emile CHAUVEAU appelle déjà les tendances « *particularistes* » et « *cosmopolites* »¹⁵⁵⁷ du droit international. Même si ce mouvement semble encore très lent, il peut être perceptible au niveau des gouvernements, plus enclins à s'intéresser à une situation juridique que lorsque celle-ci affecte directement un point concret et pratique du droit international se présentant dans leurs relations internationales et exigeant l'application d'un principe. A ce titre, toute entreprise de codification régionale ou spéciale constitue un stimulant puissant pour le développement du droit international en raison des avantages de clarté et de précision qui en résultent.

Par ailleurs, un nombre croissant d'auteurs mettent en avant le « *momentum* inédit »¹⁵⁵⁸ du droit international qui, grâce à l'extension de son champ d'application, à la multiplication de ses institutions et au gain d'importance des décisions judiciaires, évolue vers un « *droit commun de l'humanité* »¹⁵⁵⁹. La spécialisation normative et institutionnelle devient ainsi un élément positif qui sert au développement du « *droit de la coopération* »¹⁵⁶⁰. Par ce fait, les règles particulières créées par les organisations régionales et par les juridictions spécialisées participent au changement de la structure internationale. En effet, comme l'explique Wolfgang FRIEDMANN, les mécanismes

¹⁵⁵⁴ P. FIORE, *Nouveau droit international public*, traduction par P. PRADIER-FODERE, Durand & Pédone-Lauriel, Paris, tome 1, 1868, p. XXI.

¹⁵⁵⁵ J. WESTLAKE, *Etudes sur les principes du droit international*, Thorin & fils, Paris, 1895, p. 89.

¹⁵⁵⁶ P. FIORE, *Organisation juridique de la société des Etats...*, *op. cit.*, p. IV.

¹⁵⁵⁷ M.E. CHAUVEAU, *Le droit des gens ou le droit international public*, Rousseau, Paris, 1892, pp. 32 et 33.

¹⁵⁵⁸ R.Y. JENNINGS, « General Course on Principles of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol.121, tome II, 1967, p. 345.

¹⁵⁵⁹ Cf. W.W. BISHOP, « General Course of Public International Law », *RCADI*, vol. 115, tome II, 1965, p. 165. L'auteur cite alors un passage de l'ouvrage de C. Wilfred JENKS, *A Common Law of Mankind* (1958).

¹⁵⁶⁰ W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens, 1964, xvi-410p.

spécialisés tels que les institutions européennes sont des « *laboratoires importants* »¹⁵⁶¹ dont les découvertes pourront contribuer au développement du système global. Dans la même optique, René-Jean DUPUY regrettait en 1979 que le droit traditionnel (universel) ne puisse édicter des règles spécifiques pour certains Etats ou groupes d'Etats alors même que leur situation particulière pourrait le justifier. En effet, le droit du développement (situationnel) demande à ce que des situations inégales soient traitées différemment. Pour y parvenir, il préconise le recours à des « *règles individualisées, différenciées et concrètes* »¹⁵⁶². Le traité devient l'instrument privilégié du droit de la coopération puisqu'il peut être modulé à l'infini selon les besoins spécifiques des Etats parties. Selon Paul de VISSCHER, cette plasticité du traité est précieuse dans ce qu'il appelle « *une communauté internationale en constante évolution* »¹⁵⁶³.

Enfin, notons que le progrès du droit international par la codification peut se faire soit qualitativement, soit quantitativement. Sur le plan qualitatif, la codification implique un travail de clarification et de consolidation : dans le premier cas, il s'agit de préciser des notions souvent vagues et des règles mal définies qui se dégagent de l'examen de la pratique internationale. Dans le second cas, il s'agit de renforcer l'autorité de la règle coutumière par un lien conventionnel en plaçant le droit sous la garantie de la justice internationale¹⁵⁶⁴. Sur le plan quantitatif, on assiste à l'élargissement du domaine d'application de la réglementation juridique aux relations internationales qui jusqu'à présent y ont échappé à peu près complètement et qui sont restées dans le domaine de la politique. Il est toutefois opportun de rappeler ici que cette nouvelle forme de codification, qui s'apparente plus à de la « législation internationale », implique nécessairement une adaptation progressive et plus régulière à des exigences et à des situations nouvelles.

2/- Un facteur pour une diffusion plus large du droit international

Le droit international a comme finalité d'assurer la sécurité et la paix entre nations et peuples au niveau international. La diffusion de cette mission peut se faire par le biais de la codification sur un modèle d'extension du contrôle exercé par une opinion éclairée comme conséquence nécessaire des institutions démocratiques et garantie de l'observation du droit et du maintien de la paix. En d'autres termes, l'entreprise qui consiste à préciser une règle de droit, plus encore une règle de droit international, aboutit à diffuser ces règles auprès d'une opinion plus large que le cercle restreint des initiés ou rares spécialistes de la discipline. La connaissance du droit coutumier restant l'apanage

¹⁵⁶¹ W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁶² R.-J. DUPUY, « Communauté internationale et disparités de développement », *RCADI*, vol. 165, tome IV, 1979, p. 125.

¹⁵⁶³ P. de VISSCHER, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 136, tome II, 1972, p. 79.

¹⁵⁶⁴ Charles De VISSCHER explique à ce propos que « les constations qui s'élèvent sur l'interprétation ou l'exécution des traités sont au premier rang de celle qui relèvent de la justice internationale, voir *La codification du droit international*, *op.cit.*, p. 396.

d'un milieu restreint, sa diffusion à travers la codification permet un accès à d'autres catégories de personnes et constitue, par la même occasion, un excellent moyen d'éducation politique¹⁵⁶⁵. Dans le cas de la spécialisation occasionnée par la fragmentation, on remarque qu'elle a permis un déploiement plus rapide du droit international dans de nombreux domaines nouveaux. On a par conséquent assisté à une évolution de balayage dans les différents domaines du droit, tels que le droit de l'environnement, les droits humains, le droit de la mer, ou le droit du commerce mondial. Dans le même temps, cependant, il a contribué à l'émergence d'un nouveau cadre institutionnel à travers des organes judiciaires ayant un mandat restreint portant sur des questions très spécifiques dans leurs domaines respectifs.

La diffusion plus large du droit international passe également par l'influence réciproque entre universalisme et régionalisme. En effet, l'idée de pouvoir décentraliser les relations internationales est intéressante à souligner car elle permet à la fois de donner une certaine autonomie aux systèmes régionaux tout en faisant prévaloir l'unité du système global par une distinction nette des rôles entre le régional et l'universel. Cette situation semble avoir évolué vers davantage de souplesse et de complémentarité entre le régional et l'universel. C'est ce qui ressort notamment des analyses précédentes, lorsqu'on évoquait la nécessité de présenter cette évolution à travers, d'une part, les processus d'harmonisation des codifications opérées au niveau régional et, d'autre part, à travers le mouvement de développement progressif du droit international issu de la compétition entre les sous-systèmes juridiques.

A cet effet, le régionalisme, notamment européen, a incontestablement permis la prise en compte des besoins de l'homme sur le plan international, dans le cadre de la démocratie libérale représentative. Cette contribution a été facilitée à travers l'œuvre de codification considéré comme un « facteur d'organisation »¹⁵⁶⁶, étant bien entendu que les organes de codification régionaux puissent, en retour, observer les prescriptions universelles en conciliant les impératifs universels aux exigences régionales spécifiques. Il n'est donc pas rare que des instruments régionaux intègrent en leur sein des principes déjà évoqués ou existant dans des instruments universels¹⁵⁶⁷. A contrario, il arrive aussi que la codification régionale voit se généraliser ses normes à l'échelle universelle comme ce fut le cas de la Convention de Bâle qui inspira les travaux de la CDI en matière d'immunités des Etats. Pour toutes ces raisons, chaque région tend aujourd'hui à développer ses propres organes de codification. Dans le cas des sources, on constate que certains instruments

¹⁵⁶⁵ ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel* (3^e édit.), p. 40.

¹⁵⁶⁶ Cf. Centre de droit international de Nanterre, *La Charte des Nations Unies en 2 volumes : Commentaire article par article*, co-direction avec J.-P. COT, Ed. 3, Economica, 2005, p. 700.

¹⁵⁶⁷ C'est le cas, par exemple, de la Charte africaine des droits de l'homme ou de la convention européenne des droits de l'homme qui, toutes deux, intègrent des principes figurant dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

internationaux n'ont pour but que de s'appliquer dans un cadre spécifique, et cela sans pour autant tenir compte de leurs origines conventionnelles¹⁵⁶⁸ ou coutumières¹⁵⁶⁹. En ce qui concerne les sujets, en plus du fait que des particuliers peuvent s'exprimer et faire valoir des droits sur le plan universel comme régional¹⁵⁷⁰, le principal sujet du droit régional reste l'organisation internationale¹⁵⁷¹. En effet, la vague de prolifération d'organisations internationales¹⁵⁷² survenue ces dernières décennies en droit international a d'abord eu lieu sur le plan régional. Ce qui participe au modèle d'universalisation du droit, spécifiquement en ce qui concerne la justice internationale.

3/- Un facteur de certitude pour le développement de la justice internationale

Régionalisation et spécialisation du droit sont des facteurs qui permettent une plus grande certitude du droit international tout en constituant un avantage particulièrement précieux dans l'administration de la justice internationale. Pour ainsi dire, la nécessité d'assurer plus de justice à l'international a vu apparaître de nombreux groupements régionaux au sein de la communauté internationale. Dans leur projet régional, les Etats poursuivent avant tout un but d'institutionnalisation des règles juridiques qui leurs sont applicables. Or, qui dit institutionnalisation de la production normative dit également mécanismes et modes de règlement des différends¹⁵⁷³. Ainsi, si l'on considère l'un des pans du régionalisme et de la spécialisation, en l'occurrence la multiplication des juridictions internationales, on se rend à l'évidence que celle-ci non seulement facilite l'accès des sujets du droit international à la justice, mais elle favorise également le développement de la jurisprudence. Désormais, une décision isolée d'une juridiction internationale peut faire jurisprudence dans un laps de temps très court si elle est reprise ou confirmée par d'autres juridictions internationales¹⁵⁷⁴. Les organes juridictionnels régionaux et spécialisés ont l'avantage d'offrir une rapidité du règlement, un contrôle de la procédure par les Parties, une régionalisation du cadre du règlement des différends et une expertise de la juridiction. En plus, les interactions des jurisprudences faites d'emprunts supplétifs ou de références sont un moyen de conforter le rôle toujours croissant de la jurisprudence comme source matérielle du droit international. Dans cette dynamique, on peut facilement imaginer que la

¹⁵⁶⁸ C'est le cas des traits régulant le passage à un fleuve ou encore ceux relatifs à l'espace extra-atmosphérique.

¹⁵⁶⁹ CIJ, Affaire du droit d'Asile, 1950.

¹⁵⁷⁰ Voir à ce propos, Le rôle des particuliers dans l'œuvre de la codification du droit International, *Revue du droit International et de législation comparée*, 1911, p. 448.

¹⁵⁷¹ BASTID (P), *Cours de droit international public (problèmes juridiques posés par les organisations internationales)*, Les cours de droits, Paris, 1971-1972, p. 30.

¹⁵⁷² Rafāa BEN ACHOUR, *Institutions internationales*, ENA, CREA, Tunis, 1995, p. 121.

¹⁵⁷³ Il en effet illusoire de penser, lorsqu'on met en place une organisation régionale, que des différends n'apparaîtront pas ou que s'ils apparaissent, ces derniers ne trouveraient des solutions que dans le cadre des modes non-juridictionnels de règlement des litiges.

¹⁵⁷⁴ Maurice KAMTO, « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in SFDI, Colloque de Lille, *La juridictionnalisation du droit international*, Edition A. Pedone, 2003, pp. 393-460.

jurisprudence de la CIJ finira par s'imposer « comme la boussole de l'interprétation et de l'application du droit international »¹⁵⁷⁵.

Par ailleurs, l'accroissement des affaires portées devant les juridictions internationales, toutes proportions gardées, manifeste un progrès du règlement juridictionnel des différends entre Etats mais aussi entre les acteurs du droit international. Il y a nécessairement développement de « l'Etat de droit » et prise en compte du souci démocratique à travers l'action du contentieux international qui prend désormais en compte les besoins nouveaux du justiciable dans la recherche d'une justice plus souple, plus rapide, mieux adaptée et moins chère¹⁵⁷⁶. Et les emprunts jurisprudentiels d'une juridiction à une autre dénotent l'essor d'une justice plus juste et mieux acceptée. De plus, à travers l'œuvre de codification générale qui tient compte de tous ces paramètres, on assiste à la mise en place de règles claires ainsi que d'un corps de droit général logiquement ordonné. En ce sens, la codification apporte la certitude et la clarté des règles coutumières et permet une « administration de la justice internationale » plus sereine et mieux acceptée par les parties à un conflit. Cette certitude d'application d'une règle de droit en toute confiance avait déjà été préconisée par Cicéron dans la formule : « *leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur* »¹⁵⁷⁷. L'avantage ici est que les Parties à un litige se soumettront d'autant plus facilement à la Juridiction de la Cour qu'elles seront mieux fixées sur les règles de droit qui doivent leur être appliquées¹⁵⁷⁸. D'un autre point de vue, la codification issue du droit général ou spécial tend à développer le contrôle judiciaire sur l'application des règles de droit puisque la plupart des instruments issus d'une codification générale prévoient, en amont, les modalités de recours et d'arbitrages en cas de survenance d'un litige entre Parties ou, le cas échéant, en cas de besoin d'interprétation¹⁵⁷⁹. Enfin, selon l'observation du professeur Jean Pierre COT, jamais le rôle de la CIJ n'a été si fourni et sa jurisprudence si abondamment citée que depuis la prolifération des instances juridictionnelles internationales¹⁵⁸⁰.

En résumé, les phénomènes de spécialisation et de régionalisation participent de l'évolution du droit international. Mais là ne s'arrête pas leur rôle car, à travers les principes généraux qu'ils édictent, ils participent également à la construction d'un ordre hiérarchique au sein du droit international public.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 460.

¹⁵⁷⁶ Lire les conclusions de Mohamed BEDJAOUI lors du Colloque de Lille de la SFDI, *op.cit.*, p. 535.

¹⁵⁷⁷ CICERON, *De Officiis*, II, p.12.

¹⁵⁷⁸ Politis, *La Justice internationale*, *op.cit.*, p. 283.

¹⁵⁷⁹ C'est ainsi que la deuxième Conférence de La Haye de 1907 s'est déclarée unanime à reconnaître, dans son Acte final du 18 octobre 1907, que certains différends, et notamment ceux relatifs à l'interprétation et à l'application des stipulations conventionnelles internationales, sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage obligatoire sans aucune restriction.

¹⁵⁸⁰ Jean-Pierre COT, « *Le monde de la justice internationale* », in SFDI, *op.cit.*, pp. 511-521.

§ 2 : La spécialisation et le régionalisme comme méthodes d'hierarchisation des normes internationales

Plus que par le passé, le droit international contemporain ne saurait faire prévaloir un caractère unitaire¹⁵⁸¹. La grande diversité et la complexité des situations qu'il peut être amené à régir l'ont inéluctablement conduit à se spécialiser afin qu'il puisse au mieux remplir sa mission. Ce mouvement de spécialisation du droit ne constitue pas une nouveauté en soi mais force est de constater qu'il s'est amplifié au cours du XX^e siècle avec l'apparition notamment du droit de la consommation, du droit de la concurrence, du droit des nouvelles technologies ou encore du droit de l'environnement, etc. Ces « droits » inhérents aux organisations internationales sont le plus souvent restreints aux seuls buts et fonctions liés au domaine auquel se rattache l'organisation dont ils émanent. Or traditionnellement, la formation du droit suivait des procédures organisées et avait lieu au centre du « droit », c'est-à-dire dans les tribunaux ou par des organes législatifs. Aujourd'hui, on assiste plus à une formation spontanée du droit qui est concentrée dans la société, à la périphérie du système juridique. Ajouté au phénomène régional, tout cela s'accompagne d'une séparation conceptuelle et institutionnelle stricte de la normativité et de la validité des normes.

On abordera ici la question de l'influence des principes généraux issus des régimes autonomes ou spéciaux ainsi que leur impact sur l'ordre public international (A). Dans un tout autre registre, il faudra également réfléchir sur les méthodes de rationalisation des sous-systèmes sociaux afin d'apporter des solutions significatives aux conflits de lois, avec une orientation précise, de manière à les faire relever d'une technique juridique plutôt que de préférences juridico-politiques (B).

A/- L'INFLUENCE DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DE « SOURCE AUTONOME »

Il est un fait que la mondialisation se manifeste entre autres par la naissance de réseaux de coopération techniquement spécialisés de portée mondiale et qui sont difficiles à réglementer par le droit international traditionnel en raison de la diversité de leurs objets et besoins particuliers. De ce fait, les réseaux tendent à mettre au point leurs propres règles et systèmes de règles qui sont, soit le résultat d'une coordination harmonisée des lois et réglementations nationales ou régionales, soit le fruit d'une coopération intergouvernementale fondée sur des traités multilatéraux et des actes d'organisations internationales. C'est ce qui explique l'apparition, sur le plan international, de règles de plus en plus génériques et des coutumes adaptées sur mesure aux besoins et aux intérêts exprimés par ces réseaux. Pourtant, l'absence de hiérarchie générale en droit international ne signifie pas que

¹⁵⁸¹ Jusqu'ici, le caractère supposé unitaire du droit international a toujours été véhiculé à travers un système décentralisé de règles provenant chacune d'un sous-système du droit international et formant un ensemble compact. Le problème est que cette vision compacte du droit international en système décentralisé de règles est aujourd'hui menacée par un champ en expansion et une multiplicité des instances judiciaires internationales, avec un nombre croissant de règles spécifiques donnant lieu à des décisions contradictoires qui peuvent nuire à la cohérence de la jurisprudence.

les conflits normatifs entraîneraient une paralysie juridique puisque des hiérarchies commencent à prendre naissance au cas par cas. Ce sont ces hiérarchies qui vont faire l'objet d'un examen (1). On verra par la suite que si les principes généraux des régimes autonomes favorisent une hiérarchisation de l'ordre juridique international, celle-ci ne peut se faire en l'absence de toute rationalisation (2).

1/- Les grands principes de « source autonome » sont une nouvelle catégorie de principes généraux

En droit international public, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » sont considérés comme une source de droit, conformément à l'article 38 al. 1 c du Statut de la CIJ. Longtemps au cœur de nombreux débats doctrinaux¹⁵⁸², cette notion continue de susciter l'intérêt des auteurs à cause des controverses qui s'expliquent par la confusion entre « principes généraux *de* droit international » et « principes généraux *du* droit international ». Si la première catégorie prend en compte tous les principes relevant de l'article 38 al. 1 c du statut de la CIJ, les seconds s'entendent plutôt des manifestations modernes du droit international contemporain qui ne relèvent pas toujours de l'article 38. En principe, seuls les premiers sont considérés comme sources subsidiaires du droit international. Selon Jules BASDEVANT, la formule « principes généraux de droit ou du droit » peut revêtir pas moins de cinq sens différents¹⁵⁸³ à savoir :

- l'ensemble des règles de droit qui régissent les rapports internationaux, en ce sens, ces principes se rapportent à l'ensemble du droit international général ;
- les règles fondamentales du droit international qui n'ont de valeur ni conventionnelle ni coutumière mais considérés en tant qu' « usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité, des exigences de la conscience publique » selon la formule des conventions de La Haye de 1899 et 1907 ;
- un moyen de qualifier une règle particulière de droit international afin d'insister sur sa généralité et son importance telle que « toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer » ;
- les principes politiques et juridiques qui gouvernent les relations internationales contemporaines, comme la Déclaration de Paris, les diverses déclarations de l'Assemblée Générale de l'ONU touchant aux relations amicales entre les Etats, à l'octroi de l'indépendance aux peuples coloniaux ou à la souveraineté sur les ressources naturelles ;

¹⁵⁸² D'abord à cause des termes utilisés dans cet article qui laissent paraître un certain ethnocentrisme européen, puis surtout face à la question de la véritable autonomie de ces principes par rapport aux autres sources, notamment par rapport à la coutume.

¹⁵⁸³ Dictionnaire de la terminologie du droit international, (préface de Jules BASDEVANT), Paris, 1960, p. 473.

- l'ensemble des principes communs aux grands systèmes de droit contemporain et applicables à l'ordre international.

C'est ce dernier sens que des auteurs comme le professeur Jean Yves De CARA retiennent pour considérer le contenu et la portée des principes généraux de droit comme source autonome, distincte du droit international¹⁵⁸⁴. Entre ces deux catégories, les principes généraux de droit international au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ se caractérisent plus par leur étroitesse car considérés comme « les propositions premières consacrées par le droit interne des nations civilisées en tant qu'elles sont transportables à l'ordre international »¹⁵⁸⁵. Ce sont des principes déterminés par le juge et opposables aux Etats.

Aussi, l'évolution du droit international témoigne de celle de ses principes généraux issus des divers régimes autonomes et régionaux. La situation de mobilité et de diversification permanente des ensembles de normes semble exiger toujours davantage que l'on crée ou que l'on constate des principes nouveaux. De manière générale et comme le note le professeur Emmanuelle JOUANNET, « *les principes généraux agissent et même rétroagissent de façon ambivalente face au caractère étrange et complexe de notre ordre juridique contemporain* »¹⁵⁸⁶. Leur principale caractéristique c'est d'être à la fois « général » et « fondamental » avec pour mission d'indiquer un modèle abstrait de comportement¹⁵⁸⁷. Un principe général est entendu ici comme principe juridique normatif¹⁵⁸⁸. Le caractère général n'est pas considéré ici comme un élément de la définition d'une norme juridique mais comme concernant uniquement son champ d'application. En d'autres termes, la norme est considérée comme générale lorsqu'elle est adressée à l'ensemble des destinataires du système (et pour un nombre indéfini d'applications). C'est donc ce caractère qui donne la primauté aux principes dits « généraux » en tant que règles générales.

A certains égards, on pourrait s'interroger sur le fait de savoir si la division continue du droit international en branches régionales ou spécialisées n'amène pas, en effet, de façon inéluctable à limiter ou particulariser la généralité du principe. Notamment quand on sait que l'existence des régimes spécialisés implique très souvent l'idée de limitations, de dérogations ou d'exceptions à la règle générale, l'introduction de marges d'interprétation et d'application dans les principes

¹⁵⁸⁴ Jean Yves De CARA, « *Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ* », article posté sur : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/decara.pdf>

¹⁵⁸⁵ Dictionnaire de la terminologie du droit international, *op.cit.*, pp. 474-475.

¹⁵⁸⁶ E. JOUANNET, L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain, in R. HUEXA VINAIXA et K. WELLENS, *op.cit.*, p. 115-154.

¹⁵⁸⁷ P. AMSELEK, « Le Droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989-10, p. 9 et *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 274ss. *Contra* donc la distinction entre principe et norme de R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 80.

¹⁵⁸⁸ V. pour les significations ontologique, logique et normative des principes suivant les trois sens du dictionnaire Lalande, v. P. MORVAN, « Les principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, S. RIALS et D. ALLAND (dir), Paris, PUF, 2003, pp. 1201 s.

fondamentaux. Pourtant, on ne saurait nier que tous ces éléments favorisent l'existence d'une forme de hiérarchie entre principes généraux. Ainsi, un principe peut être général lorsqu'il s'applique à l'ensemble du système : c'est le cas du principe de bonne foi ou encore de celui de *Pacta sunt servanda* ; il peut également être moins général car valable seulement au sein d'un système spécialisé. Ces derniers peuvent aussi constituer une adaptation d'un principe global au sein d'un système spécial, comme l'est le principe de prévention qui s'applique en droit général et en droit de l'environnement¹⁵⁸⁹. Un principe général peut enfin prendre naissance au sein d'un système spécial ou régional pour s'affirmer au fil du temps au sein du système global. C'est le cas du principe de non-discrimination qui a tendance à devenir un principe fondamental du système global alors qu'il a pris naissance dans des droits spéciaux comme celui de l'environnement, celui des nationalisations ou encore dans le système des droits de l'homme¹⁵⁹⁰.

C'est toutefois dans le cadre de l'expansion du droit international dans les sciences de la vie que des principes généraux touchant au droit matériel se sont fortement développés. Ainsi par exemple, le domaine de la biomédecine a suivi une double direction qui l'a conduit en dehors du champ technique national auquel il était rattaché et qui l'a transformé d'un droit des techniques en un droit des principes¹⁵⁹¹. De même, la biotechnologie a été l'une des premières disciplines techniques à être saisies par le droit international, se constituant ainsi en catalyseur d'une dimension plus globale du débat bioéthique. Apparues à partir des années 1980 dans le champ du débat bioéthique, elles ont d'emblée, sous la pression des industriels, d'un côté, et des protecteurs de l'environnement, de l'autre, été intégrées au droit international sous deux approches : celle de la propriété industrielle et celle de la protection de la biodiversité¹⁵⁹². S'interrogeant sur les risques que l'homme fait courir à la planète, elles ont permis l'élaboration du droit international des sciences de la vie¹⁵⁹³. Le sentiment général qui en découle est que les questions techniques font peu à peu surgir dans leur simplicité originelle les questions de principes : celle de l'accès aux droits fondamentaux, celle de la justice et

¹⁵⁸⁹ Par ex. art 2§3 *Convention du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, Helsinki, IEL-MT, n°992 :22, Nations Unies E/ECE/1267, 1962 ; *PIE*, p. 439.

¹⁵⁹⁰ Recommandation du Conseil de l'OCDE du 14 novembre 1974 sur les principes concernant la pollution transfrontière ; Règles de Montréal sur la pollution des eaux d'un bassin de drainage international, art.8, I.L.A, *Report of the Sixtieth Conference, Montréal, 1982, 1983*, p. 535 ; *Accord sur les dettes extérieures allemandes du 16 mai 1980*, sentence arbitrale.

¹⁵⁹¹ En prenant l'exemple du droit biomédical, par exemple, bien qu'issue de recherches menées chez l'animal, la maîtrise de la procréation a essentiellement mobilisé le droit pour ses applications humaines. Dans le domaine de la procréation médicalement assistée, comme dans celui de la plupart des autres applications biomédicales, le droit international n'est venu qu'en second lieu afin d'harmoniser des législations nationales divergentes pour garantir le respect d'un minimum de principes communs, limiter le « tourisme biomédical » et assurer une certaine homogénéité aux procédures réglementaires (mise sur le marché de médicaments, par exemple) ; cf. Ch. BYK, *La bioéthique en Europe : un paysage éclaté ?* : *JurisData* n° 1991-001275 ; JCP G, 1991.

¹⁵⁹² N. de SADELEER, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Dalloz, Paris, 2004.

¹⁵⁹³ Christian BYK, *Biodiversité, biosécurité et développement durable*, *Journal international de bioéthique*, vol. 17, n° 4, déc. 2006.

de la solidarité face à l'inégalité, la pauvreté, la discrimination et l'exclusion. Cette internationalisation fut d'abord l'œuvre des professionnels eux-mêmes soit directement, à travers leurs organisations (Association médicale mondiale, Conseil des organisations internationales des sciences médicales)¹⁵⁹⁴, soit indirectement, par le biais des organisations intergouvernementales sollicitant des groupes d'experts pour leur expérience des pratiques considérées (travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine de la transfusion sanguine ou de la transplantation d'organes, par exemple)¹⁵⁹⁵. Puis, le souci de généralisation des bonnes pratiques a conduit inévitablement à faire apparaître les principes d'éthique médicale qui en ont été les fondements et que, la norme des États succédant et complétant celle des praticiens, c'est au nom du respect des principes communs à la société que l'autorité publique peut désormais, de manière légitime, justifier son intervention¹⁵⁹⁶.

Concernant les fonctions de ces principes, on peut faire la distinction entre ceux qui servent essentiellement de guides pour l'interprétation (principes d'interprétation), ceux qui instituent une logique de coordination ou de déduction (principes de résolution des antinomies comme *lex specialis* et *lex temporis* mais aussi *lex superior*) et ceux qui impliquent une logique d'inclusion matérielle (principes matériels fondamentaux)¹⁵⁹⁷. Mais comme le fait remarquer à juste titre le professeur JOUANNET, ces principes ont été ignorés par le rapport du Groupe de travail de la CDI sur la question de la fragmentation¹⁵⁹⁸. Leur importance devrait pourtant être soulignée en droit international car ils jouent le même rôle que ceux du système d'ensemble et, par ailleurs, sont parfois communs à certains régimes spéciaux et au système global. C'est notamment le cas des principes élémentaires d'humanité ou ceux du droit de la procédure, ou même les principes d'articulation des normes et de solution des antinomies.

Enfin, notons que l'accroissement des normes et la fragmentation des institutions qui les produisent au niveau international attisent aujourd'hui les discussions autour de la force normative découlant de ces nouvelles sources du droit, notamment en ce qui concerne leur véritable influence sur la réalité sociale. Selon Christian BYK, « la force normative de ces sources existe bien, ..., comme

¹⁵⁹⁴ L'Association médicale mondiale (AMM) est une association internationale de médecins, fondée le 17 septembre 1947. En 2008, l'AMM représentait quatre-vingt-quatre associations médicales nationales et neuf millions de membres. Elle adopte des déclarations à portée internationale dans le domaine de l'éthique médicale, la plus connue d'entre elles étant la Déclaration d'Helsinki relative à la recherche biomédicale chez l'homme. Le CIOMS regroupe des académies nationales de médecine et des organisations médicales internationales et s'efforce d'adapter les grands principes de l'éthique médicale et de la recherche à des situations concrètes.

¹⁵⁹⁵ B. GENETET, La transfusion sanguine : un demi-siècle de contribution du Conseil de l'Europe, *Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998 et Conseil de l'Europe, Guide sur la sécurité et l'assurance de qualité de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules*, 3^e éd. : Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006.

¹⁵⁹⁶ Lire à cet effet Ch. BYK, Le droit européen de la bioéthique : droit des techniques ou droit des principes ?, *Actualités Jurisante*, déc. 1998, vol. 24.

¹⁵⁹⁷ E. JOUANNET, L'influence des sources ..., *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁹⁸ *Idem.*

dynamique de production de normes et comme dynamique multipolaire »¹⁵⁹⁹. Cependant, pour d'autres, les circonstances actuelles mettent en cause la présence d'une normativité atténuée et d'une normativité renforcée. La première est composée d'obligations à l'autorité renforcée (ex. *jus cogens*) alors que la seconde comprend des normes à l'autorité atténuée (ex. la *soft law*). Pour Jean COMBACAU et Serge SUR, « la normativité serait démultipliée et son autorité diversifiée »¹⁶⁰⁰. Avec les normes de *soft law*, on a de plus en plus un recours accru à des formes souples de normativité, particulièrement dans le cas d'actes d'organisations internationales¹⁶⁰¹. Ces normes constituent un motif de crainte pour une partie de la doctrine qui estime qu'elles induisent une certaine relativité du droit¹⁶⁰² puisque qu'elles possèdent essentiellement une nature de recommandation pour l'articulation des droits et des obligations des États ; ce qui peut constituer « une confusion sur la nature normative des prescriptions en général ». Cela explique peut-être pourquoi cette catégorie d'auteurs préfère parler de la complexification du droit international au lieu de sa fragmentation. La complexité dont il est question ici est le résultat de la spécification vertigineuse d'un ordre juridique en de multiples sous-ensembles qui rétroagissent entre eux et qui de ce fait sont susceptibles de faire émerger de nouvelles propriétés d'ensemble appelées propriétés émergentes¹⁶⁰³. Pour les autres auteurs, une telle diversité ne peut qu'avoir un effet d'enrichissement du droit international¹⁶⁰⁴.

2/- Les principes généraux de « source autonome » permettent de renforcer l'unité du droit international

Avec la globalisation de la société « mondiale », le processus d'élaboration du droit est devenu, par la force des choses, un instrument d'organisation politique de la Société. Ainsi, dans leur cheminement vers une société plus globale, les secteurs d'activités, que ce soit dans les domaines de la science, de la technologie, du multimédia, de la médecine, des sports ou encore des transports,

¹⁵⁹⁹ Christian BYK, Force normative et multiplicité des sources en droit international des sciences de la vie, *Journal du droit international (Clunet)* n°2, Avril 2009, var.3, pp. 34-43.

¹⁶⁰⁰ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 10 éd., Paris, Domat, 2012 à la p. 49.

¹⁶⁰¹ La *soft law* comprend aussi « les déclarations des conférences intergouvernementales, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les recommandations des organisations internationales, les dispositions souples d'un traité, les conventions non ratifiées, les actes concertés non conventionnels, les gentlemen's agreements, les avis consultatifs, les opinions individuelles et les dissidences des juges de la Cour internationale de Justice (CIJ), et les codes de conduite ou initiatives privées volontaires émanant d'acteurs non étatiques comme les entreprises multinationales » Isabelle Duplessis, « La mollesse et le droit international : mode d'emploi privilégié pour une société décentralisée » (à paraître -2005).

¹⁶⁰² Prosper Weil, « Toward Relative Normativity in International Law? » (1983) 77 *AJIL* 413 : Les premières craintes sur la fragmentation du droit international sont formulées par Prosper Weil. Ces analyses portent notamment sur la valeur juridique souvent accordée aux principes et déclarations, en ce qu'elles deviennent normatives, même si elles ne possèdent pas de valeur normative au temps de leur adoption.

¹⁶⁰³ H. REEVES, J.J SALOMON, R. PASSET, I. STTENGGHERS et autres, *Du cosmos à l'homme ; comprendre la complexité*, Paris, L'Harmattan, 1991.

¹⁶⁰⁴ Voir notamment Dinah SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 560 p.

développent un besoin de normes que les Etats et les institutions ne peuvent toujours couvrir. C'est là toute l'origine de l'émergence d'un droit matériel sans Etats, sans législation nationale et sans traités internationaux¹⁶⁰⁵. Les conséquences n'en sont pas forcément désastreuses du moment où il est admis dès le départ qu'une certaine spécificité doit être reconnue au droit international régional, y compris dans l'interprétation qu'il peut retenir de certaines règles de droit international général¹⁶⁰⁶.

Ainsi, dans un premier temps, les principes de sources autonomes peuvent constituer des solutions aux problèmes des conflits entre normes. En effet, pour réguler les relations de plus en plus complexes dans un monde globalisé, les acteurs privés font proliférer des réglementations, des associations et des modes privés de règlement de litiges avec comme seules exigences les besoins juridiques de sécurité et de règlement de conflits. Apparaissent, en même temps, de multiples constitutions partielles servant à substituer, voire compléter la « seule constitution politico-juridique » qui jusqu'ici permettait de régler les relations entre le droit et les autres sous-systèmes sociaux¹⁶⁰⁷. Il en résulte que le droit moderne ne saurait relever d'une instance centrale décrétant leur validité ; il est désormais soumis à un ensemble de centres institutionnalisés, législatifs ou juridictionnels. Ce qui a fait dire à Gunther TEUBNER qu'il s'agit là d'une forme de *gouvernement privé*, de *régulation privée* et de *justice privée*¹⁶⁰⁸. Le droit mondial tend de plus en plus à s'appuyer sur ses propres sources : organisations internationales, entreprises multinationales, consultants juridiques globaux, fonds, associations ou encore instances d'arbitrage globaux.

Dans un second temps et pour refléter une telle conception d'affirmation de valeurs structurantes, le droit international aura besoin de concevoir la juridicité sous l'angle d'une relevance qui évolue avec les circonstances et les contextes des actions, qui fonctionne de façon satisfaisante et optimale et qui attribue la juridicité aux règles, aux pouvoirs et aux liens utiles à l'action¹⁶⁰⁹. Jean-Guy BELLEY parle d'une relevance cinétique, technique et rationnelle¹⁶¹⁰. Or, là encore, les principes de sources autonomes peuvent avoir pour fonction d'affirmer ce « besoin de relevance » entre les ordres juridiques internationaux. Cela à travers l'intégration juridique supra-nationale et intra-

¹⁶⁰⁵ Robert COOTER, « *Decentralized Law for a Complex Economy* », *Southwestern University Law Review* 23, 1994, pp. 443-451.

¹⁶⁰⁶ L'article 52 de la Charte des Nations Unies prévoit effectivement que : « Aucune disposition de la présente Charte ne s'oppose à l'existence d'accords destinés à régler les affaires qui, touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, se prêtent à une action de caractère régional (...) ». Plus tard, c'est la CIJ qui va confirmer cela lorsqu'elle affirme que : « Les organisations internationales sont régies par le principe de spécialité, c'est-à-dire dotées par les Etats qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonctions des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir », C.I.J., *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.*, 1996, p. 79, § 25.

¹⁶⁰⁷ GUNTHER TEUBNER, « Droit spontané dans la société mondiale », *In le Droit saisi par la mondialisation*, Charles-Albert Morand (sous la Dir), Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 197 et s.

¹⁶⁰⁸ *Idem*.

¹⁶⁰⁹ Voir en ce sens Georges ROUHETTE, « Les codifications du droit des contrats », (1996) 24, *Droits*, pp. 113-124.

¹⁶¹⁰ Jean-Guy BELLEY, *op.cit.*, p. 155-156.

nationale qui permet une harmonisation entre les ordres juridiques étatiques et internationaux. En effet, que ce soit au niveau « supra-étatique », « transnational », « global » ou « mondial », il existe un besoin de relevance entre les ordres juridiques permettant à chaque domaine juridique d'incorporer dans l'ordre juridique considéré comme supérieur ou inférieur, le « corpus juridique » relevant de sa « communauté juridique ». Cela permet aux praticiens du droit, dans divers domaines et à différents niveaux, de pouvoir se référer aux procédures ou aux normes de l'une ou l'autre des pratiques juridiques sans pour autant se soucier si ces procédures ou normes ont attendu une reconnaissance étatique officielle¹⁶¹¹. Ce droit est d'ailleurs qualifié d' « infra-droit » à juste titre et s'identifie, selon Jean-Guy BELLEY¹⁶¹², aux deux versants de ce que l'on pourrait qualifier de « droit de l'autonomie juridique conférée et/ou reconnue par l'Etat¹⁶¹³ ».

De toute évidence, la pluralité des régimes d'autonomie juridique, leur insularité évidente et les liens variables qu'ils entretiennent encore avec le droit commun font l'objet de multiples tentatives de reconceptualisation générale du droit¹⁶¹⁴. Ce besoin de conceptualiser à nouveau ces domaines autonomes a également favorisé l'évolution de la pratique professionnelle car elle s'accompagne d'une nécessaire adaptation des praticiens du droit. Ces derniers sont de plus en plus spécialisés dans une double expertise juridique qui les distingue de leurs prédécesseurs plus généralistes ; désormais, les juristes sont appelés à avoir une connaissance précise non seulement de la juridicité infra-étatique qui a cours dans leur champs d'intervention respectifs mais aussi une forte sensibilisation à l'importance des normes du milieu qui n'ont pas valeur de droit et que les opérateurs juridiques et leurs conseillers ne peuvent ignorer¹⁶¹⁵.

¹⁶¹¹ Yves DELAZAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.

¹⁶¹² Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », op.cit., pp. 139 et s.

¹⁶¹³ Pour Daniel MOCKLE, le premier versant regroupe toute la production juridique des instances étatiques ou para-étatiques qui n'a pas le statut de législation, mais dont les publicistes spécialisés ont une connaissance théorique et pratique de plus en plus systématique : les règlements et règles infraréglementaires de l'administration gouvernementale ; Lire Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984. Le deuxième versant concerne les règles formulées au titre de l'autoréglementation et des pouvoirs de droit privé issus de la privatisation et de la déréglementation : les statuts et règles de fonctionnement internes des organisations et associations privées dotées de la personnalité morale ; les conventions générales, les règlements et formules standards que les entreprises adoptent pour harmoniser leurs échanges et/ou imposent à leurs clients à travers la pratique des contrats d'adhésion ; Lire à ce propos, Jean-François PERRIN, *Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source du droit*, Rapport à la société suisse des juristes, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG ? Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1976.

¹⁶¹⁴ GUNTHER TEUBNER, « Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law », (2000) 9 *Social and Legal Studies*, p. 399-417; GUNTHER TEUBNER, « After Privatization? The Many Autonomies of Private Law », (1998) 51 *Current Legal Problems*, p. 393-424; Michel MIAILLE, dir., *La regulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995.

¹⁶¹⁵ Jean-Guy BELLEY, « Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques », (1994) 9 *Revue canadienne droit et société*, pp. 163-179 ; Richard A. POSNER, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », (1987) 100 *Harvard Law Review*, pp. 761-780.

Aussi, la multiplication des standards juridiques ne peut aujourd'hui se prévaloir de la seule juridicité produite par l'Etat. Les règles juridiques à contenu « ouvert », les dispositions qui confèrent des pouvoirs discrétionnaires, les principes généraux du droit ou encore les références aux pratiques ou aux critères de jugement dans chaque secteur d'activité, impose une approche contextuelle du droit¹⁶¹⁶. En cela, la majorité des problèmes auxquels se confrontent tant bien le droit public que le droit privé, le droit commun que les droits spécialisés, ne peuvent trouver des solutions judiciaires ou administratives qu'à travers la prise en compte des différents contextes sociaux dont ils émanent, et en relation avec d'autres contextes. Au final, l'idée de relevance permet de créer des « ponts » entre les différents systèmes juridiques en droit international par l'intermédiaire des principes généraux. Ce qui, par ailleurs, contribue à accentuer le processus d'une hiérarchisation du droit international.

3/- L'influence des principes autonomes sur la hiérarchisation des normes internationales

De manière générale, les principes généraux de droit remplissent deux fonctions principales qui se résument au maintien de la complétude et la cohérence du système. En accomplissant ces deux fonctions, ils permettent de combler les lacunes du système et de résoudre ses antinomies. En outre, certains peuvent considérer que les principes généraux sont inhérents à tout ordre juridique dans la mesure où ils en expriment l'unité formelle et/ou matérielle, voire même ce que l'on appelle le « Droit du droit »¹⁶¹⁷. En considérant que le droit international contemporain est composé d'ordres juridiques distincts et parfois contradictoires qui occasionnent un désordre au sein du système pris dans son ensemble, le recours à ces principes généraux pourrait se révéler utile pour les acteurs du jeu dès lors qu'ils veulent justement combler ces lacunes ou résoudre les antinomies du système en recourant à un « méta-principe » d'harmonisation.

La fonction de complétude permet de combler certaines lacunes existantes, d'enrichir un système et de pallier sa faible densité normative de départ. Dans ce contexte, il n'est donc pas étonnant de voir émerger des principes généraux dans les nouvelles branches du droit international comme le droit pénal, les droits de l'homme, le droit de l'environnement etc... Ce qui permet au juge mais aussi aux Etats et aux organisations internationales, de les invoquer quand ils ne trouvent pas de normes plus précises ou plus techniques. Quant à la fonction de cohérence, elle permet d'évoquer des principes de base à partir desquels se construira une certaine cohérence d'harmonisation, de coordination et d'interprétation des autres normes du système juridique international. Ce qui évite

¹⁶¹⁶ Jean-Guy BELLEY, Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit, *op.cit.*, p. 143.

¹⁶¹⁷ Emmanuelle JOUANNET, L'influence des sources, *op.cit.*, p. 128.

les empiètements et permet de rappeler les orientations fondamentales du système¹⁶¹⁸. Avec la multiplication des sources normatives en droit international, ces deux fonctions premières des principes généraux ont également évolué comme l'explique le professeur JOUANNET. Selon elle, les principes généraux jouent également un rôle de transfert horizontal entre les ensembles normatifs (évolution qualitative de la fonction de complétude) et un rôle de hiérarchisation verticale du système (évolution qualitative de la fonction de cohérence). Or ces deux fonctions contribuent ensemble à donner une présentation ordonnée du pluralisme normatif (entre normes) ou systémique (entre plusieurs ordres) actuel du droit international contemporain. Ce qui permet non seulement à enrichir mutuellement les différents régimes spéciaux ou systèmes voisins¹⁶¹⁹, mais aussi à générer un futur droit commun¹⁶²⁰. D'ailleurs, la CDI a clairement indiqué dans son rapport de 2003 sur la fragmentation que « les régimes spéciaux font appel aux principes généraux du système global pour pallier leurs propres lacunes ». Le principe peut donc passer du système général au système spécial et vice-versa¹⁶²¹. En ce sens, les conflits d'interprétation issus des interprétations diverses, voire contradictoires, données par des juridictions universelles, régionales ou spécialisées peuvent être profondément salutaires car ils peuvent faire avancer ou modifier la jurisprudence des autres juridictions. L'influence croisée des interprétations des principes communs les plus généraux de chaque régime participe ainsi à l'enrichissement de leur signification plus qu'à l'affaiblissement de la norme ou sa dilution.

A côté de l'évolution de la fonction de complétude, signalons également celle de la fonction de cohérence qui transforme les principes généraux du droit en instruments de hiérarchisation du système. Pour R. DWORKIN, les principes généraux n'assurent plus seulement la cohérence du

¹⁶¹⁸ Voir par exemple l'affaire récente des *Plates-formes pétrolières* (CIJ, arrêt 6 novembre 2003) qui illustre parfaitement la façon dont le recours à des principes généraux de solution des antinomies est utilisé par le juge pour résoudre d'éventuelles contradictions entre une norme spéciale et une norme générale (E. JOUANNET, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6.11.2003 », *RGDIP*, 2004/4, pp. 917-948).

¹⁶¹⁹ L'auteur considère que les principes généraux du droit ont de plus en plus un rôle de « passeurs » horizontaux : ils passent d'un ordre ou d'un ensemble de normes à d'autres de façon horizontale, dans le respect de la pluralité des régimes et enrichissent ainsi mutuellement tous les systèmes (cf. L'influence des principes généraux..., op.cit., pp. 129 et s).

¹⁶²⁰ Voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994 ; S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ-FABRI, L. SINOPOLI et J.M SOREL, *Droit processuel-Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2^{ème} ed., 2003 et les travaux passionnants de l'UMR de droit comparé de Paris I : M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT et H. RUIZ-FABRI (dir), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002 et H. RUIZ-FABRI (dir), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs. Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2003.

¹⁶²¹ La tendance actuelle de l'évolution du droit international montre qu'un principe général peut s'internationaliser (en venant des droits internes), se nationaliser (en allant du droit international aux droits internes) ou se régionaliser/spécialiser (des deux autres vers le droit régional et/ou spécial aussi). Dans ces trois cas de figure, on observe en tous les cas un transfert d'un ordre à un autre, ou d'un ensemble de normes à un autre, et du même coup le principe devient commun à tous ces ordres ou régimes, les réunit dans une même adhésion aux valeurs éthiques qu'il traduit.

système, mais également son intégrité¹⁶²². Autrement dit, les principes généraux sont de plus en plus cités au premier chef comme la clef de voûte matérielle d'un ordre international unifié que vient conforter la mise en œuvre de l'article 103 de la Charte¹⁶²³ en maintenant une certaine unité formelle et matérielle de l'ordre international par le biais d'une application extensive de l'article 31 3 c de la Convention de Vienne (cf. CIJ, Affaires des *Plates-formes pétrolières, Iran c. Etats-Unis*, Rec. 2003). Ils sont un outil important de systématisation de l'ordre juridique international en ce qu'ils participent à la clarification d'un mécanisme de hiérarchisation du système¹⁶²⁴. Comme on peut l'observer, l'évolution quantitative et qualitative de fonctions classiques des principes généraux en droit international semble donc jouer plutôt en la faveur de la cohérence et d'une certaine unité de l'ordre global, que ce soit sous le mode de la coordination ou de la faible hiérarchisation.

Cependant, la hiérarchie des institutions, des pouvoirs et des normes en droit international n'est pas chose aisée car chaque ordre juridique en présence se conçoit avant tout comme une entité close, stable et permanente, animée par le seul souci d'assurer son existence dans la durée. Il n'en demeure pas moins que le maintien de l'ordre et d'unité au sein du droit international lui impose une rationalité universelle et donc une théorisation institutionnelle du pluralisme juridique. En effet, il serait mal venu d'imaginer un système où chaque entité fonctionnerait d'elle-même, en autarcie, avec ses propres règles et principes sans jamais se référer à un ordre général ou à un autre système. Au fur et à mesure que le nombre des acteurs augmente sur la scène internationale, il devient primordial que leur statut n'échappe à une procédure centrale d'accréditation, dès lors que leurs interactions prennent la forme de liaisons et de couplages structurels. Heureusement, plusieurs décisions viennent illustrer qu'il existe en droit international une hiérarchie de normes.

Ainsi en attestent certaines décisions rendues par la CJCE concernant la force des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Par exemple, en mettant en œuvre au sein de la Communauté un règlement fondé sur une position commune¹⁶²⁵ entre les Etats, la Résolution 1267 ne pouvait que déboucher sur la saisine du Tribunal de première instance par certains des destinataires de sanctions en vue de contester celles-ci sur le plan des droits de l'homme. Ainsi dans les arrêts qu'il a été amené à rendre à ce sujet¹⁶²⁶, le Tribunal a été amené à retenir une position difficile, celle de respecter les

¹⁶²² R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1986, pp. 241 ss.

¹⁶²³ V. sur ce point les analyses de P.-M. DUPUY qui insiste avec raison sur la différence entre la Charte comme constitution organique et la Charte comme constitution matérielle (cf. Pierre M. DUPUY, « L'unité... », *op.cit.*, pp. 227ss.)

¹⁶²⁴ Le principe général est appliqué comme norme supérieure de l'ordre juridique international, norme fondamentale à laquelle doivent se conformer les normes inférieures spéciales.

¹⁶²⁵ Position commune 1999/727/PESC du 15 novembre 1999, JO L 294 p.1 et règlement (CE) n° 337/2000 du 14 février 2000, JO L43 p.1

¹⁶²⁶ Arrêts du 21 septembre 2005, affaire T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat*, affaire 315/01, *Khadi*, non encore publiés, voir les commentaires de Denys Simon et Flavien Mariatte, *Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international*, Europe, décembre 2005, p.6, de J.P. JACQUE, *Le Tribunal de Première instance face aux*

résolutions du Conseil de Sécurité tout en s'efforçant de protéger les droits fondamentaux. Cette solution a été directement influencée par l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui énonce qu'en « *cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront* »¹⁶²⁷. L'article 25 de la Charte établissant la force obligatoire des résolutions du Conseil de Sécurité prises dans le cadre du chapitre VII, celles-ci s'imposent aux Etats membres de l'Union. Ainsi, dans son arrêt *Bosphorus*, la Cour de justice des Communautés européennes déclare que : « *Force est de constater que, du point de vue du droit international, les obligations des Etats membres de l'ONU au titre de la Charte l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE* »¹⁶²⁸.

A travers une telle décision, la Cour reconnaît ainsi qu'il existe bien une hiérarchie des normes en droit international. Cependant, rien ne laisse penser que si les Etats membres de l'Union sont liés par les obligations découlant de la Charte des Nations Unies, ces dispositions s'imposent aussi à l'Union elle-même. Au surplus, la CDI dans son rapport sur la question de la fragmentation a souligné l'importance de l'application des maximes *lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior* dans le cadre de la résolution des conflits de lois provenant des régimes autonomes. Cela ne veut pas dire malgré tout que la Convention de Vienne ou le droit international général ne pourraient pas servir à canaliser et maîtriser aussi ces types de règlements informels souvent inspirés par l'intérêt privé. Elle a également souligné que plus le droit conventionnel permet le recours à des traités-cadres, des traités en grappe et des régimes reprenant toutes sortes d'éléments normatifs, selon des modalités souples et complexes, mieux le droit international pourra s'étendre à ces règlements privés, décentralisés. D'où la nécessité de rationaliser tous ces nouveaux instruments.

résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies: "Merci monsieur le Professeur", Europe des libertés, 2006; n° 19, p. 6 ; voir aussi l'article plus général d'Henri LABAYLE, *Architecte ou spectatrice, la Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, RTDE 2006, p.1 ; arrêt du 12 juillet 2006, affaire T-253/02, *Hafiq Ayadi*, non encore publié.

¹⁶²⁷ voir CIJ, Affaire des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe Lybienne c. Royaume-Uni), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, p.16, paragraphe 39

¹⁶²⁸ CJCE, Arrêt *Bosphorus*, Arrêt du 30 juillet 1996, affaire C-84/95, *rec.I-3978*.

B/- LA NECESSITE DE RATIONALISER LES PRINCIPES GENERAUX DE « SOURCE AUTONOME »

La dissémination des sources du droit conduit à une fragmentation de la force normative, entendue comme force organisatrice du droit international, y compris dans le champ spécialisé ou régional. Sans renforcement des institutions internationales chargées de mettre en œuvre ou d'interpréter le droit international et sans stratégie d'harmonisation de ce dernier, il risquerait de perdre toute son effectivité. Une fois le problème et les objectifs de la normativité définis (1), il conviendra d'analyser et d'évaluer les méthodes et les techniques de coordination entre systèmes juridiques (2) avant de souligner l'intérêt pour la CDI de prendre à son compte la rationalisation du droit international général (3).

1/- Le problème de la normativité et l'implication de la CDI dans la formulation des règles de droit international privé

L'élaboration du droit international s'est beaucoup institutionnalisée au cours de ces dernières décennies avec l'implication d'acteurs nouveaux, notamment privés dans la sphère du droit international public. Et, comme l'écrit le professeur Syméon KARAGIANNIS : « *L'enrichissement du droit international public par l'adjonction à la liste de ses sujets des organisations internationales au XIX^{ème} et des individus au XX^{ème} siècle est un des traits majeurs de l'histoire de notre discipline durant ces deux derniers siècles* »¹⁶²⁹. Ainsi, à côté des Etats, il faut désormais compter avec la présence non seulement des organisations internationales, mais aussi celle des ONG, des entreprises transnationales et plus généralement de la Société civile mondiale¹⁶³⁰. Comme cela a déjà été souligné, chacun de ces acteurs dispose bien souvent de ses propres moyens de fonctionnement, ce qui l'amène, de temps en temps, à s'illustrer dans le processus normatif sur le plan international. Ce qui, au final, pose des problèmes de « centralisation » et de cohérence des normes internationales en raison de la complexité inhérente aux interdépendances.

A partir de là, on pourrait aisément imaginer que l'implication accrue des acteurs privés en droit international soit à l'origine de la « décadence » du droit international conventionnel. Aidé en cela par le fait que l'organe subsidiaire des Nations Unies chargé de la codification du droit international général s'est prioritairement intéressé au droit international public, délaissant durant le premier cinquantenaire de son existence, le droit international privé. En effet, la question du traitement prioritaire de la codification du droit international public ne saurait être ignorée dans le cadre d'une

¹⁶²⁹ Syméon KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? », in, *Société française pour le droit international*, La juridictionnalisation du droit international, Colloque de Lille, Editions A. Pedone, Paris, 2003, p. 10.

¹⁶³⁰ T. de MONTBRIAL, *L'entrée dans le XXI^e siècle*, p.16-17.

étude sur la fragmentation du droit international et ses conséquences. On pourrait effectivement se demander s'il n'existe pas un lien de causalité entre les effets néfastes de la fragmentation sur l'unité et la cohérence du droit international, d'une part, et le fait que la CDI se soit spécialement consacrée dans une mission de développement progressif et de codification du droit international public, d'autre part, en laissant de côté le droit international privé. Point n'est besoin de rappeler ici que la fragmentation du droit international trouve son origine dans le développement d'une société transnationale organisée autour de l'intervention des acteurs privés dans la sphère du droit international. Les acteurs non étatiques parviennent aujourd'hui, à travers diverses techniques, à imprimer leur marque à l'évolution du droit international. Ainsi, les multinationales peuvent conclure des contrats et/ou conventions avec des Etats même si la sentence arbitrale dans *l'Affaire Aramco* souligne bien que la convention conclue « *entre un Etat et une compagnie privée américaine, ... ne relève pas du droit international public* »¹⁶³¹ et que, selon la sentence « *Texaco* », « *dire que le droit international régit les rapports contractuels d'un Etat et d'une personne privée étrangère ne signifie nullement que celle-ci soit assimilée à un Etat, ni que le contrat qu'elle a conclu avec lui soit assimilé à un traité* »¹⁶³². Or, si les entreprises publiques peuvent se prévaloir de conclure des contrats internationaux avec des Etats autres que l'Etat de leur origine, à quel régime juridique appartiennent de tels instruments internationaux ? Cela ne favorise-t-il pas le manque de clarté et de cohérence des systèmes normatifs en vigueur aujourd'hui, que ce soit sur le plan interne ou international ?

Et que dire de la CDI de laquelle l'article 1§2 du statut accorde une priorité de traitement au droit international public puisqu'il dispose que la Commission « s'occupera en premier chef... ». De nombreuses incohérences ont pu être relevées de cette formulation par de grands spécialistes du droit international et, dans le cadre de cette étude, on ne reviendra que très brièvement sur les plus évocatrices d'entre elles. D'abord, cette rédaction du statut laisse supposer que la codification du droit international privé ne pourrait être l'œuvre de la CDI, même si le statut de cette dernière ne lui interdit nullement de se prononcer sur cette discipline du droit international. La rédaction est, de ce fait, restrictive et négative, faisant penser, comme le souligne Ahmed MAHIOU, que la Commission ne fera que « pénétrer » dans ce domaine comme par effraction, lorsqu'elle estimera que cela s'avère sans doute nécessaire. Mais si l'on estime que la fragmentation du droit international trouve son origine dans le développement d'une société transnationale avec l'arrivée de nouveaux acteurs, notamment privés dans la sphère du droit international public, le moment n'est-il pas venu pour la CDI d'initier un mouvement de codification et de développement

¹⁶³¹ Sentence arbitrale, *Affaire Aramco, I.L.M.*, vol. 187, pp. 17 sq. ; *RCDIP*, 1963, p. 363 sq.

¹⁶³² Sentence arbitrale R.-J. DUPUY, « *Texaco-Calasiatic c/Gouvernement libyen* », *JDI*, 1977, p. 361.

progressif au sein de la branche « privé » du droit international ? En d'autres termes, la CDI ne devrait-elle pas s'engager de façon générale dans le champ d'application du droit international privé en vue d'y limiter les incohérences ?

Il est vrai que la plupart des internationalistes estiment que la codification du droit international privé obéit à des règles particulières relatives à la nature complexe de cette discipline¹⁶³³. Elle vise l'harmonisation entre les règles internes qui sont la source essentielle du droit international et qui veulent maintenir leur particularisme¹⁶³⁴. Tous ces facteurs, auxquels s'ajoute le problème de la composition de la CDI, sont autant d'éléments qui font que la Commission renonce à s'occuper directement du droit international privé, exception faite des cas où il existe une interférence directe avec le droit international public qui permettrait de compléter ou parfaire son œuvre de codification.

Le problème de la normativité en droit international est donc intimement lié aux aspects du droit international conventionnel¹⁶³⁵. La première atteinte qui va être portée à la conception traditionnelle du droit international sera la remise en question du monopole étatique en tant que sujet unique du droit international¹⁶³⁶, notamment à partir de l'avis consultatif de 1949 de la CIJ¹⁶³⁷. Celui-ci déclare à cet égard : « *Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à la nature ou l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté... L'accroissement progressif des activités collectives des Etats a déjà fait surgir des exemples d'actions exercées sur le plan international par certaines entités qui ne sont des Etats* ». L'avis fait également le constat que l'ONU est une « ... *Organisation destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits* » et déclare finalement : « *En conséquence, la Cour arrive à la conclusion que l'organisation internationale est une personne internationale... Cela signifie que l'Organisation est un sujet de droit international, qu'elle a la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux...* »¹⁶³⁸.

¹⁶³³ Cette complexité tient aux diverses controverses de son rattachement avec le droit interne ou au droit international, au droit privé ou au droit public, à son objet et à la singularité de ses méthodes.

¹⁶³⁴ Cf. B. NOLDE, « La codification du droit international privé », *RCADI*, 1936, t. 55, p. 303 s. ; E. JAYME, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *RCADI*, 1983, t. 177, p. 9 s. ; P. CHAUVEAU, « Les conventions portant lois uniformes », *Clunet*, 1956, p. 570 s. ; K.H. NADELMAN, « Méthodes d'unification en droit international privé, la législation uniforme et les conventions internationales », *RCDIP*, 1958, p. 37.

¹⁶³⁵ Le droit international classique, formé autour d'un *droit contractuel interétatique volontariste, consensuel et bilatéral*, n'avait qu'une seule source et avait pu garder pendant près de trois siècles (1648-1945), son unité et sa cohérence. Bâti autour d'une même famille (société européenne et occidentale au sens large, le droit international s'appuyait alors sur les mêmes conceptions dans la conduite des relations internationales. Mais dès la seconde moitié du XXe siècle, l'on va commencer à parler de « sources concurrentes » en droit international du fait de la confrontation de la théorie classique à une nouvelle réalité internationale.

¹⁶³⁶ Voir J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Domat- Montchrestien, 5e éd., 2001, p. 17 et s.

¹⁶³⁷ C'est cet avis qui va ouvrir la brèche, cf. CIJ, Avis, 'Réparation des dommages subis au service des Nations Unies', *Recueil* 1949, pp. 179 s.

¹⁶³⁸ CIJ, *ibid.*, p. 197.

En accordant de tels droits à l'Organisation internationale, la Cour ne se doutait pas, du moins au départ, que celle-ci allait également exercer les autres fonctions qui vont avec son statut de « sujet de droit international », à savoir les fonctions régulatrices et donc, créatrices de règles de droit international¹⁶³⁹. En partant du principe que de nombreuses tendances nouvelles dans le domaine des relations internationales influent sur le développement du droit international, dont le rôle s'est accru en conséquence, eu égard à l'évolution récente du droit international et compte tenu de la nécessité de favoriser les relations amicales et la coopération entre les Etats, certains aspects du droit international conventionnel ont été mis en relief, spécialement pour ce qui est des traités multilatéraux de caractère universel. Ces traités soulèvent divers problèmes tant sur leur aspect terminologique¹⁶⁴⁰ que sur le fond car avec le temps, le nombre des institutions internationales a largement augmenté et leurs compétences s'étendent désormais à tous les aspects du droit international. Elles sont devenues génératrices d'un grand nombre de *conventions internationales*¹⁶⁴¹ qui viennent concurrencer les traités ordinaires et constituer une catégorie assurément importante de *sources* du droit international. A côté de ces organisations internationales, se dresse également une nouvelle catégorie d'acteurs à savoir ceux que l'on qualifie d'acteurs transnationaux. En effet, ces nouveaux acteurs non étatiques ont investi, depuis près d'un demi-siècle, tous les champs du droit international. Face aux sujets classiques du droit international, ils y jouent différents rôles, depuis celui de bénéficiaire de la norme internationale, celui de partenaire ou de conseiller, jusqu'à celui de groupe d'influence, voire d'adversaire¹⁶⁴². Ces différents rôles déterminent les effets de ces acteurs sur le droit international et se font sentir aux différents stades de la vie de la norme internationale.

D'abord, les acteurs non-étatiques peuvent être à l'origine d'une règle de droit international et ce de deux manières : d'une part, de leur propre initiative comme ce fut le cas d'Handicap international pour lancer l'idée de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction adoptée le 18 septembre 1997 ou encore la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction¹⁶⁴³ et dont l'idée fut lancée par l'Union internationale pour la conservation de la

¹⁶³⁹ Cf. Sadok BELAID, « Sources normatives concurrentes et droit international : le bouleversement d'un système de droit déjà en crise », in Rencontre de la faculté de droit de Tunis, Acteur non-étatique et droit international, Pedone, 2006, p. 25 s.

¹⁶⁴⁰ Selon l'observation de M.D. de VELASCO VALLEJO, « La référence à la législation internationale a plutôt la valeur d'une métaphore », cf. « législation et codification ... », *Mélanges Ago*, tome I, p. 258.

¹⁶⁴¹ Ces conventions jouissent de la même portée normative plus grande que les traités ordinaires en droit international à cause de leur mode d'élaboration, de négociation et d'adoption et aussi par leur caractère "ouvert et universel".

¹⁶⁴² Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (sous la dir.), Acteurs non étatiques et droit international, Colloque des 6,7 et 8 avril 2006, Pedone, 2007, pp. 10 et s.

¹⁶⁴³ Signée à Washington le 3 mars 1973, amendée à Bonn, le 27 juin 1979.

nature¹⁶⁴⁴. D'autre part, les acteurs non-étatiques sont à l'origine d'une norme en rendant son adoption possible comme c'est le cas dans le droit de la criminalité internationale¹⁶⁴⁵ ou dans le cas de la lutte contre le terrorisme¹⁶⁴⁶. Ensuite, les acteurs étatiques contribuent à l'élaboration de la norme internationale de manière indirecte par l'élaboration, en toute autonomie, de *normes transnationales* qui vont influencer sur les normes internationales¹⁶⁴⁷. Ces règles sont le fait des *multinationales* ou des ONG et constituent, sans conteste, le pouvoir le plus perturbateur de l'ordre juridique international. Par ailleurs, les acteurs non-étatiques peuvent être associés à la mise en œuvre des normes de droit international comme cela est observable dans le domaine du droit humanitaire¹⁶⁴⁸ ou encore celui de l'environnement¹⁶⁴⁹. Enfin, les acteurs non-étatiques peuvent également participer au contrôle du respect de la norme internationale comme ce fut le cas de la Commission des droits de l'homme transformée récemment en Conseil des droits de l'homme¹⁶⁵⁰. A ce titre, ils sont de plus en plus associés au règlement des différends internationaux et à la sanction juridictionnelle des violations des normes internationales.

Comme on peut le voir, les acteurs non étatiques, notamment les entreprises multinationales « *ont acquis dans le domaine des contrats d'Etats une personnalité internationale limitée mais réelle* »¹⁶⁵¹ qui leur permet de participer, voire d'édicter des normes internationales. La question se pose de déterminer la force obligatoire de ces règles, leur opposabilité aux Etats membres, leur position hiérarchique dans le système des normes internationales et leur valeur normative, censée faciliter la régulation de la concurrence normative au niveau international. Aussi, en vertu de l'article 103 de la Charte qui proclame la *primauté* des règles nées de ses dispositions sur *tout autre accord international*, les traités *constitutifs* ou *normatifs* issus des acteurs non étatiques appellent à une délicate et longue œuvre de conciliation ou, tout au moins, d'aménagement d'une forme de compatibilité à déterminer avec les autres sources du droit international. On serait tenté à l'idée de

¹⁶⁴⁴ Marie-Claire SMOUTS et autres : *Dictionnaire...*, *op.cit.*, p.158.

¹⁶⁴⁵ Cf. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée le 15 novembre 2000 et entrée en vigueur en décembre 2003.

¹⁶⁴⁶ Parmi une littérature abondante : SZUREK (S.), « La lutte contre le terrorisme sous l'empire du chapitre 7 : un laboratoire normatif », *RGDIP*, 2005, pp. 5-48.

¹⁶⁴⁷ C'est par exemple le cas des entreprises multinationales qui élaborent en leur sein des codes de conduites servant soit à l'autorégulation, soit à la régulation. Or, ces codes de conduites internes ont tendance, comme l'écrit SMOUTS (M.-C.I.) à s'imposer dans les discussions internationales (cf. SMOUTS, « Commentaire », *in L'émergence...*, *op.cit.*, p. 22) ou dans la jurisprudence arbitrale codificatrice d'une *lex mercatoria* et d'un ordre public transnational.

¹⁶⁴⁸ Voir SIMEANT (J.) et DAUVIN (P.) dir., *ONG et humanitaire*, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, Paris, 2004 ; STERN (B.), « La société civile et mise en œuvre du droit international : l'exemple de la convention d'Ottawa sur l'élimination des mines antipersonnel », *in L'émergence... op.cit.*, pp. 103-123.

¹⁶⁴⁹ VARELLA (M.D.), « Le rôle des organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *Clunet, JDI*, 2005 (I), pp. 41-76.

¹⁶⁵⁰ CETIM, « De la Commission au Conseil des droits de l'homme », Editorial, *bulletin n° 28*, 2007, pp. 8-12.

¹⁶⁵¹ Charles LEBEN, « Quelques réflexions à propos de contrats d'Etats », *in Société étatiques et marchés internationaux à la fin du XX s.*, Travaux du CREDIMI, vol. 20, pp. 119-120 ; Cf. P. DUMBERRY, « L'entreprise, sujet du droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », *RGDIP*, 2004, pp. 103-122.

penser que la CDI est l'organe le mieux placé pour initier une telle activité d'aménagement. Autrement dit, il y a désormais lieu de privilégier une activité de législation allant bien au-delà du développement progressif, notamment lorsque la CDI se préoccupe de formuler des règles ayant un intérêt pour la communauté internationale dans son ensemble.

2 /- Le besoin de coordination entre systèmes juridiques : Le cas de l'ONU et de l'UE

Le phénomène dialectique est l'un des aspects du droit international contemporain qui mérite une attention toute particulière en ce sens qu'il concerne la société relationnelle communément représentée comme une *société de juxtaposition*¹⁶⁵². Cette situation pousse les Etats à tisser entre eux des réseaux de relations essentiellement au travers des accords jetant des ponts entre eux. Sur le plan institutionnel, alors que les Etats ont pu conserver leur aptitude à pouvoir traiter simultanément des questions sociétales les plus diverses qu'elles soient, économiques, sociales, environnementales, culturelles, etc..., les organisations interétatiques se caractérisent plus par le fait de régler de manière authentique les problèmes qui leur ont été confiés par les Etats. Ce caractère faisant prévaloir une approche spécialisée des problèmes plutôt que globale ne va pas sans difficultés... Entre autres, il délaisse la légitimation du droit déduite d'une hiérarchie de sources et sa légitimité par une constitution politique, sa définition par des instances parlementaires, des procédures et des principes de l'Etat de droit mais surtout la garantie des libertés individuelles par des droits fondamentaux acquis jadis par de hautes luttes politiques.

A cet effet, il est légitime de se demander si une organisation internationale, en l'occurrence l'UE, est liée par les décisions d'une autre - l'ONU - notamment lorsque les Etats membres de la première sont simultanément membres de la deuxième et que ces Etats membres ont transféré des compétences à la première qui sont identiques à celles de la deuxième. En prenant l'exemple des sanctions économiques votées au sein du Conseil de sécurité au titre de l'article 41 de la Charte des Nations¹⁶⁵³, on se rend compte que ces dernières sont instinctivement appliquées par l'UE¹⁶⁵⁴ qui leur donne plein effet alors même que l'Union n'est pas membre de l'Organisation des Nations Unies et n'est donc pas liée par les décisions de cette organisation et n'a donc pas à les appliquer. Une telle situation crée une imbrication des systèmes communautaire et international par le truchement des Etats, ayant transféré une partie de leurs compétences à l'UE. L'application des

¹⁶⁵² Cette image évoque des Etats placés les uns à côté des autres sur une base juridique égalitaire, sans aucune structure hiérarchique les imbriquant et les articulant les uns par rapport aux autres.

¹⁶⁵³ Au titre de l'article 41 de la Charte des Nations Unies (ci-après la Charte), le Conseil de Sécurité des Nations Unies (ci-après CS) peut prendre des mesures non armées en réponse à une menace contre la paix ou une rupture de la paix. Ces mesures prennent souvent la forme de sanctions économiques qui ont alors pour but de faire pression sur l'Etat visé pour qu'il cesse son fait illicite.

¹⁶⁵⁴ Ce fut le cas lorsque le CS a édicté une résolution à l'encontre de l'Iran pour limiter les échanges avec ce pays (résolution 1747 du 24 mars 2007).

sanctions économiques au sein de l'ordre communautaire est le point d'impact le plus fort entre le système communautaire et celui issu des Nations Unies. Ainsi n'est-il pas étonnant que le juge communautaire ait eu à se prononcer sur la question des rapports de systèmes dans ce contexte des sanctions économiques allant jusqu'à affirmer que l'UE est indirectement liée par les décisions du Conseil de Sécurité¹⁶⁵⁵. Il semble ainsi se plier à la supériorité de la Charte et abandonne une part de ses compétences au profit de la coordination des systèmes communautaire et international. Cette coordination passe cependant par la proclamation d'un ordre public international dont le TPI se fait le garant, s'arrogeant ainsi de nouvelles prérogatives¹⁶⁵⁶. De là, il est aisé de conclure que la compétence de l'UE pour appliquer les décisions du Conseil de Sécurité, notamment les sanctions économiques, révèle une imbrication des systèmes restant néanmoins dépendante de la volonté des Etats membres. Constatant cette compétence de l'UE, le juge communautaire se veut coordonnateur de l'ordre international.

Déjà, la Charte des Nations Unies a prévu des mécanismes mettant en place des ponts entre le système des Nations Unies et les organisations régionales. Ainsi, l'article 48 al. 2 de la Charte prévoit que les Etats membres peuvent appliquer les décisions du Conseil de sécurité « grâce à leur action dans les organismes internationaux appropriés dont ils font partie » ; l'article 103 semble créer pour sa part une situation objective qui rendrait le droit issu du système des Nations Unies opposable à tous les sujets du droit international indépendamment de leur qualité de membre de l'ONU¹⁶⁵⁷. C'est en vertu de l'article 113 du Traité de Rome, donnant compétence à la CEE pour la politique commerciale commune, que furent transposées de nombreuses sanctions économiques édictées par le Conseil de sécurité, donnant ainsi à la CEE de nouvelles compétences¹⁶⁵⁸. Cependant, cette imbrication des systèmes reste en grande partie tributaire de la volonté des Etats¹⁶⁵⁹. Raison pour laquelle les relations entre le droit issu du système des Nations Unies (règles et principes posés par la Charte des Nations Unies), celui du droit de l'Union européenne et enfin celui du droit découlant de la Convention européenne des droits de l'homme posent parfois des problèmes de hiérarchie de normes. Si l'on peut noter que pendant longtemps, la probabilité d'un conflit entre ces trois systèmes juridiques à propos de la protection des droits fondamentaux était

¹⁶⁵⁵ Cf. les arrêts du 21 septembre 2005 (Yusuf, T-306/01 et Kadi, T-315/01).

¹⁶⁵⁶ La position du juge communautaire a été confirmée par la TPI dans les arrêts d'autres arrêts du TPI (Ayadi du 12 juillet 2006, T 253-02 et Minin du 31 janvier 2007, T- 362/04).

¹⁶⁵⁷ cf. DAILLER (P.) / PELLET (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 275.

¹⁶⁵⁸ Il s'agissait, entre autres, les résolutions 757 et 820 ayant trait à la République fédérale de Yougoslavie ont été transposées au sein de la CEE par les règlements 1432/92 et 990/93 ; pour plus d'informations, cf. PAVONI R., *UN Sanctions in EU and national law : The CENTRO-COM Case*, ICLQ, 1999, p. 582.

¹⁶⁵⁹ L'art. 60 TCE, confirmant la pratique antérieure, renvoie à l'art. 301 TCE qui stipule qu'une position commune dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) est un préalable à l'action des institutions communautaires. La PESC (art. 11 à 28 du Traité UE) est un pilier intergouvernemental de l'Union. Elle est donc dirigée par les principes généraux du droit international selon lesquels les Etats sont les « maîtres du traité ». Dans le cadre de cette politique, une position commune est ainsi soumise à un vote unanime (art. 23 TUE).

faible¹⁶⁶⁰, l'évolution de la nature des menaces contre la paix et la sécurité et les réflexions qui se sont faites jour sur le caractère injuste des sanctions non ciblées¹⁶⁶¹ ont profondément modifié la situation. Aujourd'hui, la nécessité de combattre l'appui apporté aux groupements terroristes par des particuliers a fait naître divers régimes de sanctions à l'image de celui qui a été institué par la résolution 1267 du 15 octobre 1999. Dans cette résolution, adoptée sur la base du chapitre VII de la Charte, le Conseil de Sécurité organise le gel des avoirs de personnes soupçonnées d'aider le terrorisme et inscrites à ce titre sur une liste noire. Cependant, l'existence d'un tel régime a conduit plusieurs auteurs à se poser un certain nombre de questions quant à sa compatibilité avec les exigences de la protection des droits fondamentaux¹⁶⁶². Ce qui pose, à première vue, deux catégories de problèmes : la première concerne la compatibilité du régime de sanction instaurée par le système onusien avec l'ordre juridique communautaire et avec la Convention européenne des droits de l'homme ; la seconde intéresse le fait de savoir si les décisions prises par une organisation internationale peuvent s'imposer à une autre et, de ce fait, comment s'opère la coordination entre les deux systèmes ?

Dans le cadre, par exemple, des relations entre l'ONU et l'UE, on constate que le juge communautaire n'a pas manqué de prendre position quant à la place occupée par le droit issu du système de la Charte des Nations Unies. Se comportant comme un coordonnateur de l'ordre international, le juge communautaire s'est quelque peu écarté de ses compétences traditionnelles pour s'en adjuger de nouvelles. Ainsi, dans les arrêts *Yusuf* (21 septembre 2005, *Yusuf*, T-306/01) et *Kadi* (21 septembre 2005, *Kadi*, T-315/01) confirmés par deux autres arrêts du TPI (*Ayadi* du 12 juillet 2006, T-253/02 et *Minin* du 31 janvier 2007, T-362/04), le juge communautaire reconnaît, en effet, la supériorité de la Charte. Cela peut paraître d'autant plus surprenant que l'UE n'est pas membre de l'ONU et n'est donc pas directement liée par la Charte¹⁶⁶³. Néanmoins, le TPI se voit contraint au respect du droit issu de la Charte aussi bien par le droit international¹⁶⁶⁴ que par le droit communautaire aidé en cela par l'imbrication des systèmes qui s'est produite du fait du transfert de

¹⁶⁶⁰ En effet, les conflits entre juges sont absents en raison de faiblesses du contrôle juridictionnel dans le cadre du système des Nations Unies car les activités des Nations Unies ne paraissent guère de nature à porter atteinte aux droits des particuliers, à l'exception peut-être du respect des règles humanitaires lors des opérations de maintien de la paix.

¹⁶⁶¹ Comment sanctionner des mouvements terroristes qui n'ont aucun lien avec un Etat ? Faut-il faire supporter à l'ensemble de la population d'un Etat un régime de sanction qui n'a été mis en place que pour lutter contre certains groupements ou certaines personnes ?

¹⁶⁶² Voir en particulier le rapport établi par Ian Cameron pour le Conseil de l'Europe, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Conseil de l'Europe, 6 février 2006 et le rapport établi par Bardo Fassbender pour le Bureau des affaires juridiques des Nations Unies, *Targeted Sanctions and Due Process*, 20 mars 2006 et l'importante bibliographie citée dans ces rapports.

¹⁶⁶³ Cf. Arrêt *Dorsch Consult c/ Conseil et Commission* du 15 juin 2000, C-273/98, par. 82.

¹⁶⁶⁴ L'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et l'art. 103 de la Charte sont cités au paragraphe 233 de l'arrêt *Jusuf*.

compétences des Etats vers la Communauté¹⁶⁶⁵. Le juge communautaire se voit ainsi désormais investi d'une compétence générale de contrôle de la conformité du droit communautaire vis-à-vis du droit international général, notamment en ce qui concerne les « principes intransgressibles du droit international coutumier », plus connus sous le nom de *jus cogens*. Ce concept de *jus cogens* démontre à suffisance que les normes internationales ne sont pas toutes au même niveau. Cette reconnaissance de supériorité d'une norme sur l'autre est une source potentielle de résolution de conflit (tout comme cela peut se révéler être une source de conflit au cas où certaines règles inférieures bénéficieraient d'une primauté du fait des valeurs ou des intérêts qu'ils véhiculent). Le juge communautaire entend donc protéger l'essence indérogeable des droits fondamentaux.

Toutes ces décisions illustrent parfaitement la façon dont un ordre juridique peut, non seulement admettre l'indépendance d'un autre, mais, nonobstant cette indépendance, estimer, dans une perspective typiquement « inter-systématique », que certaines normes appartenant à ce dernier provoquent en son propre sein certaines conséquences juridiques. La même conception peut d'ailleurs être également retenue dans le cadre du respect d'un certain nombre de droits jugés fondamentaux tant par l'ordre juridique étatique que par les ordres supranationaux. A cet égard, il convient de souligner que la consécration ou la reconnaissance la plus large de l'autonomie d'un ordre juridique, à l'image de l'ordre sportif ou ecclésiastique¹⁶⁶⁶, au sein d'un Etat, ne fait pas obstacle à l'existence de juridictions propres aux ordres sportifs.

Finalement, en matière de hiérarchie des normes et donc de résolution de conflits normatifs, la solution consiste, le plus souvent, en une acceptation des autres systèmes assortie de réserves en ce qui concerne quelques principes fondateurs dans l'ordre juridique concerné. La coexistence est acceptée, mais elle s'accompagne du refus d'une subordination totale qui risquerait de faire disparaître l'identité du système. Comme cette identité réside dans ces valeurs fondatrices, il n'est pas surprenant que la jurisprudence sur les droits fondamentaux constitue un excellent baromètre de l'état des rapports de système. On ne saurait terminer ce chapitre sans appuyer l'intérêt de voir la CDI, en tant qu'organe principal de codification du droit international et de son développement progressif, mais aussi en tant que rédacteur de la Convention de Vienne sur le droit des traités, d'occuper une place prépondérante dans l'œuvre de rationalisation du droit international.

¹⁶⁶⁵ Pour plus de détails sur cette question, lire l'article d'Alexandra FRELAT, « Les effets de la Charte des Nations Unies sur l'ordre juridique communautaire : entre limitation et extension des compétences communautaires », article posté par Jean-Sylvestre BERGE le 26/01/08 sur www.puf.com/wiki/auteur:jean-sylvestre_berge

¹⁶⁶⁶ Michel VAN DE KERCHOVE, La Diversité entre ordres juridiques, in *Pour un droit pluriel, op.cit.*, pp. 235-252.

3)- L'intérêt pour la CDI de se conformer à l'article 13 de la Charte et à son statut

Avec la multiplication d'organes de codification en droit international, c'est l'esprit de l'article 13, paragraphe 1 (a) qui s'étirole traduisant ainsi un certain ébranlement des convictions quant à la forme de la codification. De là, on pourrait aller jusqu'à imaginer que l'existence de plusieurs organes codificateurs est l'origine de la « déviation » du Conseil de sécurité et de sa mission première qui est celle de veiller à la sécurité internationale vers un rôle plus législatif et judiciaire alors que seule l'A.G.N.U. dispose de ces prérogatives par le biais de la Charte. Ainsi, force est de constater que l'existence de plusieurs institutions spécifiques chargées de préparer la codification et le développement du droit international au sein des Nations Unies n'est pas le fruit d'une logique mais souvent davantage celui des circonstances. Certes, il faut admettre, comme le souligne le Professeur Yves DAUDET, que les nouvelles branches du DIP telles que le droit international économique ou le droit de l'environnement ne se prêtent ni à une codification, ni à un développement progressif¹⁶⁶⁷, mais faut-il pour autant écarter ou ignorer une action du « codificateur de droit commun » qu'est la CDI en faveur d'une rationalisation de ces systèmes ?

Pour répondre à cette interrogation, il est important de replonger à la fois dans le Statut de la CDI pour s'intéresser spécialement à deux articles : d'une part l'article 1 qui donne à la CDI compétence de codifier aussi bien le droit public que le droit privé même s'il a toujours accordé une priorité au droit public. A cet effet, il a été examiné que le dérèglement actuel de l'ordre juridique international découle en partie de l'intervention des acteurs privés dans la sphère du droit international. Il est donc urgent que la CDI se penche sur un texte de codification organisant les différents régimes de droit privé en droit international. D'autre part, l'article 15 qui donne une double définition explicite du « développement progressif » entendu comme une méthode de codification et/ou élaboration du droit commun à partir d'une coutume existante mais aussi, dans un deuxième sens, l'élaboration d'un droit commun dans des « cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ».

Ce qui conduit à dire que le meilleur système est probablement celui de la Commission du droit international, pour deux raisons. La première est qu'il ne faut pas exagérer la portée de la distinction entre experts munis d'instructions et experts indépendants : les membres de la CDI qui appartiennent à la deuxième catégorie sont bien évidemment parfaitement conscients et avertis des données politiques des sujets qu'ils examinent et de la nécessité d'en tenir compte pour réussir dans

¹⁶⁶⁷ Selon le Professeur Yves DAUDET, la codification des branches nouvelles du droit est laborieuse, sinon impossible à réaliser car il s'agit, dans ces cas, d'élaborer des règles nouvelles, faute de rattacher l'œuvre de codification ou de développement progressif à une coutume existante. Dans de tels cas, explique-t-il, la CDI ne saurait se voir confier la codification de ces branches du droit nouveau ; cette tâche incombe nécessairement aux organes comme la CNUDCI ou, mieux encore à des comités *ad hoc* ; cf. La codification du droit international, colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, *op.cit.*, pp. 131 s.

leur entreprise qui ne dépend jamais exclusivement de la qualité scientifique d'un projet d'articles. La deuxième est que la procédure suivie par la Commission est rationalisée en ce qu'elle permet d'aller jusqu'au bout de l'expertise scientifique puis d'intégrer formellement et selon une procédure établie les facteurs politiques qu'à un deuxième stade de l'analyse, lorsque les réactions des gouvernements auront été recueillies selon les modalités organisées à cet effet. L'un des lieux où ces questions complexes peuvent trouver leur solution est constitué par le comité de rédaction.

La qualité des travaux de la Commission sont aussi de qualité hautement scientifique puisqu'elle se base le plus souvent sur les décisions des tribunaux, la pratique des Etats, la doctrine et les différents rapports sur la pratique des organisations inter-gouvernementales ou non gouvernementales. Ensuite, elle s'appuie sur des méthodes de travail qui sont assez uniformes et procède généralement à « l'expertise scientifique » de la question à codifier, sans pour autant omettre de tenir compte des « réalités de la vie internationale ». Cette expertise scientifique est conduite par le Rapporteur spécial nommé sur la question et les membres de la Commission à partir de l'analyse des textes, des coutumes, des précédents, des décisions juridictionnelles internationales ou internes, des arbitrages, de la pratique des Etats et des organisations internationales, de la doctrine et de tous les éléments jugés pertinents par la Commission. S'engage par la suite un échange avec les Etats dont les observations font prévaloir les réalités de la vie internationale et leurs contraintes.

Avec le rétrécissement du domaine classique du droit international et l'ouverture vers des domaines plus spécialisés, la CDI se retrouve aujourd'hui en situation difficile car la plupart des grands principes et des grandes règles internationales ayant déjà fait l'objet d'une codification ou traduit dans un instrument juridique, cet organe risquerait de se retrouver, à un moment ou à un autre, sans matière à édicter. Aussi, il serait peut-être souhaitable, voire louable, qu'elle s'engage un peu plus sur des terrains plus concrets et plus spécialisés où il s'agit de trouver des solutions aux difficultés surgissant de l'ensemble des pratiques de la vie internationale. Si cet engagement peut avoir le mérite de recevoir une adhésion au regard de l'état actuel du droit international, il ne le met cependant pas à l'abri d'un certain nombre d'interférences, plus ou moins concurrentes, avec d'autres organismes de codification ; ce qui amènera le système des Nations Unies, à un moment ou à un autre, à opérer des coordinations pour délimiter les missions de chacun.

La codification régionale, par exemple, incite à un besoin de coordination sur le plan international car les rapports entre le régionalisme et l'universel s'inscrivent plus souvent dans une dialectique de convergences et de divergences¹⁶⁶⁸. De manière générale, la codification régionale, bien qu'elle ne soit encore que très peu développée, devrait avoir des objectifs complémentaires à ceux de la

¹⁶⁶⁸ Cf. *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, colloque de la SFDI, Pedone, 1977, et plus précisément L. DUBOUIS, *Les rapports du droit régional et du droit universel*, p. 263 s.

codification universelle. Cette dernière devant afficher une volonté d'intégration régionale avec pour ambition d'aller encore plus loin dans son contenu et sa portée. Mais la mondialisation a fini par accentuer l'ambivalence entre les deux systèmes de codification car les Etats souverains sont plus enclins à exposer leurs stratégies au niveau régional et celles-ci ne sont pas toujours en adéquation avec les principes universels. Les domaines les plus exposés sont notamment ceux des droits de l'homme et du droit mondial de l'économie. Dans le premier cas, certaines régions invoquent souvent des raisons culturelles, historiques ou religieuses pour contester l'universalité de certaines conceptions en matière de droits de l'homme. Dans le second cas, les crises économiques et les difficultés monétaires auxquelles doivent faire face certains Etats les poussent à privilégier des accords économiques et commerciaux au niveau régional qu'universel.

Le travail de codification est obligé ainsi de tenir compte d'une distinction entre deux catégories de règles : les unes universelles, parce qu'elles sont appelées à régir des relations qui sont communes à tous les États du monde, les autres particulières, parce qu'elles sont adaptées aux intérêts propres d'un groupement d'États. Les premières ne peuvent être formulées ou modifiées par le consentement de tous les États; les autres peuvent être élaborées par les seuls États dont elles ont pour but de sauvegarder les situations particulières. Il en découle une répartition de compétences législatives ainsi qu'une méthode de codification universelle qui soit prudente puisqu'elle doit tenir compte des limites que lui impose l'existence des particularismes juridiques régionaux. L'uniformité du droit s'en trouve limitée et il devient indispensable que la ligne de démarcation entre les situations d'intérêt universel et les situations d'intérêts continental ou régional fasse l'objet d'une entente entre tous les Etats¹⁶⁶⁹.

Il est donc essentiel qu'il y'ait une coordination, d'une part, entre les travaux de codification régionale, par exemple ceux menés en Europe et ceux menés en Amérique ; d'autre part, entre les travaux de codification menés à l'échelle régionale et ceux menés à l'échelle universelle. Dans chacun des cas, la CDI devrait intervenir non pas en s'occupant des sujets spécifiques du droit international mais plutôt en restant dans son rôle de *généraliste* du droit international, faisant prévaloir, comme l'exprimait René Jean DUPUY, son côté « ... *très sensible à poser la primauté de l'éthique sur la technique* »¹⁶⁷⁰. Ce côté est celui qui manque cruellement aux autres organes de codification, notamment ceux intervenant dans les domaines économique et commercial. L'ambition d'une approche globale et totalisatrice du développement progressif du droit international devrait être retenue afin de permettre l'intégration de tous les éléments distincts et

¹⁶⁶⁹ L'objectif est d'éviter à tout prix que les codifications ne s'opposent les unes aux autres et qu'au lieu de contribuer à l'unité du droit, elles aboutissent à approfondir les divergences.

¹⁶⁷⁰ René-Jean DUPUY, « La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire ? », Mélanges Roberto Ago, vol. 1, p. 267.

disparates visibles dans le droit international contemporain. Puisque la CDI est appelée à rédiger des conventions générales, les autres instruments élaborés par les autres organes peuvent être considérés comme ayant une valeur inférieure aux traités généraux, aux règles de *jus cogens* ou encore aux principes généraux du droit. A ce titre, la Commission qui a une compétence générale peut également indiquer des directives aux autres organes d'élaboration des normes de droit international en vue de permettre une cohérence entre les instruments considérés comme étant « supérieurs » et les autres de moindre importance. On reviendra plus en détails sur l'ensemble de ces modalités dans la suite de cette étude.

Conclusion de ce chapitre

Il est sans doute essentiel de souligner que la multiplication des régimes spéciaux n'est pas qu'un élément de fragmentation puisqu'il peut également favoriser l'émergence de principes communs en raison de leur possible situation de conflictualité. La contradiction potentielle de normes applicables à une même situation suivant la façon dont cette situation est qualifiée par deux régimes différents (par exemple droits de l'homme ou droit du commerce) peut tout à fait conduire les acteurs de ces régimes à faire appel à des principes d'harmonisation qui puissent rendre compatibles les deux régimes. Et même lorsqu'elle se produit, la fragmentation des sources apparaît comme une donnée essentielle de l'essor du droit international en période de mondialisation. Elle marque une ouverture du droit international vers d'autres espaces géographiques, vers d'autres domaines, reconnaissant la vigueur du droit, capable de se diversifier en incorporant de nouveaux objets, de nouvelles techniques. De plus, parallèlement à la cohérence, il faudrait considérer le pluralisme comme une valeur constitutive du système, comme cela l'a d'ailleurs toujours été dans un monde composé de souverainetés plurielles. Et même si la diversification du droit international risque d'en menacer la cohérence, elle le fait en adaptant mieux celui-ci à la matière à régir. La fragmentation oriente le droit international vers le pluralisme juridique, mais ce, comme a cherché à le démontrer le rapport de la CDI, en utilisant constamment les ressources du droit international général, en particulier les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités mais aussi celles du droit coutumier et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Toutefois, la principale difficulté de la situation est que, à l'instar de tous les systèmes juridiques, notre ordre juridique international n'est que très faiblement axiomatisé. Il n'est pas ordonné autour de quelques principes simples, indépendants et cohérents entre eux mais, au contraire, comprend un très grand nombre de principes généraux qui sont multiples et qui peuvent même paraître

parfaitement contradictoires¹⁶⁷¹. Cette absence d'une véritable orientation générale de l'ordre juridique international, fait que la multiplicité des principes généraux peut opérer de façon ambivalente soit pour l'unité soit pour la fragmentation suivant l'utilisation politique que l'on en fait. Cette vision est encore plus renforcée par le fait que le choix des principes par les acteurs peut se révéler déterminant pour l'orientation de l'ordre juridique ; ce qui contribue à accorder une place décisive à la décision de l'organe chargé de les interpréter et de les appliquer. En outre, le caractère souvent indéterminé d'un principe lui confère une texture particulièrement ouverte, pour reprendre les termes de H. HART, de telle sorte qu'il y a parfois autant de bonnes raisons de les appliquer que de les écarter¹⁶⁷². Aussi, pour éviter que ces principes ne soient manipulés à des fins d'autonomisation d'un régime spécifique par les acteurs de ce système, il est nécessaire de les encadrer au sein d'un système d'ensemble de structuration de l'ordre international.

¹⁶⁷¹ J. L GARDIES, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », *Archives de philosophie du droit*, 1979, T. 24, p. 286.

¹⁶⁷² H. L. A HART, *The Concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 129.

Conclusion du Titre I

Au regard des développements précédents, il apparaît clairement que les rédacteurs de la Charte, dans le souci du maintien de la paix, ont conçu un système juridique international basé sur la coexistence des mécanismes régionaux et universels. Cependant, ils n'avaient pas prévu la complexité des problèmes que poseraient, sur le long terme, les rapports entre ces différents systèmes, provoquant ainsi ce que le professeur René-Jean DUPUY a qualifié d'« enchevêtrement apparemment inextricable »¹⁶⁷³ des règles du droit. Ainsi, même si le mouvement de diversification et de spécialisation des règles du DIP peut sembler, *a priori*, une bonne chose pour le droit international, il n'empêche que ce mouvement semble en contradiction avec les finalités initiales de deux autres mouvements engagés dans la seconde moitié du XIX^e siècle à savoir l'unification internationale des règles matérielles du droit international général et le mouvement de codification internationale des règles du droit international. Ce dernier avait comme but principal d'éliminer le particularisme inhérent à une pluralité de systèmes juridiques au niveau international, chacun d'eux réglementant d'une façon divergente les situations particulières de cette branche du droit.

Toujours à propos de ce mouvement de codification internationale du DIP, il convient de rappeler les efforts réalisés en ce sens par la CDI comme on pourra l'apprécier dans les derniers chapitres de cette étude. Il faut juste dire ici que ce mouvement de codification poursuivait un double objectif. D'une part, l'idée de « généralité » par rapport aux matières à codifier et, d'autre part, l'idée d'« universalité » par le nombre d'États participant à cette tâche. A la suite de cette vision, il devrait en principe découler un processus d'abandon des règles de DIP autonomes. Mais au lieu de cela, le paysage international offre, de plus en plus, un panorama dans lequel dominant les « particularismes ». Cela implique qu'on ait renoncé à une vraie « codification » pour se contenter d'une simple « unification » sectorielle du droit international, démarche qui justifie aujourd'hui la pluralité d'instances de codification en droit international. Ce processus de création du droit basé sur une « spécialisation » des règles juridiques de DIP a fait dire à P. DELNOY que la codification en tant qu'œuvre systématique, complète et ayant une volonté de permanence, n'est plus aujourd'hui « un instrument adapté à une époque où la diversité l'emporte sur l'unité et le changement sur la stabilité »¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷³ Jean-René DUPUY, « Le droit des relations entre les organisations internationales », *R.C.A.D.I.*, 1960, T. 100, p. 464.

¹⁶⁷⁴ P. DELNOY, « La codification, forme dépassée de législation? », *Rapports belges au XI^e Congrès international du droit comparé*, Caracas, 1982, Anvers, Bruxelles, 1982, pp. 129 s.

De même concernant le deuxième objectif, force est de constater que la codification du DIP, devenue œuvre d'unification sectorielle, n'est plus à présent universelle mais régionale. En outre, pour ce qui est de l'Europe occidentale du moins, la pluralité d'institutions internationales intervenant dans ce processus et l'existence de cercles plus restreints d'États dans le cadre régional a conduit à une diversité des conventions internationales. Or, il faut admettre que l'unification du droit, comme en témoigne l'expérience des codifications nationales dans certains pays, ne saurait être qu'une œuvre de « rationalisation » du droit, chère aux juristes, mais également le fruit d'une volonté politique¹⁶⁷⁵. Il semblerait que ce soit cette volonté politique qui manquerait aujourd'hui à l'œuvre de codification de règles universelles de droit international général.

Au final, si l'on admet que le droit international a pour missions de fixer des règles stables continues, susceptibles d'assurer l'équilibre sur la scène internationale, de veiller au respect de leurs engagements par les États et de s'adapter aux évolutions de la société internationale, alors il se doit d'être modifié avec le temps, sans pour autant mettre en péril la sécurité juridique de ses sujets. L'environnement juridique actuel milite, pour ainsi dire, en faveur d'une tendance forte à une plus grande malléabilité des règles juridiques. La particularité contemporaine du droit international apparaît ainsi dans l'absence d'un système unique, cohérent et hiérarchisé de règles. L'ordre juridique international a tout du désordre, ou plutôt du « des ordres »¹⁶⁷⁶, mettant côte à côte des systèmes qui s'ignorent ou des règles qui s'opposent. On se demande alors si l'on pourrait se satisfaire d'une telle effectivité normative à géométrie variable et s'il faille laisser aux seules forces sociales en présence le privilège d'élaborer, dans la dynamique de leurs interactions et rapports réciproques, l'élaboration d'un droit international nouveau. La doctrine doit-elle, en tant que partie des forces sociales, orienter la réflexion voire influencer les preneurs de décisions ? Mais alors, quels remèdes le système international pourrait-il offrir pour inverser cette dynamique de forces contraires et compenser le fait que très peu de liens structurels existent entre les institutions internationales et les régimes autonomes de droit qu'elles mettent en œuvre ?

Ce sont les interrogations auxquelles il faudra tenter d'apporter des réponses à travers les analyses qu'offre le dernier titre de cette étude. A ce propos, Milan SAHOVIC prône le fait qu' « *une réglementation plus précise entre les organes des Nations Unies et les organes régionaux que la Charte traite marginalement mérite aujourd'hui, à la lumière de la pratique et les besoins, une attention tout à fait spéciale* »¹⁶⁷⁷. Cette réglementation aboutira sur l'émergence d'un nouvel ordre

¹⁶⁷⁵ Lire à ce propos les remarques fondamentales sur le premier code de l'école du droit naturel de F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. I, Milan, 1967, pp. 493 s.

¹⁶⁷⁶ È.-L. COMTOIS-DINEL, « *La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ?* » : *Lex electronica*, 2006, vol. 11, n° 2 (www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.htm).

¹⁶⁷⁷ Milan SAHOVIC, « *Le droit international dans un monde déséquilibré* », In *Mélanges Jiménez*, pp. 165-172.

international mondial sans oublier le rôle des organes juridictionnels, notamment la Cour internationale de justice qui aura de plus en plus un rôle central pour interpréter le contenu et la portée des principes de droit en matière de conflits¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁸ P.-M. DUPUY, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice (1998-1999)*, New York University of International Law and Pol., p. 804.

TITRE II : LES MOYENS PERMETTANT D'ASSURER UN MAXIMUM D'UNITE, DE COHERENCE ET D'EFFECTIVITE AU DROIT INTERNATIONAL

Le phénomène de fragmentation est présent et bien réel en droit international. Il est le résultat d'une prise de conscience d'une partie de la doctrine et exige la nécessité de mettre en place des mécanismes pour que les termes du droit international soient entendus de la même façon partout. L'effet recherché étant d'assurer la cohérence des normes et des décisions de justice d'où qu'elles proviennent, car seule l'unité de l'ordre juridique international donnera leur signification aux normes et institutions avec, comme gardiens de cette unité, la doctrine et le juge international. D'ailleurs, selon Jorge CARDONA, « *la fragmentation de l'ordre juridique ne se produit pas de par la réglementation de nombreux domaines matériels, ni de par l'existence de régimes particuliers au sein d'un cadre matériel, ni même par l'apparition de nombreuses normes différentes qui régissent une même matière. La fragmentation se produit au contraire lorsque les procédures de création des normes, d'attribution, de règlement des conflits normatifs, de sanction ou de règlement des différends sont dissociés, perdant ainsi leur unité structurelle et n'entretenant plus de rapports* ». Pour éviter toute dérive, un nouveau type d'encadrement juridique devrait sans doute porter à la fois sur les conditions d'habilitation et sur les effets d'anticipation.

La diversification des normes à l'échelle régionale ou mondiale, la création de tribunaux internationaux ou encore, l'extension de la compétence des juges nationaux (extraterritorialité, principe de compétence universelle), sont autant de phénomènes qui contribuent à la multiplication des sources du droit international et à la complexification de l'œuvre de codification du droit international. Cette multiplication des sources du droit met à jour des évolutions fondamentales du système juridique international qui doivent désormais s'adapter à des réalités nouvelles et changeantes, à des modes de régulation inédits, et surtout à des partages de souveraineté étendus. La « *polyphonie juridique* » qui en résulte est à l'image des sociétés modernes : elle reflète leur ouverture croissante sur le monde mais soulève également la question de l'avenir de l'État de droit dans un contexte mondialisé. Les interactions entre normes nationales, supranationales et internationales, marquent en effet l'avènement de systèmes juridiques complexes, évolutifs et aussi, par voie de conséquence, plus instables.

Dans ce contexte, le travail de la doctrine, à l'image du juge international, devient aussi essentiel qu'ardu, car situé aux confluences de plusieurs sources du droit, et soumis à une hiérarchie des

normes sans doute moins linéaire qu'en droit interne. Face à cette complexification d'ensemble des systèmes juridiques, qu'en est-il dès lors de l'idéal démocratique qui est celui d'un droit clair, intelligible et accessible à tous ? Qu'en est-il de la légitime aspiration à la paix et à la sécurité juridique internationales telle que préconisée par la Charte des Nations Unies ? Que devient l'adage : « Nul n'est censé ignorer la loi » ? Le risque est grand que les sujets du droit international, parmi lesquels on compte désormais le « citoyen », se sentent démunis face à de telles évolutions. Les changements mal expliqués nourrissent la crainte et le rejet, alors que la confiance dans le droit et la justice équitable doivent rester le cœur de l'idéal démocratique.

Plus que jamais, les juristes sont appelés à travailler de concert, faire dialoguer leurs disciplines, afin de démêler cet écheveau complexe de sources multiples du droit. Leur principale ambition doit être de construire ensemble ce que le professeur Mireille DELMAS-MARTY qualifie de « pluralisme ordonné ». Un ordre juridique qui, plutôt que de subir les effets déstructurants de la complexité issue de la fragmentation du droit international, l'intègre de manière cohérente et flexible à l'ensemble du système. Dans cette perspective, l'approche véhiculée, à ce jour, par la CDI dans la conception du droit international public, devrait être l'occasion de dégager des perspectives juridiques pour veiller à réaffirmer la primauté absolue des intérêts communs et fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et les conforter dans toutes leurs dimensions. Cette démarche devrait permettre à ses membres d'identifier des problèmes communs à nos systèmes nationaux, et sur cette base, faciliter une convergence vers une régulation juridique internationale renforcée vers ce que l'ancien Président de la République française, Monsieur Jacques CHIRAC, a pu dénommer « l'État de droit international ». C'est là un objectif très ambitieux mais réaliste. Toutefois, la construction d'un ordre juridique pluraliste [n'] est possible [que] quand coexistent une volonté politique, des concepts communs et une « machinerie institutionnelle », disait encore le professeur DELMAS- MARTY¹⁶⁷⁹.

C'est pourquoi il revient dès à présent d'engager une réflexion en profondeur sur les mécanismes possibles pour favoriser l'effectivité du droit international et son respect aussi bien par les États dans les contextes juridiques les plus contrastés que dans des systèmes juridiques qui restent encore fort différenciés au regard des concepts, des sources juridiques, des institutions, comme des méthodes d'interprétation. De même, il paraîtrait bien périlleux de séparer l'effectivité du droit international de son efficacité. Pour cela, il faut avant tout réduire les incohérences et combler les lacunes juridiques par une mise à jour perpétuelle des conventions, traités et, d'une manière générale, des textes pertinents qui régissent le droit international et les organes chargés de l'exécution de ce droit ; cela

¹⁶⁷⁹ Mireille DELMAS-MARTY, « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit », *op.cit.*, p. 491.

passé nécessairement par une adaptation de l'œuvre de codification aux besoins actuels du droit international (chapitre 1).

Il faut ensuite adapter les méthodes des organes juridictionnels au nouveau contexte en créant des conditions d'interactions entre eux et en les amenant vers une nouvelle organisation plus harmonieuse. Le juge international, notamment celui de la CIJ, devrait occuper une place prépondérante parmi les juridictions internationales en permettant une interprétation plus poussée des textes juridiques internationaux qui favoriserait une harmonisation des décisions de justice (chapitre 2).

Chapitre premier – La nécessaire implication de la CDI dans la systématisation du droit international

La CDI a été créée en 1947 par l'AGNU avec pour mission de favoriser le développement progressif et la codification du droit international. C'est une habilitation expresse faite par les Gouvernements ayant participé à la rédaction de la Charte des Nations Unies de faire de l'ONU non pas un « législateur habilité à promulguer des règles obligatoires de droit international »¹⁶⁸⁰, ou encore d'imposer aux Etats certaines conventions générales par décisions de la majorité, mais plutôt de conférer à l'AGNU des pouvoirs limités en l'habilitant à faire des études et des recommandations comme cela fut précisé au paragraphe 1 de l'article 13 de la Charte des Nations Unies.

Ainsi, aux termes du paragraphe 1 de l'article 1^{er} de son statut, « la CDI a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification ». A l'article 15, le statut fait une nette distinction entre l'expression « développement progressif » employée « *pour couvrir les cas où il s'agit de formuler avec plus de précisions et de systématiser les règles de droit international dans les domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales* ». L'expression « codification » est, pour sa part, employée « *pour couvrir les cas où il s'agit de rédiger des conventions sur les sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des Etats* ». Même si cette distinction pose d'évidents problèmes sur le plan pratique, elle rend compte de la place et du rôle d'orientation joué par la CDI pour la codification du droit international durant toute la période ayant suivi l'entrée en vigueur de la Charte. Des efforts ont notamment été déployés dans le cadre de l'article 13 de la Charte, et le succès de certains domaines de codification soutiennent l'idée d'un progrès dont les acteurs du droit international ne sauraient que se réjouir. Elus pour un mandat de 5 ans par l'AGNU et choisis de manière à favoriser « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde », les 34 membres de la CDI siègent à titre personnel, en tant que spécialistes avec « une compétence reconnue en matière de droit international ». A défaut de choisir elle-même les sujets devant faire l'objet de codification¹⁶⁸¹, c'est l'AGNU qui confie à la Commission le soin de préparer un projet

¹⁶⁸⁰ Lire La CDI et son œuvre, 5^e éd., 1996, ABC des Nations Unies, 1995.

¹⁶⁸¹ L'article 18 du statut de la Commission du droit international prévoit que : « *La Commission recherche, dans l'ensemble du droit international, les sujets appropriés de codification, en tenant compte des projets existants, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou non* ». Le même article dispose que: « *Lorsqu'elle juge la codification d'un sujet nécessaire ou désirable, elle soumet ses recommandations à l'Assemblée générale* ».

de traité diplomatique, lorsqu'elle estime ce choix plus pertinent que celui d'un organe politique, composé exclusivement de représentants des Etats¹⁶⁸².

Cependant, la place et le rôle de la CDI peuvent également être affectés par la prolifération des mécanismes et organes chargés de codifier le droit international. Les juristes sont ainsi partagés entre, d'une part, ceux qui s'inquiètent quant à l'avenir de la CDI et se posent la question de savoir s'il faut faire confiance à la préoccupation des Etats de renforcer et maintenir l'unité du système. D'autres, au contraire, estiment que l'histoire de la codification nous dirigera encore et toujours vers les travaux de la CDI, le plus urgent étant d'introduire des modifications pour adapter les méthodes de travail et la composition de cet organe. Le « désordre juridique », le pluralisme, l'incertitude, le chaos des règles et des principes dû à la densité des règles et des institutions dans l'espace mondial, nécessitent de réarranger les lois qui proviennent des acteurs politiques et juridiques dans leur ensemble, de canaliser leurs interactions et d'influencer leurs pouvoirs respectifs¹⁶⁸³. Dans un tel ajustement, c'est à l'œuvre de codification qu'il reviendrait de renforcer l'effectivité comme l'efficacité des normes internationales avec comme objectif, d'une part, l'amélioration de la cohérence des normes et de leur pertinence au regard des objectifs des différents domaines et systèmes juridiques et, d'autre part, le renforcement de leur impact par une utilisation intégrée de l'ensemble des moyens d'action du système juridique international.

A l'heure actuelle, la fonction normative connaît un essor assez remarquable grâce à un système organique reposant sur la CDI, l'Assemblée générale et les conférences convoquées par elle¹⁶⁸⁴. Le présent chapitre explore ainsi les mécanismes par lesquels l'œuvre de codification de la CDI pourrait engager des réformes permettant de mieux lutter contre la dispersion du droit, les conflits entre normes internationales et/ou entre ordres juridiques. Mais pour répondre au mieux aux préoccupations émanant du phénomène de fragmentation, on ne peut manquer de se référer aux travaux de la Commission du droit international, qui apportent beaucoup d'éléments de réflexion méritant d'être rappelés et discutés pour en saisir la portée et en tirer d'éventuelles conclusions. Il convient donc d'examiner comment la CDI, par son œuvre, a permis d'unifier le droit international (section 1) avant d'expliquer quel rôle la codification pourrait encore jouer face aux effets néfastes de la fragmentation (section 2).

¹⁶⁸² Voir le livre de Manuel RAMA MONTALDO : « La codification du droit international comme instrument de la justice internationale », pp. 712-723.

¹⁶⁸³ Karel WELLENS, Quelques réflexions d'introduction, In *l'influence des sources sur l'unité et la Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, pp. 14 et s.

¹⁶⁸⁴ René-Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international : Souveraineté des Etats, Communauté Internationale et Droits de l'Humanité*, Institut du droit de la paix et du développement, Université de Nice-Sophia Antipolis, Ed. A Pedone, 1999, pp.124.

Section 1 : L'œuvre de codification du droit international : des efforts concertés vers l'unification du droit international

Faire une évaluation du rôle et de l'action de la CDI est un exercice assez difficile, surtout quand l'on sait le travail à la fois sur le plan pratique que théorique réalisé depuis toujours par la doctrine sur cette question. D'ailleurs, dans le cadre du Programme d'assistance des Nations Unies pour favoriser l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international¹⁶⁸⁵, il a été suggéré de publier un ouvrage sur les travaux de la CDI¹⁶⁸⁶. L'objectif ici n'est pas de reprendre un exposé complet sur l'œuvre de la CDI, mais simplement de mieux saisir les raisons pour lesquelles cet organe onusien a toujours été placé au cœur des dispositifs qui ont permis l'évolution du droit international dans divers domaines¹⁶⁸⁷ ainsi que son impact sur le développement progressif du droit international.

Rappelons que l'œuvre de codification a beaucoup évolué en un siècle, passant d'une codification doctrinale contenue dans des codes ou manuels de droit international public vers une codification plus spécialisée. Aujourd'hui, la codification du droit international se fait principalement au sein de l'ONU à travers l'œuvre de la CDI. Cette nouvelle forme de codification a l'avantage de l'adhésion du plus grand nombre d'Etats et se particularise par sa technicité. A la base, la CDI travaille sur des projets élaborés par un rapporteur qui commence par recenser *l'opinio juris* des Etats sur différents sujets. Le projet est par la suite soumis à l'AGNU avant de repartir devant la CDI qui le retravaille, puis il revient devant l'AGNU qui se prononce définitivement par le vote d'une résolution. Cette dernière pourrait devenir, soit un simple modèle de règle, c'est-à-dire un texte dénué de force obligatoire, soit un traité international à la suite d'une conférence intergouvernementale convoquée par l'AGNU et soumis à la signature des Etats membres de l'ONU¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁵ Ce Programme a été institué par la résolution 2099 du 20 décembre 1965. Il vise notamment à diffuser par l'entremise des moyens d'information dont dispose l'ONU, des renseignements touchant le droit international et les activités entreprises dans ce domaine.

¹⁶⁸⁶ La première édition dudit ouvrage intitulé « La Commission du droit international et son œuvre » a été préparée par le Secrétariat général en 1966 ; le deuxième (1972), troisième (1980), quatrième (1988), cinquième (1996), sixième (2004) et septième (2007) ont suivi sur demande de la CDI.

¹⁶⁸⁷ L'analyse, cinquante ans après, de la démarche de la CDI permet de constater que cette commission a porté son attention sur les domaines classiques du droit international en essayant de traiter chacun d'eux de façon relativement complète qu'il s'agisse du droit de la mer, du droit diplomatique ou encore du droit des traités. On peut également citer, entre autres, le contrôle de la prolifération nucléaire, la décolonisation, le développement de normes et de procédures dans le domaine des droits de l'homme, la codification du droit de la mer, l'amorce d'une forme de régulation dans le domaine de la protection de l'environnement ou le processus d'Helsinki, etc.

¹⁶⁸⁸ D'après l'article 23 du Statut de la CDI, celle-ci peut recommander à l'Assemblée générale de ne rien entreprendre, de prendre acte du rapport, d'en faire une simple déclaration solennelle, c'est-à-dire que le texte prend la valeur d'une résolution dénuée de force obligatoire (Ex : la Charte des Nations-Unies sur les droits de l'Homme de 1948) ou de convoquer une conférence internationale pour élaborer une convention internationale sur le sujet.

De cette manière, on voit très bien que les Nations Unies ont énormément contribué à la formation du droit international, même si cela n'a pas toujours été fait de manière lisible et linéaire¹⁶⁸⁹. C'est la raison pour laquelle, après un aperçu succinct de l'œuvre de la CDI dans la systématisation du droit international (§1), il sera procédé à un examen de la compétence de cet organe à la lumière de l'article 13 §2 de la Charte (§2).

§ 1 : L'apport de la codification dans la systématisation et la cohérence du droit international

La systématisation des normes internationales par le biais de la codification et du développement progressif a été un puissant facteur de l'ordonnement de l'ordre juridique international, du maintien de son unité et de sa cohérence. A ce niveau, nul ne peut nier le rôle joué par la CDI. La reconnaissance de son autorité, du résultat de ses travaux et l'affirmation de l'indépendance de ses membres constituent le socle principal de sa réussite. C'est grâce à son action depuis plus d'un demi-siècle qu'il existe, au niveau de la communauté internationale actuelle, malgré l'absence d'une « constitution mondiale », un ensemble de règles et d'institutions qui sont acceptées par les acteurs internationaux comme « quasi-constitutionnelles ». Elle aura fourni, depuis sa création, un cadre acceptable et des normes minimales avec lesquelles les Etats prétendent créer le cadre de leur action juridique, normative et institutionnelle, servant à ordonner, accommoder et résoudre les intérêts présents dans leurs politiques juridiques internationales respectives.

Aussi, la codification du droit international est considérée comme un progrès non seulement par la certitude qu'elle confère aux différentes règles de droit, mais aussi parce qu'elle ne se borne pas à photographier les figures coutumières du droit et entend légiférer en les adaptant aux besoins sociaux¹⁶⁹⁰. En cela, la codification a permis d'ordonner la complexité des rapports étatiques (A) pendant que l'œuvre de développement progressif amorçait une fonction législative fournissant ainsi un « semblant » d'ordre juridique sur le plan international (B).

A/- L'ORDONNEMENT DES RAPPORTS ETATIQUES AU NIVEAU INTERNATIONAL

Il ne semble pas judicieux de reprendre ici une analyse d'ensemble de l'œuvre de la CDI, organe bien connu sur lequel auront porté de nombreuses études. On se limitera à présenter la portée de l'œuvre codificatrice de la CDI ainsi que les manquements qui en découlent. Avant la première guerre mondiale, on parlait peu d'une véritable codification même si plusieurs auteurs s'étaient

¹⁶⁸⁹ Le professeur Alain PELLET parle d'un dispositif institutionnel « onusien » de production normative à savoir : l'AGNU, le CS, la CIJ et la CDI ; cf. Alain PELLET, « *La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies* », 6 *EJIL* (1995) pp. 401-425.

¹⁶⁹⁰ René-Jean DUPUY, *Dialectique du droit international, Souveraineté des Etats, Communauté Internationale et Droits de l'humanité*, Ed. A. Pedone, 1999, p. 152.

penchés sur le problème, comme le souligne le professeur Charles ROUSSEAU¹⁶⁹¹. Mais c'est surtout dans le cadre de la SDN que les Etats vont véritablement s'intéresser à la codification du droit international avec la mise en place d'un comité d'experts en 1929¹⁶⁹² puis, avec l'ONU, la codification va se développer à travers l'action de l'Assemblée générale¹⁶⁹³ et celle de la CDI. Ainsi, en partant de la période de la fin de la Deuxième Guerre mondiale, l'œuvre de la CDI est tout à fait impressionnante puisque ses travaux ont le plus souvent débouché sur des actions convaincantes (1) même s'il faut y émettre quelques réserves (2).

1/- Des résultats d'envergure et des actions convaincantes sur le plan qualitatif et quantitatif

L'idée de codification a d'abord inspiré des associations scientifiques vouées à l'étude du droit international avec le dessein d'élaborer, dans ses principaux domaines, des avant-projets à l'intention des Etats et des Gouvernements. Ainsi est né l'Institut de droit international en 1873 ; puis l'*English Association for the Reform and the Codification of the Laws of nations* en 1873 devenue en 1895 l'actuelle *International Law Association* ; puis l'Institut américain de droit international en 1916 et pour finir l'Académie internationale de droit comparé en 1924. Ce mouvement de codification, après avoir marqué bien de progrès au cours du XIX^e siècle¹⁶⁹⁴, s'est élargi à la fin du même siècle et au début du XX^e avec les Conférences tenues à la Haye en 1899 et en 1907, avec la participation pour l'une de 28 et l'autre de 44 Etats. Ces conférences ont ainsi procédé à la codification partielle du droit de la guerre, de la neutralité et du règlement pacifique des conflits internationaux. Mais, malgré toutes ces précautions, le monde devrait encore faire face à deux conflits majeurs, les plus meurtriers du fait de leur extension à presque tous les Etats du globe. C'est à l'issue de ces deux conflits que l'idée de codification va de nouveau connaître un nouvel essor au sein de la communauté internationale à la suite de la paix signée entre vainqueurs et vaincus de la guerre. La tâche fut d'abord confiée à la SDN de diriger le développement progressif

¹⁶⁹¹ Voir *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944, p. 873-874.

¹⁶⁹² Partis sur une base de 11 sujets à codifier, seuls trois seront finalement retenus lors de la Conférence de La Haye à savoir : la nationalité, les eaux territoriales et la responsabilité des Etats. Mais, au final, seule la Convention concernant les conflits de lois sur la nationalité fera l'objet d'un accord et entrera en vigueur en 1937, sans grand succès.

¹⁶⁹³ Bien qu'ayant un aspect déclaratoire du droit existant, les résolutions adoptées par l'AGNU, dans un grand nombre de matières, ont joué un rôle important en droit international puisqu'elles ont eu une finalité soit codificatrice, soit initiateur d'une règle coutumière. On peut citer, entre autres, *le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* (clairement mentionné dans la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960), *le droit des peuples sur leurs ressources naturelles* (qui a été mentionné dans un grand nombre de résolutions de l'AGNU ainsi que dans les pactes relatifs aux droits de l'homme) ou encore *l'interdiction du recours à la force* comme méthode de résolution de conflits (qui est un principe bien établi en droit international par l'article 2 al. 4 de la Charte).

¹⁶⁹⁴ Quantité de Conférences, représentant un nombre de plus en plus considérable d'Etats, se sont tenues soit en Europe, soit en Amérique pour élaborer des traités collectifs sur des matières déterminées.

du droit international¹⁶⁹⁵, puis, avec l'avènement des Nations Unies, les travaux de codification et de développement progressif vont être institutionnalisés sur une base permanente, ouvrant ainsi une porte pour une action continue de la nouvelle organisation des Etats dans le domaine du droit international. C'est l'Assemblée générale qui va être chargée de cette mission par l'article 13 de la Charte ; elle va, à son tour, s'appuyer sur l'action de la Sixième Commission et de la Commission du droit international qui caractérise au mieux le mécanisme d'une tendance vers la centralisation du processus d'élaboration des normes de droit international.

Les travaux de la CDI consistent essentiellement à rédiger des projets d'articles sur des questions de droit international, dont certaines sont choisies par la Commission elle-même, et d'autres, par l'Assemblée générale. Lorsque la Commission a fini de rédiger un projet d'articles sur une question donnée, l'Assemblée générale convoque généralement une conférence de plénipotentiaires chargée d'incorporer ces articles dans une convention qui est ensuite ouverte à la signature des États. Les États signataires s'engageant formellement à être liés par ses dispositions. Certaines de ces conventions forment la base même du droit régissant les relations entre États. Au bout de soixante et cinq ans d'existence, malgré d'énormes difficultés, force est de reconnaître que la CDI a un bilan remarquable et même impressionnant. Tout au long des mandats de ses membres, les principaux secteurs du droit international ont été codifiés ; de grands sujets ont été examinés donnant lieu à des projets de textes de codification. Parmi les sujets principaux qui ont fait l'objet d'une convention de codification, on retiendra, le droit de la mer, le droit diplomatique et consulaire, le droit des traités ou la succession d'Etats. Toutes ces matières sont réglées par pas moins de 17 conventions dont la plupart sont entrées en vigueur¹⁶⁹⁶.

Ainsi au plan quantitatif, sur un total de vingt-neuf projets ou questions dont l'examen a été mené à son terme¹⁶⁹⁷, quinze sont devenus des conventions dont treize sont entrés en vigueur et quatre autres attendent d'obtenir le nombre de ratifications requises pour entrer en vigueur. La CDI a adopté à ce jour plusieurs conventions internationales couvrant les domaines du droit de la mer, du droit consulaire, du droit diplomatique, du droit des traités et celui de la succession d'Etats. A cela, s'ajoutent une douzaine de textes n'ayant pas donné lieu à une convention de codification et dont la plupart ont été repris par une résolution de l'AGNU ; ce qui leur confère une certaine importance

¹⁶⁹⁵ Mais on ne réussit pas à la réaliser, malgré l'intervention d'éminents juristes comme M. E. ROOT ou encore Lord BRYCE.

¹⁶⁹⁶ La liste complète et les textes de ces conventions ainsi que les projets avenir de la CDI sont régulièrement publiés dans son annuaire ou encore dans les éditions de Nations Unies portant sur : « La Commission du droit international et son œuvre ».

¹⁶⁹⁷ Deux sujets ont été abordés puis abandonnés : la question de la définition de l'agression confiée à un organisme *ad hoc* et qui a abouti à la Résolution 1974 ; la question des relations entre les Etats et les Organisations internationales (2^e partie) a été retirée de l'ordre du jour de la CDI en 1992 (Cf. *La commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd., vol. I, New York, 2009).

puisque'ils influent positivement sur la pratique des Etats dans le sens où ils peuvent confirmer une règle coutumière ou être à l'origine d'un processus de formation d'une nouvelle règle internationale.

Divers autres projets soulevant des grands thèmes du droit coutumier sont actuellement en étude par la Commission. C'est le cas par exemple de la « Responsabilité des Organisations internationales » et de « l'immunité de la juridiction pénale des représentants de l'Etat ». C'est aussi le cas d'un sujet plus restreint comme « l'obligation d'extrader ou de poursuivre ». A côté, il existe des projets déjà adoptés par la CDI¹⁶⁹⁸ ou la révision de projets d'articles préparés par la CDI mais qui n'ont pas eu de succès à l'image de la « clause de la nation la plus favorisée ». Dans cette catégorie, on peut également répertorier les projets qui touchent à des matières qui sont l'objet de codification par d'autres organismes, notamment ceux qui s'occupent des droits humains : il s'agit de « l'expulsion des étrangers » ou encore de la « protection des personnes en cas de catastrophe ». Parmi les autres thèmes à l'attention de la CDI pour ses travaux futurs, on dénombre ceux qui touchent à des questions que la Commission avait laissées de côté parce qu'elle les avait estimées « *politiquement très sensibles* » comme la « compétence extraterritoriale des Etats » ou parce qu'elles requièrent des connaissances techniques pointues comme la « protection des données personnelles dans la circulation transfrontalière de l'information ». Ici encore, on peut également citer les « immunités juridictionnelles des organisations internationales », sujet déjà examiné et écarté par le passé, ou encore « le règlement des différends internationaux¹⁶⁹⁹ ».

D'autres sujets importants comme la protection diplomatique et les actes unilatéraux sont en étude à la CDI. En plus de ces différents sujets qui font déjà l'objet d'un examen de la part de la Commission depuis des années¹⁷⁰⁰, on en trouve un qui est aux confins entre droit public et droit privé, à savoir la succession d'Etats et ses effets sur la nationalité des personnes physiques et juridiques, et un autre, sur le droit et la pratique en matière des réserves aux traités, qui constitue, en quelque sorte, un travail complémentaire à celui déjà couvert par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Depuis plusieurs années déjà, la Commission a aussi manifesté son désir de s'aventurer, d'abord par une simple étude de faisabilité, sur le terrain du droit international de l'environnement. Signalons enfin l'examen d'un sujet spécial qui concerne l'ensemble du droit international à savoir la question de la fragmentation du droit international (difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international).

Sur le plan qualitatif, grâce à l'action de la CDI, on peut constater une tendance au renforcement de plus en plus grand du rôle du droit conventionnel, mais aussi que le fait que le droit international

¹⁶⁹⁸ Droit des traités : réserves, effets des conflits armés sur les traités, traités dans le temps.

¹⁶⁹⁹ On se demande d'ailleurs au sein de la Commission sous quelle forme finale seront rendus les travaux sur cette question : adoption de règles modèles ou règles de coordination entre juridictions.

¹⁷⁰⁰ Parmi tous ces sujets, seul celui de la responsabilité internationale est de grande envergure.

contemporain donne un peu plus l'image d'un système cohérent de principes et de règles juridiques proclamés et approuvés sous forme de conventions internationales universelles. Et, nonobstant le fait que la plupart de ces conventions entrent en vigueur très lentement, elles ont contribué à l'augmentation de l'unité du droit international et de son autorité. Autre constat, la réputation du droit conventionnel comme source formelle du droit international devient plus grande, car ce dernier a fini par prévaloir dans le droit international tout en laissant au droit coutumier la possibilité de remplir ses fonctions traditionnelles¹⁷⁰¹. Cette relation convention de codification/coutume est d'autant plus importante que les règles conventionnelles élaborées dans le cadre du processus de codification peuvent se transformer en règles coutumières et, grâce à ce processus dont l'importance pratique s'accroît, le droit conventionnel commence à précéder le droit coutumier par son dynamisme et l'influence qu'il exerce sur l'évolution du droit international.

Par ailleurs, il faut noter parmi les grandes conventions de codification qui ont porté sur les domaines principaux du droit international, celle qui a reçu le plus grand nombre de ratifications, à savoir 174 Etats reste, sans conteste, la convention de 1961 sur *les relations diplomatiques*. Dès les premiers projets de codification, on peut dire que la Commission a accompli un travail remarquable car, malgré la délicatesse des sujets abordés, elle a réussi à proposer des règles relativement simples qui épousent de très près les règles coutumières et requièrent l'adhésion des Etats. La Commission a ainsi accordé une place de choix au problème des réserves aux traités, aux règles d'interprétation, aux conditions de validité des traités et à leur nullité¹⁷⁰².

De manière générale, on peut dire que l'examen du contenu des règles rédigées par la Commission montre que la CDI s'est efforcée de s'adapter à l'évolution du droit international en adoptant bon nombre de règles qui pourront servir de base pour la construction d'un ordre juridique international nouveau. Puisant dans les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, qu'elle considère faire comme source conventionnelle principale du droit international existant, elle a pu ressortir l'existence des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Certaines autres propositions de la Commission participent, de même, au besoin de construction de ce nouvel ordre juridique international : on peut mentionner, à titre d'exemple, les propositions concernant la zone contiguë et le plateau continental lors de l'étude du droit de la mer ou celles relatives au principe de la *table rase* à propos de la succession d'Etats en matière des traités. De même l'adoption du principe fonctionnel en tant que base de la réglementation des privilèges et immunités diplomatiques et d'un bon nombre de dispositions dans le projet de codification portant sur les

¹⁷⁰¹ Voir plus en détails : Charles De VISSCHER, « Coutume et traité en droit international public », *RGDIP*, 1955, pp. 353-369 ; P.-M. DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz (Précis), 11e édition, 2012, pp. 362-374.

¹⁷⁰² La codification du droit international, *op.cit.*, p. 269 s.

traités entre les Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales qui affirment la personnalité juridique des organisations internationales¹⁷⁰³, sont autant d'exemples qui constituent des dates historiques aussi bien dans l'évolution des matières auxquelles ils appartiennent que dans le droit international général.

Travail à la fois de constatation et de reformulation, la codification du droit international a représenté un effort de systématisation du droit. Réalisé à travers l'œuvre de la CDI, cet effort s'est caractérisé, dans une large mesure, par la sélection de grands domaines du droit international afin de les codifier. Ainsi, qu'il s'agisse du droit de la mer, du droit des relations diplomatiques, du droit des relations consulaires, du droit des traités, du droit de la responsabilité internationale ou de celui des cours d'eaux à des fins autres que la navigation, ce sont autant d'exemples de systématisation des normes et principes qui concernent la vie internationale. Il faut noter que l'ambition de codification du droit international a été animée par une double ambition : celle d'abord de retrouver l'universalité incontestée du droit international, en définissant un langage commun à tous les Etats, pour la conclusion de leurs accords, ceux-ci gouvernant par la suite leurs rapports. Celle ensuite de donner plus de valeurs de justice aux traités internationaux afin de donner au « droit des gens » un contenu doctrinal qui faciliterait le règlement des différends ou de situations de caractère international¹⁷⁰⁴.

Aussi, face aux différentes incertitudes que peut présenter le droit international, le désir s'est manifesté au niveau des Etats réunis à l'issue de la seconde guerre mondiale¹⁷⁰⁵, de donner à cette matière un peu plus de clarté, de cohésion et de fixité, au moyen de la codification progressive de ses règles. A la suite de cet aperçu sur les résultats des travaux de la CDI, il n'est pas exagéré de conclure à un bilan très positif de son action au-delà d'un demi-siècle d'existence. Pour en arriver à un tel résultat, la Commission a dû consentir et déployer des efforts considérables sans oublier les phases de négociation qui ont animé les grandes conférences de codification. Mais, à côté, il existe tout de même des initiatives qui stagnent, qui ont été abandonnées ou qui souffrent d'une insuffisance de ratifications. A ce tableau, on peut rajouter à la fois le phénomène de diversification du droit international et la pratique des réserves qui ne sont pas de nature à favoriser la codification. Une approche critique est donc indispensable pour arriver à une appréciation objective des réalisations de la CDI.

¹⁷⁰³ Cf. Milan SAHOVIC, Le rôle et les méthodes de la codification et du développement progressif du droit international, in *Droit international 2*, Cours et travaux de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Prosper WEIL (sous la dir.), Pedone, 1987, pp. 119 et s.

¹⁷⁰⁴ Manuel RAMA-MONTALDO, « La codification du droit international comme instrument de la justice internationale », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, pp. 711-723.

¹⁷⁰⁵ Il faut préciser que l'œuvre de codification avait débuté bien avant cette période sous la Société des Nations, notamment avec la « Commission des dix-sept » ou « Commission des méthodes », ancêtre de la CDI (v. *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Sixième Commission, Annexes I*).

2/- Un bilan matériel un peu plus modeste dans l'ensemble

On vient de voir que la CDI a dégagé des domaines d'intérêts fondamentaux pour la communauté internationale, établissant ainsi une véritable échelle des normes internationales pour unifier les nations autour de principes communs. Faisant prévaloir sa sensibilité à poser la primauté de l'éthique sur le technique, la Commission fait de plus en plus référence à des formules comme « la conscience universelle » ou encore la « conscience générale des Etats » qui expriment le fondement communautaire que l'on entend donner aux règles internationales futures¹⁷⁰⁶. Mais le bilan du succès de la codification devrait être nuancé car tous les travaux de la CDI n'ont pas toujours abouti sur des conventions de codification en droit international. Et quand bien même cela avait été le cas, toutes les conventions n'ont pas connu le succès escompté puisque certaines conventions, bien qu'adoptées, n'ont jamais été suivies du nombre de ratifications nécessaires pour leur entrée en vigueur¹⁷⁰⁷ (a). De plus, on assiste à une inflation des instruments non contraignants comme résultats des travaux de la Commission (b).

a) Le cadre des limites à l'action du bilan matériel de la CDI

Dans le cadre des limites à l'action du bilan matériel de la CDI, on remarque d'abord que la pratique de l'article 13, paragraphe 1 (a) montre que sur la majorité des sujets étudiés par la CDI, la codification a revêtu une forme conventionnelle à la suite de la réunion d'une conférence agissant sur la base du projet établi par la Commission. Il en fut notamment ainsi pour le droit de la mer (conférence de Genève de 1958), pour l'élimination et la réduction des cas d'apatridie dans l'avenir (Genève 1959 et New York 1961), pour les relations et immunités diplomatiques (Vienne 1961), pour les relations consulaires (Vienne 1963), pour le droit des traités (Vienne 1969), pour la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales (Vienne 1975), pour la succession d'Etats (Vienne 1983), pour le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne 1986).

Cette option de codification conventionnelle n'est pas spécifique à la seule CDI puisque, pour sa part, la CNUDCI a élaboré des règles uniformes sur de nombreux sujets tels que : le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976), la Convention sur le transport des marchandises par mer (Règles de Hambourg, 1978), la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de ventes internationales de marchandises, le Règlement de conciliation, le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1987). De même, les autres questions

¹⁷⁰⁶ Cas des règles de *jus cogens* ou des travaux sur les crimes internationaux qui prônent l'existence d'obligations objectives, « *erga omnes* » qui pèsent sur les Etats à l'égard de la communauté internationale.

¹⁷⁰⁷ Trois d'entre elles sont toujours en attente de ratification : il s'agit des conventions sur la représentation des Etats auprès des organisations internationales à caractère universel (1971), la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etats (1981) et les traités entre Etats et organisation internationales ou entre organisations internationales (1986).

actuellement en cours d'examen par la CDI et celles qui figurent dans son programme de travail, devraient conduire également, à l'avenir, à une codification et un développement progressif sous forme conventionnelle de la totalité du droit international, à condition que cette Commission ait évidemment le courage de s'attaquer à certains sujets qu'elle semble écarter pour le moment de son champ d'action. Cette préférence très marquée pour la voie conventionnelle se comprend notamment par le fait que l'ordonnement juridique classique était plus clair qu'il ne l'est aujourd'hui, où sont apparus quantité de textes à la normativité diluée ou incertaine en sorte que les différences entre le contraignant et le facultatif ne sont pas toujours clairement marquées.

Ensuite, plusieurs échecs ont émaillé l'œuvre de codification de la CDI. Ces échecs dans la création du droit se manifestent à deux moments différents du processus d'élaboration : soit le texte ne peut être adopté, soit une fois adopté, il ne peut entrer en vigueur pour diverses raisons. Il est souvent rare que les auteurs évoquent les textes conventionnels qui n'ont pas été adoptés, faute d'avoir obtenu le nombre suffisant de ratifications formelles nécessaires à leur entrée en vigueur ; ce qu'il faut surtout retenir, c'est que l'échec d'adoption d'un texte est relatif à une conjonction de plusieurs circonstances qui peuvent aller d'une préparation insuffisante des négociations à l'hostilité des Etats de se voir appliquer de nouvelles règles de droit. Il en est ainsi par exemple dans le domaine du droit humanitaire¹⁷⁰⁸. De même, lorsqu'une question est éminemment politique, le fait qu'elle soit traitée par la Commission laisse entrevoir des difficultés d'adoption d'une convention internationale. Il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple bien connu des conventions sur la succession d'Etats, tardivement ou jamais ratifiées, conçues pour répondre à la situation des pays décolonisés, et pour l'une d'elles entrée en vigueur grâce à l'éclatement de la Yougoslavie¹⁷⁰⁹ et donc à une « malice de l'histoire »¹⁷¹⁰.

Toutefois, ces textes que Fritz MÜNCH qualifie de « codification inachevée »¹⁷¹¹ peuvent constituer une base nécessaire à laquelle peuvent avoir recours les Etats ou les tribunaux lorsqu'ils sont confrontés à des situations juridiques particulières. Dans ce cas, la « codification inachevée » fait son passage dans la sphère du droit coutumier ou devient de la *soft law*, sans véritable force

¹⁷⁰⁸ Lire Michel BELANGER, *Mémento – Droit international humanitaire*, Gualino éditeur, 2002, 152p.

¹⁷⁰⁹ La Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités du 22 août 1978 est entrée en vigueur le 6 novembre 1996, trente jours après le dépôt du quinzième instrument de ratification ou d'adhésion (adhésion de l'ex République yougoslave de Macédoine le 7 octobre) et grâce aux adhésions précédentes de l'Estonie, de l'Ukraine, aux notifications de succession à la Yougoslavie de la part de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie et de la Slovénie, ainsi qu'à la ratification de la Slovaquie. (Sur ces points, voir Brigitte STERN, « La succession d'Etats », *Recueil des cours*, tome 262 (1996), p. 134.).

¹⁷¹⁰ Pierre-Michel EISEMANN, « Rapport du directeur d'études », dans P.-M. EISEMANN et Martti KOSKENNIEMI, *La succession d'Etats à l'épreuve des faits*, Les livres de droit de l'Académie de droit international, Nijhoff, 1992, p. 7.

¹⁷¹¹ Fritz MÜNCH, La codification inachevée, in *Le droit international à l'heure de sa codification : Etudes en l'honneur de Roberto AGO*, *op.cit.*, p. 375.

obligatoire, mais s'impose à la pratique¹⁷¹². En prenant l'exemple de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes de l'Etat, du 8 avril 1978, on observe qu'au départ, la CDI avait envisagé d'examiner la matière sous trois aspects : successions en matière de traités, successions et droits et obligations découlant d'autres sources que les traités, successions et qualité de membres des organisations internationales¹⁷¹³. Après diverses modifications¹⁷¹⁴, la CDI préféra finalement concentrer son attention sur les aspects économiques de la succession ; ce qui eut pour effet de restreindre les domaines visés par le projet d'articles aux biens, archives et dettes de l'Etat¹⁷¹⁵. Ce qui pourrait, d'une part, justifier que cette Convention ait été privée, dès le départ, de l'appui d'un nombre élevé d'Etats¹⁷¹⁶, si l'on considère, d'autre part, le fait que les délégations des « vieux » Etats étaient moins intéressées par cette matière que celles des Etats nouvellement indépendants. Or, les circonstances dans lesquelles la Convention de 1978 a été adoptée, le nombre insignifiant de signatures recueillies à ce jour relèvent d'une opposition trop nette et par ailleurs une indifférence trop marquée pour que cette Convention puisse avoir quelque effet sur le plan du droit international général. Des conventions de ce genre, au lieu d'établir la certitude quant au droit existant, sont plutôt de nature à entretenir le doute et la contestation, voire à mettre en danger le processus même de codification et de développement du droit des gens¹⁷¹⁷.

Ainsi, à cause des diversités théoriques et des conflits d'intérêt politiques, la doctrine et les Etats n'ont pas pu approuver tous les projets d'articles de la Commission et tomber d'accord sur les termes même après leur adoption dans le cadre de conventions internationales. Par exemple, la notion de *jus cogens* a été accueillie avec beaucoup de scepticisme par la doctrine européenne ; les études des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et la définition de l'agression étaient restées inachevées, avant qu'elles ne fassent l'objet d'une adoption controversée par l'AGNU¹⁷¹⁸. D'autres projets présentés à l'AGNU n'ont pas eu le retentissement escompté dans la vie

¹⁷¹² Ces textes, le plus souvent élaborés d'emblée, ne prennent pas la forme de traités au sens classique, mais font l'objet d'une application par bon nombre d'Etats, et l'on espère qu'à force, d'autres Etats les appliqueront soit à la suite de propagande ou simplement parce que convaincus par le bon exemple qu'ils offrent.

¹⁷¹³ Rapport de la CDI sur les travaux de sa 33^e session, Assemblée générale, documents officiels : 36^e session, supplément, n°10 (A/36/10), p. 9 (§24).

¹⁷¹⁴ Mohamed BEDJAOUÏ, alors rapporteur sur cette question, avait notamment proposé de modifier le titre du deuxième sujet en « succession dans les matières autres que les traités », cf. Rapport de la CDI sur les travaux de sa 33^e session, p. 159 (§6).

¹⁷¹⁵ Ce sera le cas des questions telles que les effets de la succession sur la condition des personnes et en matière de responsabilité internationale qui sera totalement ignorée par le projet.

¹⁷¹⁶ La Convention a été adoptée par cinquante-quatre voix contre onze et onze abstentions.

¹⁷¹⁷ Roberto AGO avait montré déjà que ce danger ne doit pas être sous-estimé ; cf. « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, p. 110.

¹⁷¹⁸ Maurice KAMTO explique que jusqu'à une époque relativement récente, l'agression comme acte de l'Etat ne faisait pas encore l'objet d'une définition établie en droit international. La communauté internationale s'attellera à l'élaboration d'une telle définition à partir de 1967 et y parviendra sept ans plus tard lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies adopta en 1974 une définition de l'agression plus ou moins controversée, en tout cas accueillie fraîchement par certains pays développés ; v. Maurice KAMTO, *L'Aggression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, 464p.

internationale comme ce fut le cas de la « Déclaration sur les droits et les devoirs des Etats » ou encore des principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg. De même, sur un rapport de Georges SCELLE, la Commission a adopté, en 1958, le « Modèle de règles sur la procédure arbitrale » qui, en dépit des appréciations élogieuses qui l'accompagnaient, n'a jamais donné naissance à une convention négociée dans le cadre d'une conférence de codification tenue sous les auspices des Nations Unies¹⁷¹⁹.

Ce Modèle de règles est donc considéré comme un échec de codification ou plutôt, comme la qualifie le professeur Yves DAUDET, une codification de « deuxième zone »¹⁷²⁰. On peut également en dire autant du « projet d'article de la CDI sur la protection diplomatique » que le professeur Alain PELLET a qualifié de « codification pour [presque] rien »¹⁷²¹. Il juge que non seulement le projet adopté par la CDI en première lecture en 2004 est inadapté aux nouvelles données de la vie internationale car trop restrictif du champ d'application de la protection diplomatique, mais, en plus, il ne codifie (ni ne développe progressivement) tout le droit de la protection diplomatique¹⁷²². Tout au plus, il s'en tient au seul énoncé des règles relatives aux conditions de recevabilité des réclamations formées dans ce cadre¹⁷²³.

Des raisons politiques expliquent la plupart de ces échecs. En effet, lorsque le résultat des travaux de la CDI ne correspond pas aux souhaits de tous les groupes d'Etats, les projets de codification vont droit à l'échec. C'est ce qui explique en partie l'écho assez faible qu'ont trouvé les deux conventions sur la succession d'Etats en matière de traités et en matière de biens, archives et dettes d'Etats¹⁷²⁴. C'est aussi ce qui explique le sort qui a frappé deux autres textes à savoir le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée et celui sur le courrier diplomatique et la valise diplomatique qui ont été très vite abandonnés par l'Assemblée générale car la majorité des Etats trouvaient une forte inspiration « socialiste » au produit du projet préparé par la CDI. D'où l'enterrement ou plutôt la mise à l'écart de ces deux textes.

¹⁷¹⁹ Voir document A/CN.4/113 et Corr. 1, Extrait de *l'Annuaire de la Commission de droit international*, 1958, vol. II..

¹⁷²⁰ Yves DAUDET, Travaux de la Commission du droit international, *Annuaire français de droit international*, vol. 41, 1995, pp. 572 et s.

¹⁷²¹ Le Projet et les commentaires de la Commission sont intégralement reproduits dans le Rapport de la CDI, 56e session, 2004, Assemblée générale, documents officiels, 5e session, Suppl. n° 10 (A/59/10), pp. 17-93.

¹⁷²² Alain PELLET, Le projet d'article de la CDI sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien, in Marcelo G. KOHEN, dir., *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international* – Liber Amicorum Lucius Caflisch, Brill, Leiden, 2007, pp. 1147 s.

¹⁷²³ Idem.

¹⁷²⁴ Dans ces conventions, une place nettement privilégiée a été réservée aux pays « nouvellement indépendants » et ce clivage a naturellement suscité la réticence des autres Etats dit « traditionnels », surtout les Etats occidentaux.

Par ailleurs, une autre limite est liée à l'entrée en vigueur du fait d'un petit nombre d'Etats signataires de la convention¹⁷²⁵. En effet, lorsqu'une convention ne rencontre qu'un petit nombre d'adhésions comme ce fut le cas des Conventions portant sur l'apatridie ou la succession d'Etats en matière de traités, la doctrine s'interroge alors sur l'opportunité et la légitimation d'une opération de codification sur de tels sujets. De même lorsqu'une convention conclue ne parvient pas à entrer en vigueur, il se pose nécessairement un problème d'universalité des normes de droit international. L'échec des travaux de la CDI peut également être perceptible lorsqu'un texte entré pourtant en vigueur n'arrive pas à être appliqué simplement parce que les pays principalement concernés par son application se tiennent hors de sa portée. C'est l'exemple de l'accord régissant les activités sur la Lune et les autres corps célestes du 18 décembre 1979, entré en vigueur après sa ratification par 8 Etats dont aucun n'est une puissance spatiale¹⁷²⁶. Pour tous ces différents échecs de codification, il appartient à la CDI d'en tirer les leçons et d'imaginer de nouvelles méthodes d'approche de manière à rendre son action plus efficace au sein de la société internationale.

Enfin, on ne saurait passer sous silence le fait que depuis deux décennies, la CDI n'a pas vraiment progressé dans ses travaux¹⁷²⁷. Plusieurs de ses projets d'articles sont demeurés inscrits à son ordre du jour depuis une bonne dizaine d'années et sont restés au même niveau de formulation. Or, d'une part, avec le temps, les conventions adoptées jadis en tant que produits des études de la CDI connaissent un vieillissement et méritent aujourd'hui une adaptation face à l'évolution de la société internationale. Il est vraisemblable, d'autre part, qu'une recherche sérieuse de nouveaux sujets serait fructueuse à cause des besoins changeants des Etats et de la communauté internationale. Cette situation négative qui existe actuellement sur le plan législatif international conforte l'idée selon laquelle la codification nécessite aujourd'hui un processus de transformation et un véritable débat sur l'opposition contre une centralisation de l'activité législative dans le cadre des Nations Unies.

Toutefois, l'influence de la CDI ne se limite pas aux seules conventions effectivement ratifiées : la CDI a une empreinte plus large en matière de codification car les projets d'articles non transformés en convention internationale ne sauraient toujours être considérés comme des échecs ; bien au contraire, ces articles ont un poids sur la jurisprudence et la pratique des Etats. On remarque ainsi que de plus en plus, les tribunaux internationaux ne procèdent pas toujours à un examen appuyé de la pratique des Etats mais préfèrent s'appuyer sur les opinions de textes généraux, le plus souvent les

¹⁷²⁵ Parmi les conventions qui ont reçu un nombre négligeable de ratifications et d'adhésions, on peut citer la convention de 1963 sur les missions spéciales avec 37 ratifications, la convention sur la succession d'Etats en matière de traités (31), celle de 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens et de dettes de l'Etat (10).

¹⁷²⁶ Cf. P. M. MARTIN, *Les échecs du droit international*, PUF, Que sais-je ?, n° 3151, 1996.

¹⁷²⁷ Depuis 1986, aucun des projets d'articles qu'elle a élaborés n'a été transformé en convention et les Etats réunis au sein de la VIe Commission des Nations Unies semblent bien décidés à la tenir à l'écart des sujets les plus sensibles (Alain Pellet, La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies, 6 *EJIL* (1995) 401-425).

projets d'articles de la CDI et les opinions doctrinales. Ici, les projets d'articles et autres textes élaborés par la CDI sont très sollicités par les tribunaux¹⁷²⁸. En ce sens, il faut d'ailleurs signaler que tous les travaux que réalise la CDI ne sont pas destinés à devenir des conventions internationales¹⁷²⁹. Certains sont simplement destinés en tant que recommandations de principes en direction de l'AGNU même si, à côté, on observe aussi le développement d'instruments codifiés plus souples.

b) L'inflation des instruments codifiés beaucoup plus souples (soft law)

Dans les travaux de la CDI, la tendance aujourd'hui est à l'adoption d'instruments codifiés beaucoup plus souples qui manquent souvent de clarté et de valeur juridique certaine, bien que plus adaptés aux exigences d'évolution de la société internationale moderne¹⁷³⁰. A travers cette technique de formation du droit, la société internationale tente de satisfaire aux revendications et de déterminer les options fondamentalement acceptables par la voie de la « déclaration »¹⁷³¹ par le biais de ces nouvelles expressions de concertation que sont devenues la *soft law*¹⁷³². A cet effet, l'influence de textes non-contraignants devient considérable dans l'œuvre de codification de la CDI qui s'oriente de plus en plus vers des textes qui ne sont pas obligatoires (*soft law*, directives, *dread line*, etc...) ¹⁷³³. En effet, s'il est plus facile pour les Etats d'appliquer des textes de *soft law*, ils exigent que les règles aient été établies par un organe mondialement reconnu comme l'est la CDI. Cette orientation n'est qu'un préalable puisque le but final visé par ces principes est de devenir un texte obligatoire, à savoir une convention internationale.

Pour le professeur ABI-SAAB, le rôle de la *soft law* est d'étendre l'empire du droit en assurant deux fonctions essentielles : d'un côté, elle est le point de départ ou « l'éclaireur » d'une norme en gestation. Ainsi par exemple, dans des domaines nouveaux, elle sert à poser des principes qui permettront de suivre un certain comportement¹⁷³⁴. La *soft law* permet en ce sens de canaliser et de

¹⁷²⁸ Dans l'exemple de la responsabilité des Etats, plusieurs projets d'articles de la CDI ont été utilisés dans les mémoires fournis par les USA à la CIJ dans l'affaire de la prise des otages en Iran.

¹⁷²⁹ C'est le cas des différentes études que la Commission réalise sur certains sujets ou notions en droit international à l'image du Rapport sur la « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », cf. le Rapport du Groupe d'étude de la CDI établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément no 10 (A/55/10)*, chap. IX.A.1, par. 729.

¹⁷³⁰ Cf. Paul WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP* (1982), pp. 5-47.

¹⁷³¹ Ici, peu importe la dénomination : déclaration, résolution, charte, etc... et que son adoption par les Etats se fasse en assemblée générale d'une organisation internationale ou à la faveur d'une conférence diplomatique. Ce qui compte aux yeux des Etats, c'est surtout l'étendue de la « conviction commune » qu'il exprime ainsi que l'immensité de ses domaines ; cf. texte de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement (16 juin 1972) dans *RGDIP*, 1973, n°1, p.350.

¹⁷³² M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, II, 1983, p. 221-223.

¹⁷³³ On peut citer l'exemple du projet adopté en 2008 qui recommande aux Etats de prendre en compte le projet d'article de la CDI sur la responsabilité des Etats et de le prendre pour base dans leurs relations bilatérales.

¹⁷³⁴ En prenant l'exemple des droits de l'homme, la résolution de l'AG non contraignante prise dans ce domaine en 1948 constitue le point de départ de l'intérêt de la communauté internationale pour cette discipline. Progressivement, elle est devenue une norme coutumière et cette résolution a finalement ouvert la voie à une série de traités.

rationaliser le processus de création du droit. Elle établit la compétence internationale sur le domaine visé et par conséquent exclut cette question du domaine réservé de l'Etat. En cela, la *soft law* d'aujourd'hui sera la *hard law* de demain. C'est un droit en gestation qui est trop jeune pour avoir tous les attributs de la règle de droit, mais qui pourra aboutir plus tard à la création de normes coutumières. De l'autre côté, elle constitue le point d'arrivée de la norme en ce sens que chaque fois qu'une matière est déjà régie dans son intégralité par la *soft law*, on ne trouve plus un intérêt d'aller plus loin. Dans un monde qui évolue très vite et où les domaines sont changeants, la *soft law* a un rôle de guide dans le comportement des Etats même si le non-respect de ces « guides » n'engage pas leur responsabilité internationale. De plus en plus, les Etats préfèrent adopter des codes de conduite pour se guider plutôt que des règles très contraignantes.

Cependant, plusieurs auteurs ont estimé qu'il y avait dans cette situation d'élaboration de « modèles de règles » par la CDI, une forme de « position de repli » de la part de la Commission qui a toujours marqué ses préférences pour une forme conventionnelle de la codification¹⁷³⁵. Motivée par la crainte de voir que son travail « risque d'être perdu », la Commission décide le plus souvent de « transformer le projet de convention en un ensemble de règles qui pourraient guider les Etats »¹⁷³⁶ alors même que sa mission première est de rédiger des dispositions destinées à figurer dans les traités internationaux. Plusieurs rappels ont été faits par rapport aux dangers que procure la *soft law* en droit international¹⁷³⁷ et on n'y reviendra pas ici dans les détails. Il suffit d'indiquer qu'elle fait prévaloir une trop grande spécificité des règles et pose, de manière générale, des problèmes de « compliance » entre les normes de droit international favorisant ainsi des interprétations diverses. Or, avec la mondialisation des concepts juridiques, il y a une nécessité d'intégration de ces normes de droit international, notamment en ce qui concerne la conformité face aux règles de droit international général. La question qui suscite ici un intérêt est celle de savoir si cette notion de « *soft law* » favorise ou non la codification du droit international. En d'autres termes, quelle visibilité la *soft law* offre-t-elle à l'œuvre de codification ?

¹⁷³⁵ Lire Yves DAUDET, « Techniques de codification », La codification du droit international, *SFDI*, Colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1993, pp. 163-165.

¹⁷³⁶ Georges SCELLE, « Rapport sur le projet de la procédure arbitrale, Doc. A/CN.4/113 », *Annuaire CDI*, 1958, vol. II, p. 2.

¹⁷³⁷ Lire notamment à ce propos : Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., LGDJ, 1994, p. 378 ; Filippa CHATZISTAVROU, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique* [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, Consulté le 18 août 2011. URL : <http://leportique.revues.org/index591.html> ; K. W. ABBOTT and D. SNIDAL, "Hard and soft law in international governance", *International Organization*, vol. 54, n° 3, Summer 2000, p. 453 ; K. C. WELLENS & G. M. BORCHARDT, "Soft law in European Community law", *European Law Review*, vol. 14, n° 1, February 1989, p. 309 ; P. M. EISEMANN, « Les Gentlemen's agreements comme source du droit international », *Journal du droit international*, 1979, pp. 326-348.

C'est peut-être en apportant une réponse claire à cette interrogation que la CDI devrait désormais concentrer ses efforts afin de poser des règles nouvelles qui vont au-delà de la simple codification pour atteindre véritablement le développement progressif du droit international. La CIJ, à travers diverses affaires¹⁷³⁸, a perfectionné la distinction entre « codification » et « développement progressif » en introduisant, dans son examen des rapports entre coutumes et conventions de codification, la considération du facteur temps. C'est ainsi qu'à côté des règles qui font une codification pure des règles coutumières, la Cour préfère se référer à des règles nouvelles dont les textes sont préparés par un organe international et éventuellement discuté au sein d'une assemblée ou d'une conférence internationale de plénipotentiaires¹⁷³⁹. Aujourd'hui, avec les évolutions importantes qui se sont produites sur la société internationale et qui ont des incidences directes sur la codification, de nouvelles matières devront être examinées et certaines, qui avaient été étudiées, comme on l'a déjà vu, doivent être reprises. Une telle adaptation ne pourrait qu'entraîner une ascendance de l'œuvre de développement progressif du droit international sur l'œuvre traditionnelle de codification.

B/- LE DEVELOPPEMENT PROGRESSIF ET L'AMORCE D'UNE FONCTION LEGISLATIVE INTERNATIONALE¹⁷⁴⁰

La codification en droit international est souvent associée au processus du développement progressif du droit. Toutefois, si les deux activités semblent indissociables à première vue, elles ne sont pas pour autant dépourvues de relations délicates entre elles¹⁷⁴¹. Dans le cas du développement progressif, il s'agit de la création et de l'affirmation d'une règle nouvelle, alors que la codification consiste simplement en une formulation écrite de la règle coutumière dans un texte qui les regroupe et les classe¹⁷⁴². Il n'en demeure pas moins que ces processus restent associés car, pour formuler une

¹⁷³⁸ CIJ, *affaire du plateau continental de la mer du Nord*, Rec., 1969, § 73.

¹⁷³⁹ Selon Yves DAUDET, ces textes sont alors considérés comme faisant l'objet d'une convention collective destinée à constituer une codification universellement valable. Sur ce point, v. Yves DAUDET, *Les conférences des Nations Unies pour la codification du droit international*, Paris, 1968.

¹⁷⁴⁰ D'après Milan SAHOVIC, il ressort de l'analyse de la pratique de la CDI que le concept de codification s'est progressivement enrichi d'éléments considérés jadis complètement indépendants les uns des autres mais qui, sous la pression de la pratique, se sont finalement révélés complémentaires. Ainsi, pour cet auteur, la codification ne peut plus être divisée des concepts de développement progressif et de législation internationale (v. Milan SAHOVIC, *Le rôle et les méthodes de la codification et du développement progressif du droit international*), Cours et Travaux de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Prosper WEIL (sous la dir.), Pedone, 1987, p. 109.

¹⁷⁴¹ Dans son projet d'articles sur *le droit des traités*, la Commission déclarait que : « Les travaux de la Commission sur le droit des traités relèvent à la fois de la codification et du développement progressif du droit international au sens où ces notions sont définies à l'article 15 du statut de la Commission et, comme dans plusieurs projets antérieurs, on ne saurait pratiquement déterminer celle des catégories à laquelle appartient chaque disposition. Il est toutefois indiqué, dans le commentaire de quelques articles, que certaines règles nouvelles sont proposées pour examen à l'Assemblée générale et par les gouvernements », cf. *ACDI*, 1966, II, p. 193, n° 35.

¹⁷⁴² La codification coutumière ne fait que constater des règles et des pratiques existantes et appelle à une adhésion des Etats n'ayant pas participé, forcément, à la mise en valeur des dites pratiques. C'est comme, pour faire le parallèle avec le droit privé, le cadre d'un contrat d'adhésion auquel on souscrirait sans pour autant avoir participé à l'élaboration des différentes dispositions faisant l'objet du contrat.

coutume par écrit, on est toujours amené à la compléter. Or, dès qu'on la complète, on ne transcrit plus le droit, mais on le crée¹⁷⁴³. Il ne s'agit pas ici de vouloir tenter l'aventure, vouée à l'échec, de repérer ou de qualifier de manière rigoureuse les entreprises qui relèvent du « développement progressif du droit international », indépendamment de sa codification. Aucun juriste, aussi éminent fût-il, ne s'est aventuré dans une telle entreprise, pas même la CDI elle-même¹⁷⁴⁴.

Ce qui retient ici l'intérêt, c'est que la codification devrait également s'analyser de plus en plus sous un angle davantage dynamique qui lui conférerait un contenu beaucoup plus adapté aux nécessités du moment (1). Cette action de développement progressif n'est d'ailleurs pas un recul en soi puisque qu'il permet de mieux éclairer les normes de droit international en provoquant une ambivalence entre la coutume et le traité (2).

1/- Les avancées découlant de l'aspect « développement progressif » de la codification indépendamment du caractère simplement déclaratoire du droit existant

A l'instar du juriste MC WHINNEY, on plaidera en faveur d'un « *droit intemporel* » qui comprendrait deux branches particulièrement adaptées à une époque de transition : le « *droit intertemporel* » attaché à la résolution et à la portée des règles juridiques dans le temps et le *développement progressif du droit* », notion consacrée par la Charte des Nations Unies mais sacrifiée au profit de l'œuvre conservatrice du droit international¹⁷⁴⁵. C'est en effet le lieu de rappeler que l'article 13 de la Charte des Nations dispose que :

« 1. L'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de :

a) *Développer la coopération internationale dans le domaine politique et encourager le développement progressif du droit international et sa codification* ».

Quant à l'article premier du Statut de la CDI, il précise que :

1. *La Commission du droit international a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification.*

A la lecture de ces deux textes, on s'aperçoit que, bien que la Charte emploie l'expression « encourager » et le Statut de la CDI « promouvoir », les deux verbes sont synonymes puisqu'ils

¹⁷⁴³ Pour Bruno OPPETIT : « La codification, sans pour autant se confondre avec la législation, lui emprunte, néanmoins, certains de ses traits lorsqu'elle poursuit des finalités réformatrices », cf. Bruno OPPETIT, « L'avenir de la codification », La codification 1, *Revue française de théories de philosophie et de culture juridique*, PUF, 1998, pp. 73-81.

¹⁷⁴⁴ Selon Ahmed MAHIOU, [E]n élaborant les règles du droit de la mer, la Commission a acquis la conviction que la distinction établie par son statut peut difficilement être maintenue ; après avoir essayé de spécifier les articles rentrant dans la codification ou le développement progressif, elle a dû renoncer à « plusieurs articles n'appartenant ni à l'une ni à l'autre de ces catégories » (*Ann. CDI 1956, II, p. 256*).

¹⁷⁴⁵ E. MC WHINNEY : Les Nations Unies et la Formation du droit : Relativisme culturel et idéologique et formation du droit international pour une époque de transition, Pedone, UNESCO, Paris, 1986, 292 p.

signifient tous deux « favoriser le progrès ». Et même si le statut de la CDI ne parvient pas à dissiper totalement l'ambiguïté entre l'aspect de codification et celui de développement progressif (article 15 du Statut), les deux activités sont bien distinctes. Déjà, au consensus largement adopté par la doctrine pour admettre que l'œuvre de codification ne saurait se résoudre à une simple transcription de règles coutumières existantes, il faut également noter le fait qu'au contraire de la codification en droit interne, la codification du droit international ne saurait se résumer à un caractère purement formel¹⁷⁴⁶ d'agencement des règles du droit. Elle affecte impérativement une analyse de fond de la règle de droit, conférant ainsi à son auteur une qualité de « quasi-législateur » matérialisée par l'élaboration de règles nouvelles ou du moins des réformes du droit existant. C'est-ce qu'E. ROOT avait parfaitement exprimé dans la formule selon laquelle codifier le droit international, c'est avant tout *mettre en mouvement et susciter l'œuvre législative elle-même dans la communauté des nations* »¹⁷⁴⁷. Cela suffit à expliquer pourquoi, malgré la diversité des organes en matière de codification du droit international, la CDI soit le seul de ces organes qui ait reçu la compétence, par l'Assemblée générale, de promouvoir en même temps le « développement progressif du droit international » en plus de sa codification¹⁷⁴⁸.

En cela, il est important de rappeler que, d'une part, le travail des experts de la Commission tout comme les négociations des délégations nationales qui s'en suivent, constituent en droit international, des occasions privilégiées pour adapter des règles souvent anciennes aux évolutions contemporaines. D'autre part, la règle coutumière codifiée par le seul fait que, de règle non écrite, elle est devenue du droit écrit, issu de délibérations confrontant les doctrines juridiques et, souvent aussi, les visées politiques des Etats, subit inévitablement des transformations par rapport à son état antérieur¹⁷⁴⁹. Ainsi, la codification sous forme de développement progressif contribue à l'expansion du droit coutumier puisque ce dernier gagne en précision quant à l'identification de son contenu ce qu'il perd en souplesse du fait des interprétations auxquelles prêtait sa condition de norme non écrite. L'interaction réciproque entre traité et coutume est donc de nature à renforcer cette dernière.

C'est d'ailleurs dans cette interaction que la norme coutumière prend tout son intérêt car, il faut le préciser, cette source est au cœur de nombreuses contradictions en DIP. En effet, d'une part, elle symbolise le caractère rudimentaire de cette discipline juridique et, d'autre part, c'est seulement à travers elle qu'on peut envisager le droit international comme un ensemble unique et articulé de normes représentant les intérêts d'une communauté internationale en devenir. L'exemple de la

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 378.

¹⁷⁴⁷ E. ROOT, cité par Charles de VISSCHER, La codification du droit international, *op.cit.*, p. 384.

¹⁷⁴⁸ Il semble, du moins *à priori*, que les autres organes des Nations Unies n'aient qu'une compétence de codification dans le domaine qui leur est réservé.

¹⁷⁴⁹ Cf. Dictionnaire de droit international public, Jean SALMON (sous la dir.), Bruylant, 2001, p. 191.

reconnaissance d'une personnalité juridique à la personne physique sur le plan international est assez illustratif de cet aspect de développement progressif. Pour ainsi dire, cette avancée n'a été possible qu'à travers la création d'une Cour pénale internationale (CPI) sur la base du projet adopté par la CDI¹⁷⁵⁰. Ce qui constitue une contribution déterminante pour pérenniser la criminalisation des atteintes graves au droit international humanitaire¹⁷⁵¹. Il s'agit, en quelque sorte, de la concrétisation d'un vœu longtemps formulé de voir reconnaître un jour une personnalité juridique internationale à la personne physique¹⁷⁵².

Toutefois, la « critique traditionnelle » et « fondée » qui consiste à voir dans la codification une « opération passéiste et en définitive de faible intérêt si elle ne vise qu'à incorporer dans un texte écrit (...) les coutumes existantes »¹⁷⁵³ est encore valable de nos jours. Certes, nul ne peut nier que la CDI a toujours été multiforme, allant du simple *restatement* à l'élaboration de conventions constituant du droit positif¹⁷⁵⁴, mais il semble que l'élaboration de textes conventionnels à base de droit coutumier ait constitué le plus gros de son travail. C'est pourquoi, à la suite des difficultés découlant du développement et de l'expansion du droit international, une place prépondérante devrait désormais être accordée à l'aspect « développement progressif » du droit international. En effet, pour faire face à la complexification du droit international contemporain, les nouvelles conventions appelées à faire l'objet d'un examen par la Commission devraient s'orienter vers un développement progressif plus accru du droit international et faire prévaloir l'aspect de l'élaboration d'un droit nouveau, plus conforme et mieux adapté aux nécessités actuelles. Les caractéristiques de cette nouvelle vision de la CDI sont d'ailleurs clairement résumées dans les propos de Georges

¹⁷⁵⁰ Tout commence en 1948 avec l'adoption de la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide. L'article I de la Convention énonce que le génocide est un crime aux termes du droit des gens" et l'article VI indique que les personnes accusées du crime de génocide "seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente. Dans la même résolution, l'Assemblée Générale invitait la Commission du Droit International "à étudier l'opportunité et la possibilité d'établir un organe judiciaire international pour le jugement des personnes accusées de génocide...". De 1949 à 1954, la Commission prépara plusieurs projets de statuts pour une CPI, mais des différences d'opinion empêchèrent tout développement ultérieur. Les travaux ne seront repris qu'en 1989 lorsqu'à la suite d'une requête de Trinité-et-Tobago, l'Assemblée Générale des NU demanda à la CDI de reprendre les travaux sur une Cour Pénale Internationale dans la compétence de laquelle serait inclus le trafic de drogue. En 1994, la CDI termina ses travaux sur le projet de statut destiné à l'Assemblée Générale des Nations qui établit le Comité *Ad Hoc* sur l'Établissement d'une Cour Pénale Internationale. Le statut de la Cour Pénale Internationale fut adopté le 17 juillet 1998 lors de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies à Rome avec la participation de représentants de 160 États, de 33 Organisations Intergouvernementales et d'une coalition de 236 Organisations Non-Gouvernementales. Il est entré en vigueur le 1er juillet 2002. Quiconque commet l'un des crimes mentionnés dans le Statut après cette date est passible de poursuites devant la Cour. La CPI est créée non pas comme un organe des Nations Unies mais comme une organisation indépendante, avec un budget indépendant.

¹⁷⁵¹ Voir pour plus de détails James CRAWFORD, « The ILC *Draft Statute* for an International Criminal Tribunal », *AJIL*, 1994, n°1, vol. 88, pp. 140-151 ; le texte du projet de la CDI de statut d'une cour criminelle internationale, in P-M. DUPUY, *Grands textes de droit international*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 829-855.

¹⁷⁵² D'après Pierre-Marie DUPUY, cette tendance est d'autant plus vraie que le droit applicable par les juges n'est pas un droit spécial (conventionnel), mais, bel et bien, du droit international général (coutumier).

¹⁷⁵³ Cf. Jean Pierre COT et Alain PELLET, *La Charte des Nations Unies ...*, *op.cit.*, p. 310.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 309.

ABI-SAAB pour qui la codification est avant tout une « *activité nécessairement législative* »¹⁷⁵⁵. Bien avant lui, Charles De VISSCHER avait déjà posé le problème de la portée de la codification en montrant que celle-ci « *impliquera presque toujours quelque chose de plus que la constatation pure et simple d'une règle coutumière définitivement acquise* »¹⁷⁵⁶. Cela implique, outre « *la constatation du droit existant, (...) son adaptation progressive et plus régulière à des exigences et à des situations nouvelles* »¹⁷⁵⁷. Or, la période que traverse actuellement le droit international se prête justement à une telle adaptation et à des ajustements sur les plans aussi bien technique, formel qu'institutionnel.

Par ailleurs, l'expression « développement progressif » tel que défini à l'article 15 du Statut de la CDI pose également problème car, comme l'explique si bien le professeur Ahmed MAHIOU, l'élaboration de conventions portant sur des « *sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international* » ne peuvent s'assimiler à du développement progressif puisqu'il s'agit, en l'espèce, « *d'innover, d'énoncer des règles entièrement nouvelles dans un domaine vierge* »¹⁷⁵⁸. Ces actions qui s'apparentent plus à des actes de « législation internationale » vont certainement au-delà d'un simple développement progressif du droit international qui suppose, lui, qu'il existe déjà des éléments de départ ainsi qu'une certaine pratique sur laquelle prendraient appui les codificateurs afin de proposer des règles plus adéquates¹⁷⁵⁹.

C'est donc le lieu ici de relever que la codification contemporaine doit se faire sous l'approche d'une législation internationale c'est-à-dire que « *[L]a codification [serait] entendue comme comportant non la simple déclaration du droit existant, mais son aménagement, son amendement, sa réforme, ses modifications et compléments suivant les exigences des rapports internationaux et sans chercher à distinguer dans le résultat de cette opération ce qui est consécration du droit existant de ce qui est innovation par rapport à celui-ci* »¹⁷⁶⁰. Les champs nouveaux du droit international sont ainsi plus propices à une œuvre de développement progressif qu'à une codification. Cela tient du fait qu'ils mettent en relief certains aspects du droit international conventionnel, particulièrement pour ce qui est des traités multilatéraux de caractère universel. Ce

¹⁷⁵⁵ G. ABI-SAAB, "La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté", *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto AGO*, Vol. 1, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 53-65.

¹⁷⁵⁶ Cf. Ch. De VISSCHER, « La codification du droit international », *RCADI*, 1925, I, t. 6, p. 329 s.

¹⁷⁵⁷ *Idem*, p. 397.

¹⁷⁵⁸ Ahmed MAHIOU, Introduction au Colloque de la S.F.D.I. d'Aix-en-Provence sur la codification du droit international, *op.cit.*, p. 18.

¹⁷⁵⁹ R.-J. DUPUY, « La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire », *Mélanges Ago*, t. I, p. 270.

¹⁷⁶⁰ C'est cette approche de la codification qui a été retenue par le *Dictionnaire de terminologie du droit international public* (Sirey), 1960.

qui aurait pour conséquence de renforcer l'ambivalence entre la coutume et le traité puisqu'il n'est pas exclu que l'un découle d'une pratique de l'autre et *vice versa*.

2/- L'ambivalence des rapports et des interactions entre coutume et traité comme moyen de renforcer l'unité du droit international

Le développement du droit conventionnel au sortir de la seconde Guerre mondiale, sous l'influence des Nations Unies, a semblé compromettre l'avenir de la coutume, non pas en tant que source des principes fondamentaux qui sont à la base du droit international, mais en tant que source de nouvelles règles pour faire face à l'évolution de la communauté internationale. Dans ce contexte, les traités-lois issus de la codification et du développement progressif semblaient plus appropriés pour faire face à cette évolution rapide du droit des gens et fournir la réglementation technique détaillée qu'exige le développement fulgurant de la science et de la technique, tout en associant les nouveaux membres de la communauté internationale à cet effort de résultat. Or, un demi-siècle plus tard, il apparaît paradoxalement que « *c'est ce même mouvement de codification et de développement progressive qui donnera lieu, [à plus ou moins long terme], à un regain d'intérêt pour la coutume, fournissant ainsi aux juristes l'occasion de se pencher à nouveau sur son rôle en droit international contemporain* »¹⁷⁶¹. C'est cette ambivalence des rapports entre règles coutumières et règles conventionnelles qui constituent une des clés pour arriver à un droit international unifié.

En effet, les rapports entre coutume et traité sont dits ambivalents en ce sens que, même lorsqu'elle a fait l'objet d'une codification conventionnelle, la règle coutumière ne saurait avoir pour objet de limiter ses effets uniquement aux seuls Etats parties à la convention de codification. En d'autres termes elle conserve, en tant que règle coutumière, sa vocation à s'appliquer de manière universelle. Ainsi, « *une convention de codification peut contenir des dispositions (...) qui sont déclaratoires d'une coutume internationale ou qui sert à cristalliser des règles de droit coutumier, ou qui peuvent contribuer à la création de nouvelles règles de droit coutumier conformément aux critères dégagés par la CIJ* »¹⁷⁶². De même, « *les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonome par rapport à celles du droit international conventionnel alors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique* »¹⁷⁶³. Inversement, une règle de nature conventionnelle peut devenir coutumière. C'est le cas de la « *partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue une des parties du droit international*

¹⁷⁶¹ Georges ABI-SAAB, « La coutume dans tous ses Etats ou le dilemme du développement du droit international dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification : Etudes en l'honneur de Roberto AGO*, Milano-DO II, A. Giuffrè Editore, 1987, Tome I, II et III, pp. 53-65.

¹⁷⁶² IDI, résolution du 1^{er} septembre 1995 sur les problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur le même sujet, *Annuaire*, vol. 66-II, Paris Pedone, 1996, p.436.

¹⁷⁶³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* ... 27 juin 1986, p. 94, § 175.

coutumier applicable aux conflits armés » et qui fait l'objet de divers instruments, parmi lesquels le « rapport du Secrétaire général établi conformément au §2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité sur le Statut du tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 »¹⁷⁶⁴. L'intérêt réside dans la possibilité de rendre opposables par cette voie des textes à des Etats qui ne les avaient pas signés. Ainsi, la coutume restera opposable même à l'Etat qui n'y aurait pas expressément consenti, à l'exception du cas de « l'objecteur persistant ». Cependant, cette exception ne tiendrait même plus si une obligation *erga omnes* était dégagée par la Cour à partir de cette règle coutumière¹⁷⁶⁵.

Au demeurant, si une coutume peut devenir du droit conventionnel par l'action de la codification, le développement progressif peut également donner lieu à une norme coutumière par l'action du temps et la formation d'une *opinio juris*. La convention devenue règle coutumière s'imposerait ainsi au-delà des parties ayant pris part aux travaux de codification, ou plutôt ceux ayant adhéré et ratifié le texte conventionnel¹⁷⁶⁶. En soi, si la codification est une œuvre normalement censée faire disparaître une règle coutumière puisque la transformant en règle écrite, il peut arriver qu'elle-même devienne coutume ou qu'elle inspire une nouvelle coutume. Ce cas d'espèce peut se vérifier lorsque la codification se révèle être dépassée par les évolutions, les événements ou les progrès scientifiques ou encore pour des besoins d'interprétation de la règle conventionnelle, les juges pouvant être amenés à se référer à la règle coutumière, même si cette dernière se trouve être traduite dans un texte conventionnel. Dans la plupart des cas, c'est la pratique répétée des Etats qui crée la nouvelle coutume¹⁷⁶⁷. Déjà, à l'aube de sa mission, la CDI avait reconnu qu'en pratique, une distinction nette entre la formulation du droit tel qu'il est et tel qu'il devrait être ne saurait être maintenue d'une façon rigide. Il a ainsi été indiqué que dans tout travail de codification, on est nécessairement amené, à la lumière de développements nouveaux, à combler les fissures qui existent et à amender le droit¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁴ Cf. doc ONU, S/25704, 3 mai 1993.

¹⁷⁶⁵ Dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord*, 20 février 1969, la CIJ reconnaît qu'une « participation très large et représentative à une convention » peut prouver qu'une règle conventionnelle est devenue règle de droit international général ou coutumier. Par ailleurs, concernant la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, la CIJ affirme dans son arrêt du 11 juillet 1996 relatif à l'application de cette convention (*Bosnie Herzégovine c. Yougoslavie*) que « les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Il en résulte que les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. »

¹⁷⁶⁶ Cf. *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ, *Recueil*, 1969, p. 41-42.

¹⁷⁶⁷ C'est ce phénomène que décrit Jacques DEHAUSSY en prenant l'exemple des normes de l'OIT, cf. *La codification*, 1999, p. 124.

¹⁷⁶⁸ Voir Document des Nations Unies, A/AC.10/50, p. 8.

Mais même dans les cas où la coutume, cristallisée dans un traité de codification, est appelée à disparaître, cette disparition n'est valable qu'entre les parties à la nouvelle convention. Pour les tiers, la coutume continue d'exister et de produire ses effets¹⁷⁶⁹. Cela est notamment valable dans le cas de la majorité des conventions issues des travaux de la CDI qui n'ont pas recueilli un nombre suffisamment élevé de ratifications malgré leur entrée en vigueur ; à cet effet, seule la Convention sur les relations diplomatiques a recueilli un assez grand nombre de ratifications (174 Etats) et peut prétendre à s'appliquer universellement sur la seule base conventionnelle¹⁷⁷⁰.

Cependant, le vaste et vif débat sur la place des principales sources du droit international ne s'arrête pas à cette comparaison. Déjà dans les années 60 et 70, les Etats nouvellement indépendants ont revendiqué le droit à une participation plus active à l'élaboration des normes internationales. De ce fait, ils ont en même temps estimé que la règle écrite devait l'emporter sur la coutume dès le moment où « elle répond davantage à un triple souci : celui de respecter leur liberté puisqu'elle n'engage que l'Etat qui l'accepte ; celui d'une élaboration plus démocratique dans le cadre d'une codification internationale ; celui d'une universalisation de la règle dès lors qu'elle a reçu l'aval de la plupart des Etats »¹⁷⁷¹. La codification traduit donc également le souci de démocratisation et celui d'universalisation des normes internationales. Or, il existe un contraste dans l'atteinte d'un idéal démocratique dans l'élaboration du droit à travers ses sources. Pour les uns, la formation du droit par le processus coutumier profite, plus ou moins, aux « Etats les plus puissants » car étant seuls à l'origine de la pratique ayant souvent donné lieu aux règles coutumières et que cette pratique n'est pas toujours en adéquation avec les intérêts des petits Etats. Ces derniers, ne pouvant aller à l'encontre de telles pratiques, ils ont fini par estimer que les conférences internationales leur en fournissaient les moyens à travers une action collective d'opposition à des usages ou encore la possibilité de provoquer la révision de certaines règles coutumières qui portent encore trop manifestement une empreinte de la politique de la force qui leur a donné naissance¹⁷⁷².

Tous ces développements conduisent forcément vers une analyse de l'œuvre de codification de la CDI à la lumière de l'article 13 §2 de la Charte. Ce dernier mériterait d'ailleurs bien un « dépoussiérage » afin d'opérer une véritable révolution dans les méthodes de travail de la CDI et les adapter aux nécessités de la société internationale contemporaine.

¹⁷⁶⁹ Cf. Arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 juin 1986 : « *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) ».

¹⁷⁷⁰ Toutefois, une règle coutumière s'applique uniformément et dans son intégralité par les Etats de la communauté internationale : un Etat n'a pas la possibilité de dénoncer une règle coutumière ou de suspendre son application, il y est irrémédiablement lié. Il ne peut faire de réserves à une règle coutumière, il doit l'accepter dans sa globalité. Par exemple, si la France n'a jamais signé la Convention de Vienne de 1969 en raison de la mention du *jus cogens*, elle l'applique cependant car elle considère que c'est du droit coutumier.

¹⁷⁷¹ Ahmed MAHIOU, *op.cit.* p. 43.

¹⁷⁷² Cf. Ch. De VISSCHER, *RCADI, op.cit.*, p. 397.

§ 2 : Analyse de la compétence de la CDI à la lumière de son statut et de l'article 13§2 de la Charte

En tant que procédé d'élaboration du droit faisant prévaloir l'élément volontaire, le droit écrit représente « *le type parfait des sources formelles du droit* »¹⁷⁷³. Cela est encore plus vrai pour la codification en ce sens qu'elle « *pousse à l'extrême le rôle technique de la loi* »¹⁷⁷⁴. Il ne serait pas exagéré d'imaginer que c'est cet état d'esprit qui a prévalu et présidé au choix des gouvernements ayant participé à la rédaction de la Charte des Nations Unies de conférer à l'Assemblée générale des pouvoirs limités l'habilitant à faire des études et des recommandations en vue « *... d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification* » et ayant conduit à l'adoption du paragraphe 1 de l'Article 13 de ladite Charte¹⁷⁷⁵. L'adoption de la résolution 174 (II) de l'AGNU du 21 novembre 1947 portant création de la CDI considérée comme une agence capable de faciliter, par ses études préparatoires et la consultation préalable des Gouvernements, les obligations qui incombent à l'AGNU aux termes de l'article 13§1, procède du même état d'esprit.

Au regard de son statut, le développement progressif du droit international et sa codification, dont est chargée la CDI répond, sans aucun doute, à un objectif simple : il s'agit d'un processus, d'un mouvement, visant à transformer des règles éparses et parfois lacunaires en un *corpus juris* cohérent se traduisant par « un apport normatif substantiel »¹⁷⁷⁶. Il s'agit donc d'un processus normatif, lui-même encadré par le droit, visant à l'édition de normes juridiques et consistant dans la formulation des règles de droit en des propositions distinctes et systématiquement groupées. On va se pencher en premier lieu sur l'étendue du champ de compétence de cet organe, afin d'expliquer ses différentes fonctions en droit international (A). On tentera dans un second temps d'analyser la portée de l'article 13 §2 pour mesurer ses limites (B).

A/- L'ETENDUE DU CHAMP D'APPLICATION DES FONCTIONS DE LA CDI

A priori, le Statut de la CDI laisse penser qu'elle disposerait de deux fonctions principales à savoir « *développer progressivement le droit international* » d'une part et « *assurer sa codification* » d'autre part. Or, une telle vision équivaut à limiter le champ d'action de la CDI. De même, durant le premier cinquantenaire de son existence, et bien qu'il ait été démontré au fil du temps que les fonctions de codification et de développement progressif soient indissociables, il ressort clairement que la fonction de codification, liée à une constatation du droit existant, a largement pris le dessus sur celle du développement progressif. On comprend ainsi pourquoi James CRAWFORD, alors

¹⁷⁷³ Gény, Science et Technique, t. III, p. 92.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 93.

¹⁷⁷⁵ Voir Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, San Francisco, 1945, vol. III, document 1151 ; et vol. IX, documents 203, 416, 507, 536, 571, 792, 795 et 848.

¹⁷⁷⁶ G. ABI-SAAB, "Cours général de droit international public", *RCADI*, tome 207 [1987-VII], p. 39.

rapporteur spécial de la CDI sur le sujet de la responsabilité internationale, considérait que la nouvelle fonction de la CDI sera assurément tournée vers la réforme législative du droit international mais en coordination avec les autres organismes des Nations Unies¹⁷⁷⁷. En pratique, trois fonctions principales peuvent être attribuées à la CDI au regard de ses deux textes fondateurs : la promotion du développement progressif du droit international et sa codification (1) qui suppose un travail critique consistant à évaluer les causes des contradictions qui existent en droit international et apporter des jugements ou solution sous forme de projets d'articles (2) et enfin un impératif de diffusion du droit international couplé à celui d'une collaboration avec d'autres organes scientifiques (3).

1/- Promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification

C'est l'aspect principal du travail de la CDI qui consiste, à « *énoncer sous une forme systématique le droit existant* » et à développer le droit au sens le plus large, « *dans des domaines où il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales* », en comblant les lacunes, en éliminant les divergences et en apportant des améliorations dans les cas où la situation exige que soient combinés les deux aspects de la création de règles de droit. Selon les explications données à l'article 15 du statut de la CDI, ces deux notions sont distinctes puisqu' il s'agit de codifier le droit coutumier existant par des conventions et d'intervenir dans des domaines nouveaux, suite aux différentes positions doctrinales. Cependant, la codification n'est pas comprise de la même manière dans son explication quotidienne. Pour certains, il s'agit simplement de mettre sous la forme de règles écrites les règles existantes sous forme coutumières afin de les rendre plus rigides. Or, pour des auteurs comme Roberto AGO, « *toute codification a nécessairement en soit un élément de développement progressif* »¹⁷⁷⁸. Il est également compris qu'après épuisement des questions issues de la coutume, la CDI devrait entreprendre d'explorer des nouveaux sujets en droit international. La Société étant changeante et la coutume lente à se former, ces auteurs estiment que seule l'œuvre de développement progressif pourrait faire évoluer le droit international et le rendre cohérent avec l'évolution de la société en codifiant les règles de vie.

La signification première et la plus évidente de la codification consiste dans l'identification et la consolidation des règles et principes de droit international auxquels il convient de donner une formulation écrite et solennelle. Telle est la première mission du codificateur. Toutefois, il convient de signaler que la Commission a souvent été trop réticente jusqu'ici à s'aventurer sur le terrain du développement progressif comme l'illustre le *problème du règlement des différends*, celui de la

¹⁷⁷⁷ James CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat : Introduction, texte et commentaires*, Paris, Editions Pedone, 2003, p. 382 et s.

¹⁷⁷⁸ R. AGO., "Nouvelles réflexions sur la codification en droit international", *RGDIP*, 1988, pp. 553.

compétence obligatoire du Conseil de sécurité ou de la CIJ, même si cette dernière a reçu la préférence de la Commission. Comme l'explique Georges BENAR dans sa thèse¹⁷⁷⁹, la volonté des Nations Unies de codifier le droit international de façon formelle, dans un texte synthétique, un Code, de façon à le rendre clair et stable sans compromettre son dynamisme naturel, a été refreinée au fil des ans. L'on s'est peu à peu rendu compte que la codification-relation n'était guère pratiquement concevable dès lors que même dans ce domaine statique, il fallait choisir des précédents, il fallait combler des lacunes, il fallait trouver une cohérence. En d'autres termes, sous prétexte de dire le droit et de le relater tel qu'il existait, on ne faisait que le créer, le développer d'une certaine manière.

C'est d'ailleurs à ce niveau que les deux « activités » se rejoignent puisque la codification, tout comme le développement progressif, est une fonction créatrice du droit dès lors qu'en unifiant les règles existantes, elle découvre les règles latentes et cristallise, par la même occasion, les normes qui se forment dans la pratique coutumière et jurisprudentielle¹⁷⁸⁰. En d'autres termes, la codification n'a pas qu'un rôle de « *restatement* », c'est-à-dire de mise en forme et en ordre systématique du droit positif. Selon Georges SCHELLES, « *elle est aussi révisionniste par nature et même créatrice du droit* »¹⁷⁸¹. A ce propos, Roberto AGO, en grand défenseur de l'œuvre de codification, a toujours estimé que le rôle du travail du codificateur dans l'Etat, en tant que facteur d'unité politique, était voisin de celui réalisé en droit international¹⁷⁸². Dans le même sens, le professeur De VISSCHER souligne que la codification comprend toujours un certain minimum d'éléments législatifs car elle tend à réaliser une certaine unité pour atténuer au mieux les divergences qui peuvent exister entre diverses écoles doctrinales¹⁷⁸³. Le « désordre » qui règne en droit international justifie donc la recherche d'un ordre stable et attend de la codification qu'elle consacre un certain système normatif.

Suite à un tel constat et au regard de l'évolution du droit international, il serait intéressant que la CDI change de visage afin de lancer de nouvelles propositions en attaquant des thèmes plus techniques et porteurs, malgré leur intérêt politique. Actuellement, la CDI travaille sur « le règlement pacifique des différends », sur « la protection des données mondiales de l'informatique », sur « la responsabilité des organisations internationales » ou encore sur « l'obligation d'extrader et de poursuivre » (*Aut dedere aut judicare*) pour ne citer que ces quelques sujets qui sont hautement politiques et auxquels elle a décidé de s'attaquer. Il y a également des sujets neufs comme la « protection des personnes (touchant aux droits de l'homme) », « les réserves aux traités », « la

¹⁷⁷⁹ Georges BENAR, *Méthodes et techniques du droit international- Thèse*- 3 vol. Dijon- 12 Juillet 1954.

¹⁷⁸⁰ Voir *Procès-verbaux de la première session du Comité d'experts*, 1925, p. 17.

¹⁷⁸¹ Etudes en l'honneur de Georges SCHELLES, Paris, LGDJ, 1950, pp. 274-284.

¹⁷⁸² Cité par René-Jean DUPUY, *op.cit.*, p. 143.

¹⁷⁸³ *Idem*, p. 25.

nation la plus favorisée »¹⁷⁸⁴, etc. Le fait que la Commission puisse s'intéresser un peu plus à des sujets ayant un intérêt politique est une bonne chose en soi car cela lui permettrait non seulement d'accroître son autorité, mais également de s'ouvrir des nouveaux domaines d'exploration qui lui assureront encore de longs jours devant elle. Cela permet de faire le pont avec une autre de ses fonctions.

2/- Apporter des jugements et/ou des solutions sous forme de projets d'articles

C'est la formalisation de la tâche politique de la CDI qui combine les deux premières et lui donne l'initiative et le concours actif dans la transformation du résultat de ses travaux en conventions internationales ou sous une autre forme exploitable par les Etats, les tribunaux ou tout autre organe agissant en droit international. A ce propos, l'article 20 de son Statut dispose que : « *La Commission rédige ses projets en articles et les soumet à l'Assemblée générale avec un commentaire comprenant :*

- a) *Une présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes y compris les traités, les décisions judiciaires et la doctrine ;*
- b) *Des conclusions précisant :*
 - i) *L'étendue de l'accord réalisé sur chaque point dans la pratique des Etats et dans la doctrine ;*
 - ii) *Les divergences et désaccords qui subsistent, ainsi que les arguments invoqués en faveur de chacune des thèses. »*

Pour le professeur BRIERLY¹⁷⁸⁵, « ... le codificateur, s'il est à la hauteur de sa tâche, fait des suggestions personnelles ; quand la loi est imprécise, il donne son avis sur la meilleure façon de l'interpréter, quand elle présente une lacune, il suggère la meilleure façon de la combler. »¹⁷⁸⁶ On dit dès lors que le codificateur accomplit une tâche législative et travaille sur la *lex ferenda* et non sur la *lex lata*. Cette opinion a été exprimée de manière plus virulente par le professeur DIENA pour qui « codifier le droit international c'est légiférer, c'est exercer une fonction législative *sensu lato* »¹⁷⁸⁷. Ainsi, il incombe à la Commission la tâche de rédiger et proposer aux gouvernements des projets d'articles qui ne sauraient être de simples exposés procédant d'une compilation présentée à titre d'information. Les propositions de la Commission impliquent qu'un avis définitif soit donné,

¹⁷⁸⁴ La CDI travaille depuis longtemps sur ce sujet qu'elle n'a pas encore épuisé et dont elle tente de revoir le projet aujourd'hui afin de pouvoir lui donner une suite plus positive.

¹⁷⁸⁵ Rapporteur de la « Commission des méthodes » lors de son exposé le 20 mai 1947.

¹⁷⁸⁶ Examen d'ensemble du droit international, Nations Unies, Assemblée générale, CDI, Lake Success, New York, 1949, p. 3 et s.

¹⁷⁸⁷ *Idem.*, p. 5.

indiquant quelle est la règle de droit appropriée¹⁷⁸⁸. En ce sens, la Commission a également une fonction de « *Conseiller* » des Etats et des autres organes institutionnels comme juridictionnels actifs dans le domaine du droit international. On comprend mieux pourquoi cette dernière tâche de la Commission implique nécessairement des consultations constantes avec les gouvernements ; elle peut, en effet, introduire de véritables changements dans leurs pratiques quotidiennes.

Avec la fragmentation du droit international, il se crée de multiples « vides juridiques », c'est-à-dire des situations incontestablement nouvelles provenant de l'absence d'une règle de droit international applicable dans certains cas¹⁷⁸⁹. Si, jusqu'à présent, les tribunaux confrontés à ce type de difficultés ont réalisé d'énormes progrès pour trouver des solutions aux cas dont ils étaient saisis, il appartient désormais au codificateur de se saisir de ces situations et de combler le vide juridique ainsi constaté. En tant qu'organe de codification du droit international et conformément à la mission qui lui incombe d'apporter des solutions aux problèmes de pluralismes juridiques en droit international, la Commission ne saurait se prévaloir du « vide juridique » au même titre qu'un tribunal saisi d'une affaire ; elle devrait, en principe, choisir, soit entre des affirmations opposées, soit ce qui semble plus rationnel, afin de présenter une solution ayant le caractère d'un compromis et tenant compte de l'idée de justice, de l'intérêt général de la communauté internationale, du progrès international et du règlement amiable et pacifique des relations internationales. Pour favoriser une telle tâche, la Commission peut également être amenée à s'appuyer sur des règles de droit international établies dans les diverses branches du droit international, si ces règles sont conformes aux exigences du droit international général.

Toujours relativement à cette fonction, la tâche essentielle de la codification internationale ne saurait donc se limiter à une simple *déclaration* des règles de droit : elle consiste également à *amener un accord sur le contenu de ces règles* par les nations qui, par leur pratique, sont appelées à les confirmer¹⁷⁹⁰. Avec l'expansion du droit international, la pratique des Etats est désormais modelée sous la pression des nécessités quotidiennes. De ce fait, les règles deviennent disparates et difficilement cohérentes car les principes qui leur servent de base sont fragmentaires, d'un point à un autre, d'une discipline à une autre. Le rôle de la codification est donc de coordonner les règles

¹⁷⁸⁸ Par l'expression « règle appropriée », on entend la règle fondée sur le droit existant tel qu'il ressort aux termes de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, des conventions internationales, de la coutume internationale, des principes généraux du droit et des sources de droit auxiliaires énumérées dans ce même article.

¹⁷⁸⁹ On peut citer l'exemple de *l'affaire de la fonderie de Trail (Trail Smelter Arbitration)* entre les Etats-Unis et le Canada, v. Sentence arbitrale, 11 mars 1941, *Fonderie du Trail (États-Unis c. Canada)*, RSA, tome III, p. 1907 s., En l'espèce, les arbitres ont été d'avis que la présomption de liberté d'action de l'Etat sur son territoire devait s'effacer devant des considérations juridiques d'ordre supérieur qui n'avaient encore été consacrées par aucune convention internationale ou par aucune décision judiciaire internationale.

¹⁷⁹⁰ Charles De VISSCHER, La codification du droit international / par Charles De VISSCHER, *Recueil des cours*, Volume 6 (1925-I), pp. 325-455.

entre elles, de les systématiser suivant les principes auxquels elles peuvent rationnellement se ramener, de préciser les conséquences qui en découlent, enfin de les reformer sur les points où elles apparaissent clairement en opposition, soit avec la logique du système, soit avec une conception nouvelle et plus parfaite des rapports internationaux¹⁷⁹¹. Toute codification qui se bornerait à préciser et à codifier les usages admis dans une matière n'aurait qu'une valeur très symbolique car elle ne coïnciderait pas avec le désir de réformes et de progrès qui devrait guider toute œuvre de codification.

Un autre aspect de la codification générale qui est rarement mise en avant est celui qui concerne l'égalité entre tous les participants à l'œuvre de codification. Ainsi, à la différence des anciens congrès politiques principalement dominés par les influences des Etats les plus puissants, la codification actuelle se réalise par des conventions collectives, par le biais de conférences internationales ; ce qui permet une participation active et presque égalitaire de tous les Etats, forts ou faibles¹⁷⁹². Selon cette logique, aucune règle nouvelle issue des délibérations d'une conférence internationale ne peut être opposée à un Etat sans avoir recueilli son assentiment¹⁷⁹³. De plus, les conférences internationales offrent l'occasion aux « petits » Etats d'y déployer une action collective, d'y marquer expressément leur opposition à des usages qui sont en voie de se transformer en coutumes, de provoquer enfin la révision de certaines règles coutumières qui portent encore trop manifestement l'empreinte de la politique de force qui leur a donné naissance¹⁷⁹⁴.

Au regard de ce qui précède, les travaux de la CDI ne constituent pas seulement des actes de constatation du droit international, mais, au besoin, ils peuvent devenir des actes législatifs et politiques sur le plan international. Toutefois, cette fonction créatrice propre à la Commission ne lui confère nullement le rôle de « législateur international » : sa tâche se résume essentiellement à être un juge qui doit déterminer la règle de droit et la présenter sous une forme précise, systématique et aussi détaillée que le permet le principe fondamental du droit, à savoir sa généralité indispensable¹⁷⁹⁵. Ce qui lui permet de faciliter à la fois la diffusion du droit international et la collaboration avec d'autres organes évoluant dans la même sphère.

¹⁷⁹¹ *Idem*, p. 376.

¹⁷⁹² Dans la pratique, cette égalité reste illusoire dans le sens où les Etats faibles manquent souvent de moyens aussi bien humains que financiers pour leur participation active au sein de ces conférences internationales. Et, même lorsqu'ils sont présents, leurs représentants ne disposent pas toujours des mêmes outils d'analyse que ceux des pays riches. Il en résulte que leur participation et/ou prise de parole en est limitée et par conséquent, ils ne peuvent exercer qu'une moindre influence sur les orientations spécifiques qui seront arrêtées au final.

¹⁷⁹³ C'est le principe international de la liberté de signer ou de ne pas signer, de ratifier ou de ne pas ratifier.

¹⁷⁹⁴ Charles de VISSCHER, *La codification du droit international*, *op.cit.*, p. 397.

¹⁷⁹⁵ Examen d'ensemble du droit international, *op.cit.*, p. 71.

3/- La diffusion du droit international et l'impératif de collaboration avec d'autres organes

L'une des tâches de la Commission, et non des moindres, consiste à diffuser le droit international partout où le besoin se ferait sentir. Ce qui l'amène nécessairement à collaborer avec d'autres organismes comme le prévoient les articles 25 et 26 de son statut.

Dans un premier temps, conformément à l'article 24, la Commission doit « examiner les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationale et internationale sur des questions de droit international ». La deuxième partie du rapport que la Commission a soumis en 1950 à l'Assemblée générale a débouché sur une série d'importantes publications, internationales et nationales, officielles et non officielles, qui existent encore aujourd'hui, parmi lesquelles il y a lieu de citer l'*Annuaire juridique des Nations Unies*, la *Série législative des Nations Unies*, le *Répertoire de la pratique des organes des Nations Unies* et les *Recueils des sentences arbitrales internationales*¹⁷⁹⁶.

Une telle mission permet aussi bien aux États qu'aux divers organismes intéressés par le droit international d'être au fait de son évolution et des changements opérés par l'évolution de la société internationale. En ce sens, on peut également affirmer que la codification aura permis, à terme, l'instauration d'un droit international classique de coopération à côté du droit international traditionnel de coexistence entre les États. Ce droit international de coopération rend compte de l'émergence d'une sorte d'ordre public international tel qu'il a été confirmé par la CIJ au fil de certaines affaires¹⁷⁹⁷. La diffusion du droit international s'effectue également avec l'aide de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques¹⁷⁹⁸ qui fournit ainsi un appui fonctionnel sous diverses formes : recherche sur différents sujets de droit international, élaboration de documents d'information, établissement des projets de rapports des organes concernés, avis et assistance juridique aux fins de la conduite des travaux et de la rédaction des projets de résolution et

¹⁷⁹⁶ Sir Michael WOOD, *Le Statut de la Commission du droit international*, United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations, 2009 (posté sur www.un.org/law/avl).

¹⁷⁹⁷ Voir l'avis sur les réserves à la convention sur le génocide (28 mai 1951) et surtout les décisions rendues dans les affaires relatives à la *Barcelona Traction* (5 février 1970), aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (27 juin 1986) et aux *otages diplomatiques et consulaires à Téhéran* (15 décembre 1979 et 24 mai 1980). Sur la position de la Cour à l'égard du *jus cogens*, cf. G.A. CHRISTENSON, « The World Court and jus cogens », *AJIL*, 1987, p. 93 s.

¹⁷⁹⁸ Ce dernier est principalement chargé du sous-programme 3 de l'ONU, à savoir la codification et le développement progressif du droit international. Sa mission est donc de « faciliter le développement progressif et la codification du droit international au moyen d'un appui fonctionnel aux organes de l'ONU compétents » ; de « promouvoir l'acceptation et l'application universelle des instruments découlant des actions de codification », notamment par l'assistance à la Sixième Commission pour les besoins de l'examen de l'état des conventions pertinentes aux fins d'élargir l'acceptation et le respect de leurs dispositions, et, enfin, « d'inciter et de contribuer à la diffusion et à une compréhension plus large du droit international », par le truchement du Programme d'assistance des Nations Unies aux fins de l'enseignement, de la diffusion et d'une compréhension plus large du droit international.

de décision fournis aux organes spécialisés et/ou subsidiaires des Nations Unies en charge de la codification¹⁷⁹⁹.

Dans un second temps, le chapitre III du Statut stipule que la Commission peut mener de larges consultations avec tout organe des Nations Unies et avec « toute organisation, nationale ou internationale, officielle ou non » (art. 25 et 26). Les articles 16 et 21 envisagent également la possibilité pour la Commission de consulter des institutions scientifiques et des experts individuels. La tendance à l'élargissement des consultations sera sans doute durable, eu égard en particulier aux nouvelles questions que doit aborder la Commission. Ainsi, la cette dernière a récemment eu des consultations avec des experts extérieurs sur des sujets comme les ressources nationales partagées, la responsabilité des organisations internationales et la protection des personnes en cas de catastrophe. Pour un instrument rédigé en 1947, le Statut fait apparaître une remarquable ouverture en matière de consultations aussi bien avec des gouvernements qu'avec des organes non gouvernementaux et des experts.

Mais force est de reconnaître que la CDI ne fait pas assez usage de cette possibilité qui lui a été donnée par son propre statut. D'après ce dernier, la CDI ne peut avoir l'initiative des propositions concernant le développement progressif ; ces propositions émanent soit de l'AG (article 16), soit des membres de l'organisation des Nations Unies, soit encore d'organismes autorisés (article 17). C'est seulement en matière de codification que la CDI dispose d'une autonomie de choix des sujets. On aurait donc pu imaginer, à un moment donné, que cela puisse constituer un avantage dans son travail, notamment lorsqu'on sait que son statut fixe également la procédure que doit suivre la Commission dans ses travaux de développement progressif (article 16 et 17) et de codification (article 18 et 23)¹⁸⁰⁰. En effet, il a été vu que le pluralisme issu de la spécialisation et du régionalisme est à l'origine de la grande diversité des sources du droit et des incohérences qui peuvent exister entre les différentes branches du droit et le droit international général. En multipliant les échanges avec les « organismes autorisés » dans les nouvelles branches du droit international, la CDI aurait pu écarter certaines incertitudes liées au pluralisme juridique, notamment les atteintes faites par les nouveaux instruments à l'égard du droit international général. Dans la mesure où l'objectif de la codification est de concilier les points de vue divergents et d'écarter les causes de désaccord, ce but/objectif ne peut être atteint qu'imparfaitement par des textes et des conventions qui dissimuleraient la persistance des désaccords derrière une déclaration vague de principes généraux mal définis.

¹⁷⁹⁹ Il s'agit principalement de la Sixième Commission, de la Commission du droit international et les différents Comités spéciaux créés aux fins de codification d'un domaine spécial du droit international.

¹⁸⁰⁰ Voir : La Commission de droit international et son œuvre, 5^e éd., (1996), pp. 18-19.

Le seul regret que l'on peut émettre à ce niveau, c'est le fait que ce Statut n'ait pas prévu que la CDI puisse en même temps assurer la coordination de l'ensemble des travaux des organes chargés de la codification dans le cadre des Nations Unies et même ceux existants sur le plan régional, notamment lorsqu'on sait que le travail de la CDI correspond aux désirs de la majorité des groupes d'Etats ; ce qui n'est pas forcément le cas des autres organes de codification. La CDI devrait examiner la mise en œuvre pratique des conventions multilatérales produites au sein des Nations Unies¹⁸⁰¹, éclairer la compétence de chaque juridiction les unes par rapport aux autres (travail d'éclairage des textes) et favoriser la coopération d'activités entre tous ces organes. Cela implique nécessairement une véritable révolution dans ses méthodes de travail. Fort heureusement, au-delà de la variété des codifications, des constantes se retrouvent partout et toujours dans la quête d'une rationalité de la règle juridique voulue plus stable, plus protectrice et plus performante. Ce qui amène à examiner les limites de codification issues de l'article 13 §2.

B/- LES LIMITES DE L'ŒUVRE DE CODIFICATION DECOULANT DE LA REDACTION DE L'ARTICLE 13 §2 DE LA CHARTE

Deux griefs sont généralement faits à l'œuvre de codification telle que préconisée par l'article 13 §2 de la Charte : d'une part, beaucoup de juristes estiment qu'elle s'oppose à l'évolution du droit international¹⁸⁰² ; d'autre part, en s'appuyant sur des considérations politiques émanant des pays du Tiers Monde, on estime qu'en aucun cas ces Etats ne sauraient accepter de consacrer par la codification un droit international à l'élaboration duquel ils n'ont pas participé. Comme contre-argument, les tenants de la codification peuvent objecter que celle-ci ne se limite pas seulement à révéler les règles coutumières, mais qu'elle réalise en même temps une expansion du droit¹⁸⁰³. Pour le professeur Alain PELLET, le Statut de la Commission contient des règles relativement précises, mais assez irréalistes, en ce qui concerne le choix des sujets à inscrire à son ordre du jour¹⁸⁰⁴. Il explique à ce propos que l'irréalisme de ces dispositions tient à l'impossibilité, unanimement reconnue, d'opérer une distinction entre développement progressif et codification : tout sujet de travail de la CDI, même le plus traditionnel, comporte une part de développement progressif du fait

¹⁸⁰¹ L'objectif ici étant d'assurer la sécurité juridique des instruments internationaux car la présence d'un nombre suffisamment élevé d'organes crée une certaine égalité, notamment quand l'on sait que les pays en développement n'ont pas toujours la maîtrise du droit coutumier et ne disposent pas d'un cadre de travail suffisamment pourvu en droit international.

¹⁸⁰² Pour illustration, la codification du droit international coutumier a pour avantage d'établir clairement le sens de la règle de droit et de lutter contre l'éparpillement des règles juridiques. Cependant, il faut souligner que l'écrit étant moins souple que l'oral, il est plus difficile de faire évoluer la règle de droit.

¹⁸⁰³ C'est la position défendue par les membres de la Commission des « Dix-Sept » ou encore par des auteurs tels que Roberto AGO ou Charles de VISSCHER.

¹⁸⁰⁴ Alain PELLET, *La CDI, pourquoi faire ?*, *op. cit.*, pp. 593 et s.

de l'inévitable imprécision des corps de règles coutumières. Ce qui explique qu'en pratique, l'on ne s'embarrasse guère de la distinction artificielle opérée par le Statut.

Après un examen des généralités autour de la remise en cause de l'œuvre de codification (1), on verra comment le problème de la distinction entre « codification » et « législation » en droit international (2) est porteur de limites à l'œuvre même de codification de la CDI (3).

1/- Généralités autour de la remise en cause de la codification du droit international

Depuis longtemps, des auteurs n'ont pas hésité à remettre en cause la portée de la codification du droit international¹⁸⁰⁵, soutenant qu'elle ne constituait qu'une utopie irréalisable ou encore qu'elle paralysait le développement du droit¹⁸⁰⁶. Aujourd'hui encore, les adversaires d'une réglementation du droit des gens ont de bonnes raisons pouvant justifier leur attitude.

D'abord, contrairement à ce qui est traditionnellement admis en droit interne, il est difficile de parler véritablement de codification en droit international. En effet, il n'existe pas de « *code universel applicable* »¹⁸⁰⁷ en droit international et celui-ci se compose uniquement de règles élaborées par les Etats. Or, en comparaison avec ce qui se passe en droit interne ou même en droit régional, peut-on imaginer une codification qui se passerait d'un « code », c'est-à-dire d'un instrument obligatoire ? Dans les systèmes nationaux ou supra-nationaux, il existe de grands codes nationaux ou régionaux qui contiennent généralement des articles formulant les fondements et les principes de l'ensemble du système juridique, en particulier en ce qui concerne les sujets et les sources du droit, et ses rapports avec les diverses branches du droit. Ce qui n'est précisément pas le cas en droit international¹⁸⁰⁸ où chacune des branches du système peut se prévaloir de ses propres règles et principes. Donc, parler de codification en droit international public reviendrait à parler de l'existence d'un ou de plusieurs codes régissant l'ensemble ou du moins chacune des branches de cette discipline à l'image de ce qu'est le « Code civil » en droit français. A ce propos, PORTALIS déclarait que : « *Avec le Code civil, nous ne sommes plus Provençaux, Bretons, Alsaciens, mais français* »¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁵ SAVIGNY par exemple était un auteur hostile à toute œuvre de codification, tout comme J. STONE, cf. "On the vocation of the International Law Commission", Columbia Law Review, vol. 57 (1957), p. 16. De même, le professeur Charles de VISSCHER a consacré plusieurs développements sur les mérites et les dangers de la codification du droit international (V. Charles de VISSCHER, « La codification du droit international », *RCADI*, 1925, I, pp. 386-407).

¹⁸⁰⁶ Constantin MARESH, « La codification du droit international », *Thèse de doctorat*, Université de Paris, 1932.

¹⁸⁰⁷ F. de HOLTZENDORFF, *Eléments de droit international public*, traduction par G. ZOGRAPHOS, éditions Rousseau, Paris, 1981, pp. 37-38.

¹⁸⁰⁸ En principe, le but fondamental de la codification devrait être la substitution formelle des règles juridiques existantes dans leur ensemble par des règles codifiées dans un acte ayant une force obligatoire supérieure que celle des actes antérieurs.

¹⁸⁰⁹ Discours préliminaire sur le projet de Code civil, rapporté in « Jean Etienne Marie Portalis ; écrits et discours juridiques et politiques », PUAM, 1988, présentation A. SERIAUX, p. 180.

Ce point de vue est certes radical, mais il a l'avantage de garder une certaine logique car il correspond le mieux à la définition d'une codification¹⁸¹⁰. Le droit international pourrait-il un jour, à l'image de ce qui se fait en droit interne, être régit par un ensemble de textes hiérarchisés entre eux ? De même, la Charte des Nations Unies serait-elle appeler à assurer le rôle de « Constitution » en droit international public ? Des réponses adéquates à toutes ces interrogations seraient de nature à éclairer sur la nature de la codification en droit international. Il est vrai que, les travaux de la session de l'Institut de droit international à Lisbonne sur les spécificités du droit international¹⁸¹¹ concluent que l'expression « *convention de codification doit être prise comme signifiant toute convention multilatérale contenant des dispositions destinées à codifier ou à développer progressivement les règles du droit international public général* », mais cette définition comporte des limites en elle-même puisque le droit international admet qu'une convention de codification régionale contienne des dispositions qui codifient ou développent progressivement des règles de droit international public général.

D'ailleurs, à ce propos, d'éminents internationalistes issus du monde diplomatique et de l'enseignement n'ont pas hésité, lors du cinquantième de l'existence de la CDI, à faire des propositions allant dans ce sens¹⁸¹². C'est ainsi qu'Alain PELLET a résumé l'une de ces propositions par la mise en chantier d'un *restatement* systématique du droit international (public) dans tous ses aspects¹⁸¹³, qui pourrait se présenter comme une sorte de vaste traité (au sens de manuel) collectif et serait à la CDI ce que son dictionnaire est à l'Académie française : une œuvre de longue haleine, jamais terminée et sans cesse remise en chantier, et à laquelle on pourrait songer à associer des personnalités extérieures, spécialistes reconnus du droit international général ou de certains domaines particuliers, y compris d'anciens Membres de la Commission elle-même.

Autre problème majeur, la présence en droit international public de plusieurs organes de codification non hiérarchisés entre eux. On sait qu'en droit interne, seul le législateur joue le rôle de codificateur, même s'il peut être aidé dans sa tâche par le juge. Cette conception n'existe pas en droit international ; ce qui, au final, pose un véritable problème de cohérence entre les différents instruments de codification. En effet, si le doute n'est pas permis en ce qui concerne la cohérence au sein et entre les instruments de codification rédigés et donc codifiés par un seul et même organe, il n'en va pas de même pour la cohérence entre les instruments issus d'organes codificateurs différents

¹⁸¹⁰ Voir, par exemple, les diverses terminologies possibles du terme de la codification dans le *Dictionnaire des termes juridiques*, *op.cit.*, p. 106 ; de même que dans le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, 1960, pp. 120-3.

¹⁸¹¹ Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Lisbonne, vol. 66. II., 1996, pp. 148-151.

¹⁸¹² Pour plus de détails, consulter *l'Annuaire de la Commission du droit international*, Nations Unies, Vol. I, A/CN.4/SER.4, 1998 ; Rapport de la CDI à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session, juillet 1997, Assemblée Générale, *Documents officiels, Cinquante-deuxième session, Supplément n°10, (A/52/10)*, pp. 106-108.

¹⁸¹³ Voir en ce sens les propositions de MM Francisco OREGO VICUNA et Yves DAUDET, *Pour un meilleur droit international*, pp. 88 -89 ; pp. 142-143.

que le professeur Pierre d'ARGENT qualifie de « cohérence de résultat »¹⁸¹⁴. Dans le même ordre d'idées, la CDI ne dispose pas d'un pouvoir général en matière de codification lui permettant d'intervenir dans la sphère des autres organes de codification en vue de permettre la coordination des textes issus de ces organes et ainsi déboucher sur une cohérence de résultats pour l'ensemble du droit international. Tout comme son pouvoir reste limité quant à la finalité accordée à ces travaux de codification puisque ceux-ci sont systématiquement soumis à l'approbation des Etats pour acquérir force obligatoire, quand ils ne se contentent pas, purement et simplement, d'être de simples recommandations.

En cela, on ne peut affirmer que la CDI maîtrise l'ensemble du processus de codification du droit international découlant de l'article 13 §2 de la Charte. En prenant l'exemple des problèmes découlant d'une succession de convention de codification du droit international sur un même sujet, on se rend compte que les articles 30, 40, 41 et 59 de la CVDT de 1969 qui représentent le droit général en la matière, posent problème. En effet, il peut arriver que les textes de codification ne puissent pas s'intégrer entièrement dans le système envisagé par la convention, car on est arrivé à admettre que le droit international coutumier peut se développer indépendamment d'une codification existante¹⁸¹⁵. Ce fait, dans une certaine mesure, comporte un paradoxe, car comment constater une nouvelle coutume tant que les parties au texte codificateur restent liées par celui-ci ? S'il est vrai que le problème ne s'est pas posé en ces termes sur le plan pratique en ce qui concerne la concurrence entre les deux textes successifs pour les règles relatives à la guerre sur terre, de 1899 et 1907, les difficultés pourraient survenir en ce qui concerne les textes de codification sur le droit de la mer. A cet effet, il serait donc souhaitable que la CDI puisse jouer un rôle de coordination en utilisant de nouvelles compétences : celles qui l'amèneront, à défaut de faire des rapports généraux à destination des Etats, à borner ces rapports aux seules questions examinées par les autres organes et qui posent des problèmes dans leur application en droit international.

2/- Le problème de la distinction entre « codification » et « législation » en droit international

Il existe, en droit international, un reproche traditionnel fait à la codification en ce qu'elle s'opposerait à l'évolution du droit international. Cette opposition viendrait, elle-même, de ce que les Etats, voire le codificateur international a toujours gardé un flou systématique des relations entre la législation et la codification du droit international¹⁸¹⁶. Conformément à certains auteurs qui

¹⁸¹⁴ Cf. Pierre d'ARGENT, « La cohérence des instruments de codification », Intervention lors du Colloque Giorgio GAJA, Rome 29 avril 2011.

¹⁸¹⁵ Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Lisbonne, vol. I, 1995, pp. 15-245.

¹⁸¹⁶ Cf. Manuel Diez De VELASCO VALLEJO, « Législation et codification dans le droit international actuel », in *Le droit international à l'heure de sa codification : Etudes en l'honneur de Roberto AGO*, *op.cit.*, p.248.

associent la question de la législation internationale en termes du résultat atteint au moyen des différents processus de formation de règles, on peut mentionner qu'il existe effectivement une « législation par les Nations Unies », en se référant à la contribution de cette organisation à la conclusion de traités quasi-universels¹⁸¹⁷ et, plus particulièrement, à sa « participation à la formation de normes de droit international »¹⁸¹⁸. Or, s'il est indéniable que cette activité ne saurait être exercée, au sein des Nations Unies, que par l'organe principal qu'est l'Assemblée générale, l'organe subsidiaire qu'est la CDI aurait, néanmoins, un rôle non moins important, vu que c'est à lui qu'échoit le privilège de préparer et proposer à l'AGNU des projets d'articles qui se transformeront plus tard en Conventions, ou qui inspireront la prise de résolutions. A titre illustratif, le projet d'articles sur la responsabilité des États fournit un exemple parfait du processus législatif au sein des Nations Unies¹⁸¹⁹.

De ce fait, il n'est pas faux d'affirmer qu'il existe une relation entre, d'une part, l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international et, d'autre part, l'œuvre de législation internationale, bien que celle-ci ne saurait se limiter à la seule intervention de la CDI¹⁸²⁰. Et, bien qu'il ne paraisse pas possible de soutenir l'existence de traités qui mériteraient le qualificatif de « législatifs », et qui se verraient attribuer une application générale en tant que tels, il convient en revanche de se demander si la CDI n'exercerait pas une œuvre de législation lorsqu'elle opère dans le développement progressif du droit international, bien qu'il ait été admis qu'une telle distinction entre codification et développement progressif du droit international était inopérante et sans intérêt. Cette question a tout son mérite au moment où se produit une multiplication d'accords de codification à vocation universelle, grâce à l'effort constant de l'ONU. En effet, comment expliquer que des Organisations intergouvernementales, notamment régionales, voire appartenant au système onusien, aient la capacité, d'une part, de « légiférer » sur le plan international et, d'autre part, de contraindre les destinataires au respect des règles ainsi édictées ? On sait bien que, dans ces cas, le consentement des États joue un rôle indirect, dans la mesure où il est à la base du traité constitutif de l'organisation, mais quelle différence avec l'ONU, organisation quasi-universelle et ayant reçu le même consentement des États et dotée en plus de compétences générales *ratione materiae*. Parmi ces compétences, on pourrait évoquer celles détenues par l'AGNU, lui donnant mandat de

¹⁸¹⁷ Cf. H. H. HAN, *International Legislation by the United Nations*, New York, 1971.

¹⁸¹⁸ H. BOKOR-SZEGO, *The Role of the United Nations in International Legislation*, trad. de S. SIMON, Amsterdam, 1978, p. 13.

¹⁸¹⁹ Georges ABI-SAAB, Cours général..., *op.cit.*, p.434.

¹⁸²⁰ Dans ce sens, on a précédemment évoqué le problème de la « législation par des organes internationaux » en tant qu'acteurs des processus institutionnalisés de formation de règles. Dans cette hypothèse, la règle de droit n'est plus créée sur le modèle de la ratification des traités mais met en avant des procédures propres à l'Organisation internationale, en vertu desquelles elle établit des règles de conduite générale et formulées de façon abstraite. C'est le cas, par exemple, de l'Organisation de l'Aviation civile internationale, de l'Organisation météorologique mondiale ou encore de l'Organisation Mondiale de la Santé.

promouvoir la codification et le développement du droit international en vertu de l'article 13 § 1 de la Charte.

Mais le problème des relations entre la codification et la législation ne se limite pas au niveau des compétences de l'Assemblée générale¹⁸²¹ ; il englobe aussi depuis toujours la difficulté majeure qu'il y a, en pratique, à opérer une distinction dans la mission de la CDI, entre ce qui relève spécifiquement de la codification et ce qui relève du développement progressif du droit international. Le statut de la CDI lui-même, après avoir rappelé dans son article 1 §1 le but assigné par la Charte, celui de « *promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification* », s'efforce de clarifier et de préciser ce double but à travers son article 15. Mais malgré ces précisions, l'article 15 ne fait pas l'unanimité puisque la doctrine, de façon générale, se montre très critique à son endroit. Plusieurs auteurs, à commencer par Charles de VISSCHER¹⁸²², récusent la distinction entre la codification et le développement progressif et toute conception restrictive de la codification. Ainsi donc, la formulation de l'article 15, bien que se voulant pragmatique pour faire œuvre de clarification¹⁸²³, a non seulement manqué son effet, mais elle a également contribué à relancer les controverses sur l'objectif de la codification, controverses encore visibles plus de six décennies après la création de la Commission. Il y a un large consensus de la doctrine autour de l'idée selon laquelle il ne serait pas concevable de transcrire purement et simplement les principes et règles existants, écrits ou non-écrits ; il y a toujours un apport dont l'ampleur peut être source d'échanges et d'enrichissement entre la Commission, les Gouvernements et les autres acteurs du droit international, étant bien entendu que tous partagent cette assertion de Roberto AGO qui estimait que « *codifier le droit a toujours signifié le modifier en partie, et parfois profondément* »¹⁸²⁴.

Par ailleurs, lorsque le même article 15 indique que le développement progressif vise « *les cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international, ou relativement auxquels le droit n'est pas suffisamment développé dans la pratique* », l'expression « *sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international* » ne peut

¹⁸²¹ Selon le professeur FALK, les résolutions appuyées par un consensus des Etats membres ont un « statut législatif limité » qui permet de parler, dans ces cas, d'une « compétence quasi-législative » de l'Assemblée générale (cf. R. A. FALK, *On the Quasi-Législative Competence of the General Assembly*, *The American Journal of International Law*, 1966, pp. 782-783.)

¹⁸²² Charles de VISSCHER, « La codification du droit international », *RCADI*, 1925, I, p.17.

¹⁸²³ Selon Jean DONNEDIEU DE VABRES, membre de la Commission d'experts, « la distinction entre codification et développement a été conservée pour l'établissement de deux procédures séparées, de façon à ménager ... une place plus large aux intervenants et avis de gouvernements dans le cadre du développement du droit international et inversement, quand il s'agirait de codifier, de laisser plus d'action à l'œuvre doctrinale et proprement scientifique », voir *Annuaire IDI*, 1947, p.225.

¹⁸²⁴ Cf. Roberto AGO, « La codification du droit international et le problème de sa réalisation », *op.cit.*, p.94. L'auteur reprend d'ailleurs la même thèse vingt ans plus tard dans ses « nouvelles réflexions sur la codification du droit international », in *Yves Dinstein (éd), International law at time of perplexity*, Nijhoff, 1989, p. 3 s.

que laisser perplexe même le juriste le plus averti. En effet, il est clair que si un sujet n'est pas encore réglé par le droit international, il va de soi que l'on se situe au-delà du simple développement progressif puisqu'il s'agit ici de faire « œuvre législative » en comblant un « vide juridique » en innovant, en énonçant ou encore en créant une nouvelle règle de droit dans un domaine encore vierge ou inexploré par le droit international. Si les internationalistes venaient à interpréter, de manière plus appuyée, l'article 15 du statut de la CDI, ils devraient convenir que cet organe peut faire office de « législateur international » car disposant d'un pouvoir de création des règles internationales nouvelles. Et tout cela en dépit de la remarque de René-Jean DUPUY pour qui le simple développement progressif suppose qu'il y ait déjà un point de départ et des éléments d'une pratique aussi limitée ou infime soit-elle et à partir desquels les codificateurs peuvent s'engager dans le but de proposer des règles adéquates¹⁸²⁵.

L'un des problèmes actuels auquel reste confrontée la CDI réside d'ailleurs dans la distinction entre ces deux opérations dans la pratique, rejoignant une partie de la doctrine qui la juge sans fondement. Pourtant, Yves DAUDET et Louis DUBOUIS ont fait remarquer de leur côté que la distinction entre les matières entrant dans le cadre de la codification et celles relevant du développement progressif du droit international était intellectuellement concevable¹⁸²⁶. On pourrait même aller plus loin en affirmant qu'une telle démarche semble normale et logique dans l'analyse du processus de codification puisqu'elle permettrait d'identifier les règles acquises, celles qu'il convient d'amender et celles qui sont effectivement nouvelles¹⁸²⁷. Le travail de codification et de développement progressif engagé par la Commission de droit international n'en sera que plus facile, surtout au regard des difficultés auxquelles se retrouve confronté cet organe.

3/- Les limites de la CDI face aux défis actuels du droit international

La Commission de droit international fait également l'objet de critiques d'un autre genre qui s'accompagnent, le plus souvent, de propositions de révision de son statut dans le but de lui rendre ce rôle central qu'elle a de plus en plus du mal à exercer¹⁸²⁸. Par exemple, en ce qui concerne les nouveaux secteurs juridiques du droit international tels que le droit des relations économiques entre

¹⁸²⁵ Selon la remarque de René-Jean DUPUY, « ces avancées du droit sont des espaces vierges ne pouvant se rattacher à une codification, laquelle suppose avoir été précédée par une coutume, même très accélérée », v. « La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire », Mélanges AGO, t. I, p.270.

¹⁸²⁶ Cf. Yves DAUDET et Louis DUBOUIS, « La coutume. Codification », *Jurisclasseur droit international*, t.1, 1991, fascicule 13-3, p.5.

¹⁸²⁷ Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à l'avis de la CIJ sur la question d'une distinction entre les règles qui relèvent de la codification et du développement progressif dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ; des *Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci* et dans *l'affaire du Plateau continental entre la Tunisie et la Libye*.

¹⁸²⁸ Cf. Mohamed El BARADEI, Franck TRACHTENBERG, *The International Law Commission. The Need for a New Direction*, New York, 1981, edited by the United Nations Institute for Training and Research, série Policy and Efficacy Studies, N°. I; notamment p. 17 et s.

Etats, ceux-ci ont été soustraits à la compétence de la Commission pour être confiés à des organes différents comme, dans l'espèce, la Commission du droit commercial international¹⁸²⁹. En outre et selon ces mêmes opinions critiques, la CDI, dans sa composition actuelle, a tendance à manifester une certaine réticence, voire un certain manque d'intérêt à prendre en considération et à étudier les nouveaux domaines du droit international. L'explication étant que la majorité des membres de cet organe préfère se cantonner, essentiellement, à une conception traditionnelle de la fonction de la CDI qui consisterait plus dans la codification et l'explication scientifique et technique des aspects principaux du droit international traditionnel. Pourtant, avec les changements considérables survenus au niveau de la Société internationale, il serait intéressant de voir la Commission adhérer de façon plus efficace à la réalité internationale actuelle. Le professeur PELLET dira que la CDI perd lentement mais sûrement une bonne partie de son influence et qu'elle devrait aller au-delà des matières faisant l'objet d'un accord des Etats si elle veut réellement restaurer son autorité et l'intérêt qu'elle a suscité dès sa mise en place.

Un autre grief fait à l'œuvre de codification concerne l'opportunité de préparation de certains projets d'articles par la Commission, notamment lorsque la doctrine estime en l'occurrence que la matière à codifier n'est pas suffisamment mure pour faire l'objet d'une réglementation conventionnelle. Tout comme on souligne, d'autre part, que les conventions internationales ne peuvent pas toujours jouer un rôle constructif dans le développement du droit international, contrairement au droit coutumier. Selon cette conception, la valeur des conventions internationales s'affirme seulement si on arrive vite à leur entrée en vigueur sans de trop longs délais d'attente des ratifications par les Etats¹⁸³⁰. Or, on connaît les difficultés et les réticences de certains Etats à ratifier, dans un laps de temps convenable, les conventions issues des travaux de codification de la CDI. Cette dernière a fini par faire entrer, dans sa pratique, l'adoption d'instruments n'aboutissant pas à la conclusion d'une convention internationale, à l'image des codes déclaratifs dont l'objectif est de « guider » ou orienter la pratique des Etats dans différents domaines ou faire face à des questions juridiques présentant une certaine complexité.

Mais quelle que soit la manière dont ils sont formulés, ces « codes » ne présentent pas la même efficacité qu'une convention de codification ; or, il est important de signaler que la codification du droit des traités est d'une importance particulière à l'heure actuelle où un nombre assez important d'Etats nouveaux sont devenus depuis peu membres de la communauté internationale. Aujourd'hui, l'humanité doit faire face non seulement à la prolifération de ces nouveaux Etats qui ont, la plupart

¹⁸²⁹ Sur les travaux de la CNUDCI, lire Endre USTOR, *Le développement progressif du droit international commercial. Un nouveau programme juridique de l'ONU*, *Annuaire français du droit international*, 1967, vol. 13, N° 13, pp. 289-306.

¹⁸³⁰ Guy De LACHARRIERE, ambassadeur représentant de la France à la 48^e séance de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa 34^e session en 1979, avait clairement exprimé cette opinion lors de son intervention.

du temps, des points de vue différents des Etats préexistants, mais aussi à une prise en compte, au niveau international, des problématiques autrefois jugées nationales et qui ont engendré une complexification et une interdépendance toujours croissantes des relations internationales et, donc, de la réglementation juridique. On s'interroge également sur la capacité de la Commission à se concentrer sur des problèmes concrets, pratiques, tout en insistant sur le fait que la Commission ne limite son œuvre à la codification des seuls sujets classiques du droit international. Dans ce sens, on souhaiterait la voir se saisir, par exemple, de l'étude des règles et principes du droit international économique et tout particulièrement de ceux qui ont trait à la création du nouvel ordre économique international, comme cela avait été formellement proposé à la Commission par la délégation des Philippines¹⁸³¹.

S'agissant de l'expansion du droit international, on remarquera que les problèmes sont ambivalents puisque, d'une part, ils participent du besoin de l'accroissement de la codification et, d'autre part, ils peuvent constituer une entrave à la codification. Dans le premier cas, les problèmes posés par la fragmentation incitent à la codification du droit international parce qu'ils ouvrent de nouveaux horizons et champs d'intervention des Etats dans les espaces internationaux. Il apparaît donc nécessaire d'encadrer par des règles communes les activités étatiques dans ces espaces ou sur les nouveaux champs pris en compte par le droit international si l'on veut concilier ces Etats et ainsi éviter des conflits entre eux. Sur un tout autre plan, la fragmentation constitue un véritable frein à l'œuvre de codification du fait de l'instabilité juridique et normative qu'elle crée au sein des différents régimes juridiques du droit international. C'est notamment le cas du domaine économique qui se prête très mal à une codification internationale et générale du fait de la fluctuation des échanges internationaux¹⁸³². Lors de son Colloque de 1972, la SFDI avait d'ailleurs fait l'analyse du droit international économique¹⁸³³, aboutissant au constat selon lequel cette branche du droit, où prédomine l'informel, ne peut provenir des organes habituels de codification, mais plutôt de diverses configurations de rencontres entre Etats en dehors de tout cadre organisationnel. On comprend pourquoi la plupart des normes de droit international économiques sont consignées dans des déclarations, recommandations, communiqués conjoints, arrangements, codes de conduites et autres actes concertés dont la variété diffère totalement de celles des instruments auxquels les juristes sont habitués¹⁸³⁴.

¹⁸³¹ V. Rapport de la CDI sur les travaux de sa trente et unième session, Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale durant sa trente-quatrième session, document A/CN.4/L311, pp. 7- 11.

¹⁸³² Cf. G. FARJAT, *Droits économiques*, PUF, 1982 ; A. JACQUEMMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique*, PUF, Que sais-je ?, n°1382 ; C. CHAMPAUD, *Droit des affaires*, PUF, Que sais-je ? n°1978.

¹⁸³³ Cf. Aspects du droit international économique, Colloque de la SFDI, Pedone, 1972.

¹⁸³⁴ Ces actes concertés non conventionnels n'ont attiré la doctrine que très tardivement, notamment à travers les rapports de l'Institut de droit international et les travaux de M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux ayant une

Droit issu des diverses compromissions entre divers Etats, le droit international économique ne pouvait qu'offrir un contenu qui ne répond pas aux conditions de précision et de rigueur comme l'exige l'œuvre de codification¹⁸³⁵. Pour cela, il suffit de se référer aux textes relatifs au commerce international, avec la Charte de La Havane¹⁸³⁶, les accords du GATT¹⁸³⁷ et surtout les récents accords de Marrakech¹⁸³⁸ pour se rendre compte de la complexité et des incertitudes qu'offrent ces instruments normatifs. Ni la « codification », ni le « développement progressif » ne peuvent s'adapter à une telle logique, notamment au regard du temps nécessaire à la réalisation de tels instruments, mais aussi eu égard aux arbitrages entre de nombreux intérêts particuliers et sectoriels qu'exige ce droit aléatoire¹⁸³⁹. Certes la CDI a déjà eu à traiter de divers aspects économiques durant son travail¹⁸⁴⁰ mais elle ne s'est véritablement intéressée à cette question qu'à une seule reprise avec le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée achevée en 1978¹⁸⁴¹. Ce texte n'a d'ailleurs pas donné lieu à une convention et a fini par être écarté en 1991¹⁸⁴². L'une des raisons fondamentales évoquées pour cet échec est que le droit international économique est avant tout un droit régional. De ce fait, le texte ne prenait pas assez en compte les situations particulières des unions douanières ou communautés économiques, les Etats lui préférant les négociations commerciales engagés dans le cadre du GATT. La codification du droit international économique demeure, à ce niveau, un véritable casse-tête et un réel défi pour les organes de codification en tête desquels la CDI.

Par ailleurs, le mouvement de mondialisation est également porteur de stratégie de dérégulation de la vie internationale qui est de nature à susciter une dilution des règles et une atrophie de la codification alors même que Georges ABI-SAAB estimait que cette dernière connaît déjà une phase de rendements décroissants¹⁸⁴³. Certes le droit international ne peut atteindre pour l'instant le degré de codification du droit interne qui s'est fait lentement sur de très longues périodes car les matériaux

portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et les textes qui en sont dépourvus », *Ann. IDI*, 1983, p. 166 s. et 238 s. et de K. SKUBISZEWSKI, « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction normative », *Ann. IDI*, 1977, vol. 57, part II, p. 36 s. et 96 s.

¹⁸³⁵ Même énoncés dans un texte conventionnel, les principes et règles du droit international économique sont souvent énoncés de façon souple et malléable qui vient atténuer les aspects contraignants, cf. R. PLAISANT, « L'organisation internationale du commerce », *RGDIP*, 1950, p. 159 s.

¹⁸³⁶ Voir R. PLAISANT, *idem*.

¹⁸³⁷ Cf. R. FLORY, *Le GATT. Droit international et commerce mondial*, LGDJ, 1968.

¹⁸³⁸ Cf. « La réorganisation mondiale des échanges », Colloque de la SFDI, Pedone, 1996.

¹⁸³⁹ Cette formule a été utilisée par Maurice HAURIOU dans le cadre du droit économique interne, « Le droit administratif de l'aléatoire », *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 197.

¹⁸⁴⁰ On retrouve ainsi divers aspects économiques dans les sujets relatifs à la succession d'Etats et leurs biens, d'archives et de dettes, aux immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, au régime des fleuves internationaux.

¹⁸⁴¹ Cf. *La commission du droit international et son œuvre*, 5^e éd., pp. 195 et s.

¹⁸⁴² Cf. Décision de l'AGNU, n°46/416 du 9 décembre 1991.

¹⁸⁴³ G. ABI-SAAB relève « que l'essor de ce processus de codification et de développement progressif du droit international semble avoir dépassé son apogée et qu'il est entré dans une phase de rendements décroissements, du moins pour ce qui est des sujets classiques du droit international, tout en suscitant un scepticisme grandissant », *RCADI*, 1987, t. 207, p. 151.

utilisés sont encore pour le moment à l'état brut, mais la dérégulation de cette discipline ne saurait demeurer sans réponses. Cependant, il s'agit également d'éviter une « codification à outrance » du droit international qui présenterait indéniablement des dangers pour l'ordre juridique international. En effet, la codification ne doit pas être envisagée comme un but en soi ; elle devrait au contraire permettre une connaissance suffisante des règles de droit par ses sujets et par les citoyens. Or, il existe de plus en plus de matières pour lesquelles une codification générale n'apporte pas de solutions et pour lesquelles la voie d'une « micro-codification semblerait plus prometteuse. Il convient de signaler que dans la plupart des branches du droit international encore non codifiées par ce que le professeur Alain PELLET qualifie de « *dispositif institutionnel « onusien » de production normative* »¹⁸⁴⁴, les conventions passées entre sujets de droit international constituent les outils les plus adaptés dans la mesure où elles regroupent tout le droit applicable dans cette matière, complété en cela par les lois coutumières. Il n'apparaît donc pas nécessaire de les codifier. De même, parfois, le recours à de simples recueils ou à des guides pratiques peut paraître plus approprié.

En somme, même si plusieurs critiques ont été faites quant à l'œuvre de codification opérée par la CDI¹⁸⁴⁵, l'intérêt de la codification du DIP reste d'actualité. En fait, la nécessité d'édicter des règles plus claires et plus systématiques reste primordiale pour l'accroissement de la sécurité juridique internationale. La codification exerce ainsi un travail de « reconnaissance », de « défrichage », de « consolidation », d'« épanouissement » et de « conscientisation » du droit international. La seule crainte que l'on peut observer au XXI^e siècle est celle d'une codification « sacralisante » basée sur des règles du passé et qui induirait un arrêt de progrès dans cette activité¹⁸⁴⁶. Or, si la CDI semble avoir aujourd'hui épuisé les matières à codifier, elle sera de plus en plus appelée à se tourner du côté du développement progressif du droit international, notamment sous les effets de la fragmentation du droit international qui démontre des aspirations de la société moderne. Ce qui conduit directement vers une analyse de cette codification en tant que processus d'intégration des systèmes juridiques du droit international au niveau universel.

¹⁸⁴⁴ Le professeur PELLET utilise cette expression pour qualifier le rôle respectif joué par l'Assemblée générale des Nations Unies, par le Conseil de Sécurité, la Cour internationale de Justice et la Commission de droit international dans la formation de normes juridiques internationales, voir « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », *European Journal of International Law*, vol. , n°3, 1995, <http://www.ejil.org/journal/>

¹⁸⁴⁵ On parle notamment d'épuisement des sujets à codifier, du problème des représentants des Etats au sein des organes codificateurs, de la dualité du régime mis en place faisant coexister imparfaitement un traité de codification avec des règles coutumières ou encore de la capacité de la CDI à embrasser les nouveaux secteurs du droit international et de coller à la réalité internationale actuelle.

¹⁸⁴⁶ Lire à ce propos Manfred LACHS, *Le Monde de la pensée en droit international : Théories et pratique*, Economica, 1989, p. 210.

Section II : La codification comme facteur d'intégration des systèmes juridiques au niveau universel

L'œuvre de codification de la CDI constitue un facteur d'intégration, de modernisation et de progrès dans l'élaboration du droit international surtout quand on sait que la motivation immédiate, la plus aisément décelable, de toute codification est de faire d'un instrument normatif un facteur d'unification du droit *lato sensu*. La tendance à la codification est de nos jours une manifestation de la philosophie dominante, philosophie de la volonté et de l'action, qui de plus en plus se substitue à la philosophie passive de l'évolution historique¹⁸⁴⁷. Le phénomène de mondialisation qui s'est développé même au niveau des normes juridiques internationales appelle nécessairement un besoin d'adaptation de codification de ce droit. Ce mouvement de mondialisation rapproche de plus en plus les branches du droit ainsi que les systèmes juridiques international et national. Plus la norme internationale se développe, plus il existe une cohabitation obligatoire dont le défi est d'être cohérent et effectif. De ce fait, la codification pourrait servir d'instrument de cohabitation des différents systèmes juridiques en cause. Ce qui, sur un plan pratique reste non seulement possible, mais aussi très enrichissant pour la règle de droit en général.

Mais, si la CDI se sent incapable d'embrasser des réformes en se cantonnant prudemment sur une approche simplement technique des questions juridiques, il est certain que ce besoin de transformation et de modernisation s'orientera vers d'autres instances ou institutions contribuant à la formation du droit international. Pour le professeur Yves DAUDET, « *les juristes de la CDI sont certainement prêts à s'engager dans des analyses juridiques sinon audacieuses, au moins nouvelles*¹⁸⁴⁸. Ces nouvelles analyses devraient permettre d'allier tout à la fois les interdépendances entre la *communauté* entendue comme produit naturel d'une solidarité de base spontanément ressentie¹⁸⁴⁹ et la *société* en tant que fruit de la volonté exigeant une mise en œuvre consciente des normes juridiques pour la garantir¹⁸⁵⁰. Dans une société devenue pluraliste, le besoin de créer une solidarité mondiale se fait de plus en plus sentir. Mais pour être acceptable, cette communauté devra marquer le dépassement du relativisme sans pour autant imposer un universalisme uniformisant¹⁸⁵¹. Ainsi, « ... si le droit n'est pas créateur de valeurs, il n'est pas neutre pour autant, car il contribue à la fois à « nommer » les valeurs et à « normer » les comportements humains par rapport aux

¹⁸⁴⁷ Roscoe POUND, *Philosophical theory and International law*; Bibliotheca Vissertana, t. I, p. 89.

¹⁸⁴⁸ Cf. La codification du droit international, colloque de la SFDI de 1999, op.cit., 137.

¹⁸⁴⁹ René-Jean DUPUY, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, *Economica*, 1986, p.15.

¹⁸⁵⁰ *Idem*.

¹⁸⁵¹ Mireille DELMAS-MARTY, Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté internationale, *Regards sur le droit : Au-delà*, in *Pour un droit Pluriel*, François TERRE (Dir.), Académie des sciences morales et politiques, Dalloz, 2010, p. 335.

valeurs »¹⁸⁵². Le droit joue ainsi un rôle de « révélateur » de valeurs¹⁸⁵³. Comme tel, il est également un instrument normatif et donc un processus transformateur¹⁸⁵⁴.

Les transformations dans les secteurs nouveaux du droit international a fait prendre à l'œuvre de codification une nouvelle voie dans l'agenda internationale de façon à ordonner et à coordonner continuellement et efficacement le droit des relations internationales en vue d'établir un corps législatif international avec des pouvoirs obligatoires. La CDI constitue, de ce fait, l'organe le plus sûr qui puisse aller vers des efforts plus souples pour étendre le champ des attentes et des habitudes inter-souveraines fonctionnant à l'image de normes. A cet égard, il semble que l'on puisse attendre deux types d'avantages d'une codification future du DIP : on peut espérer que, la CDI s'adapte, en tous points de vue, aux enjeux actuels du droit international (§1) et que cette adaptation permette un ordonnancement de l'ordre juridique afin de créer, de préserver ou de maintenir la cohérence et l'unité du droit international (§2).

§ 1 : La nécessaire adaptation de la CDI aux enjeux nouveaux du droit international

En l'absence d'un « gouvernement mondial », la double vocation du droit, à savoir, « tracer » et « mesurer », court un risque de dislocation au niveau international car il existe une difficulté dans la transposition des valeurs « singulières » de chaque acteur international en « valeur commune ». D'où la question de savoir si la codification générale du droit international, par l'intermédiaire de la CDI, pourrait néanmoins jouer un rôle pour réduire le désordre actuel et contribuer ainsi à l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs. Pour Ahmed MAHIOU, « *c'est en fonction des conceptions que l'on se fait de la société internationale et du droit international que l'on déduit non seulement le ou les buts de codification, mais aussi les méthodes permettant de la réaliser* »¹⁸⁵⁵. La société internationale et le droit international ayant beaucoup évolué¹⁸⁵⁶, le temps est venu pour la codification de s'adapter au plus près de cette évolution, particulièrement en ce qui concerne ses buts et ses objectifs. Selon une opinion minoritaire admise, la codification devrait se fixer comme but de rassembler et de présenter sous une forme pratique les préceptes et règles en vigueur en droit international. Mais pour une autre opinion, cette conception de la codification, si elle représente une

¹⁸⁵² Idem.

¹⁸⁵³ En qualifiant certains comportements de « crimes contre l'humanité », le droit international pénal fait apparaître l'humanité comme victime et comme valeur à protéger ; de même, lorsqu'elle proclame l'égalité de dignité de tous les êtres humains, la Déclaration universelle des droits de l'homme exprime une conception nouvelle de ces droits, marquant ainsi l'indivisibilité de l'ensemble.

¹⁸⁵⁴ Mireille DELMAS-MARTY, *op.cit.*, p. 336.

¹⁸⁵⁵ Cf. La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, *op.cit.*, p. 41.

¹⁸⁵⁶ L'évolution de la société internationale implique l'évolution des relations internationales, l'évolution et la spécificité du Droit international Public, et la question de la globalisation. Pour plus de lectures : Marie-Hélène RENAULT, Histoire du droit international public, Ellipses, Didact Droit, P. U. Rennes, 190 p. ; Dominique GAURIER, Histoires du droit international : Auteurs, doctrines, et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine, PUF, 525p.

première étape nécessaire¹⁸⁵⁷, reste étriquée. Cette autre opinion prône plutôt comme ambition de codification la rénovation et la restructuration du droit international pour passer, selon les termes d'A. ALVAREZ, « d'une vision traditionnelle individualiste à un nouveau régime dit de l'interdépendance sociale »¹⁸⁵⁸.

C'est donc à cette vision nouvelle que devrait s'adapter la CDI par rapport aux buts et objectifs de codification (A), mais aussi par rapport à ses méthodes de travail et au résultat de ses travaux (B).

A/- L'ADAPTATION RELATIVE AUX BUTS ET AUX OBJECTIFS DE CODIFICATION

La société internationale moderne est une société « *an-archique* » selon l'expression d'Helène RUIZ FABRI¹⁸⁵⁹. Par conséquent, parler d'établir un ordre public en droit international équivaldrait à mener une réflexion sur l'existence de règles ou activités destinées à protéger l'ordre de la Société internationale et à sauvegarder les intérêts de la « Collectivité internationale ». Autrement dit, cela reviendrait à mettre en exergue toutes les normes d'origine internationale qui alimentent substantiellement l'ordre public qu'il s'agisse de conventions internationales, de règles de *jus cogens*, de règles *erga omnes* ou encore de principes généraux du droit, principes communs à de nombreux ordres juridiques et qui sont appelés à constituer ce qu'on appelle parfois « *l'ordre public véritablement international* »¹⁸⁶⁰. Or, pour éviter les conflits entre concepts provenant de divers sous-systèmes juridiques ainsi que l'éparpillement des sources du droit, le regroupement de l'ensemble des notions communes à ces entités autour de concepts fédérateurs est une exigence qui s'impose d'elle-même du fait de la recherche d'unité.

Il appartient donc désormais à la CDI de pouvoir combiner des fonctions qui découleront naturellement du degré variable d'autorité attaché à un moment donné à ses projets et à ses commentaires. Il est donc possible qu'une grande partie de ses travaux suive la même voie que certains des grands travaux de codification accomplis dans le domaine du droit interne. Ils ne constitueront pas seulement des actes de constatation du droit international, mais également, au besoin, des actes législatifs et politiques sur le plan international¹⁸⁶¹. Pour ce faire, il lui faut non

¹⁸⁵⁷ Cette conception attire l'attention sur une première étape d'un inventaire aussi complet que possible des règles et pratiques existantes comme point de départ de l'œuvre de codification à proprement parlé.

¹⁸⁵⁸ Cf. *Annuaire de l'IDI*, 1947, p. 45.

¹⁸⁵⁹ Helène RUIZ FABRI, L'ordre public en droit international : in « *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* », Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Droit et justice 29, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 85.

¹⁸⁶⁰ *Idem*, p. 87.

¹⁸⁶¹ Il ne résulte pas des considérations qui précèdent que la Commission sera dispensée de déclarer en premier lieu le droit existant. C'est en cela que réside sa tâche primordiale et il est probable que la Commission désirera s'en acquitter chaque fois qu'elle le pourra. Dans le domaine de la codification, par opposition à celui du développement du droit international, le but principal de la Commission ne se confond pas avec celui d'un législateur international. Sa tâche est essentiellement et en premier lieu celle d'un juge. Elle doit déterminer la règle de droit et la présenter sous une forme précise, systématique et aussi détaillée que le permet le principe fondamental du droit, à savoir sa généralité indispensable.

seulement combler les lacunes du droit positif et suppléer aux manquements des régimes spéciaux (1) mais aussi maintenir un régime de « droit commun » face à l'évolution actuelle du droit international public (2). Tout cela aboutira nécessairement sur une modernisation des concepts de base du DIP par le rapprochement des principaux systèmes de droit que sont la culture romano-germanique et celle de la *common law* (3).

1/- Le rôle du droit général : combler les lacunes du droit positif et les manquements des régimes spéciaux

En plus de formaliser les règles déjà existantes, la codification constitue une excellente « *œuvre d'innovation tendant, soit à combler les lacunes du droit, soit à remplacer les anciennes règles par des règles nouvelles* »¹⁸⁶². De manière générale, aucune disposition relevant d'un régime spécial ne peut limiter le champ d'application d'un secteur ou domaine du droit international aux seules règles édictées dans son cadre. A partir de cette hypothèse, il s'ensuivrait normalement que les systèmes qualifiés d'autonomes continuent d'être régis par les préceptes du droit international public, au moins dans la mesure où ils n'ont pas été sous-traités, déviés de, ou autrement remplacés par des préceptes relevant de la *lex specialis*. Ainsi, face aux risques et aux conséquences politiques que pourraient faire courir l'isolément d'un régime, plusieurs auteurs espèrent voir évoluer la relation entre le droit international public général et les règles des différents régimes valables en droit international. Ceci afin d'éviter que les dérogations multiples qui visent certains principes du droit international général, tels que les aspects particuliers de la responsabilité de l'Etat, notamment en ce qui concerne les règles commerciales, ne viennent accentuer les risques de voir l'unité du droit international s'effriter encore un peu plus.

Or, si l'on venait à lier ces risques à l'œuvre de codification, on s'aperçoit qu'en la matière, la CDI devrait occuper une place importante, c'est-à-dire avoir une position supérieure et un statut spécial dans le droit international. Elle devrait être considérée comme l'organe principal en matière de codification et les autres organes comme des « lois spéciales ». Ceci afin d'éviter que les autres organes ne viennent empiéter, porter atteinte ou restreindre son travail. Son rôle par rapport aux autres organes serait de combler les lacunes et suppléer les manquements ou les vides laissés par ces derniers. N'étant pas dans la position d'un organe ou d'une conférence internationale qui rechercherait toujours l'unanimité ou la quasi-unanimité, elle pourrait s'appuyer à la fois sur sa compétence suffisamment étendue et sur son mandat suffisamment souple pour examiner les divergences nationales variées dans le cadre d'une tâche de législation et de politique internationales pris dans leurs sens le plus large. Comme l'indiquait un document officiel des Nations Unies

¹⁸⁶² Cette affirmation est de Nicolas POLITIS devant l'Assemblée de la Société des Nations ; voir Nicolas POLITIS, SDN C. 548. M. 196, 1927, V.

consacré à l'« examen d'ensemble du droit international » par l'œuvre de codification¹⁸⁶³, l'accomplissement d'une telle tâche par la CDI pourrait être facilité par une compilation, un tableau d'ensemble indiquant les divergences entre les pratiques gouvernementales, les lois nationales et la jurisprudence des tribunaux en ce qui concerne l'ensemble du droit international. Pour ce faire, il serait souhaitable que la Commission soit encouragée à produire une étude spéciale consacrée à ces divergences ainsi qu'un travail critique des raisons d'être de ces divergences.

Par conséquent, lorsque des divergences se manifestent dans la pratique, il appartiendrait à la Commission de trouver des solutions ou des pistes de solution à la difficulté provenant de l'absence d'une règle de droit international directement applicable à la situation incontestablement nouvelle dont sont saisis les juges et qui les amène à donner à une même question de droit des solutions divergentes. Dans l'exercice de sa tâche de codifier le droit, elle doit, soit choisir entre des affirmations opposées, soit, ce qui est plus rationnel, présenter une solution qui ait le caractère d'un compromis, non pas d'ordre diplomatique mais d'un compromis tenant compte des exigences de la justice, de l'intérêt général de la communauté internationale, du progrès international et du règlement amical des relations internationales, ainsi que des règles établies de droit international dans d'autres domaines, si ces règles ne sont pas en contradiction avec ces exigences.

De plus, au-delà même de cette fonction créatrice propre à la Commission qui voudrait qu'elle limite les cas de divergences dans la pratique existante qu'elle aura constaté, rien ne l'empêche, même dans les cas où la pratique n'accuse pas de divergences marquées, d'examiner une règle en tenant compte des progrès et des exigences de notre époque et de proposer d'améliorer et de modifier le droit existant dans la mesure où l'intérêt de la justice et du progrès social international le demande. Bien au contraire, il en va de sa compétence après qu'elle ait, au préalable, établi qu'il s'agit là d'une règle incontestable de droit international. En agissant de la sorte, tant dans les cas d'accord que de désaccord dans le droit et la pratique existants, non seulement la Commission respecterait les dispositions de son statut au regard de sa tâche de codification en général, mais elle serait également en mesure de ramener à leurs justes proportions les divergences et les particularités des droits nationaux et des pratiques judiciaires ou autres.

Rappelons ici que ce sont ces divergences de pratiques qui sont à l'origine de ce que l'on qualifie d'échec des régimes spéciaux. On pourrait conclure à l'échec d'un régime spécial lorsque l'on ne peut raisonnablement compter que le droit spécial remplira convenablement les objectifs pour lesquels il a été adopté. Cet échec pourrait se manifester, entre autres, par la non-réalisation par les institutions du régime spécial des buts qui leur ont été fixés, le non-respect persistant par une ou

¹⁸⁶³ Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international (mémoire du Secrétaire général), Nations Unies, Document A/CN.4/Rev.1, Extrait de *l'Annuaire de la CDI*, 1949.

plusieurs parties, la désuétude, le retrait de parties dont le rôle est déterminant pour le régime. Mais c'est avant tout par une interprétation de ses instruments constitutifs que l'on doit déterminer si un régime a « échoué » en ce sens. Le champ d'application du droit spécial étant par définition plus étroit que celui du droit général, il arrivera donc souvent qu'une question non régie par un droit spécial se pose au sein des institutions chargées de l'administrer. Dans de tels cas, le droit général pertinent devrait toujours être applicable¹⁸⁶⁴.

Cependant, une telle conception suppose, une fois envisagée par la CDI, de faire prévaloir une nette priorité à la fonction de « développement progressif du droit » qui lui est dévolue par son statut, par rapport à son autre fonction de simple codification du droit coutumier existant. En effet, l'observation des pratiques montre que les règles spéciales ou régionales occupent désormais une place croissante en même temps qu'elles permettent un perfectionnement de la méthode comparative. C'est à partir de ce perfectionnement que ces règles sont appelées à renforcer l'effectivité de la norme universelle en cas d'imprécision de la définition internationale. Mais, pour se faire, il doit y avoir systématisation dans le sens d'une recherche d'un « dénominateur commun » permettant d'éclairer l'application des normes imprécises du droit international général tout en évitant le soupçon de la subjectivité du juge¹⁸⁶⁵. Et c'est ici tout le rôle que devrait jouer la CDI en évaluant les incertitudes et arriver à créer des relations de « bon voisinage », d'échanges mutuels mais surtout en permettant au droit international général de se nourrir des apports des différents sous-systèmes normatifs de l'ordre juridique international.

Elle dispose pour cela de plusieurs moyens. Le premier d'entre eux consiste dans une codification « intensive »¹⁸⁶⁶ comme méthode de résolution des conflits normatifs. D'après le professeur MAHIOU, cette codification consiste non plus à une ambition de prendre en compte l'ensemble des matières du DIP, mais à « densifier »¹⁸⁶⁷ ou à labourer certaines en profondeur. Cela revient pour la CDI de reprendre à son compte les règles et principes développées au sein des régimes autonomes ou spéciaux du droit international afin de les harmoniser en prenant en compte leurs imperfections,

¹⁸⁶⁴ Ainsi, dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), CEDH, 2001-XII, p. 351, par. 57, la Cour européenne des droits de l'homme a analysé les relations entre la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international général en ces termes: «la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en considération toute règle de droit international éventuellement pertinente lorsqu'elle examine les questions liées à sa propre compétence et, donc, déterminer la responsabilité de l'État selon les principes de droit international en vigueur, même si elle doit garder à l'esprit que la Convention présente ce caractère particulier d'être un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention devrait être interprétée dans toute la mesure possible en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie.».

¹⁸⁶⁵ Jacques DEHAUSSY, La Commission du Droit International des Nations Unies, *Annuaire français de droit international*, volume 13, 1967, pp. 435-445.

¹⁸⁶⁶ Cf. La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, Pedone, 1999, p. 26 et s.

¹⁸⁶⁷ L'expression a été utilisée par D. BARDONNET, « De la densification des frontières terrestres en Amérique Latine », *Mélanges Colliard*, Pedone, 1984, p. 3.

leurs faiblesses et leurs lacunes révélées par la pratique de la société internationale. Il en ressortirait une compréhension « générique » des expressions développées par chacun d'eux et une interprétation plus harmonieuse des phénomènes nouveaux du droit international. Aussi, l'évolution de la diffusion des normes internationales relatives aux droits de l'homme, à l'environnement, au terrorisme, aux espaces, etc., ne peut rester neutre sur l'évolution des règles régissant chacun de ces domaines, qu'il s'agisse de les codifier ou de les développer progressivement. Il est donc tout à fait normal que la codification déborde du cercle « étriqué » des sujets immédiats du droit international pour s'étendre et parvenir aux actions des autres acteurs individuels ou collectifs. Cela s'entend du besoin de contribution à un droit international plus clair, plus logique et plus cohérent.

Un autre moyen serait pour la CDI de proposer des méthodes de relevance entre les différents ordres et systèmes juridiques en droit international. A ce propos, Santi ROMANO rompt radicalement avec le monisme et le dogmatisme juridiques. Pour lui, il existe un pluralisme juridique qui réside dans la conception qu'il existe autant d'ordres qu'il existe d'institutions¹⁸⁶⁸. Dans un contexte de pluralisme juridique, l'unité générale s'aperçoit donc entre les ordres juridiques au regard de la notion de « relevance ». Pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soient conformes aux conditions de mise en œuvre par un autre ordre »¹⁸⁶⁹. Cette notion permet donc d'élaborer différents types de rapport de hiérarchie, mais aussi de succession, de dépendance et d'inter-influence entre les ordres juridiques. En conséquence de quoi, les ordres juridiques spéciaux doivent agir en conformité avec le droit international général, c'est-à-dire que le concept de « relevance » oblige que les ordres juridiques spéciaux soient structurellement liés au droit international général et évite ainsi que les normes, tout comme les institutions, ne puissent exister dans un *vacuum*.

Le dernier moyen dont pourrait user la CDI pour combler les lacunes des systèmes spéciaux face au droit général, consiste dans la prise en compte et la généralisation du principe de précaution en droit international, vu que les juridictions internationales n'ont jamais consacré un principe général de précaution ayant force obligatoire. L'absence de consensus qui existe autour de cette notion aux contours encore imprécis pourrait expliquer les raisons de ce manquement. En tant qu'organe de codification, la CDI pourrait se saisir de cette notion et lui donner plus d'envergure en droit international. D'ailleurs, la question est de plus en plus évoquée au niveau cet organe où l'on estime qu'en matière de précaution, les nouveaux projets d'articles suivent « *les évolutions (...) bien plus qu'ils ne les accompagnent et les précèdent encore moins* »¹⁸⁷⁰. Les membres de la CDI vont même

¹⁸⁶⁸ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1946, p. VII. *supra* note 43 à la p. 77.

¹⁸⁶⁹ *Idem.*, p. 106.

¹⁸⁷⁰ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 2000-I, n°18, p. 261.

jusqu'à estimer que le silence du droit général quant au principe pourrait constituer un danger dans la mesure où il « freinerait le renforcement du principe »¹⁸⁷¹. Certains en viennent ainsi à considérer que le principe de précaution « n'est plus un simple principe politique mais un principe juridique authentique et fondamental »¹⁸⁷². L'autorité du droit international pourrait être mise à mal et par là même échouer dans ses objectifs de prévention des différends et de stabilité des relations internationales¹⁸⁷³. Ici encore, la CDI serait dans le respect parfait de son Statut, et même de l'article 13 de la Charte puisque celui-ci prévoit qu'en l'absence de solutions satisfaisantes, le juge collabore activement avec la CDI qui assure le développement progressif et la codification du droit international (Art. 13 de la Charte de l'ONU). Il y a là matière à maintenir un régime de « droit commun » en droit international.

2/- L'utilité du maintien d'un régime de « droit commun » face à l'évolution actuelle du DIP

Au-delà de l'aspect purement technique de l'œuvre de codification, il y a dans toute entreprise de codification un élément qui prime sur tous les autres : c'est l'esprit général qui l'inspire. En effet, les relations juridiques entre États dont la réglementation est l'objet de la codification tendent à revêtir un caractère d'universalité de plus en plus accentué car leur développement toujours croissant tend à multiplier dans tous les domaines les points de contact entre l'activité internationale de tous les États. A cet effet, le droit international devrait coller aux faits et, pour ce faire, il est appelé à tendre vers l'universalité au même titre que les relations qu'il est appelé à régir. Or, dans une telle perspective et contrairement aux autres organes de codification, un esprit doit présider aux travaux de la CDI, au caractère général que ses travaux doivent revêtir, au choix des matières à codifier, enfin à la méthode de travail, à la technique et au résultat final de ses travaux. Cet esprit vise à limiter les particularismes juridiques nés de l'expansion et de l'évolution du droit international. Il faut cependant admettre qu'une telle évolution se fera lentement et qu'il subsistera toujours des situations particulières qui s'opposeront à une réglementation complètement uniforme de tous les rapports internationaux¹⁸⁷⁴.

Quoi qu'il en soit, le travail de codification devrait s'envisager comme une œuvre de reconstruction ou de restauration générale du droit international permettant une entente sur les principes fondamentaux qui apparaissent comme la condition préalable d'un travail de consolidation et de

¹⁸⁷¹ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, p. 68.

¹⁸⁷² C'est notamment le cas du Rapporteur spécial, M. RAO (cf. *Annuaire de la CDI*, 2001-I, p. 70).

¹⁸⁷³ CDI, rapport 2000-II.

¹⁸⁷⁴ Ces situations particulières sont notamment dues aux conditions géographiques, économiques ou politiques, qui contribuent à grouper entre eux certains États dans un sentiment de solidarité spéciale tout en donnant naissance à un certain particularisme juridique.

clarification du droit, visant à préciser et, par conséquent, à perfectionner son application. Rappelons que, déjà à l'origine, l'une des ambitions poursuivie par l'œuvre de codification du droit des traités visait à retrouver l'universalité du droit international en définissant un langage commun à tous les Etats¹⁸⁷⁵. Cette recherche était motivée par l'augmentation du nombre de textes en droit international qui traduisait également une augmentation du nombre des missions dévolues aux personnes publiques qui investissent de nouveaux champs d'intervention à explorer, au point où l'on se pose aujourd'hui la question de savoir si la *concurrence des sources*¹⁸⁷⁶ du droit équivaut à un signe de crise en droit international. Il est vrai en effet que c'est dans le domaine du droit des traités que la nécessité d'une codification générale se pose avec beaucoup d'acuité en droit international car, avec l'arrivée de nouveaux acteurs, le nombre de traités a exponentiellement augmenté, mêlant aussi bien la branche privé que public de cette discipline. La codification du droit des traités est donc l'un des domaines dans lesquels la CDI devrait plus encore axer ses travaux dans le futur si elle souhaite apporter des solutions concrètes au problème des conflits de lois.

Il apparaît clairement que ce domaine a encore besoin d'un approfondissement pour au moins deux raisons : la première est liée à la multiplication des instruments juridiques dans les divers domaines du droit international et qui pose le problème de leur interprétation devant les tribunaux... Il en découle que le rôle principal de la codification est d'identifier les règles et principes qui régissent tel ou tel domaine pour leur donner une formulation écrite et solennelle, en adéquation avec le droit international général et entre régimes autonomes. En constatant et en consolidant les règles issues des systèmes autonomes, la Commission permettrait de rendre leur effet plus évident et, à certains égards, les rendre visibles et accessibles pour aider à leur connaissance et à leur diffusion. A ce propos, Jean François PERRIN affirmait que : « *La Théorie du droit doit assumer souvent la délicate mission d'exprimer en termes généraux ce qui se pratique déjà légitimement mais silencieusement. Le discours pluraliste n'est pas encore maîtrisé. Le dire fait plus peur que le faire* »¹⁸⁷⁷. Ramené au stade de la codification, cette conviction acquiert l'assentiment car, s'il existe en droit international autant de législateurs que d'Etats souverains, l'identification des règles créées en dehors des Etats souverains devrait plutôt se faire par l'intermédiaire d'un organe mondialement reconnu pour mener à bien une telle tâche. La clarté de l'énoncé des règles étant l'un des objectifs de la codification, on ne pourrait aboutir qu'à la formulation de règles permettant une

¹⁸⁷⁵ René-Jean DUPUY, Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlements, *In Annuaire français de droit international*, volume 15, 1969, pp. 70-91.

¹⁸⁷⁶ Selon l'expression de Sadok BELAID, « Sources normatives concurrentes et droit international : le bouleversement d'un système de droit déjà en crise », in *Rencontre de la faculté de droit de Tunis, Acteur non-étatique et droit international*, Pedone, 2006, p. 23 et s.

¹⁸⁷⁷ Jean-François PERRIN, « Les relations entre la loi et les règles de bonne foi : collaboration ou conflit internormatif ? (de la théorie de la sociologie de l'abus de droit) », dans P. AANCEL, G. AUBERT et C. CHAPPUIS, *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2000, p. 42.

compréhension et une interprétation aisées en vue d'une meilleure application. Il est également important, d'assurer une bonne articulation entre les différentes normes internationales en réduisant, au minimum, les ambiguïtés, les obscurités et les faiblesses. Et même si, dans l'ensemble, les travaux accomplis par les différents organes de codification répondent à ces attentes, il existe encore plusieurs limites, dans certains domaines, notamment du fait de l'usage de la règle d'exception¹⁸⁷⁸.

La seconde raison est liée à la pratique des réserves qui, comme il a été déjà noté, pose le problème de l'universalité et de l'intégrité des normes en droit international. Il convient là également que la CDI revienne sur l'examen des règles entourant la décision majoritaire et le respect de la minorité, la liberté de faire des réserves et ses limites¹⁸⁷⁹. Pour rappel, il ne s'agit pas de revenir sur les dispositions pertinentes des conventions successives de Vienne de 1969¹⁸⁸⁰, 1978¹⁸⁸¹ et 1986¹⁸⁸², mais plutôt d'adopter un « code de conduite général » ou mieux un guide de la pratique en matière des réserves à l'intention des Etats et des organisations internationales. L'objectif visé étant celui d'aider ces acteurs à bien interpréter et appliquer les dispositions existantes en les rendant opérationnelles.

Finalement, le droit international contemporain ne saurait échapper à cette règle et ignorer de « se bâtir » autour d'une théorie générale. C'est ici qu'il faut se rappeler la distinction sur laquelle on a insisté dans les premiers chapitres de cette étude entre les règles normatives ou primaires et les règles simplement techniques ou secondaires. Les premières relèvent de la science, qui peu à peu, en dégage les conséquences; elles doivent dominer constamment l'œuvre législative; mais, pour cette raison même, elles ne doivent pas s'incorporer dans cette œuvre. Les règles constructives ou techniques, au contraire, forment matière à législation, parce qu'elles sont essentiellement œuvre contingente, œuvre de pratique et de volonté. Il faut également dire que les concepts utilisés dans l'ordre juridique spécial ne sont pas toujours des concepts « purs » ou de « type idéal » qui pourraient, en toute circonstance, prétendre à une reconnaissance générale par la communauté des Etats. On imagine ici une œuvre de codification qui puisse aboutir sur un rassemblement, dans une seule et même convention, de tous les grands principes généraux du droit applicable en matière de traités. Son objectif serait de traduire juridiquement des notions issues des matières dont le vocabulaire est étranger au droit (rôle des principes généraux du droit). Comme le signifiait

¹⁸⁷⁸ Lire notamment à ce propos l'article de Terry OLSON et Paul CASSIA, *Le droit international, le droit européen, et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, Coll. Les Notes, Droit et justice, 2006, 64p.

¹⁸⁷⁹ Cf. P. H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, 1979 ; G. TEBOUL, « Remarques sur les réserves aux traités de codification », *RGDIP*, 1982, p. 676 s. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, PUF, 2^e édition, 1985, p. 71 s. S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Economica, 1985, p. 249 s.

¹⁸⁸⁰ Convention sur le droit des traités du 23 mai 1969.

¹⁸⁸¹ Convention sur la succession d'Etats en matière de traités du 23 août 1978.

¹⁸⁸² Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986.

MORAND-DEVILLER : « *La fidélité de la traduction est d'autant plus importante que le langage du droit n'est pas neutre, qu'il crée des droits et obligations, construit des valeurs et une sécurité qu'une transposition maladroite mettrait en péril* »¹⁸⁸³.

Il s'agit particulièrement de rechercher le rassemblement autour d'une idée commune, la spécificité des représentations et l'objectivité des propriétés nécessaires pour construire un « *ordre juridique global* ». Dans un tel contexte pluridisciplinaire, l'objectif serait d'élaborer un lexique spécifique fait de concepts fédérateurs afin de créer un « *langage commun* » qui emporterait l'adhésion et la compréhension de tous les acteurs internationaux. En ce domaine, il va de soi que la doctrine de la CDI a un rôle déterminant, qui peut développer utilement critères, typologies et concepts dont l'utilité pratique serait considérable au plan international. Pour parvenir à relever ces défis, le système de codification doit nécessairement se plier à une adaptation permanente, préserver sa hiérarchie particulière des sources qui le distingue des autres systèmes juridiques et s'ouvrir à de nouveaux modèles, de nouvelles façons de dire le droit.

3/- La modernisation des concepts de base en vue d'un rapprochement entre les principaux systèmes de droit international

La codification renferme toujours un certain minimum d'éléments législatifs, par cela seul que, visant à mettre fin à des pratiques ou à des interprétations divergentes, elle tend à modifier dans le sens de l'unité l'état actuel du droit positif. En cela, elle constitue un outil pour la modernisation des concepts juridiques de base et assure, par la même occasion, le rapprochement entre les principaux systèmes de droit international que sont la culture romano-germanique et celle de la *common law*. Si un très grand nombre de principes en droit international est plutôt issu du « droit international classique » dominé par le droit occidental, beaucoup sont aujourd'hui le produit d'un droit comparé mettant en parallèle, par analyse et induction, tantôt le droit de la *common law* et le droit civil, tantôt le droit européen et le droit non européen, tantôt enfin le droit communiste et le droit occidental¹⁸⁸⁴.

Certes, il existe une différence fondamentale entre le système de la *common law* et le droit continental qui se résume au fait que, le premier étant essentiellement jurisprudentiel, il n'admet la présence des codes à l'image du second. Les caractères de fonctionnement du système de *common law* sont à ce titre résumées par Sylvaine PERUZZETTO pour qui « *[L]a common law est l'ensemble des règles immanentes, simplement révélées par le juge lorsqu'il y a un procès mais préexistantes. La règle révélée se trouve donc dans les nombreux recueils de jurisprudence, mais la règle fondamentale existe toujours et partout. Il en résulte un lien direct et étroit entre les individus*

¹⁸⁸³ Jacqueline MORAND-DEVILLER, Jean-Claude BONICHOT, Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement, Mission de Recherche Droit et Justice, novembre 2008, p. 2.

¹⁸⁸⁴ Cf. Edward MCWHINNEY, Les Nations Unies et la formation du droit, Pedone/Unesco, 1986, p. 13.

et les règles de droit. L'on comprend que l'idée d'une codification soit déplacée dans ce contexte, d'autant qu'elle créerait entre les sujets et la règle un fossé, que l'esprit du système condamne »¹⁸⁸⁵. Le besoin de rapprochement entre l'un et l'autre des systèmes est justifié aussi bien par la nécessité de transparence et de clarté des normes internationales que par la nécessité de sécurité juridique.

Déjà, il faut constater que le mouvement de mondialisation a été un puissant élément de rapprochement entre le droit civil et la *common law*. On note ainsi que plus la norme internationale se développe, plus il existe une cohabitation obligatoire entre les deux systèmes juridiques dont le défi est d'être cohérent et effectif. Le cas du *Code civil du Québec* est un bel exemple de codification subissant l'influence du contexte international tant par son style de rédaction que par ses références au droit comparé¹⁸⁸⁶. Il témoigne aussi fort bien du fait que la cohabitation des deux systèmes juridiques les plus importants au monde, *common law* et droit civil, est non seulement possible, mais aussi très enrichissante pour la règle de droit. S'il est vrai que le second est sans doute plus adapté à la régulation et à une conceptualisation qui emprunte au langage des praticiens, le premier privilégie davantage l'abstraction et le classement catégoriel. Or, une telle diversité d'approche n'est pas un réel handicap mais plutôt un enrichissement mutuel à condition de favoriser tout aussi bien un langage commun que des concepts unifiés.

Pour l'heure, force est de constater que la globalisation a exacerbé les phénomènes de compétition juridique au sein même du monde occidental, opposant les modèles romano-germaniques aux modèles de *common law* et évoquant l'idée d'une compétition entre les deux principales zones d'influence, malgré l'hétérogénéité des uns et des autres¹⁸⁸⁷. Dans son inventaire établi en 2000, la CIA réduit, de façon presque caricaturale, la diversité du monde à une carte en trois couleurs où figurent les deux grandes familles occidentales (*common law* et famille romano-germanique), tous les autres systèmes (y compris celui de la Chine et ceux des divers pays d'Islam), étant représentés comme une zone blanche, qui semble regrouper les territoires à conquérir par les marchands de droit, nourrissant la crainte d'une conquête de la *common law* ou même d'une « américanisation du droit »¹⁸⁸⁸. Dans le même ordre d'idées, un rapport plus récent de la Banque mondiale, « Pratique des affaires » (*Doing business*) - consacré en 2004 à « comprendre la réglementation » et en 2005 à « éliminer les obstacles à la croissance » - semble favoriser la transplantation des systèmes de *Common Law*, au risque de confondre l'efficacité des relations économiques et leur légitimité. Pour

¹⁸⁸⁵ Cf. Sylvaine PERUZZETTO, La codification du droit de l'Union européenne, article publié sur www.codification_communautaire.doc, février 2009, s. p. 4.

¹⁸⁸⁶ Gil REMILLARD, Ministre canadien de la justice, Contribution lors du Colloque international sur la codification du droit des 19, 20 et 21 septembre 2009, Université de Laval, cf. <http://www.ulaval.ca/fd/colloque-codes/>

¹⁸⁸⁷ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, p. 147.

¹⁸⁸⁸ M. GUENAIRE, « La *common law* ou l'avenir d'une justice sans code », in *Le Débat*, Gallimard 2001, p. 51 ; *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, Dalloz 2001, n°34.

démontrer la supériorité des « bonnes lois », les auteurs du rapport privilégient les critères quantifiables et valorisent le droit positif formel au détriment de la réception sociale¹⁸⁸⁹. En outre, les théories du choix rationnel qui inspirent le rapport reposent sur le postulat d'un législateur national autonome et maître du jeu, ignorant la complexité des interactions, normatives et juridictionnelles, qui résultent des lois extraterritoriales, des normes régionales ou encore des conflits potentiels entre normes à vocation mondiale (ONU, OMC, OIT, etc.).

On aboutit ainsi à surévaluer la division occidentale (*common law*, famille romano-germanique), au point de considérer comme négligeable l'apparition d'ensembles régionaux développant, par fécondation croisée (*cross fertilization*), d'autres processus d'unification. Subsiste de ce fait une difficulté dans la recherche de passerelles entre le droit de la *common law* et le droit continental alors que l'un est essentiellement inductif et l'autre déductif, difficulté en partie résolue dans le cadre de l'harmonisation européenne par le constat que toute science part d'un stade descriptif pour passer par un stade inductif puis déductif afin d'arriver à un stade axiomatique¹⁸⁹⁰. Pour le codificateur qu'est la CDI, il convient d'appliquer en matière de droit international une méthode constructive ou encore sociologique afin de limiter au maximum les désaccords et les divergences dans le droit et la pratique en énonçant de solutions qui reposent à la fois sur les principes fondamentaux du droit international et sur les traditions juridiques des différents pays. Ceci en vue d'éviter l'imposition d'un système unique, et donc d'une seule vision en droit international, qu'elle soit nationale, sous-régionale ou régionale.

Comme on peut l'observer, la codification du droit international public, quelle qu'en soit la forme, présente certains défis pour l'avenir. Le premier est d'apprivoiser le phénomène récent de la mondialisation; le deuxième, de parvenir à gérer la tendance moderne de la complexification du droit engendré par sa fragmentation ; et le troisième, enfin, d'éviter le morcellement de la normativité internationaliste. Pour faire face à tous ces défis, la CDI se doit non seulement de s'adapter aux enjeux actuels mais, il lui faut également revisiter ses méthodes de travail tout en donnant une nouvelle orientation au résultat de ses travaux. Cela d'autant plus que les méthodes suivies par la Commission et la lourdeur des procédures employées sont l'une des causes de la variété des codifications.

¹⁸⁸⁹ Ch. JAMIN, « Les pièges de l'évaluation économique de la réglementation », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, dir. G. Canivet et M.A. Frison Roche, LGDJ 2005, p. 103 s.

¹⁸⁹⁰ G. SAMUEL, *Entre les mots et les choses*, RIDC, 1995 p. 512.

B/- L'adaptation des méthodes de codification et la revalorisation du résultat final des travaux de la CDI

R. ARON relève une certaine ambiguïté dans la pratique des Etats au sein de la société internationale ; ambiguïté qui leur « interdit de suivre jusqu'au bout une logique partielle, soit celle du droit, soit celle de la force »¹⁸⁹¹. Si la logique de droit est incarnée par la codification, celle du conflit doit composer avec la coexistence diplomatique. Il semble ainsi que la codification internationale aurait tout intérêt à conjuguer avec la nécessité juridique souhaitable et le besoin d'une diplomatie acceptable, et trouver ainsi un point d'équilibre entre les deux. Le principal étant d'adopter une vision quelque peu resserrée de la codification si l'on ne veut pas, de fil en aiguille, voir en chaque organe intervenant de manière effective sur le droit des relations internationales, un probable codificateur et, dans toute élaboration d'une règle de droit, une opération de codification ou de développement progressif pour rester dans le cadre spécifique du droit international. Le capital de confiance dont bénéficie la CDI à l'égard des Etats membres de l'ONU lui procure assurément une place prépondérante en matière d'élaboration de normes internationales. Il lui revient simplement, face aux nouvelles perspectives du droit international, d'adapter ses méthodes de travail (1) et donner plus de valeur au résultat final de ses travaux, même lorsqu'ils ne donnent pas lieu à une convention de codification (2).

1/- Le renouveau dans les méthodes de travail de la CDI et le choix des sujets soumis à codification

La nécessité de voir les méthodes de travail de la CDI évoluer est née des problèmes structurels auxquels se trouve confronté cet organe. Le premier reproche qu'on lui fait concerne ses méthodes de travail jugées, soit trop lentes, soit souvent inadaptées. C'est ainsi par exemple, que S. ROSENNE, représentant d'Israël au sein de la VI^e Commission, a pu parler d'un « *certain malaise au sujet de la CDI, de son travail, de ses méthodes de travail, de son programme, de ses rapports avec l'Assemblée générale par l'intermédiaire de la Sixième Commission, de son rôle en ce qui concerne l'application de l'article 13 de la Charte et de beaucoup d'autres questions* »¹⁸⁹². Aussi, de vives critiques ont été émises par rapport au temps que met la CDI pour épuiser un sujet. On pourrait citer comme exemple la CVDT qui ne fut adopté qu'en 1969 alors même que son étude avait commencée au sein de la CDI dès 1949 ; de même, la convention sur la succession d'Etats, dont l'examen avait été confié à la CDI en 1962, ne fut adoptée qu'en 1978. On est en droit de se demander, trente ans après G. de LACHARRIERE¹⁸⁹³, s'il est raisonnable que des sujets juridiques

¹⁸⁹¹ Cf. R. ARON, Paix et guerre entre les Nations, CALMANN-LEVY, 1962, p. 596.

¹⁸⁹² A/C.6/SR 36, § 27.

¹⁸⁹³ Nations Unies, Assemblée générale, Sixième commission, intervention de Guy de LACHARRIERE, (Mission permanente de la France auprès des Nations Unies, New York, 30 octobre 1981).

de haute importance qui présentent parfois un besoin d'urgence, puissent trouver des solutions aussi tardivement. La CDI devrait donc trouver le moyen de raccourcir ses délais de travail si elle veut qu'un certain nombre de travaux ne lui échappent pas au motif de la lenteur de sa méthode de travail. Certains auteurs estiment d'ailleurs que l'une des solutions viendrait dans le fait d'assouplir les méthodes de travail de la Commission et le choix des matières à codifier. En sorte que plusieurs délégations ont pensé que la méthode actuelle de fixation stricte par l'Assemblée générale des sujets à l'ordre du jour de « la CDI devrait être abandonnée au profit d'une procédure plus souple d'un programme de travail sur cinq ans permettant à la CDI, de disposer d'une certaine liberté pour ce qui est d'organiser ses propres affaires... d'entreprendre et achever sur un plan cohérent répondant aux besoins de la communauté internationale »¹⁸⁹⁴.

Une autre problématique concerne la question des relations entre la Commission et l'Assemblée générale, c'est-à-dire celle du dialogue entre des experts juridiques indépendants et des représentants des gouvernements. Celui-ci a lieu lors des échanges réalisés entre les observations des gouvernements présentées devant la Sixième Commission et les travaux de la CDI. Cette interaction est jugée capitale car elle permet de faire plus facilement adhérer les Etats au projet de la CDI en prenant en compte leurs suggestions sur le sujet examiné. Or, ce qu'il faudrait améliorer, c'est sûrement le moment où se réalisent ces échanges et les placer au milieu des travaux de la CDI plutôt qu'à la fin de la procédure. De même, il appartient à la Commission de prendre des mesures en vue d'une bien meilleure orientation des réponses faites par les gouvernements à ces questions. Il en est de même lors des échanges au sein de la Sixième Commission qui permettent de guider et suivre le déroulement du travail des organes techniques de codification. Ces échanges permettent d'identifier des contradictions tant du point de vue juridique que politique et y remédier si l'on souhaite effectivement réaliser une codification avec succès. Mais ici, un autre reproche est également fait à la Sixième Commission en ce sens que les membres de la CDI ont « *souvent le sentiment que la Sixième Commission ne s'acquitte pas toujours de son rôle d'impulsion et d'orientation* »¹⁸⁹⁵. Face à cela, les membres de la Commission militent pour que les modalités d'échange soient « moins formelles et plus opérationnelles »¹⁸⁹⁶ dans l'avenir afin de renforcer les relations et le dialogue entre ces deux organes dont l'un est plus technique et l'autre plus politique.

Toujours dans le cadre de l'amélioration des méthodes de travail de la Commission, le professeur DAUDET propose par exemple de tirer les travaux des rapporteurs spéciaux de leur

¹⁸⁹⁴ A/C.6/SR 36, S 27.

¹⁸⁹⁵ Voir la présentation à la Sixième Commission, le 27 octobre 1997, du rapport sur les travaux de sa quarante-neuvième session de la Commission du droit international.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 5.

« isolement »¹⁸⁹⁷ en créant, par exemple, un « groupe consultatif représentatif »¹⁸⁹⁸, placé auprès du Rapporteur spécial pour l'aiguiller, à l'image de ce qui est admis au sein de l'Association de droit international ou à l'Institut du droit international. De même l'importance des commentaires, l'organisation des débats et la question de la durée des débats ont fait l'objet de propositions innovantes¹⁸⁹⁹. En d'autres termes, le mandat de la CDI s'inscrivant dans un cadre collectif, tous les projets de convention et les instruments internationaux qu'elle élabore devraient tenir compte de la diversité de ses membres et faire ainsi du rapporteur spécial un « agent » au service du groupe constitué par ses collègues. Une méthode de travail devrait être trouvée à cet effet afin que le projet soumis aux Etats, que ce soit au niveau de la Sixième commission, de l'Assemblée générale ou encore de la Conférence de codification, puisse refléter la sagesse de l'ensemble des membres de la Commission. Cela est d'autant plus intéressant qu'à l'heure de la globalisation, un individu, soit-il le plus expérimenté, ne peut à lui seul recueillir toute la richesse des données juridiques disponibles dans un domaine bien déterminé¹⁹⁰⁰.

L'on peut également évoquer le caractère politisé des élections quinquennales des membres de la CDI. En effet, il faut dire que de nombreux Etats ont tendance à aller choisir leurs candidats parmi les conseillers juridiques et diplomatiques qui siègent au sein de leurs ministères des affaires étrangères plutôt que des juristes affirmés et reconnus comme totalement indépendants du pouvoir politique¹⁹⁰¹. Pris collectivement, les membres représentent certes les principaux systèmes juridiques du monde. Et même s'il a toujours été admis qu'ils siègent en qualité d'experts et à titre individuel et non en qualité de représentants de leur gouvernement, il n'en demeure pas moins que la majorité des membres sont des diplomates qui se contentent, pour la plupart, au sein de la Sixième commission des Nations Unies. Ce qui, d'après Alain PELLET, « crée un problème préoccupant de recrutement dans les instances juridiques internationales, problème que l'on ne veut pas

¹⁸⁹⁷ Lorsqu'ils sont nommés sur un sujet, les rapporteurs spéciaux de la CDI travaillent le plus souvent seuls et font des propositions sur la base de leur propre conception du sujet, sans directives, ni orientations ou délimitation ; cf. Yves DAUDET, « Travaux de la Commission de droit international », in *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 612 s.

¹⁸⁹⁸ Le professeur Yves DAUDET justifie un tel changement par le fait que « les vues exprimées dans le rapport, tout en étant celles du rapporteur, seraient d'autant plus facilement partagées par la Commission dans son ensemble qu'elles refléteraient déjà les positions du groupe consultatif ».

¹⁸⁹⁹ Cf. Yves DAUDET, « Travaux de la Commission de droit international », in *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 612 s.

¹⁹⁰⁰ Le professeur Yves DAUDET précise que cela est d'autant plus vrai dans le cadre des rapporteurs venant des pays en voie de développement « qui éprouvent de sérieuses difficultés en essayant de se procurer une base solide d'information », sachant que leurs Etats manquent le plus souvent de bibliothèques adéquates et qu'ils ne peuvent donc pas se passer d'assistance extérieure ; cf. « La codification du droit international », *op.cit.*, pp. 184 s.

¹⁹⁰¹ Edward MCWHINNEY argumente que « quand les Etats choisissent leurs candidats dans les universités, les barreaux, il s'agit en général de professeurs de droit ou praticiens qui, déjà inféodés au gouvernement de leur pays par de longues années de service auprès de celui-ci, ne sauraient prétendre à la qualité d'experts indépendants du pouvoir politique qu'au prix de ce que Georges SCHELLES qualifiait de « dédoublement fonctionnel » ; cf. « Les Nations Unies et la formation du droit », *op.cit.*, p. 124.

sérieusement empoigner parce qu'il n'est pas de bon ton de critiquer la CDI »¹⁹⁰². Il est à noter que plusieurs Etats ont eu à déplorer les modifications radicales de la composition de la CDI (USA et Norvège)¹⁹⁰³. Et, même si cette composition de la CDI semble jouer la « carte de la démocratisation » dans l'élaboration des normes, il faut tout de même noter que tous les Etats ne disposent pas toujours de la technique, ni des moyens humains et matériels pour participer au processus de codification, notamment lorsqu'il s'agit d'importantes conférences universelles, longues et complexes¹⁹⁰⁴. De même, la participation d'un Etat au processus de codification ne signifie pas qu'il va pouvoir exercer une influence déterminante sur le cours des événements. Tout comme, rendant compte des travaux de la 58^e session de la CDI aux membres de la CAHDI, le professeur Alain PELLET, alors Président de la CDI, n'avait pas manqué de souligner le fait que l'ensemble des membres de la Commission soit réélu tous les cinq ans constituait une anomalie qui mérite qu'on s'y attarde. Il suggérait ainsi de voir le mandat des membres prolongé à six ans et proposait un renouvellement partiel, permettant un travail plus cohérent et une plus grande continuité dans les travaux de la Commission.

Enfin, il faut également souligner la nécessité d'une coopération de la Commission avec des institutions qui se situent en dehors de tout cadre intergouvernemental, notamment avec les sociétés académiques et les universités. Dans cet objectif, les participants au Colloque de New York avaient recommandé à l'unisson que la CDI puisse nouer des contacts de travail avec les organisations qui s'occupent également de la mise à jour du droit international, à savoir l'International Law Association et l'Institut de droit international¹⁹⁰⁵ ainsi qu'avec le monde universitaire soit à travers l'organisation de colloques régionaux¹⁹⁰⁶, soit à travers des études spécifiques¹⁹⁰⁷ qui leurs seraient

¹⁹⁰² Alain PELLET, Intervention lors du colloque international de Neuchâtel, In *Quel droit international pour le 21^e siècle*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁰³ C'est notamment durant la phase de codification du droit des traités, en 1962, que l'argument en faveur d'un élargissement du nombre des membres de la CDI (qui trouve son fondement dans les revendications des nouveaux Etats pour une représentation plus équilibrée dans l'élaboration des normes internationales) a été avancé « *afin de pouvoir donner au droit des traités les fondements les plus larges et les plus solides* ». Ainsi, le nombre de membres de la CDI sera successivement porté d'abord à 21, en 1961, puis augmenté à 34, en 1981 (Cf. *Annuaire de la CDI*, 1962, vol. II, Doc. A/5209, p. 17 ; Rapport de la CDI, 1973, p. 232).

¹⁹⁰⁴ Ce fut par exemple le cas de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer dont l'organisation avait nécessité la création de trois importantes commissions, plusieurs groupes de négociation ou de travail auxquels s'ajoutaient de multiples groupes et sous-groupes régionaux ou d'intérêt. Ce qui supposait de la part de chaque Etat l'investissement dans de lourds moyens financiers, technique et une expertise de premier plan. Les Etats ayant des moyens faibles ne peuvent se permettre de tels investissements. Cf. Ahmed MAHIOU, « La participation des Etats à l'élaboration du nouveau droit de la mer », *Mélanges Colliard*, p. 311 ; K. ZEMANECK, « Codification of international law... », *Mélanges AGO*, p. 585.

¹⁹⁰⁵ Cede, *loc.cit.* (note 22), p. 60 ; Orrego Vicuna, *loc.cit.* (note 2), p. 11 ; Pinto, *loc.cit.*, (note 9), § 31 ; A.H.A. Soons, « The contribution of the International Law Association to the Progressive Development and Codification of International Law », Colloquium 1997, manuscript (sommaire), § 4.

¹⁹⁰⁶ Brigitte STERN, « L'information relative au droit international général et à la Commission du Droit international en particulier », *Colloque 1997*, manuscrit, p. 8.

¹⁹⁰⁷ Pinto, *loc.cit.*, (note 9), § 32.

confiées. Ce qui amènerait la CDI à faire des efforts d'adaptation aux exigences fonctionnelles nouvelles, notamment l'interaction dynamique entre les mutations politiques, économiques et sociales afin de parvenir à l'avènement d'un ordre juridique spécifique reflétant ces mutations. Une coopération aussi efficace que rapide entre les organes intervenant dans la procédure législative devait être mise en place pour raccourcir les délais de procédure et lui permettre ainsi de partager ou confronter ses points de vue avec ceux des autres organes ou institutions en droit international. On ne peut que se réjouir de ce que la Commission ait initié, dans son rapport de 1996, des réformes dans ses méthodes de travail¹⁹⁰⁸.

Concernant le choix des sujets à codifier, deux critères sont nécessaires : le besoin des Etats et la maturité du sujet à codifier. La CDI pourrait non seulement conserver son calendrier actuel ainsi que les différentes méthodes de révision de son programme¹⁹⁰⁹, mais elle pourrait notamment s'appuyer sur son propre calendrier selon les besoins qu'elle estime nécessaires pour la formulation de nouvelles règles écrites face au développement du droit international. Ainsi, l'un des critères devant déterminer le choix d'un sujet pour codification est indiscutablement le besoin qu'éprouve la communauté internationale face à une matière mal définie et, le plus souvent, ayant une nature complexe affirmée. Les sujets auxquelles la Commission consacre un examen sont généralement de longue haleine, techniques au point que leur analyse par un organe simplement politique limiterait leur compréhension, notamment en l'absence d'études préliminaires extensives permettant de relever la pratique coutumière en la matière. C'est la raison pour laquelle il est important que le sujet soumis à codification ait atteint un certain degré de maturité en droit international si l'on veut éviter le maximum de controverses entre représentants des Etats et des divers systèmes juridiques qui composent le droit international.

Une fois que la Commission aura pu accepter en son sein que les questions urgentes et nouvelles qui exigent un travail de législation entrent dans la partie de ses travaux appelée « développement progressif du droit international », la question du choix des sujets ne constituera plus un problème insoluble ou embarrassant. Il ne restera plus à la Commission qu'à éclaircir le sens du paragraphe 2 de l'article 18 de son Statut, dont le texte : lorsque la Commission « juge la codification d'un sujet nécessaire ou désirable, *elle soumet ses recommandations à l'Assemblée générale* » semble signifier que les décisions de la CDI relatives au choix de chaque sujet particulier sont sujettes à confirmation par l'Assemblée générale. Or, une telle interprétation de l'article 18 peut sembler erronée.

¹⁹⁰⁸ *Rapport de la CDI 1996*, § 186-202.

¹⁹⁰⁹ Il s'agit de s'appuyer sur les différents « mémorandums » établis par le secrétariat général revisités à intervalle par un Groupe de travail spécial (1949, 1971-1972, 1992).

Au-delà de ses méthodes de travail, la CDI se doit également d'adapter le résultat de ses travaux à l'évolution de la société internationale.

2/- Le résultat final des travaux de la Commission et leur consécration

Dans un rapport présenté devant la CDI, Roberto AGO préconisait « la mise en œuvre de plusieurs procédés juridiques, d'efficacité plus ou moins grande, tendant à transposer, en faveur des conventions adoptées sous les auspices des Nations Unies, les règles en vigueur au sein de certaines institutions spécialisées (OIT, UNESCO, OMS) et qui font obligation aux gouvernements des Etats membres de soumettre dans un délai déterminé à l'examen des autorités étatiques compétentes les conventions adoptées par les organes pléniers de ces organisations »¹⁹¹⁰. Déjà à cette époque, on percevait le souci d'insérer de façon très précise la codification dans les difficultés les plus graves et les plus urgentes que connaît la société internationale, de sorte que la codification soit l'une des pièces essentielles de la paix et de la sécurité internationales.

Il est vrai que le statut de la CDI ne lui laisse pas une grande latitude quant à la forme du résultat de ses travaux car celle-ci demeure subordonnée à la dimension établie entre développement progressif et codification du droit international. Ainsi, pour tout sujet relevant du développement progressif du droit international renvoyé à la Commission par l'AG (article 16), il n'est tout au plus question que d'un « projet ». Lorsqu'il s'agit d'un plan ou projet conventionnel multilatéral émanant des Membres de l'ONU, d'organes principaux des Nations Unies autres que l'AG, d'institutions spécialisées ou d'organisations établies par accords intergouvernementaux (article 17), le Statut évoque la rédaction d'un rapport et de recommandations qui précéderait un retour éventuel à la procédure de l'article 16. Relativement à la codification du droit international (article 18 et s.), le Statut est beaucoup plus précis quant à la forme des travaux puisque l'article 20 stipule que « la Commission rédige un projet d'articles [non définitif] avant de le soumettre à l'AG avec un commentaire » mais demeure libre, pour le produit final, de recommander à l'AG de n'entreprendre aucune action, de prendre acte du rapport, de l'adopter dans une résolution, de recommander le projet aux Membres en vue de la conclusion d'une convention ou de convoquer une conférence pour conclure une convention (article 23). Or, on estime que l'inobservation de cette distinction par la CDI fait que cet organe semble jouir désormais d'une latitude absolue quant à la forme finale du produit de ses travaux¹⁹¹¹. La Commission se trouve ainsi affranchie de l'obligation d'élaborer un

¹⁹¹⁰ R. AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification en droit international », *RGDIP*, 1988, pp. 539-576.

¹⁹¹¹ Voir les commentaires d'Alain PELLET, dans son premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, A/CN.4/470, §§170-174.

« projet d'articles », c'est-à-dire un texte à destination normative, et n'hésite plus à user de cette liberté¹⁹¹².

Et même si les conférences diplomatiques réunies sous les auspices des Nations Unies¹⁹¹³ ont permis de codifier de vastes domaines¹⁹¹⁴ du droit international et de le cristalliser, il ressort que l'élaboration des conventions de codification s'est révélée, au fil du temps, ne pas être l'unique moyen de la codification¹⁹¹⁵. En effet, à côté, on peut également tenir compte de l'adoption simple de déclarations de principes, de codes de conduite et d'autres instruments souvent qualifiés de « *droit mou* » ou instruments de « *soft law* ». Les travaux définitifs de la CDI peuvent aussi se décliner sous la forme de recommandations à l'égard de l'ensemble des sujets et des acteurs intervenants en droit international. Cependant, cette faculté laissée par l'article 23 du statut de la CDI a fini par altérer le cloisonnement jadis « dur » qui existait entre droit contraignant et droit facultatif et les séparations sont désormais moins étanches que par le passé comme cela ressort dans l'une des décisions rendues par la CIJ¹⁹¹⁶. Ainsi, une certaine tendance se fait donc jour en « faveur d'instruments codifiés à la valeur juridique moins ferme et présentant un caractère de souplesse mieux adapté aux sujets variés traités par les différents organes de codification »¹⁹¹⁷ en tête desquels la CDI. Cette vision est largement partagée par Alain PELLET, rapporteur spécial sur le sujet des « réserves aux traités » qui déclarait lors d'une discussion quant à la forme à donner à l'instrument final « *qu'il n'envisage pas le droit international comme une succession d'obligations et d'interdictions ; des directives, des orientations, pour autant qu'elles fussent bien conçues, pouvaient, selon lui, avoir un effet sur la conduite des Etats. Si par conséquent les membres de la Commission se mettaient d'accord, dans le cadre d'un consensus ou d'un quasi-consensus, sur des précisions importantes, celles-ci pourraient avoir une grande autorité auprès des Etats* »¹⁹¹⁸.

¹⁹¹² Par exemple, en 1951, la Commission, parallèlement à l'avis de la CIJ, élaborait, à la requête de l'Assemblée générale, et conformément à l'article 16 de son Statut, quelques conclusions sur les réserves aux traités multilatéraux (cf. *Ann. CDI*, 1951, vol. II, doc. A/1858, § 12-34.) ; la même chose fut reproduite en 1963 lorsque la CDI formula, à la demande de l'Assemblée générale, certaines conclusions s'agissant de la participation des nouveaux Etats aux traités multilatéraux généraux conclus sous les auspices de la Société des Nations (cf. *Ann. CDI*, 1963, vol. II, doc. A/5509, § 50.) ; il est fort probable qu'il en soit de même avec les travaux relatifs aux réserves aux traités qui ont déjà abouti à l'adoption de conclusions préliminaires (cf. Rapport de la CDI (1997), A/52/10, § 157).

¹⁹¹³ Le traité international est en effet du meilleur moyen pour mettre en forme écrite le droit concernant des sujets qui ne sont régis jusqu'ici que par le droit coutumier ; cf. Y. DAUDET, « Les Conférences des Nations Unies pour la codification du droit international », *LGDJ*, 1968.

¹⁹¹⁴ Cf. Y. DAUDET, *Les Conférences des Nations Unies pour la codification du droit international*, LGDJ, 1968.

¹⁹¹⁵ On se souvient par exemple que la Commission avait adopté, en 1958, le *Modèle de règles sur la procédure arbitrale* sur la base du Rapport de Georges SCHELLE même si ce rapport avait essuyé de vives critiques devant l'Assemblée générale lors de ses sessions de 1953 et 1955. Ce « *Modèle de règles* » avait été considéré comme un échec de codification.

¹⁹¹⁶ Dans son arrêt rendu le 25 septembre 1997 relatif au *Projet Gabčíkovo/Nagymaros*, la CIJ a introduit des éléments de souplesse lorsqu'elle vient à se référer à des projets de la Commission du droit international en cours d'élaboration.

¹⁹¹⁷ Cf. La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, *op.cit.*, p. 173.

¹⁹¹⁸ Rapport de la CDI sur les travaux de sa 49^e session, Ch. V, les réserves aux traités, § 123.

Ainsi, au lieu de vouloir à tout prix opposer la voie conventionnelle à celle « déclarative », les membres de la Commission y gagneraient à les rendre complémentaires ou successives afin de mieux prévenir les blocages de ratification qui pourraient subvenir du fait des circonstances politiques ou autres... Si l'on avait tenu compte de cette faculté dans le cas de la Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975¹⁹¹⁹, certains des articles ayant reçu l'adhésion de la majorité des Etats auraient pu faire l'objet d'une application sous une autre forme¹⁹²⁰. La décision de ne pas convoquer une conférence diplomatique pour délibérer d'un projet de la Commission ou que ce dernier ne débouche pas sur l'élaboration d'une convention générale n'enlève en rien l'importance des travaux et la qualité du projet. Les résultats de certains travaux pourraient alors déboucher, soit sur l'élaboration de « guides pratiques », soit sur des « clauses-modèles ». Les travaux préparatoires de la Commission sous forme de rapports, de commentaires d'articles, lorsqu'ils sont approuvés par la majorité des Etats, peuvent constituer une « contribution monumentale au droit » et devenir « le moyen le plus important pour déterminer quel est le droit applicable dans tel ou tel autre domaine »¹⁹²¹ du droit international. Roberto AGO, pourtant inlassable partisan de la codification, émettait des doutes quant à l'opportunité d'une convention de codification sur le sujet de la responsabilité internationale, dont il était l'un des plus illustres rapporteurs. A cet effet, il n'a pas manqué de souligner : « *J'arrive à penser ... qu'il est peut-être préférable que l'action de codification de ce sujet s'arrête à une phase précédente à celle de la convocation d'une conférence pour l'élaboration d'un traité... Il est peut-être plus utile qu'un projet élaboré et complété par un organe technique tel que la CDI reste tel quel, comme terme de référence, pour que les tribunaux arbitraux et la CIJ puissent en faire application aux cas concrets comme ils l'ont déjà fait plusieurs fois*¹⁹²². »

On pourrait aisément imaginer qu'à défaut d'une convention, le processus de travail de la CDI sur un sujet donné puisse bien déboucher, par exemple, sur une déclaration de l'Assemblée générale sur le même sujet comme c'est le cas pour l'activité de codification menée par les autres organes subsidiaires créés sous les auspices de la Sixième commission de l'Assemblée générale depuis

¹⁹¹⁹ Cette convention avait pour but d'étendre et adapter aux rapports entre Etats et organisations internationales de caractère universel les principes de la Convention de Vienne sur les relations et immunités diplomatiques de 1961, mais elle n'est jamais entrée en vigueur plus de trente ans après car n'ayant pas recueilli les trente-cinq ratifications ou adhésions nécessaires.

¹⁹²⁰ Ce fut notamment le cas des longs travaux entrepris à la CDI sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée voulu par des Etats socialistes mais qui, lors de son examen, fit apparaître clairement que les Etats ne voulaient pas s'engager dans un sujet qui ne les passionnait pas. Après un examen renvoyé en 1992 jusqu'en 1995, l'Assemblée générale souligna les qualités du projet de la Commission et conclut qu'il s'agissait d'un sujet qui, un jour, pourra faire l'objet d'une codification.

¹⁹²¹ Tullio TREVES, « Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 223, 1990-IV, pp. 93.

¹⁹²² Cité par Tullio TREVES, *op.cit.*, pp. 93-94.

1968¹⁹²³. Cette flexibilité quant à la forme finale du document d'un processus de codification présente l'avantage de frayer, pour les domaines nouveaux du droit international, un chemin nouveau sur le terrain de la réglementation internationale, sans empressement susceptible de mettre en mal l'adhésion de certains Etats en cas de texte conventionnel définitif. Cette technique permet un plus grand consensus des Etats autour de la question étudiée et établit, par la même occasion, une « période prudentielle » entre l'acceptation progressive de certains principes par la communauté internationale et leur consolidation dans un traité international, à la suite d'une adaptation aux évolutions de la réalité internationale. La technique permet, en outre, de servir d'outil de référence aux autres acteurs du droit international, notamment dans le domaine juridictionnel¹⁹²⁴. Le projet ainsi adopté peut être un modèle de codification énonçant avec précision le droit existant relatif à des questions sur lesquelles il y a accord. Il peut alors fournir des solutions conciliant des vues opposées et des pratiques contraires, voire proposer des modifications de ce qu'il considère comme étant du droit devenu caduc. Aux termes des alinéas a) et b) de l'article 23 du Statut de la CDI, de tels projets, peuvent justifier une recommandation à l'Assemblée générale ; ils entrent également dans la catégorie des écrits des publicistes les plus qualifiés mentionnés par l'Article 38 du statut de la CIJ comme source subsidiaire du droit à appliquer par la Cour. Dans ce cas précis, leur autorité serait plus grande¹⁹²⁵.

Finalement, la codification fait apparaître le droit international non pas comme un simple régulateur du jeu social, mais comme l'instrument d'une mutation de la société et donc de l'être humain »¹⁹²⁶. En cela, elle donne l'image d'une véritable loi de développement des sociétés modernes, pourvu qu'elle puisse exprimer un désir expressément proclamé de créer des règles nouvelles et pas seulement un souci de mise en ordre du droit international. C'est seulement de cette manière que les textes codifiés ne le seront pas que pour le moment présent, mais seront projetés vers l'avenir car, comme l'affirmait RIPERT : « Une loi ne doit pas être faite seulement pour les actes et les faits qui se produiront dans les quelques jours ou mois après sa promulgation ; elle s'applique aux générations qui suivront celle qui l'a faite : destinée à régler la conduite des hommes, elle atteint

¹⁹²³ Pour l'ensemble de ces organes, l'on constate que les produits finals de leur activité de codification peuvent se décliner soit en *déclarations de l'Assemblée générale*, soit en convention, soit encore en forme de « règles types », soit enfin sous la forme de « conclusions » de l'organe subsidiaire respectif.

¹⁹²⁴ C'est dans cette optique que la CDI avait recommandé qu'une série d'études sur des sujets précis de la fragmentation soient entreprises et présentées à la Commission pour examen et pour suite éventuelle à donner. Il s'agissait d'aider aussi bien les magistrats internationaux que les autres praticiens du droit à faire face aux conséquences de la diversification et du droit international.

¹⁹²⁵ Cela s'expliquerait par le fait qu'ils seraient le produit non seulement de recherches érudites, individuelles et collectives, bénéficiant de la coopération active des gouvernements, des sociétés savantes internationales et des ressources des Nations Unies, mais encore le résultat des décisions de la Commission de droit international.

¹⁹²⁶ Bruno OPPETIT, « L'avenir de la codification », *La codification 1, Revue française de théories de philosophie et de culture juridique*, PUF, 1998, p. 74.

l'avenir »¹⁹²⁷. Pour leur part, J-C BECANE et M. COUDERC estiment que « *tournée vers un avenir peuplé d'un nombre indéterminé de cas dont la survenance est imprévisible, la loi répond au caractère événementiel et aléatoire de la vie juridique par la généralité de ses prévisions* »¹⁹²⁸.

Si la Commission parvient à utiliser pleinement les moyens qui lui sont offerts par l'article 19 de son Statut, elle pourrait accomplir dans le domaine du droit international une œuvre scientifique d'une ampleur exceptionnelle.

§ 2 : Les objectifs de la codification : l'ordonnancement de l'ordre juridique international

Les explications données dans la première partie de cette étude ont fait comprendre que le droit international faisait face à des « déficiences » au niveau de ses sources normatives. L'unité n'était certes pas un signe de vigueur ni de développement du droit international dit « classique », mais la multiplication des sources n'est pas, outre mesure, de nature à lui assurer cohérence et rigueur, les sources du droit international n'étant soumises à aucune hiérarchisation stricte. Il faut désormais une volonté de construire un pluralisme à la fois cohérent et mobile. Pour y parvenir, une prise en compte des interactions entre différents niveaux d'organisation est nécessaire car elle permettrait de préserver à la fois la rigueur du tout et la mobilité des parties. Il s'agit d'encourager la « loi internationale » parce que, comme l'écrit J.C. NORTHROP, « ... elle réconcilierait le pluralisme des systèmes avec une certaine unité juridique de la communauté internationale et constituerait une garantie pour tous »¹⁹²⁹.

S'impose donc la nécessité de repenser le cadre même du droit international par une articulation des grands ensembles actuellement en construction (droits de l'homme, commerce, environnement), d'en repérer les lignes de force comme les points de fragilité. Dès lors que les Nations Unies se sont assignées pour but d'ensemble de mieux gérer la société internationale, il est assez naturel de tenter d'ordonner les règles juridiques qui lui seront applicables¹⁹³⁰. Si les auteurs sont de plus en plus unanimes quant à l'importance de l'œuvre de codification dans la rationalisation et l'unification du droit (A), la CDI, bien qu'étant au centre d'un tel dispositif, ne peut à elle seule s'acquitter de cette lourde mission (B).

¹⁹²⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n°127.

¹⁹²⁸ J-C BECANE et M. COUDERC, *La loi*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1994, p. 53.

¹⁹²⁹ Cf. F.J.C. NORTHROP, *The taming of nations. A study of the cultural bases of international policy*, New York, 1952, p. 272 (cité par A. Mahiou, *La codification du droit international*, op.cit., p. 46.)

¹⁹³⁰ J. P. COT, A. PELLET, *La Charte des Nations Unies*, commentaire article par article, 2^e éd., Economica, 1991, p. 309.

A/- L'UTILITE DE LA CODIFICATION DANS LA RATIONNALISATION ET L'UNIFICATION DU DROIT

Si, comme le rappelle à juste titre Mireille-Delmas MARTY, « *ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut dès lors sembler un objectif inaccessible et même contradictoire* »¹⁹³¹, l'œuvre de codification pourrait favoriser l'ordonnement de la multiplicité juridique. Autrement dit, pour dépasser la contradiction, il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble. Or, c'est justement là l'objet principal véhiculé par l'idée d'une codification et d'un développement progressif du droit international telle que pensée par les « pères fondateurs » de la Charte des Nations Unies et confié à la CDI. A cet effet, lutter contre les effets néfastes de la fragmentation équivaut, pour la CDI, à apporter des solutions concrètes aux problèmes des conflits de normes issus de l'expansion du droit international. Il s'agit de renforcer aussi bien l'unité du droit international à travers ses sources (1) que la hiérarchisation des normes internationales (2).

1/- La recherche de l'unité matérielle et formelle entre les sources du droit international

C'est à propos du rôle des sources (coutumes, principes et Traités) qu'intervient la codification du droit international dans le cadre de sa fragmentation et l'importance du rôle que pourrait jouer la Commission du droit international dans la prévention des dangers probables et des risques divers de la fragmentation du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international. Il faut se rappeler que tout ordre normatif, s'il est qualifié de juridique, doit exister en ménageant en son sein des relations qui ne sont ni arbitraires, ni constitutives d'inégalité de traitement ou d'abus de droit. Il en va de même pour le fonctionnement de l'ensemble du système judiciaire international. D'où la nécessité de faire exister, à côté de ces normes disparates et spéciales, des règles juridiques fondamentales ou principes généraux du droit international pour assurer un « monde juridique » international uniforme et une sécurité juridique internationale. Et c'est ici que l'œuvre de la CDI trouve toute son importance puisque les règles générales qu'elle est sensée faire établir sont appelées à renforcer l'unité du droit international.

En effet, quel autre organe pourrait se prévaloir de « l'accord des Etats » pour reprendre à son compte « les pratiques étatiques et institutionnelles considérables » qui existent au vu des apports des « *self-contained régimes* » et permettre une plus grande adéquation entre le droit international

¹⁹³¹ Mireille-Delmas MARTY explique notamment cette contradiction par le fait que « le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés, alors que le terme d'ordre invite à penser en termes de structuration, voire de contrainte ». Lire Mireille-Delmas MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Texte inspiré d'une conférence présentée le 26 janvier 2006 à l'Université Bordeaux IV sur l'invitation de M.- C. PONTTHOREAU, par renvoi au livre *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

général et l'ensemble de des régimes spéciaux ? Il lui échoit donc de hiérarchiser, de manière téléologique, les normes spéciales et même générales autour de quelques grands principes car, comparativement à l'œuvre des juges, la CDI ne saurait être immergée dans un régime spécial ou régional qu'elle essaierait de favoriser ou de consolider par rapport à un autre. Elle est, de ce fait, le meilleur garant pour éviter que l'ordre juridique ne soit dominé par les principes que les acteurs les plus influents auront su imposer. Il s'agit de renforcer l'effectivité comme l'efficacité des normes internationales avec comme objectif, l'amélioration de la cohérence des normes et de leur pertinence au regard des objectifs des différents domaines et systèmes juridiques ainsi que de renforcer leur impact par une utilisation intégrée de l'ensemble des moyens d'action du système juridique international. Autrement dit, elle devrait rechercher une simplification normative par regroupement et aussi une mise à jour facilitée des normes¹⁹³². En outre, pour cette convention consolidée, l'accent serait mis « sur la manière d'appliquer ses dispositions de façon que les règles soient les mêmes pour tous »¹⁹³³.

Toutes les sources du droit doivent pour ainsi dire s'adapter à l'évolution du droit international et en même temps à celle de la Société internationale. C'est le besoin de faire naître un ordre juridique international comme ensemble de normes dont les relations entre ces dernières sont reliées par un « cordon ombilical commun » existant sur la totalité des éléments. Il est de constat que les principes généraux et le droit coutumier partagent des fonctions de « comblement de lacunes »¹⁹³⁴, de donner à l'ordre juridique international une cohérence « dérivée » et non « originaire ». Il n'existe pas encore de droit véritablement mondial, sinon par fragments. Or, ces fragments obéissent à des processus et à des mouvements disparates, créant ainsi une situation extrêmement instable. Dans une situation pareille, le rôle de la CDI ne consiste pas à favoriser une simple juxtaposition des systèmes juridiques des Etats-nations, encore moins de créer un ordre mondial, la fusion des systèmes n'étant ni possible ni toujours souhaitable. Il s'agira plutôt de renforcer l'unité du droit international par la coutume internationale et par les principes généraux en facilitant l'incorporation des normes d'origines conventionnelles au droit international coutumier.

A ce propos, le professeur LAGHMANI soutient que le droit international, à l'image des autres ordres juridiques, suppose une cohérence à la fois formelle et matérielle¹⁹³⁵. Dans le premier cas, en

¹⁹³² Par une procédure d'amendement par acceptation tacite qui s'inspire des procédures contenues dans d'autres instruments internationaux, et singulièrement ceux de l'Organisation Maritime Internationale (OMI).

¹⁹³³ Doc. GB.286/LILS/8 (pars 2003), paragr. 3.

¹⁹³⁴ C'est à travers l'effet déviant des pratiques coutumières par les acteurs du droit international que la règle coutumière peut se révéler entrer en contradiction avec le droit existant et donc favoriser l'éclatement du droit international (voir en matière de « non recours à la force » ; en matière des droits de l'homme et du droit humanitaire où les pratiques effectives ne correspondent pas en pratique à ce que les Etats disent).

¹⁹³⁵ Voir Slim LAGHMANI, « Le phénomène de perte de sens en droit international », in Harmonies et contradictions en droit international, *op.cit.*, pp. 55-75.

l'absence de toute hiérarchie entre les sources du droit international, l'unité formelle est assurée par les normes dont la mission est de réduire les conflits normatifs. C'est le cas des règles de *jus cogens* ou des obligations *erga omnes*. Dans le cas d'une cohérence matérielle, elle signifie l'existence d'un sens dans l'application des règles et normes constituant un ordre juridique. En cela, « un ensemble de règle en « perte » de sens ne constitue pas un ordre juridique »¹⁹³⁶. La cohérence matérielle dépend à la fois de l'efficacité des mécanismes de cohérence formelle que de l'existence des valeurs fondatrices communes qui offrent à l'ensemble du système un paradigme herméneutique¹⁹³⁷.

Selon Alain PELLET¹⁹³⁸, la confrontation des sujets déjà traités par la CDI et ceux qui lui ont été proposés à un moment donné, telle qu'elle apparaît dans son propre rapport sur sa quarante-huitième session¹⁹³⁹, permet de « visualiser » les thèmes conformes à la vocation de la CDI et ceux qui ne le sont pas au vu de ses réussites et de ses échecs passés¹⁹⁴⁰. La constatation la plus frappante est que les sujets qui se prêtent le mieux à codification (au sens large) par son intermédiaire sont ceux portant sur les « règles secondaires du droit international, c'est-à-dire celles qui, conformément à la classification de HART, concernent la formation, l'application et la sanction du droit, par opposition aux normes « primaires qui imposent ou interdisent des comportements spécifiques dans un domaine déterminé (droit substantiel) ». Selon la présentation de HART, l'ordre juridique international est, comme tous les ordres juridiques, un ensemble unifié de normes primaires et de normes secondaires. Pierre-Marie DUPUY partage la même vision puisque, dans son cours magistral à La Haye¹⁹⁴¹, il définit l'unité formelle comme « essentiellement liée à l'utilisation des règles secondaires, de reconnaissance, de production et de jugement... », tandis que l'unité matérielle contient les « principes juridiques et les valeurs éthiques elles-mêmes intégrées dans des règles ainsi légalisées »¹⁹⁴². Les Etats peuvent ainsi se servir de l'unité formelle en tant que

¹⁹³⁶ Idem.

¹⁹³⁷ On pourrait citer en exemple le concept de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » tel que développé par le Conseil Constitutionnel français.

¹⁹³⁸ Alain PELLET, La Commission de droit international, pourquoi faire ?, in *Paix, Développement et Démocratie*, BOUTROS BOUTROS-GHALI, Extrait, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 583-612.

¹⁹³⁹ Dans sa session de 1996, la CDI s'est essayée à donner « un aperçu d'ensemble des principales matières du droit international public général » qu'elle a ordonnées en un « plan général des sujets en les classant en 13 grandes rubriques (sources, compétences de l'État, droit international pénal, organisations internationales, espaces internationaux, et ainsi de suite) » ; (Cf. Assemblée générale, Doc. off., 51^e session, n°10 (A/51InO), par. 248, p.259).

¹⁹⁴⁰ Chaque section comportait les rubriques suivantes : « sujets dont l'étude a été menée à bien » ; « sujets abordés mais abandonnés » ; « sujets à l'étude à la Commission » ; « sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir ».

¹⁹⁴¹ Voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public (2000) », *Recueil des cours*, 2002, tome 297, pp. 9-489.

¹⁹⁴² Il faut noter que cette conception formelle de l'unité de l'ordre juridique est la seule qui soit admise par le positivisme classique mais aussi celle qui correspond, selon P-M DUPUY, à la réalité des relations internationales avant 1939 ainsi qu'à la jurisprudence de la CPJI comme l'attestent les deux affaires suivantes : en premier lieu, l'affaire *du Vapeur Wimbledon* (1923), qui énonce que l'Etat est certes souverain mais qu'il est néanmoins tenu par ses engagements ; en second lieu, l'affaire *du Lotus* (1927) où la CPJI affirme que l'Etat n'est obligé que par ce qu'il a accepté, et que les limitations de souveraineté ne se présument pas, tout ce qui n'est pas interdit par le droit international doit être réputé licite. ; cf. Charles LEBEN, « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : (...) », *op.cit.*, p. 81.

« technique normative » pour réaliser l'unité matérielle du droit international. Cependant, si cette vision ne pose pas de problème en droit interne du fait de l'existence d'une Constitution et d'un pouvoir judiciaire, on constate, à l'échelle internationale, une certaine relativité de l'efficacité des règles réductrices des conflits normatifs. Cet état de fait est rendu réel à cause du caractère volontaire de la justice internationale qui n'est garantie ni par une « Constitution mondiale », encore moins par un pouvoir judiciaire autonome du fait du principe de l'égalité souveraine des Etats¹⁹⁴³.

La perte de sens que connaît le droit international s'explique donc par l'opposition entre les Etats à propos des règles fondées désormais sur leur système de valeurs culturelles, politiques et économiques. Ce sont ces valeurs que chaque Etat essaie de transposer sur la scène internationale. René-Jean DUPUY écrit à ce propos : « Dans une société internationale en pleine crise de croissance, les différends majeurs concernent non l'application de la règle mais la règle elle-même : alors s'opposent les conceptions politiques qui commandent à la définition de celle-ci »¹⁹⁴⁴. Le droit international a donc besoin de « règles plus fortes et plus durables »¹⁹⁴⁵ destinées à assurer un minimum d'accords sur des valeurs échappant à la logique de l'accord et favorisant son unité.

Dans cette quête unitaire, on ne saurait laisser de côté l'idée d'un renforcement de la fertilisation croisée des systèmes juridiques internationaux. Lors du Colloque de 1997 de New York¹⁹⁴⁶, il avait été suggéré que la CDI assume des fonctions autres que législatives. A cet égard, il avait été proposé que la CDI examine, par exemple, « la mise en œuvre pratique des conventions multilatérales produites au sein des Nations Unies »¹⁹⁴⁷ et qu'elle exerce, en l'occurrence, une fonction de coordination parmi les organes chargés de tâches législatives¹⁹⁴⁸ ou qu'elle rende des avis juridiques¹⁹⁴⁹. En prenant l'exemple sur les modèles de construction de « droit mondialisé » tel que le droit communautaire, la CDI pourrait proposer aux Etats-nations de bâtir un système international basé sur les articulations des différents systèmes juridiques qui composent le droit international. Cela reviendrait à focaliser l'attention sur des « pôles de cristallisation » de normes internationales qui ne se bâtissent pas selon un modèle hégémonique. A cet égard, l'Europe constitue un laboratoire intéressant car aucun pays n'est en position hégémonique. Il existe en effet, entre ses membres, de

¹⁹⁴³ Dans l'avis relatif au *Statut de la Carélie occidentale*, la CPJI déclare : « Il est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement ». Lire CPJI, Avis du 23 juillet 1923, *Statut de la Carélie occidentale*, Série B, n°5, p. 27. Voir LAGHMANI (S), Répertoire internationale de jurisprudence internationale, Tunis, CERP, 1993, p. 242, voir également pp. 250-252.

¹⁹⁴⁴ René-Jean DUPUY, *Le droit international*, Paris, PUF, Que sais-je ?, n° 1066, p. 16.

¹⁹⁴⁵ Ch. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1970, I, pp. 343-527, voir p. 70.

¹⁹⁴⁶ OWADA, *loc.cit.*, (note 9), p. 4; PINTO, *loc.cit.*, § 37.

¹⁹⁴⁷ La codification du droit international, Colloque de la SFDI d'Aix-en-Provence de 1999, *op.cit.*, 190.

¹⁹⁴⁸ Y. M. KOLOSOV, "Another-view of international law making process and the role of the International Law Commission", *Colloquium 1997*, manuscript, p. 8.

¹⁹⁴⁹ Orrego VICUNA, *loc.cit.*, (note 2), p. 10.

fortes disparités juridiques, politiques, économiques, culturelles et même démographiques, mais cela n'empêche nullement une cristallisation au sommet de la pyramide européenne sans pour autant que celle-ci ne soit l'œuvre d'un seul Etat. Il s'agit d'un modèle bipolaire construit à la fois autour du marché et des droits de l'homme. Il pourrait s'agir là, pour le droit international, d'un moyen permettant de tester la complexité du droit, y compris à travers les erreurs à ne pas commettre. Par ailleurs, il existe aussi depuis 1969 une convention interaméricaine, qui fonctionne assez bien avec une jurisprudence créatrice et audacieuse, qui a déjà un fort impact¹⁹⁵⁰.

Ainsi donc, en réfléchissant sur les différents types d'espaces normatifs en voie d'internationalisation croissante (commerce, droit de l'homme, environnement), leur hétérogénéité, leur vitesse respective de développement, leurs possibilités d'articulations, la CDI pourrait contribuer à relier par de multiples interactions, judiciaires et normatives, spontanées et imposées, directes et indirectes, des systèmes, ou plus largement des ensembles juridiques (nationaux ou internationaux). D'ailleurs, certains délégués de la Sixième Commission des Nations Unies n'ont pas manqué l'occasion de souligner qu'une action de coordination soit développée entre la CDI et les autres organes de codification. Cette coordination devrait se baser sur *« l'expérience, la compétence technique et les facultés créatrices de la CDI [qui] pourraient être utilisées à l'occasion de l'étude de questions dont s'occupaient d'autres organes, par exemple en invitant la CDI à examiner des projets provenant d'autres sources et à faire des observations sur ces textes »*¹⁹⁵¹. Finalement, comme le soulignait le Président THIAM, *« pour concilier les exigences divergentes de la codification et du développement progressif, il ne s'agit pas de faire litière de toutes les pratiques existantes mais d'effectuer un tri, et de retenir les pratiques qui recèlent les principes constants et durablement acceptables, tout en introduisant dans le droit international contemporain les grands concepts politiques modernes de justice et de solidarité »*¹⁹⁵². Ce qui permettrait de lutter plus efficacement contre les conflits normatifs.

2/- L'établissement d'une hiérarchisation des normes internationales pour faciliter la résolution des conflits normatifs

De plus en plus, les méthodes d'interprétation des juges internationaux, voire nationaux, ont tendance à s'affranchir des mécanismes du droit international général. D'où la compétition qui s'instaure entre les jurisprudences nationales ou internationales entre elles ou de façon transversale.

¹⁹⁵⁰ A titre d'exemple, différentes lois d'amnistie promulguées à la suite de régimes autoritaires, notamment au Pérou, ont été disqualifiées par les instances interaméricaines des droits de l'homme en application de la Convention américaine des droits de l'homme. En Argentine, la Cour suprême a suivi cette jurisprudence pour annuler ce type de lois, permettant ainsi l'ouverture ou la réouverture de plus de mille procès au cours des derniers mois.

¹⁹⁵¹ V. Rapport de la VIe Commission, A/9334, §97.

¹⁹⁵² Cité par Yves DAUDET, La Commission du droit international des Nations Unies, *op.cit.*, p. 464.

Comment alors concilier le besoin de compétition des tribunaux à la nécessité de coordination de leurs jurisprudences ? La codification pourrait-elle constituer une méthode de résolution des conflits normatifs, voire jurisprudentiels ? Dans son propos introductif relatif au Colloque de la SFDI d'Aix-en-Provence de 1999 consacré à la codification du droit international¹⁹⁵³, le professeur Ahmed MAHIOU faisait remarquer que la notion même de codification ressemble à une sorte de paradigme en ce sens qu'elle est « *une proposition complexe de réflexion dans un cadre permettant de formuler des hypothèses de travail, une méthode pour poser des problèmes et une technique pour trouver des solutions* »¹⁹⁵⁴.

Le problème des conflits normatifs est la conséquence inévitable de la fragmentation actuelle du droit international en systèmes distincts et, volontairement ou non, peu coordonnés. Le fait que les rapports entre ordres juridiques n'ont pas toujours fait l'objet de dispositions spécifiques lors de la création des systèmes considérés peut être considéré comme l'un des facteurs explicatifs de cette situation. Certes, il existe dans chaque ordre normatif des exemples de règles permettant de trancher des litiges : l'article 103 de la Charte des Nations Unies établit la primauté des obligations qui découlent de la Charte sur les autres obligations conventionnelles des Etats membres. Dans le cadre communautaire, l'article 307 CE organise une cohabitation provisoire entre les obligations communautaires et celles qui résultent d'accords antérieurs conclus avec des tiers. Mais les traités communautaires originels ne contenaient aucune indication sur leurs rapports avec la CEDH. Or, il n'était pas possible d'appliquer de manière systématique les solutions classiques sur les rapports entre traités successifs sans que se produise un effet destructeur sur l'uniformité des règles applicables au marché intérieur. De ce fait, les potentialités de conflits se sont multipliées, accrues par le fait que la plupart de ces systèmes extérieurs constituent, selon la formule de la cour de Strasbourg, « des instruments vivants » qui évoluent à leur propre rythme. La conséquence de ce caractère évolutif est de multiplier les risques de conflits puisque, même si on s'efforce d'adopter des mesures compatibles avec les différents systèmes, ce que l'on peut estimer conforme aujourd'hui ne le sera peut-être plus demain.

Pour faire face à ce phénomène, la détermination des points de contact entre systèmes, c'est-à-dire ce que le Pr. JACQUE qualifie de « nœuds du réseau », est fondamentale, car le plus souvent, ces nœuds n'ont pas été perçus par les créateurs de systèmes parce qu'ils n'anticipaient pas les problèmes. Certes, il existe de rares cas où les fondateurs de systèmes ont organisé les relations entre leur création et les autres ordres existants et où ces règles sont compatibles avec celles qui sont

¹⁹⁵³ Cf. *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, *op.cit.*, p. 13.

¹⁹⁵⁴ A ce propos du concept de paradigme, cf. M. MAILLE, *L'Etat de droit comme paradigme*, in A. MAHIOU (dir.), *L'Etat de droit dans le monde arabe*, CNRS, Edition, 1997, p. 29 et s.

contenues dans les autres ordres mais, pour la plupart des cas, faute de telles indications ou en cas d'incompatibilité entre celles-ci, on se trouve renvoyé à l'application des règles sur les traités successifs ou aux conceptions classiques sur les rapports entre droit interne et droit international. Or, il s'avère que l'application des règles sur les traités successifs est délicate dans des systèmes conventionnels caractérisés par une imbrication étroite entre parties.

Ainsi, par exemple, l'ONU comprend tous les Etats membres du Conseil de l'Europe parmi lesquels on trouve tous les membres de l'Union européenne. Les conventions qui fondent chacun de ces systèmes comportent des règles impératives auxquelles ne pourrait porter atteinte un accord entre certaines parties¹⁹⁵⁵. En outre, certains systèmes sont, au sens du droit international, « intégraux », c'est-à-dire que les relations entre parties ne sont pas décomposables en un ensemble de relations bilatérales. Aussi les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁹⁵⁶ n'offrent-elles pas toujours des solutions efficaces surtout dans des hypothèses caractérisées par des transferts de compétences des Etats membres à l'organisation à laquelle ils appartiennent, comme c'est le cas dans l'Union européenne¹⁹⁵⁷. A cela s'ajoute la prétention de certaines organisations à fonder un ordre constitutionnel propre. Si la Charte des Nations Unies est parfois présentée comme une « constitution mondiale », la Cour de justice de l'Union européenne voit dans les traités une « charte constitutionnelle » et la Cour européenne des droits de l'homme dans la Convention européenne des droits de l'homme « l'instrument constitutionnel d'un « ordre public européen ».

Fort heureusement, on assiste à une certaine coexistence des systèmes due à la modération réciproque des acteurs. Grace à un dialogue nourri de concepts prétoriens apparemment contradictoires, des solutions concrètes ont pu être dégagées pour la survie du système général. Dans ce contexte, les difficultés dans les rapports entre systèmes ont affecté principalement le droit constitutionnel national, le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des Nations unies. Comme le souligne à juste titre le juge TIZZANO : «...*tout le système tend à la recherche de points de convergence - et parfois même de compromis - entre les diverses instances juridictionnelles... Il est en fait vrai que chacune d'entre elles est liée à un principe identitaire ainsi qu'à une cohérence intrinsèque qui lui est propre ; mais il est tout aussi vrai que jusqu'à présent, elles ont toutes fait preuve de grande sensibilité aux exigences globales du système et à son harmonie* »¹⁹⁵⁸. Cependant, sans négliger le rôle primordial joué par la coopération

¹⁹⁵⁵ Il en est ainsi de l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

¹⁹⁵⁶ Article 30 (traités successifs) et article 41 (accords inter partent)

¹⁹⁵⁷ Une des complications majeures dans l'application des règles sur les traités successifs est illustrée par le fait que tous les Etats ne sont pas devenus parties aux mêmes traités en même temps. Ainsi l'Allemagne est devenue membre des Nations Unies, et la France partie à la Convention européenne des droits de l'homme, bien après la création de la Communauté économique européenne.

¹⁹⁵⁸ *La protection des droits fondamentaux en Europe et les juridictions constitutionnelles nationales, Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, p.9.

entre juges, sur laquelle on reviendra plus en détail, l'absence de conflits majeurs pourrait également être recherchée à d'autres niveaux.

Ainsi, par exemple, on pourrait imaginer que soit codifié le règlement des différends en droit international public. Pour éviter que la concurrence, considérée comme le droit global, ne vienne exacerbée l'exploitation de l'homme et de la nature, il devient urgent que se mette en place un droit universel doté d'un nécessaire contrôle juridictionnel, à l'image de ce qui est de règle dans l'ordre interne. Il est vrai que certains internationalistes estiment que le règlement des différends constitue une question autonome sans lien avec l'œuvre de codification¹⁹⁵⁹. Mais, *a priori*, le caractère indissociable de toute codification avec l'institution de modes obligatoires de règlement de différends a toujours été admis de tout temps¹⁹⁶⁰. On a déjà indiqué que toute cette procédure pourrait éventuellement s'appuyer sur l'existence de normes supérieures qualifiées de *jus cogens*. Ainsi, en affirmant les règles de *jus cogens*, dans un cadre bien défini qui est la « communauté internationale », on convient sur le fait que celles-ci ne sont pas qu'une simple limitation à la liberté conventionnelle des Etats, mais elles représentent également le fondement d'une véritable communauté internationale dans laquelle elles instaurent une véritable hiérarchie normative¹⁹⁶¹. Le *jus cogens* frappe de nullité tous les traités qui ne s'y soumettent, et l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, dispose que si une nouvelle norme de droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et n'a plus de force juridique, cristallisant ainsi un régime de nullité qui existait déjà au niveau interne¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁹ M. ZOUREK soulignait, par exemple, en 1958, que le règlement pacifique des différends était un problème séparé qui concernait l'application des conventions internationales et ne devait pas, dans ces conditions, être lié à la codification et au développement progressif du droit. Pour plus de détails, lire Commission du droit international, Annuaire 1958, I, 187, §5.

¹⁹⁶⁰ Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (Sous la dir.), *Le droit international à la croisée des chemins*, Force du droit et droit de la force, Ed. A. Pedone, 2002, p. 122.

¹⁹⁶¹ Sur la notion de *jus cogens*, cf. G. GAJA., "*Jus cogens* beyond the Vienna Convention", *RCADI*, t. 172, vol. III, 1982, pp. 271-316. ; K. MAREK, "Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international", *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEL, 1968, pp. 426-459.

¹⁹⁶² Il faut dire que les différents ordres juridiques internes appliquent deux types de nullité en matière de contrat : la nullité absolue et la nullité relative. La nullité absolue sanctionne les illégalités graves qui affectent l'intérêt général et troublent l'ordre public, par contre la nullité relative frappe la violation des règles posées dans le seul but de protéger les contractants en tant que personnes privées. Selon l'opinion traditionnellement admise en doctrine, l'ordre international ignorerait cette distinction entre nullité relative et nullité absolue. Toute nullité y serait relative parce que le principe de l'effectivité y jouerait le rôle d'un procédé général, de couverture et de situation irrégulière à l'origine qui ont bénéficié d'une application durable. Cette doctrine paraît confirmée par la jurisprudence qui s'est abstenue de frapper de nullité absolue une sentence arbitrale entachée d'excès de pouvoir ou de violation de compromis, irrégularités pourtant graves qu'il aurait été d'intérêt public de sanctionner sévèrement. Les auteurs de la Convention de Vienne ne se sont pas laissés influencer ni par cette pratique, ni par cette doctrine. Ils ont retenu cumulativement ces deux types de nullité en assignant à chacun un champ d'application précis et en déterminant les différences de régime, qui portent sur la possibilité de faire jouer le principe de divisibilité et d'acquiescer à l'irrégularité pour l'Etat victime, et sur le droit d'invoquer le vice qui entache le traité. Ainsi sont sanctionnées par la nullité relative toutes les irrégularités du consentement autres que la contrainte, c'est-à-dire la violation des formes constitutionnelles, l'erreur, le dol et la corruption du représentant d'un Etat.

Il est évident que la CDI ne saurait prétendre à aucun monopole et que, d'une synergie entre instruments internationaux, il peut résulter un meilleur traitement des situations pratiques dans des contextes sociopolitiques et institutionnels fort divers. Il paraît cependant indispensable de favoriser une meilleure comparaison et connaissance des conditions d'élaboration comme des techniques de contrôle et de suivi de l'application des normes juridiques relatives. Et c'est ici que la CDI pourrait jouer un rôle majeur en ordonnant les valeurs universelles tout en responsabilisant les acteurs internationaux. Toutefois, étant un organe généraliste par vocation, la CDI ne saurait à elle seule, selon Christian TOMUSCHAT, « occuper toutes les niches où aujourd'hui on « fabrique » du droit international »¹⁹⁶³. C'est pourquoi il est primordial de se demander si le respect des responsabilités des institutions spécialisées n'implique pas pour la CDI une exigence de partage de compétences en matière de codification du droit international.

B/- LA REDEFINITION D'UN VERITABLE PARTAGE DE COMPETENCES EN MATIERE DE CODIFICATION

Le droit international fait face à un dilemme sur fond conflictuel de la communauté internationale : d'une part, son intégration matérielle et l'interdépendance existant entre ses membres lui fait éprouver le besoin d'un droit international commun qui, par sa cohérence, consacrerait cette nouvelle unité. D'autre part, son fractionnement sur le plan socio-culturel par la prise de conscience de disparités diverses qui débouchent sur un droit à la différence. Dans un tel contexte, comment assurer l'universalité du droit international alors que, dans des domaines divers, plusieurs perceptions divergentes de l'homme se heurtent dans la société ? Pour aborder dans le même sens, Ahmed MAHIOU se demandait si « *l'on est passé d'une codification de confrontation à une codification de concertation et de coopération*¹⁹⁶⁴ ». Si l'auteur avait émis des inquiétudes quant au fait que la pratique des années de l'époque n'en apportait l'exacte confirmation, il n'en demeure pas moins que « *les nouvelles oppositions d'intérêts nationaux et régionaux, devenues plus concrètes et plus précises dans un contexte de mondialisation, rendent toujours aussi délicates les tâches de codification* »¹⁹⁶⁵. On serait tenté de penser que l'une des solutions à cet enjeu serait d'opérer un véritable partage de compétences en matière de codification du droit international. Comme le rappelait René-Jean DUPUY, assurer la double exigence de la singularité et de la communauté impose au droit international de se doubler de la mise en place d'institutions « *multivocationnelles* » où chaque système culturel trouve à s'exprimer¹⁹⁶⁶. Ce partage se résume à avoir une forme de logique dans la distribution des rôles entre la Commission du droit international et les autres organes

¹⁹⁶³ Christian TOMUSCHAT, « La codification du droit international », *op.cit.*, p. 178.

¹⁹⁶⁴ Préface du Rapport du colloque de la SFDI consacré à la codification du droit international, *op.cit.*, p. 6.

¹⁹⁶⁵ Ahmed MAHIOU, Préface, in *la codification du droit international*, colloque de la SFDI de 1998, *op.cit.*, p.6.

¹⁹⁶⁶ René-Jean DUPUY, L'avenir du droit international dans un monde multiculturel, *op.cit.*, p. 250.

de codification. En pratique, il s'agit de trouver un fondement de base pour un nouvel élan de codification (1) puis d'en déterminer les modalités en droit international (2).

1/- Les fondements et la portée d'un nouvel élan codificateur

La recommandation préconisant la constitution de la CDI ne lui accorde pas le monopole en matière de codification et de développement progressif du droit international¹⁹⁶⁷, tout comme son Statut ne lui accorde pas une « place particulière » à l'image de la CIJ dont l'article 1 du Statut accorde une place prépondérante en matière judiciaire dans le système onusien. A cet égard, le champ a été laissé libre à d'autres organes de concourir à la mise en œuvre de l'article 13, paragraphe 1 (a) de la Charte, soumettant ainsi la CDI à une certaine concurrence en matière de codification comme cela a été analysé précédemment. A cet effet, à l'image de toutes les techniques juridiques, la codification est une œuvre appelée à évoluer et à s'adapter avec l'évolution du temps et des acteurs internationaux. Elle n'est ni une œuvre statique, ni une œuvre d'un classicisme rigoureux¹⁹⁶⁸. Il serait donc impensable que la codification soit l'œuvre d'un seul organe susceptible d'apprécier l'ensemble des règles et de régir tous les domaines d'actions et toutes les situations du droit international.

En partant de la possibilité offerte par l'article 13§2 de la Charte des Nations Unies qui laisse la liberté à l'AG de recourir, à tout moment, à d'autres organes pour la codification du droit international, on pourrait arriver à la conclusion qu'on assiste bel et bien à un véritable partage de compétences en la matière. D'abord, il y a nécessité de soumettre certaines approches du DIP, plus techniques et nécessitant un temps limité pour leur élaboration, à d'autres organes. Ensuite, il faut éviter de surcharger la CDI ; enfin, il y a, dans certains cas de codification, matière à privilégier le « politique » sur le « technique ». Autrement dit, il est apparu nécessaire de soumettre certaines activités du DIP (droits de l'homme, droit humanitaire...) à des organes bien spécifiques ou encore certains domaines plus complexes et techniques (droit commercial, droit international économique, droit de la mer, ...). Des auteurs comme le professeur Yves DAUDET¹⁹⁶⁹ n'ont pas manqué de souligner qu'il s'agissait, en l'occurrence, d'un « double-emploi » quand cela ne faisait pas penser à une « dispersion d'efforts et de moyens ». En effet, si on peut justifier le maintien des organes de codification ayant précédé la CDI par la difficulté de leur suppression ou encore du fait de son programme de travail souvent particulièrement chargé, l'Assemblée Générale a également

¹⁹⁶⁷ Il est quand même pertinent de noter que l'essentiel de la codification et du développement progressif du droit international a été réalisé par la CDI. Dans la pratique, cet organe apparaît donc comme étant celui de « droit commun », normalement et naturellement investie d'une compétence de principe en la matière puisque c'est pour donner un effet pratique à l'article 13 de la Charte qu'elle a été créée.

¹⁹⁶⁸ René-Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international : souveraineté des États, communauté internationale et droits de l'humanité*, Editions A. Pedone, 1999.

¹⁹⁶⁹ Yves DAUDET, *Les Nations Unies et le développement social international*, Paris, Éditions A. Pedone, 1996, 206p.

considéré que la CDI n'était pas toujours en mesure de couvrir la totalité des besoins et qu'il valait mieux confier le travail à un Groupe spécial ou à un Comité *ad hoc*. Parfois, c'est la lenteur de travail de la CDI qui a été mise en avant ou encore le fait qu'elle ne travaillait qu'à temps partiel. Par ailleurs, pour les nouveaux domaines plus techniques en droit international, il a été avancé que les méthodes de travail habituelles de la CDI n'étaient plus en phase avec les nécessités de la préparation d'un droit résolument nouveau. De même, les rapports souvent difficiles entre les Etats et la CDI sont à l'origine de l'émergence d'une concurrence en matière de codification du droit international¹⁹⁷⁰.

Cependant, une telle vision n'entraîne-t-elle pas une répudiation du système de « droit commun » matérialisé par l'œuvre de la CDI auquel les activités des plus courantes tendent ainsi à échapper ? Est-il concevable de ne régler que par des « lois » spéciales tous les cas particuliers qui se présentent en droit international ? En réalité, on pense qu'il serait très dangereux pour le droit international d'adopter une telle vision. C'est pourquoi, pour maintenir un régime de droit commun, il serait intéressant que les sujets ainsi codifiés par ces organes puissent faire l'objet d'une collaboration, voire d'une seconde analyse par la CDI avant qu'ils ne soient soumis à l'appréciation des Etats. Cette pratique qui ouvre la voie à des techniques plus sophistiquées de codification incite à une nouvelle façon d'envisager à la fois les rapports et la concurrence entre organes de codification en droit international. Dans les perspectives d'une meilleure répartition des tâches de codification, il appartient à la CDI de s'occuper des sujets relatifs au droit international général tout en se laissant le soin d'intervenir, de temps à autre, sur les domaines spécialisés quand ceux-ci posent des problèmes de conflits juridictionnels ou normatifs en droit international.

Une telle position lui permettrait d'être plus sensible aux orientations des Etats sans pour autant se départir de son rôle de conseiller, voire d'éducateur de ces derniers. En retour, les Etats se doivent de mieux utiliser toute l'expertise mise à leur disposition par la CDI, quitte à envisager de nouvelles réformes afin de dissiper l'idée de crainte et de méfiance vis-à-vis de ses membres. Les Etats pourraient, par exemple, privilégier le raccourcissement des délais comme ce fut le cas pour le projet de la Cour criminelle internationale¹⁹⁷¹. Ceci dans le souci de faire une nette distinction entre une phase purement technique et une autre purement politico-juridique, permettant ainsi à la Commission d'accomplir ses tâches avec moins de soucis politiques. Ceci permettrait également de

¹⁹⁷⁰ Il est donc bien vu que, pour certains sujets, une marque plus politique soit imprimée dans le travail de codification en confiant celui-ci à des organes moins techniques et plus politiques. Cet aspect est d'autant plus à retenir qu'il permet, en aval, d'obtenir le plus souvent un projet satisfaisant et acceptable par les Etats.

¹⁹⁷¹ Dans ce cas précis, les Etats dans le cadre de l'Assemblée générale avaient, au préalable, demandé à la Commission de leur soumettre un projet avec un délai relativement court. Mais sans en attendre l'issue, les Etats s'en étaient emparés pour convoquer une Conférence diplomatique en vue de faire adopter le projet.

prendre en considération le domaine et le champ de compétence de chaque organe ainsi que les méthodes de travail, le résultat final de la codification par chaque organe.

2/- Les modalités du nouvel élan codificateur : vers la mise en place d'un système législatif international

Comme le souligne le professeur Yves DAUDET, « *si... la coopération politique trouve son aboutissement naturel dans la codification, rien n'oblige à ce qu'elle soit une opération strictement technique, exclusivement confiée à des spécialistes et à des experts. Il est sans doute bon aussi que, pour certains sujets, une marque plus politique soit, dès le départ, imprimée au travail accompli. Cet aspect est du reste présent dans toute la codification, par quelque organe que ce soit, qui a le souci, au-delà du caractère techniquement satisfaisant d'un projet, de s'assurer de l'existence du consentement des Etats, lequel est politique, permettant à ce projet de devenir un texte adopté. Les méthodes utilisées par les organes de codification en témoignent* »¹⁹⁷². C'est ainsi que l'on admet de plus en plus un système d'innovation dans le processus d'élaboration du droit international avec l'institution d'un système de création du droit international de type parlementaire ou législatif¹⁹⁷³.

Lors de la création de la CNUDCI, la CDI, consultée en ce temps, avait fait prévaloir l'argument selon lequel elle avait un calendrier trop chargé pour s'occuper également de la codification du droit commercial international qu'elle estimait, en outre, être une discipline trop spécialisée¹⁹⁷⁴ au regard de ses compétences. Un tel désaveu, s'il était compréhensible à l'époque, pose aujourd'hui le problème de la mission exacte de la CDI et de la répartition des tâches dans le domaine de la codification du droit international. Le schéma actuel impose en effet, soit une prise en totalité de l'œuvre de codification du droit international par la CDI, soit une répartition des tâches entre un organe ayant compétence de droit commun et vocation à codifier les règles générales du droit international et des organes ayant une compétence d'attribution limitée à la codification des règles particulières. Or, il semble que l'on s'achemine tout doucement vers le deuxième cas. La CDI garderait ainsi le monopole des sujets du droit international général ainsi que toutes les questions de nature transversale du fait de sa vision plus ou moins globale du droit international. Les autres organes se concentreraient sur toutes les questions subsidiaires et celles ne pouvant faire l'objet d'une analyse pertinente de la part de la CDI.

¹⁹⁷² Yves DAUDET, voir commentaire de l'article 13. 1 (a) de la Charte, in J. P. COT et A. PELLET, La Charte des Nations Unies, Economica/Bruylant, Paris, Bruxelles, 1985, p. 319.

¹⁹⁷³ Ce système ou processus d'élaboration du droit se fait notamment par le biais de conférences officiellement chargées de la préparation d'un traité auquel se greffe également un processus de création du droit coutumier à l'image de ce qui avait été admis lors de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer où une *opinio juris* s'était nettement dégagée et admise en dépit des désaccords politiques concernant le texte du traité lui-même.

¹⁹⁷⁴ R. DAVID, « La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », *AFDI*, 1970, p. 456.

Rappelons que la CDI est normalement la *généraliste* du droit international en matière de codification et selon René-Jean DUPUIS : « Elle est très sensible à poser la primauté de l'éthique sur la technique »¹⁹⁷⁵. Cela s'explique certainement par l'esprit dans lequel elle a été créée (pour codifier le droit international) ainsi que la formation de ses membres, compétents en matière de droit international mais non de tel domaine technique ou spécifique. Toutes choses qui font que seules les questions de droit international *général* doivent être portées à son examen. Elle n'est pas toujours outillée pour s'occuper de tout, surtout que la codification du droit international se diversifie pour donner naissance à des spécialités. Son rôle devrait donc se limiter à la codification et au développement progressif des principes de bases et notions fondamentales du droit international général, mais il est également de son devoir de permettre la coordination et l'intégration de l'ensemble du « système législatif international ».

Aussi, pour organiser une meilleure lisibilité et cohérence du droit international, il faut opérer une nouvelle répartition des tâches dans la production normative, en assignant aux divers organes les fonctions correspondant le mieux à leurs aptitudes. Dans une telle perspective, les travaux de la CDI doivent tout à la fois se limiter aux sujets de droit international général tout en lui laissant un droit de regard sur l'ensemble des autres matières du droit international. Selon Yves DAUDET, il devrait en découler trois conséquences majeures¹⁹⁷⁶ : La première « ... est que la Commission du droit international doit avoir, en pratique et de fait, le monopole de la codification des sujets de droit international général, comme ce fut le cas avec les « grands sujets » du temps de l'« âge d'or » »¹⁹⁷⁷. En deuxième lieu, si l'on admet que la CDI puisse être écartée de certains sujets dont le caractère suffisamment technique ou particulier ne lui permettrait pas un traitement satisfaisant, il faut également admettre que le caractère « généraliste » de la CDI lui procure un rôle d'unificateur et de coordinateur en matière de codification du droit international¹⁹⁷⁸. En d'autres termes, en contrepartie de sa mise à l'écart dans la codification du droit spécial au profit des organes plus spécifiques, la CDI devrait être appelée à connaître de toute question de droit international général qui se poserait à l'occasion de la codification d'une matière technique ou particulière par un autre organe réputé plus compétent pour la réaliser¹⁹⁷⁹. Dans l'objectif d'une cohérence unitaire de

¹⁹⁷⁵ R.-J. DUPUY, « La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire ? », *Mélanges Roberto Ago*, t. 1, p. 267.

¹⁹⁷⁶ Yves DAUDET, « Actualité de la codification du droit international », *op. cit.*, pp. 107-108.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ L'exemple de la création de la CNUDCI est d'autant plus intéressant qu'il montre la nécessité de consulter la CDI avant que les Etats ne décident de confier la mission de codification d'un sujet à un autre organe. Ainsi, il est bon de favoriser les modalités permettant à la CDI, par sa propre volonté, de se dessaisir de certains sujets et de les confier à d'autres organes plus ou moins permanents. Ce qui permettra une cohérence entre les choix des sujets à codifier et les organes codificateurs. De même, les autres organes n'auront plus à limiter le champ de compétence de la CDI du fait de l'étroitesse de leur collaboration ; il en ressortira une meilleure unité du droit international.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

l'ensemble, on pourrait imaginer un mécanisme de renvoi préjudiciel devant la Commission du droit international des questions générales surgissant devant des organes spécialisés (renvoi pour avis, consultation, navette, etc.)¹⁹⁸⁰. La Commission n'étant pas un organe permanent, les questions faisant l'objet de ce renvoi seraient directement soumises à la Sixième Commission, laquelle, si elle ne peut y apporter les solutions adéquates, pourrait les transmettre à la CDI pour examen au fond et susceptible de revêtir la forme d'un avis. A côté, on pourrait également instaurer des consultations plus ou moins informelles : on pourrait ainsi imaginer une procédure officielle de codification qui, à l'image des conventions de Vienne sur le droit des Traités, serait un engagement institutionnel de l'ensemble des organes de codification afin que chacun d'eux tienne compte d'un certain nombre de critères et de principes lors des différentes codifications qu'ils sont amenés à produire. L'objectif serait d'harmoniser les méthodes de codification (définition des secteurs d'interventions, procédures de codification et technique législative, prise en compte des résultats de codification, etc...) afin d'aboutir là également à une cohérence d'ensemble.

Enfin, la troisième conséquence privilégie une collaboration bilatérale entre la CDI et les autres organismes dotés d'attributions précises dans les domaines spécialisés du droit international. Cela, dans l'optique de donner des réponses satisfaisantes aux déficiences que présente le droit international et auxquelles une réponse s'impose. D'ailleurs, le Statut de la CDI prévoit cette collaboration puisque son article 17, paragraphe 2, lui permet d'adresser un questionnaire aux organes des Nations Unies, à des institutions spécialisées ou à des organisations officielles pour recueillir leurs observations sur ses travaux. L'article 25 lui permet de consulter tout organe des Nations Unies et l'article 26 toute organisation nationale ou internationale, officielle ou non, sur des sujets de leur compétence¹⁹⁸¹. Il s'agit autrement de renforcer ces échanges d'informations par la reconnaissance, à un niveau relativement élevé, d'un organe appelé à coordonner, sur une base volontaire, les travaux de l'ensemble des organisations internationales. C'est ce rôle que joue, par exemple, en Europe, le Comité européen de coopération juridique créé en 1963 dans le cadre du Conseil de l'Europe. En se basant sur les termes de l'article 17 du Statut de la CDI, on pourrait prévoir la mise en place de mécanismes de communication plus formels et non se contenter de simples échanges de points de vue comme actuellement préconisé par ledit article. Ainsi la Commission, au lieu d'empiéter sur les travaux des autres organes dans le domaine de compétence

¹⁹⁸⁰ Cette procédure existe déjà et connaît un grand succès dans le cadre du Benelux et surtout des Communautés européennes et pourrait certainement s'étendre à la Cour internationale de justice.

¹⁹⁸¹ Pour Yves DAUDET, la Commission du droit international n'a pas fait jusqu'à présent un grand usage de ces possibilités à l'exception de relations très formelles et essentiellement de courtoisie, entretenues régulièrement avec divers organismes sur la base de l'article 26, paragraphe 4, de son statut relatif aux consultations entre la Commission et les organes intergouvernementaux s'intéressant à la codification. Cf. « Actualité de la codification du droit international », *op. cit.*, p. 110.

et d'attribution qui leur sera dévolu, viendra plutôt en renfort ou plutôt « corriger » les égarements auxquels pourraient s'exposer les autres organes. Cela permettrait, en outre, d'éviter des redondances, la perte de temps et d'argent inutile comme cela pourrait être le cas actuellement.

Mais ce qui serait encore plus intéressant, c'est de voir la CDI s'engager résolument vers une véritable activité de « *restatement* » constitutive d'une réflexion d'ensemble sur le droit international. Une telle activité novatrice prendrait la forme d'un examen systématique des grands principes du droit international à la lumière des changements actuels. Il est vrai qu'avec les changements qui ont profondément affecté la société internationale, il devient nécessaire de faire une relecture du droit international à la lumière de ces transformations afin de dégager les tendances nouvelles. Ce travail de très longue haleine ne peut être effectué que par l'organe qui jouit du plus de crédibilité en matière de codification, capable de conduire une réflexion permanente sur l'état du droit international et ses évolutions. La Commission aurait ainsi une fonction d'observation des grandes tendances du droit international, qui ne devrait pas lui interdire d'élaborer des textes qui pourraient être des sortes de recommandations susceptibles d'orienter les comportements des Etats¹⁹⁸².

On parlerait alors d'un processus d'intégration normative qui impliquerait un passage du contenu du traité de codification ou des résolutions normatives en droit international général (surtout en ce qui concerne la coexistence de conceptions divergentes). Ici encore, le rôle de la CDI serait de favoriser le fonctionnement de l'ensemble du système de manière adéquate en allant puiser, dans les « traités-lois » issus des autres organes de codification, les principes considérés comme essentiels pour favoriser leur incorporation en tant que règles générales du droit international général. On sait que cette Commission a déjà initié, depuis longtemps, une procédure qui lui permette de dégager des domaines d'intérêts fondamentaux pour la communauté internationale¹⁹⁸³. A ce propos, Georges ABI-SAAB propose qu'on puisse par exemple considérer, à l'instar des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo pour les crimes de guerre, qu'après un certain laps de temps, un traité de codification et de développement progressif « est censé avoir passé en droit international général »¹⁹⁸⁴. De même, pour ce qui est des résolutions normatives, on pourrait développer des critères objectifs qui, au fur et à mesure qu'ils sont réunis, permettraient de constater que le contenu de la résolution relève du droit international général¹⁹⁸⁵. La mise en place de ces différents critères permettrait de créer des liens

¹⁹⁸² Yves DAUDET, *op.cit.*, p. 111.

¹⁹⁸³ Cela a notamment été le cas dans le cadre des faits dont la méconnaissance est qualifiée par elle de crime international alors que, dans le même temps, la violation d'autres obligations à l'égard de la communauté internationale ne constitue que des délits, (V. Rapport de la quarante-deuxième session de la Commission du droit international, Doc. de l'ONU A/35/10, par. 23, p. 26).

¹⁹⁸⁴ Georges ABI-SAAB, La coutume dans tous ses états, *op.cit.*, p. 65.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*

entre le système de droit international général et toutes les branches du droit international et limiterait la complexité des problèmes ainsi que la célérité des changements et de l'hétérogénéité au sein de la communauté internationale. Composée à la fois de praticiens du droit que d'experts de la doctrine, la CDI peut être considérée comme le miroir de toutes les conceptions doctrinales possibles à l'heure actuelle¹⁹⁸⁶.

En ce qui concerne la codification spéciale (dérivée, partielle et régionale) elle reviendrait aux organes techniques et aux organisations internationales. Et, contrairement à une tendance générale, l'activité législative menée au sein des institutions spéciales ou régionales n'est pas de nature à entraver le travail de codification et de développement progressif du droit international réalisé par la CDI. Le problème se pose plus en termes de cohérence d'ensemble et non en termes de compétences. Il s'agit simplement d'une division du travail appropriée afin que chaque organe puisse réaliser un travail qui sied à ses objectifs, à ses méthodes de travail et aux attentes de la communauté internationale. Ce sont ainsi des critères de compétence *ratione materie* qui doivent prévaloir dans le choix de tel organe de codification plutôt que de tel autre et ainsi opérer une véritable attribution du travail d'élaboration des normes internationales. A cet effet, le problème qui se pose en droit international est celui de la reconnaissance d'un tel statut et rôle à la CDI par les organes spéciaux et régionaux et notamment dans le cadre de l'institution d'une procédure de consultation des autres organes vis-à-vis de la CDI¹⁹⁸⁷. Cela avait d'ailleurs été reconnu lors de la session de 1996 de la CDI où il avait été dit « *qu'il lui appartient de contrecarrer, grâce au mandat général et à la mission qui sont les siens, ce risque de morcellement du droit international consécutif à la prolifération des organes de codification* »¹⁹⁸⁸. D'où la nécessité de favoriser une collaboration entre les divers organes de codification en ce qui concerne le développement de domaines du droit international revêtant un intérêt général aussi bien que spécialisé¹⁹⁸⁹. Cette nécessité de collaboration est, parfois, expressément prévue par les statuts des organes.

Il est d'ailleurs essentiel de rappeler l'importance du rôle que l'activité des autres organismes de codification a joué dans l'ensemble de la codification et du développement progressif du droit

¹⁹⁸⁶ Manfred LACHS, *Le Monde de la pensée en droit international : Théories et pratiques*, Economica, 1989, p.217.

¹⁹⁸⁷ Il a notamment été examiné par la SFDI lors de son colloque de 1999 sur « La codification du droit international » que cette solution, certes probable, serait mal vécue et acceptée par les autres organes car cela reviendrait à investir la CDI d'un pouvoir de quasi-contrôle sur les autres organes. D'où le repli vers une solution beaucoup plus politiquement acceptable mais techniquement moins efficace, à savoir confier un tel rôle à la Sixième commission de l'AGNU plutôt qu'à la CDI.

¹⁹⁸⁸ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (1996)*, AG Doc. Off. 51^e session, supp. n° 10 (A/51/10), § 170.

¹⁹⁸⁹ Il faut noter que le monde d'aujourd'hui est de plus en plus dominé par la science, la technologie et donc par l'expert. La conséquence est que si l'on n'y prend garde, la règle internationale va être modelée et produite par des savants, experts ou spécialistes en lieu et place du politicien, du juriste ou du diplomate. L'autre crainte est qu'ils garderont également entre leurs mains une large part du pouvoir d'interprétation des règles et normes internationales.

international. Leurs procédures et méthodes de codification semblent d'ailleurs plus adaptées au droit international contemporain car présentant une plus grande souplesse et une meilleure capacité d'adaptation aux circonstances requises par chaque cas concret examiné. Les difficultés politiques ou techniques du sujet sont moins visibles et trouvent de manière générale une réponse adéquate du fait de la nature de leur composition et la nature du produit final. La CDI gagnerait elle aussi à assouplir ses méthodes et procédures de travail.

En résumé, la CDI bénéficie d'un capital de confiance et d'une respectabilité mondialement reconnue. A ce titre, elle devrait conserver le monopole des sujets du droit international ainsi que toutes les questions de nature transversales, en raison de sa vision globale du droit international. Mais pour ce faire, il y a également nécessité de collaboration entre les différents organes de codification afin de limiter les risques de fragmentation et harmoniser, en amont, le droit international. Cette harmonisation passe par un encouragement des échanges d'informations et par le développement de commentaires et critiques réciproques sur le travail de chacun. Elle passe également par l'accroissement de l'interaction entre les organes de codification comme le suggère le professeur CHINKIN¹⁹⁹⁰. La coexistence d'organes techniques ou spéciaux de codification à côté de l'organe de droit commun reste un des moyens pour combattre le morcellement du droit international favorisé par sa fragmentation. Cette solution aurait l'avantage de laisser subsister la diversité des droits, tout en remédiant au problème de la surprise et d'insécurité juridique dans les relations transfrontalières. Que les travaux découlent de la CDI ou d'un autre organe, l'objectif reste le même, à savoir consolider l'ordre juridique international.

¹⁹⁹⁰ Cf. Christine CHINKIN, Intervention devant le Conseil des droits de l'homme lors de la Cinquième session du 15 mars 2006, Documents officiels de l'AGNU du 18 juin 2007, A/HRC/5/20.

Conclusion du chapitre

En conclusion du présent chapitre, on rappellera que, lors du soixantième anniversaire de la CDI, Mme Edwige BELLIARD¹⁹⁹¹ s'exprimait en ces termes : « *Si d'aucuns ont cru pouvoir s'interroger sur un prétendu « âge d'or » de la Commission du droit international dorénavant révolu, les riches travaux dont rend compte le rapport de la CDI cette année témoignent selon nous de toute l'utilité de cette institution et de l'importante contribution qu'elle continue d'apporter à la codification et au développement progressif du droit international. Je me permettrai néanmoins d'indiquer que la recherche de la « substantifique moelle » du droit international coutumier et la codification de ce droit ne doivent pas être délaissées pour les ombres incertaines de la normativité relative ou pour la seule étude théorique ou académique de sujets non mûrs pour leur codification* »¹⁹⁹². Ce qui montre assurément que la CDI bénéficie toujours d'un capital de confiance et d'une respectabilité certaine mondialement reconnue. A ce titre, elle devrait conserver le monopole des sujets de droit international et des questions de nature transversales, en raison même de sa vision globale du droit international. Mais pour ce faire, il y a également nécessité de développer plus de collaboration entre les différents organes de codification, notamment par plus d'échanges d'information. Que les travaux de codification découlent de la CDI ou d'un autre organe, l'objectif principal reste le même à savoir consolider l'ordre juridique international.

Il va de soi que l'ensemble du bilan de l'œuvre contributive de la CDI au développement du droit international ne pourrait être relaté dans ces quelques lignes. D'ailleurs, celle-ci a fait l'objet de nombreux ouvrages¹⁹⁹³ ou encore de Cours et travaux de droit international public¹⁹⁹⁴. L'objectif visé se limitait ici à ne donner qu'une indication, certes incomplète, de l'influence que la Commission a exercée sur la conception du droit international, ses règles et ses principes fondamentaux.

¹⁹⁹¹ Directrice des Affaires juridiques, Ministère des affaires étrangères et européennes.

¹⁹⁹² Edwige COLLIARD, Discours prononcé le 29 octobre 2008 lors du soixantième anniversaire de la CDI, Rapport de la CDI sur les travaux de sa soixantième session (point 75) – Chap. II, III. Observations générales ; article posté sur : <http://www.franceonu.org/spip.php?article2898>.

¹⁹⁹³ V. par exemple, le traité de THIERRY, COMBACAU, Serge SUR, VALLEE, *Droit international public*, 1975, pp. 92-152 ; de même que RAMCHARAN, *The International Law Commission, Its approach to the codification and progressive development of International Law*, 1977, pp. 134-175 ; On pourrait aussi consulter les publications de la CDI : « *La Commission du droit international et son œuvre* », édit. rév., Nations Unies, paru dans sa 6^e édition en 2005 ou les *Annuaire de la Commission de droit international* ; de même que les travaux de la SFDI sur la question de la codification du droit international.

¹⁹⁹⁴ Voir à ce propos le Cours de Milan SAHOVIC, « Le rôle et les méthodes de la codification et du développement progressif du droit international », *Cours et Travaux de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris*, Prosper WEIL (sous le dir.), Paris, Pedone, 1987, pp. 71-126 ; et de Jimenez de ARECHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, Cours à l'Académie du droit international de La Haye.

A ce niveau, trois observations peuvent être faites : la première concerne la réticence souvent opposée par les Etats devant la formation d'accords purement formels ; la seconde concerne la relativité que comporte tout instrument de « soft law » et la dernière observation est relative aux difficultés et insuffisances de sanctions en droit international. Si ces trois observations sont intimement liées entre elles, les réponses qu'elles susciteront de la part des spécialistes du droit international poseront également les « jalons » de l'avenir et des limites de l'œuvre de codification. Cependant, la codification ne peut à elle seule résoudre tous les problèmes posés par le droit : si elle permet d'apporter des débuts de solution pour remédier aussi bien à l'inflation et à l'instabilité des régimes juridiques, l'ampleur, la complexité et l'évolution rapide du droit devraient conduire à compléter son action dans le cadre des organes chargés d'appliquer et de contrôler l'application du droit. Dans un tel cas, les juges internationaux et la doctrine ont également leur place et un rôle non moins important à jouer.

Chapitre II – Les solutions offertes par la codification d’origine judiciaire et les organes juridictionnels

Lors de l’une de ses nombreuses conférences donnée à Genève en 2006 sur le thème du pluralisme juridique, le professeur Mireille DELMAS-MARTY déclarait que « *l’absence d’encadrement juridique transforme un espace à plusieurs vitesses en un espace à la carte : chacun entre et sort comme il veut et quand il veut. Au lieu d’anticiper sur l’intégration ou de la préparer, la différenciation dans le temps favorise alors le freinage, le blocage, voire la désintégration.* »¹⁹⁹⁵ C’est pourquoi si l’on veut que le droit international, en tant que système, soit perçu comme équitable, mieux appliqué et donc plus efficace, il faudrait se soucier principalement à créer un lien étroit entre son effectivité, sa crédibilité, sa cohérence et sa légitimité. Une telle tâche devrait en principe incomber à tous les acteurs qui participent à la réalisation de la vie internationale, mais surtout aux interprètes du droit international, qu’ils soient codificateurs, juges internes ou internationaux, professeurs de droit ou encore experts juridiques.

Il est bon de rappeler que l’un des phénomènes marquants de ce début de XXI^e siècle est sans conteste la sollicitation excessive du droit appelé à « recoller » à un monde en perpétuelle réorganisation dans le but d’une meilleure régulation des phénomènes internationaux. Mais au-delà de cette nécessité normative, se pose également le problème de l’existence d’une nouvelle idéologie politique souvent portée par les Nations les plus puissantes. Cette idéologie peut être construite autour d’une « conception utopique » du droit international car, comme le remarquait Serge SUR, « *l’utopie a toujours joué un grand rôle dans le développement de la société internationale, et notamment des organisations internationales. Des modèles abstraits ont été souvent imaginés, qui projetaient l’image favorable d’un monde futur, tout en comportant, en filigrane, une dévalorisation et une critique du monde présent* »¹⁹⁹⁶. Dans le système juridique international actuel, cette vision « utopique » du droit international contribue à orienter l’action des politiques du fait de ses interférences avec le droit positif. Autrement dit, le lien de l’utopie par rapport à la Société internationale et plus précisément au droit international, ce sont des notions, objectifs ou principes ayant, aux yeux de ceux qui s’en réclament, un caractère transcendant en fonction de leur contenu, une valeur absolue et universelle, mais aussi une prétention à être réalisés, mis en œuvre, sans référence particulière à un mode donné de formation du droit, indépendamment de toute procédure

¹⁹⁹⁵ Mireille DELMAS-MARTY, « La Dimension sociale de la Mondialisation et les transformations du champ juridique », Conférence publique, Genève, novembre 2006.

¹⁹⁹⁶ Serge SUR, Extrait de « Le droit international », *op.cit.*, p. 54.

spécifique, en quelque sorte par une indétermination et un opportunisme des moyens¹⁹⁹⁷. Cela crée un hiatus car les objectifs ou les principes apparaissent clairs, fixes, immuables alors même que les modalités de leur réalisation sont à l'inverse indécises, mouvantes, voire aléatoires. D'un autre côté, c'est également ce hiatus qui rend le droit, qui se présente sous le double aspect du contenu des normes et de leurs modes de formation, particulièrement intéressant pour tenter de saisir les difficultés liées à la réalisation du droit international.

Au final, la nécessité se fait sentir de mettre en place un véritable système judiciaire global qui serait articulé, de la base au sommet, pour garantir efficacement, à tous les niveaux, le respect des obligations internationales de l'Etat. On combinerait ainsi une hiérarchie normative et une hiérarchie organique. Une hiérarchie atteinte par la reconnaissance de son caractère impératif¹⁹⁹⁸ et qui permette une stabilité obtenue par un ensemble réduit de normes impératives facilitant une coexistence adaptable au développement de la société comme l'a affirmé Martti KOSKENNIEMI¹⁹⁹⁹ ; elle devra également assurer une sécurité qui résulterait de l'unité de l'ordre juridique international, étant donné qu'il offrirait un ensemble stable de normes primaires qui reposeraient sur l'unité structurelle de ses normes secondaires, avec un caractère constitutionnel et une vocation de permanence.

Toutefois, pour obtenir cette hiérarchie, stabilité et sécurité, les principes constitutionnels ont besoin d'un accord collectif de la Communauté internationale dans son ensemble pour que le monde ne soit moulé dans les intérêts stratégiques de la nation la plus puissante, au grand dam des autres. Ce rôle revient aussi bien au juge et à la doctrine qui doivent contribuer à l'unité d'interprétation et d'application de la norme de droit international (section 1). Il faudra également affirmer l'existence, en droit international, d'un cadre constitutionnel où l'on retrouve non seulement les principes basiques et les procédures sur la production du droit, mais aussi les limites à l'action politique et juridique des acteurs internationaux, reconnues et acceptées par la communauté internationale dans son ensemble (section 2).

Section I : La recherche de l'unité d'interprétation et d'application de la règle de droit international à l'échelle universelle

Pour Pierre-Marie DUPUY, « les gardiens de l'unité du droit international sont les membres de la doctrine et les juges »²⁰⁰⁰. A cet effet, la mondialisation du droit impose l'organisation d'une sorte

¹⁹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁹⁸ Voir G. ABI-SAAB, « Des concepts comme les normes de *jus cogens* ou le *crime international*... », in *Cours général de droit international public, RCADI*, t. 207, 1987, pp. 9-464.

¹⁹⁹⁹ Martti KOSKENNIEMI, « Hierarchy in international law : A Sketch », *EJIL*, 1997, n°4, p.571.

²⁰⁰⁰ Pierre-Marie DUPUY, Unité d'Application du Droit International à l'échelle Globale et Responsabilités des Juges, *L'Unité de l'ordre juridique international, op.cit.*, pp. 473-478.

de « *fédéralisme judiciaire* » où se mêlent droits internes, droits spéciaux et droit international général allant ainsi dans le sens d'une intégration, au moins partielle, des premiers dans le second. Un tel schéma, certes théorique à l'heure actuelle, permettrait de déboucher sur une hiérarchie organique des juridictions nationales et internationales à travers une superposition normative. Dans ce mécanisme, le juge tiendrait une place de choix compte tenu de sa responsabilité d'interpréter le droit selon l'intérêt du justiciable, à quelque niveau que ce soit. De son intervention, découlera la logique d'un système de normes, son intégrité et surtout son unité.

En effet, c'est au juge international que revient la lourde tâche de renforcer l'unité de l'ordre juridique international malgré son approche « fragmentarisée ». Ainsi, plus le système évolue et se complexifie du fait des conflits d'obligations qu'il crée, plus les Etats ont recours à un tiers parti pour arbitrer entre ces conflits. A ce niveau, la CIJ pourrait remplir un rôle accru d'harmonisation afin de limiter ou de réduire les conflits normatifs. Il s'agit plus d'une question de politique judiciaire que de faisabilité technique car, toujours selon Pierre-Marie DUPUY²⁰⁰¹, la CIJ serait hantée par sa propre ambition démontrée dans l'affaire *Nicaragua* où elle avait exercé son pouvoir de *jurisdictio*. Aussi, contrairement à ce que l'on pense, la jurisprudence devrait avoir un rôle plus décisif qui ne devrait pas se limiter à une simple interprétation des normes internationales mais elle devrait également participer à l'élaboration des normes internationales dans certains cas²⁰⁰² (§1). Tout comme la doctrine a son importance en droit international puisqu'elle exerce une influence sur le contenu et l'existence des règles, notamment lorsqu'elle permet de confirmer leur existence encore non établie (§2). Elle s'exprime principalement par les travaux de la CDI, ceux des diverses autres institutions internationales mais aussi par le biais de la pensée des publicistes les plus qualifiés. Expression d'une « opinion publique avisée », la doctrine a une indépendance intellectuelle et sait appréhender le droit en dehors des enjeux politiques²⁰⁰³. Mais son indépendance croise ses limites vis-à-vis de la souveraineté des Etats.

§ 1 : Le rôle du juge et l'apport de la jurisprudence dans la formation du droit international

L'existence d'une tendance à une « fragmentation » du droit international se mesure au mieux à la lumière des phénomènes de l'explosion et de l'autonomisation normative, de la multiplication des

²⁰⁰¹ Pierre-Marie DUPUY, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice » (1998-1999) NYUJ Int'l L. & Pol., pp. 803-804.

²⁰⁰² C'est l'exemple du régime des réserves (avis consultatif 1951), entériné ensuite par la CVDT, cf. *affaire réparation des dommages subis au service des Nations Unies* et l'existence objective de l'ONU.

²⁰⁰³ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : Place et rôle des juridictions institutionnelles et constitutionnelles », Mission de recherche Droit & Justice, Synthèse d'étude, Centre d'Etudes et de recherches internationales et communautaires (CERIC), UMR 6201, mai 2008.

institutions et des juridictions internationales. Il s'agit, dans les faits, du produit d'un véritable essor normatif et institutionnel que connaît le droit international dans des domaines inédits. Le domaine juridictionnel (le règlement des différends) est celui dans lequel le problème de la fragmentation se pose avec le plus d'acuité car c'est au moment de l'application des normes que se manifestent les différences d'interprétations du droit international par les juridictions internationales. Face à cette expansion du droit international, c'est-à-dire une diversification et une complexification du droit, le juge fait montre d'un attachement quasi compulsif à l'unité de l'ordre juridique car l'autonomisation progressive des domaines du droit international dans des champs spécialisés amène une toute nouvelle réorganisation et conception de l'ordre juridique international. D'ailleurs, pour beaucoup d'auteurs, l'on pourrait éviter le problème de la fragmentation en ayant un système juridique international unique²⁰⁰⁴. Mais, pour en arriver là, il faudrait avant tout que les juges des différentes entités alignent leurs points de vue sur la position d'un organe de révision unique et acceptent l'idée de voir leur indépendance se réduire.

En tant que gardien de la primauté du droit, c'est donc au juge international qu'incombe la mission de veiller à l'unité d'interprétation du droit international et à la sécurité juridique internationale (A) ; celle-ci ne saurait se réaliser en l'absence de la nécessité d'organiser, dans l'ordre international, la coordination des compétences entre juridictions internationales (B).

A/- L'ACTION DU JUGE INTERNATIONAL : VEILLER A L'UNITE D'INTERPRETATION DU DROIT INTERNATIONAL ET A LA SECURITE DES RELATIONS INTERNATIONALES

Les chevauchements normatifs et juridictionnels nés de la fragmentation ne sont pas insurmontables en soi ; ce qu'il faut, ce sont des juges ayant une expérience et une expertise suffisantes pour régler ces questions. Il est donc indispensable de favoriser aujourd'hui une formation juridique du plus haut niveau aux personnels chargés de mettre en œuvre le droit international tout en leur inculquant un système de valeurs les conduisant à considérer le système juridique international comme un tout et non seulement comme de simples valeurs consacrées dans certaines de ses parties spécialisées. En l'absence d'un droit international constitutionnalisé et de mécanismes et principes garantissant une coordination toujours plus efficace au fonctionnement des juridictions internationales, on constate qu'en définitive, l'intégration du droit international sera ce que les juges sauront en faire. Ainsi, trouver des moyens d'intégrer et d'harmoniser les règles contradictoires reste un aspect essentiel de l'interprétation judiciaire et de la création normative surtout quand l'on constate que les décisions de justice ont aujourd'hui une position de plus en plus dominante. On se penchera en premier lieu sur les modalités qui poussent parfois le juge international à créer le droit international allant parfois

²⁰⁰⁴ Rapport de la 34e réunion du CAHDI, Strasbourg, 10-11 septembre 2007, Document du secrétariat général.

jusqu'à faire œuvre de codification (1). Il conviendra par la suite d'expliquer l'indispensable adaptation des juges aux problématiques et pratiques contemporaines (2) et l'indispensable collaboration avec le juge national (3).

1/- La portée créatrice de l'interprétation du juge international

Le juge judiciaire joue de plus en plus un rôle primordial dans l'interprétation et la détermination des règles juridiques. L'intervention du juge fait en sorte que le droit international puisse être en mesure de « *dégager des règles générales créatrices de sécurité juridique, susceptibles de fonder la confiance des Etats dans l'Administration du droit par le juge* »²⁰⁰⁵. Ainsi, en fondant son analyse sur la base de considérations normatives plutôt que sur une réalité positiviste lorsqu'il prend une décision, il apparaît clairement que le juge, à travers sa jurisprudence, dévoile de nouvelles règles juridiques. Partant du fait que la fonction sociale du juge international est de régler le différend, il lui appartient, par son interprétation, de mieux éclairer les normes internationales lorsque ces dernières ne font pas clairement ressortir la bonne solution. Pour ce faire, il lui revient, en utilisant tous les outils à sa disposition, de trouver une réponse fondée sur le droit à toute question juridique. Il peut ainsi arriver à une solution nouvelle faisant apparaître des « règles de droit dérivées » dans le jeu de l'application des principes généraux du droit et des principes fondamentaux de l'ordre juridique international. Cela arrive le plus souvent dans les domaines du droit caractérisés par une pénurie ou même par un manque total de pratique des Etats et dans lesquels seule une modernisation des méthodes d'élaboration du droit coutumier peut le mieux répondre à l'évolution des besoins et des intérêts de la société internationale.

Le premier constat que l'on peut faire ici est qu'au fur et à mesure que se multiplient les notions juridiques « vagues », « floues » ou à « contenu variable », le rôle et l'intervention du juge en tant qu'interprète et créateur de droit devient indispensable. A cet effet, certains auteurs n'ont pas hésité à parler de « *jurisprudentialisation du droit* »²⁰⁰⁶ vu que le juge intervient aussi pour éclairer une norme par rapport à un contexte et/ou par rapport à une autre norme applicable à la même situation. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a formellement donné son appui à la reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit en admettant que la notion de « loi », au sens de la Convention, ne doit pas être conçue exclusivement à la lumière de critères organiques et formels, mais également à la lumière de critères matériels d'accessibilité et de prévisibilité, pouvant ainsi englober des précédents²⁰⁰⁷, ainsi que des règles jurisprudentielles²⁰⁰⁸, au cas où ces conditions

²⁰⁰⁵ R. KOLB, Les Cours généraux de DIP de l'Académie de la Haye, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 286.

²⁰⁰⁶ M. VERDUSSEN, *L'origine et la légitimité du Conseil supérieur de la justice*, in *Le Conseil supérieur de la justice*, sous la dir. de M. VERDUSSEN, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 17.

²⁰⁰⁷ Cf. notamment Cour européenne des droits de l'Homme., 26 avril 1979, arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*; Cour européenne des droits de l'Homme, 22 novembre 1995, arrêt *C.R. et S.W. c. Royaume-Uni*.

se trouveraient satisfaites. Une autre manifestation de l'accroissement du pouvoir des juges réside dans leur contribution à la reconstitution constante de la hiérarchie des normes. Autrement dit, les juges disposent d'un pouvoir de détermination quant à la place et les rapports entretenus par les différentes normes juridiques, notamment supranationales. On peut même ajouter que cette contribution est également décisive dans le cadre des normes procédant de sources « originaires » à l'image des normes coutumières ou des principes généraux du droit dont les rapports hiérarchiques, souvent complexes, notamment par rapport aux normes législatives et constitutionnelles, n'ont pu être établis par voie d'autorité que par les juridictions tant nationales que supranationales.

Le développement de ce pouvoir de la part des juges permettrait de consacrer une « hiérarchie de logique » en droit international, logique qui ne serait pas basée sur une nullité en cas de son non-respect introduite dans les relations entre les normes internationales et qui permettrait une gestion plus ordonnée du pluralisme normatif au sein du droit international²⁰⁰⁹. Il s'agirait d'un modèle souple de logique, très flexible, qui permettrait de gérer la complexité des ensembles normatifs en préservant leur pluralisme tout en assurant également la lisibilité et la prévisibilité de l'ensemble du système²⁰¹⁰. Il faut noter qu'en tant que gardien de la primauté du droit, la légitimité d'un juge, quel qu'il soit, est fondée avant tout sur son ordre constitutionnel propre. En ce sens, tout juge agit dans le cadre d'un ordre juridique dont les règles s'imposent à lui et il ne saurait reconnaître la primauté à des normes issues d'un autre ordre à moins d'être habilité à le faire par son propre ordre juridique. Certes, dans ce cadre, il dispose d'une marge d'interprétation et rien ne lui interdit de s'inspirer de concepts tirés d'autres systèmes juridiques pour peu que ceux-ci soient compatibles avec la structure et les principes de son propre système. Mais il appliquera ces concepts en tant qu'éléments de l'ordre juridique dont il est le gardien et non en qualité de règles issues d'un ordre étranger. La fertilisation croisée des systèmes juridiques ne supprime pas les barrières entre ceux-ci mais peut se révéler utile pour éviter les conflits.

Par ailleurs, l'on peut signaler le fait paradoxal que la pratique interprétative des juridictions n'a pas seulement pour conséquence de déjouer partiellement le rapport de subordination qui s'établit entre les normes supérieures et les règles qu'elles sont appelées à appliquer. Elle a encore pour conséquence fréquente de déjouer le rapport hiérarchique censé exister entre la règle interprétée et celles qui lui sont subordonnées, dans la mesure où il est fréquent qu'une telle règle soit interprétée en fonction de l'application effective qui en est faite par les règles qui en assurent l'exécution. Tout se passe comme si l'application faite par l'organe inférieur d'une norme donnée engendrait, aux yeux

²⁰⁰⁸ Cf. Cour européenne des droits de l'Homme, 25 mai 1993, *arrêt Kokkinakis c. Grèce*.

²⁰⁰⁹ M. DELMAS-MARTY et M.L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994, p.88.

²⁰¹⁰ *Idem*.

des juridictions, un phénomène inévitable de rétroaction sur la norme supérieure, dont la prise en considération s'impose nécessairement lors de l'interprétation de cette dernière²⁰¹¹.

Une autre manifestation du pouvoir de plus en plus important des juridictions réside dans le contrôle qu'elles exercent sur le respect de la hiérarchie des normes. Deux premières formes de contrôle s'exercent par le biais, soit de la non-application de la norme jugée non conforme à celle qui lui est supérieure, soit par son annulation. C'est cette hiérarchie qui est introduite par les normes impératives de droit international ou obligations *erga omnes* dont la conception dynamique est traduite par la CVDT (art. 62), notamment en ce qui concerne les normes de *jus cogens*²⁰¹². A cet effet, la CDI fut la première à proposer à l'unanimité, sur la base d'un simple constat²⁰¹³, que tout traité contraire à une norme impérative du droit international serait frappé de nullité, introduisant ainsi une triple dimension en droit international : la première est relative à l'instauration d'une hiérarchie des règles et l'établissement d'une super-légalité internationale alors même qu'auparavant, toutes les règles du droit international se valaient ; la deuxième repose sur le fait que certaines règles vont désormais s'imposer à tous les Etats qui n'ont plus la possibilité de déroger à certaines alors même que le droit international repose habituellement sur l'autonomie de la volonté de l'Etat et donc le respect de sa souveraineté ; enfin, la troisième révèle à la communauté internationale l'existence des intérêts essentiels, communs à tous les Etats et dépassant leurs propres intérêts, donnant ainsi une consistance nouvelle à la notion de communauté internationale²⁰¹⁴.

Il faut d'ailleurs reconnaître que l'absence de hiérarchie entre les normes de droit international (exception faite du *jus cogens*) favorise l'accroissement de la complexité des relations entre coutume et droit conventionnel, ou droit général et droit spécial. Ici, les obligations découlant des systèmes doivent être exercées dans le respect du droit international général. Les sous-systèmes assurent-ils le fait que le droit international leur est inhérent sans pour cela qu'il y ait modification

²⁰¹¹ Cf. H. DUMONT, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique: fonction juridictionnelle ou politique ?*, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 162; ID., *Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé: pour une théorie critique des contrôles de validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé*, in *Droit et pouvoir*, t.I, *La validité*, Etudes publiées sous la direction de F.RIGAUX et G.HAARSCHER par P.VASSART, Bruxelles, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 193 et s.

²⁰¹² Sur la notion de *jus cogens*, cf. G. GAJA., "Jus cogens beyond the Vienna Convention", *RCADI*, t. 172, vol. III, 1982, pp. 271-316. ; K. MAREK, "Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international", *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 426-459.

²⁰¹³ Dans ses commentaires, la CDI précise qu'elle n'innove pas mais qu'elle avait simplement constaté l'existence de normes auxquelles les Etats ne pouvaient déroger ; cf. Michel VIRALLY, *Réflexions sur le Jus cogens*, *Annuaire français du droit international*, vol. 12, n°12, 1966, p. 6.

²⁰¹⁴ Sur la notion de communauté internationale, cf. M. LACHS, « Quelques réflexions sur la communauté internationale », *Mélanges Virally*, p. 349 s. ; P-M. DUPUY, « Humanité, communauté et efficacité du droit », *Mélanges DUPUY*, p. 133 s. ; G. ABI SAAB, « "Humanité" et "Communauté" dans l'évolution de la doctrine et de la pratique du droit international », *id.*, p. 1 s. ; B. CONFORTI, « Humanité et renouveau de la production normative », *id.*, p. 113 s. Voir aussi les développements de J-R DUPUY et M. VIRALLY dans leurs cours respectifs de la Haye (*RCADI*), 1979, t. 165 et *RCADI*, 1983, t. 183).

quant à sa nature ou son contenu ? Cela impliquerait qu'il y ait une reconnaissance formelle, c'est-à-dire ce que le professeur Rosario HUESA qualifie de « *opinio juris* « *reconnaissante* » », autrement dit la conviction juridique concernant la validité et l'applicabilité de la norme du droit international général (commun), soit, en d'autres termes, que le sous-système partage la même norme de reconnaissance que le système de base comme le montre la décision de la CJCE dans l'affaire *Racke*²⁰¹⁵.

Toutefois, il faudrait tempérer tous ces éléments qui donnent au juge une place de plus en plus importante dans l'élaboration des normes juridiques. Le premier reproche réside dans le fait que, malgré le principe de l'autorité de la chose jugée et l'absence d'un véritable législateur en droit international, les Etats peuvent toujours, à tout moment, remettre en question une décision de justice et s'opposer à son application. Il n'existe pas, à ce jour, un moyen de contrainte dans l'application immédiate de ces décisions de justice, exception faite de sanctions économiques, voire militaires de la part des Etats les plus puissants²⁰¹⁶. Par ailleurs, la multiplication des organes juridictionnels, tant en droit interne qu'en droit international, introduit une limite essentielle à l'action du juge du fait de l'existence d'un ensemble de « hiérarchies discontinues », résultant de la coexistence de plusieurs juridictions internationales. Une autre limite réside dans l'évolution globale de la fonction du juge. Lorsque cette fonction, dans une société libérale, consiste clairement à « dire le droit », on peut facilement comprendre comment un glissement progressif peut s'opérer entre le fait de dire le droit dans le cas particulier et le fait de contribuer à sa création, comme entre le fait de créer une norme juridique individuelle et le fait que cette création permette d'en induire une norme juridique générale. Un quatrième tempérament réside dans le fait paradoxal que, parallèlement aux indices de montée en puissance du juge et à la demande accrue de justice, celle-ci n'a peut-être jamais fait l'objet d'autant de critiques en termes d'accessibilité, de célérité et d'humanité, et l'objet d'autant de circuits de dérivation et d'interventions alternatives²⁰¹⁷.

Enfin, il existe également un processus de mise en forme de l'éthique sociale par les juges. En effet, en l'absence de toute codification d'une règle coutumière ou non, les juges comme les arbitres sont appelés à mettre en écriture les règles coutumières ou autres au moment de les faire appliquer. C'est notamment le cas lorsqu'ils peuvent être amenés à dégager l'esprit de la loi et faire produire à des résolutions de l'AGNU des effets obligatoires, alors qu'elles n'ont reçus de la Charte que la valeur

²⁰¹⁵ CJCE, 25 janvier 1 979, *Racke*, aff. 98/78, *Rec.* 69.

²⁰¹⁶ On peut citer les cas des guerres engagées en Afghanistan, en Irak ou plus récemment en Côte-d'Ivoire et en Libye où l'on voit dans les coalitions entre puissances occidentales un moyen de faire exécuter des décisions prises au sein du Conseil de sécurité de l'ONU, et même parfois en l'absence de tout consensus.

²⁰¹⁷ Cf. notamment *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, *op.cit.*; *La crise du juge*, éd. par J. LENOBLE, Bruxelles-Paris, Story-Scientia-LGDJ, 1990.

de simples recommandations²⁰¹⁸. Cette recherche de l'esprit des lois peut conduire à la formation d'un nouveau droit à partir des conventions et des résolutions des Nations Unies²⁰¹⁹. Ainsi, à l'intervention traditionnelle du pouvoir judiciaire, s'ajoutent notamment l'arbitrage, la transaction civile, pénale ou administrative, la médiation, différentes formes « procéduralisées » de l'action administrative, la multiplication des enquêtes parlementaires, sans compter les medias qui « s'instituent enquêteurs, juges d'instruction ou procureurs » et « doublent ainsi le fonctionnement normal des institutions et des procédures »²⁰²⁰. Le rôle du citoyen n'est pas aussi à négliger en tant que justiciable. A toutes ces exceptions ci-dessus évoquées, s'ajoutent également la capacité d'adaptation désormais réclamée au juge face à la mondialisation des concepts juridiques.

2/- L'indispensable adaptation des juges face aux problématiques contemporaines

S'il est avéré que le corolaire du respect des normes indispensables au bon fonctionnement d'une communauté, en l'occurrence la communauté internationale, est bel et bien la fiabilité des agents chargés de son exécution, il n'en demeure pas moins que le développement des relations internationales entraîne à son tour une complexité croissante du système juridique international. En effet, les événements auxquels fait face le droit international contemporain, tels le problème de l'expansion de son champ, ses nouveaux participants, la nouvelle manière de penser la souveraineté ou encore les nouveaux lieux où se pratique le droit international doivent avoir une importance significative pour la profession de juge, qu'il soit national ou international. L'adaptation des méthodes de travail aux problèmes contemporains²⁰²¹ par le juge international part du constat selon lequel ce dernier aurait été fortement sollicité ces dernières années. Pour ne citer que l'exemple du droit de l'environnement, on constate que la Cour internationale de Justice a rendu un important arrêt de ce point de vue en 1997 dans l'affaire du barrage sur le Danube *Gabcikovo-Nagymaros*. Alors que cette affaire était toujours pendante, deux autres affaires comportant une dimension environnementale sont également inscrites au rôle de la Cour : celle des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, qui a donné lieu à deux ordonnances en indication de mesures conservatoires, et la toute récente *Instance introduite par l'Equateur contre la Colombie*

²⁰¹⁸ Dans cette voie, la CIJ a par exemple reconnu, en 1981, une portée contraignante qu'elle n'avait pas du point de vue formel à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 pour condamner les voies de fait commises par l'Iran à l'encontre de l'ambassade des Etats Unis à Téhéran et des diplomates américains, voir : CIJ, 24 mai 1980, Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Rec. 1980.

²⁰¹⁹ C'est le cas du droit au développement formulé à partir de l'élan de promotion économique et sociale impulsé par les Nations Unies et consacré comme droit des peuples et de l'homme par une résolution spécifique de l'Assemblée générale en 1986.

²⁰²⁰ A cet égard, cf. notamment M. Van de KERCHOVE, Les différentes formes de baisse de la pression juridique et leurs principaux enjeux, in Cahiers de recherche sociologique, n°13, 1989, p. 11 et s.

²⁰²¹ À la fragmentation du droit international entre des espaces normatifs relativement cloisonnés, voire concurrents, répond clairement la multiplication des juridictions compétentes dans le domaine de l'environnement et la désarticulation des procédures de règlement des différends, avec les risques induits de *forum shopping* et *in fine* d'interprétations divergentes, voire inconciliables, menaçant l'unité du droit international.

(*Equateur c. Colombie*) concernant un différend relatif à l'épandage aérien par la Colombie d'herbicides en territoire équatorien. De même, une partie de la jurisprudence du nouveau TIDM concerne l'environnement, tandis que les organes de règlement des différends de - l'OMC, groupes spéciaux et Organe d'appel - se voient également soumettre des différends relatifs à des mesures commerciales à vocation environnementale. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître ces dernières années d'assez nombreuses affaires possédant une dimension environnementale, tandis que pour sa part, la nouvelle Cour pénale internationale pourrait avoir, du moins théoriquement, à juger de crimes de guerre à dimension environnementale²⁰²².

Sur un tout autre plan, le contexte de mondialisation et du développement du droit des contrats internationaux a fini par favoriser l'arbitrage qui se développe également, notamment avec le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui a rendu des sentences dans plusieurs affaires environnementales. Ainsi, les mécanismes de règlement pacifique des différends que prévoient très souvent les conventions environnementales - y compris jusqu'à la saisine de la Cour internationale de Justice ou la constitution d'un tribunal arbitral - ont récemment été utilisés par trois fois : arbitrage du *Thon à nageoire bleue*²⁰²³, arbitrage OSPAR dans l'affaire de *l'Usine Mox*²⁰²⁴ et arbitrage de *l'Apurement des comptes*²⁰²⁵. Il faut également citer la sentence rendue en l'affaire dite du *Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas²⁰²⁶. La Cour permanente d'arbitrage a d'ailleurs produit en 2001 un Règlement facultatif pour l'arbitrage de différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement, ménageant d'intéressantes possibilités. Enfin, les procédures non contentieuses de contrôle et sanction du non-respect du droit conventionnel revêtent, de manière croissante, des traits juridictionnels, comme en témoigne la procédure de l'observance expérimentée dans le cadre du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre sur les changements

²⁰²² Sandrine MALJEAN-DUBOIS (Directeur de recherche Cnrs), *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : Place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles*, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC) U.M.R. 6201 – Droit public comparé, droit international et droit européen – mai 2008. Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice, synthèse postée sur : http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/syntheses/170-Maljean-Dubois_Droit_environnement.pdf

²⁰²³ Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 août 2000, *Southern Bluefin Tuna Case, Australie et Nouvelle Zélande c. Japon*, <<http://www.intfish.net/cases/fisheries/sbt2/index.htm>> consulté le 1^{er} mars 2008.

²⁰²⁴ Sentence du 2 juillet 2003, *Final Award, Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, Irlande c. Royaume Uni.

²⁰²⁵ Sentence arbitrale, *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre les chlorures du 3 décembre 1976, Pays-Bas c. France*, 12 mars 2004.

²⁰²⁶ *Arbitration regarding the Iron Rhine 'Ijzeren Rijn' Railway, The Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, sentence du 24 mai 2005.

climatiques²⁰²⁷. De son côté, la Cour de Justice de l'Union européenne a développé d'assez longue date une volumineuse jurisprudence dans le domaine de l'environnement²⁰²⁸.

Par-delà la diversité de ces juridictions ou « quasi-juridictions », inégalement armées, notamment sur le plan procédural, l'étude de leurs récentes décisions témoigne de leur capacité d'adaptation aux phénomènes nouveaux survenus en droit international et augurent d'une ère nouvelle. Ainsi, la contribution des juridictions internationales peut s'analyser à deux niveaux, d'une part celui de leur contribution pour le règlement des conflits normatifs, d'autre part celui de l'unité et la cohérence du droit international. Il faut rappeler que plusieurs des affaires citées ci-dessus, si elles n'ont pas toujours donné lieu à de conflits de jurisprudence, ont cependant abouti à favoriser l'intervention de plusieurs mécanismes de règlement des différends. Ainsi, le juge international devrait désormais être capable de fournir des prestations de haut niveau pour rendre plus effectifs et harmonieux l'ensemble des instruments internationaux qui gouvernent aux relations internationales.

Il en est de même pour le juge national qui sera chaque jour davantage confronté, à quelque niveau hiérarchique qu'il se trouve, à la nécessité d'élargir son horizon en prenant en compte l'incidence du droit international sur le droit interne qu'il est chargé d'appliquer au quotidien. L'exemple le plus frappant est celui du droit communautaire car il devient inimaginable que les juridictions internes en Europe méconnaissent non seulement les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme mais l'interprétation, souvent évolutive, qui en est donnée par la Cour de Strasbourg. Une telle situation se retrouve non seulement à l'égard d'une *lex specialis* régionale, comme dans l'exemple précité, mais aussi à l'égard des évolutions du droit international général. Le juge interne ne peut désormais méconnaître l'existence des règles de *jus cogens* par exemple.

Mais comme il sera vu par ailleurs, cette sensibilité du juge national vis-à-vis du droit international ne s'explique pas seulement qu'à travers les normes impératives de droit international ; il en va de même pour la prise en compte des engagements internationaux de l'Etat dans des domaines techniques comme, par exemple, celui du commerce international ou celui de la protection internationale de l'environnement. On pourrait très bien illustrer ces propos par l'inter-connectivité qui existerait entre les décisions prises au niveau de l'OMC et de son organe de règlement des différends²⁰²⁹ et leur application au sein des Etats concernés. De la même manière, les Etats parties au Protocole de Kyoto ne devraient pas tarder à connaître une jurisprudence interne relative à sa mise en œuvre. A l'échelle internationale, le besoin se fait effectivement plus encore sentir d'un

²⁰²⁷ Cf. S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Changements climatiques. Les enjeux du contrôle international*, La DF, Paris, 2007, 383 p.

²⁰²⁸ Lire L. KRAMER, *Casebook on EU Environmental Law*, 2002, Oxford; Portland, Or. Hart, 440 p.

²⁰²⁹ Voir J.H.H. WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA, Towards a Common Law of International Trade?* EUI, *Academy of European Law*, Oxford University Press, 2000.

besoin de coordination des jurisprudences, destinée à garantir l'unité d'interprétation et d'application du droit international. D'une part, les juges spécialistes doivent, à tout moment, garder en mémoire que leur droit spécial ne saurait s'appliquer dans un vide juridique, mais devra s'envisager dans le cadre de l'ordre juridique international dont il fait partie intégrante. D'autre part, les juges généralistes doivent désormais étudier les cas qui leur sont soumis en tenant compte des compétences et des décisions passées rendues par les organes spécialisés. Dans le cadre d'une meilleure coordination des décisions de justice, il est également de leur devoir de créer des liens avec les juges nationaux.

3/- L'indispensable collaboration avec le juge national

Dans un monde où les interactions normatives et juridictionnelles connaissent un « boom » exponentiel, l'intégration normative de tout cet ensemble s'accompagne nécessairement par une articulation entre les différents niveaux d'organisation normative. Ainsi, plusieurs situations qui pourraient se bloquer au niveau mondial peuvent facilement trouver une dynamique de résolution au niveau national, régional ou inter-régional, comme cela s'est passé en matière de changement climatique²⁰³⁰. C'est d'ailleurs à travers le dialogue des juges que se traduit, dans chaque système normatif national, la possibilité d'une différenciation dans le temps, permettant aux dispositifs d'intégration normative d'évoluer à des vitesses différentes dans un même espace²⁰³¹. A ce titre, le juge national tient désormais une place prépondérante dans l'application du droit international.

En effet, on remarque d'abord qu'au fil de l'évolution du droit international, ce dernier est devenu « juge de droit commun du droit international », qu'il soit juge interne de première instance, juge civil ou administratif. Au fur et à mesure que les normes internationales sont intégrées au sein du droit interne, les juges nationaux deviennent, par une sorte de « dédoublement fonctionnel », les gardiens du droit international régional ou mondial. Plus encore, la « mondialisation des juges » conduit de plus en plus à une extension de leur compétence à des faits n'ayant aucun lien de rattachement avec l'Etat (fait commis à l'étranger, par des étrangers, sur des victimes étrangères).

²⁰³⁰ En effet, en matière de changement climatique, l'articulation entre l'organisation régionale (rôle joué par l'UE) et parfois infra-régionale (si l'on tient compte du fait que malgré le refus des USA, plusieurs Etats avaient introduit des limitations des émissions de gaz à effet de serre) a largement contribué, en évitant le blocage, à une synchronisation indirecte au plan mondial. Tout comme le dialogue des juges qui permet de créer une certaine perméabilité entre les différents espaces normatifs, devrait contribuer à cette même synchronisation.

²⁰³¹ C'est cette différenciation des engagements dans le temps que Mireille Delmas-Marty nomme « polychronie » et qui serait, d'après elle, une façon de concilier dans le champ juridique l'expansion (un espace normatif qui s'élargit) et l'intégration (un ordre normatif qui s'approfondit). Pour plus de détails, lire Mireille Delmas-Marty, « Etudes juridiques comparatives et internalisation du droit », *op.cit.*, p. 487.

C'est tout l'intérêt de la notion de compétence universelle qui vise, tout naturellement, la protection des valeurs universelles, même si son application reste encore sujette à caution²⁰³².

Ensuite, le juge national joue de plus en plus un rôle supplétif face au droit international, notamment en lui prêtant le concours de ses tribunaux ou encore en s'assurant que les droits de l'homme sont respectés (faisant prévaloir les intérêts de la communauté internationale). Mais comme le rappelle clairement Pierre-Marie DUPUY, il ne s'agit pas non plus de faire en sorte que l'ensemble du droit international devienne d'application directe par le juge interne²⁰³³. De même, un tel mouvement suppose au préalable une véritable coordination des différents ordres juridiques en cause ainsi qu'une « commune conviction »²⁰³⁴ partagée par les Etats et leurs juges. Ainsi, le droit international bénéficie du concours de la compétence des organes existant dans l'ordre juridique interne qui, de ce fait, pallie aux carences organiques du premier. C'est là l'expression de la théorie du *dédoublement fonctionnel*²⁰³⁵ prônée par Georges SCELLE et qui permet au juge national de servir de trait d'union dans la coexistence entre le droit international et les droits nationaux tout en permettant, par la même occasion, d'entretenir la diversité et le pluralisme des discours juridiques²⁰³⁶.

Ainsi, à la conservation des diversités de styles juridiques que présente chaque système juridique étatique, il convient de considérer une vision générale des textes et des normes de droit international afin de faciliter leur insertion dans l'ordre interne. L'enseignement de deux systèmes de droit à la fois aux juristes et aux juges nationaux n'est pas une faiblesse mais plutôt un atout de ce modèle « dualiste » qu'imposent les relations internationales. Il faut également évoquer le principe de complémentarité entre les différentes juridictions, notamment lorsqu'il agit d'organiser une articulation entre la compétence des juridictions internes et celle d'une juridiction internationale spéciale. C'est généralement le cas dans le cadre du droit international pénal où les tribunaux pénaux nationaux contribuent non à l'intégration du droit interne et du droit international mais à leur

²⁰³² A ce sujet, lire : Ana PEYRO LLOPIS, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; Xavier PHILIPPE, « Les principes de compétence universelle et de complémentarité. Leur interconnexion », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 862, 2006 ; Xavier PHILIPPE, Anne DESMARETS, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour Pénale Internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », *Revue française de droit constitutionnel*, 81, 2010 ; Brigitte STERN, « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, 40, 1997.

²⁰³³ Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, §§ 412-415.

²⁰³⁴ *Idem.*

²⁰³⁵ Pour un exposé de la théorie: voir, notamment, G. SCELLE, *Précis de droit des Gens*, Vol I., *Principes et systématique*, 1932, pp. 43, 54-56 et 217; Vol. II, 1934, pp. 10, 319 et 450; « Le phénomène du dédoublement fonctionnel », *Rechtfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für H. WEBER*, 1956, p. 324-342. Pour un exposé commenté de la théorie, voir H. THIERRY, « The Thought of Georges SCELLE et A. CASSESE : Remarks on Scelles's Theory of 'Role Splitting' », *EJIL*, Vol. 1, No 1, <http://www.ejil.org/Journal/Vol/N°1>.

²⁰³⁶ Legrand, « Pluralisme ou monotonie ? Différence ou ennui ? Europe authentique ou synthétique ? », *RIDC* (par. Ex. 807, 812), 1996, p. 779.

coordination de telle façon que le premier serve à la mise en œuvre du second par l'intermédiaire des organes judiciaires de l'Etat compétent²⁰³⁷.

Finalement, le juge national est de plus en plus confronté à la nécessité d'élargir son horizon à la prise en considération de l'incidence du droit international sur le droit interne qu'il est chargé d'appliquer. Au-delà de l'admission des effets du droit impératif international dans le droit interne, la disponibilité du juge interne à l'égard du droit international concerne aussi la prise en compte des engagements internationaux de l'Etat dans des domaines techniques comme, par exemple, celui du commerce international ou celui de la protection internationale de l'environnement comme celui des droits de l'homme. Aujourd'hui, les juges nationaux s'internationalisent et les juges internationaux se banalisent, à mesure que leur compétence s'étend et que leurs méthodes d'interprétations s'affranchissent des méthodes du droit international général. Les uns et les autres commencent à développer des échanges, à tel point que, si pour le moment, la réception réciproque des jurisprudences ne repose sur aucun principe juridique, « elle est cependant une pratique courante »²⁰³⁸. C'est ici que le besoin de constitutionnalisation de la société mondiale prend tout son intérêt et c'est d'abord par la doctrine que les bases d'une telle construction pourront prendre forme par la suite. Il va sans dire que cette constitutionnalisation du droit international représente un préalable vers la construction d'un véritable ordre juridique mondial. Elle équivaut à une phase où l'internormativité et l'interprétation croisée permettraient la formation, sinon d'une communauté de valeurs, du moins d'une communauté de juges.

B/- LA NECESSITE D'ORGANISER LA COORDINATION DES COMPETENCES ENTRE LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Le rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la question de la fragmentation envisageait le fait que les institutions internationales avaient désormais obligation de travailler en coordination si elles voulaient limiter les conflits juridictionnels. Faisant suite à cet élan, le Président de la CIJ, Mme le juge Rosalyn HIGGINS, lançait également un appel en ce sens lors d'une allocution prononcée devant l'Association de droit international en 2006. Mme le Président avait notamment insisté sur le fait que les juges devraient considérer ce « monde complexe » comme « une chance plutôt que comme un problème » et leur avait lancé un appel pour qu'ils « *lisent les arrêts prononcés par les uns et les autres... respectent les travaux judiciaires des uns et des autres... s'efforcent de préserver*

²⁰³⁷ Par exemple, l'article premier du Statut de Rome déclare que la Cour pénale internationale est « complémentaire des juridictions criminelles nationales ». Pour plus de précisions, voir texte intégral du Statut de la CPI.

²⁰³⁸ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la bénévolence des juges », *RSC* 2005, p. 799.

l'unité... à moins que les circonstances ne les en empêchent véritablement »²⁰³⁹. Certes, il serait réducteur de considérer l'ampleur du problème du maintien de l'unité du droit international à quelques « *recettes trivialement empiriques* »²⁰⁴⁰, mais il est cependant certain que bien des problèmes d'harmonisation de jurisprudence trouveront leur solution à travers l'organisation d'une coopération permanente entre juridictions internationales, tant aux niveaux régionaux qu'universel. Une telle organisation devrait reposer sur un modèle général accepté de tous et, d'après J.-M. DUPUY, il revient à la CIJ de jouer un rôle accru pour l'harmonisation du droit international à travers la réduction des conflits de normes (1). Mais il n'y a pas que l'organe judiciaire principal des Nations Unies qui devrait jouer ce rôle ; les autres juridictions internationales sont également appelés à participer à cette dynamique (2), notamment par la mise en place de nouveaux mécanismes de prévention de conflits (3).

1/- La portée d'un modèle d'organisation judiciaire en droit international autour de la CIJ

Du fait de son éclatement, la communauté internationale devrait nécessairement tendre à s'accorder sur des règles communes. Si la production des normes pose encore problème en droit international du fait des difficultés qu'il y a à gérer politiquement la diversité d'acteurs et d'idéologies en présence, une des solutions préconisée serait de favoriser un modèle d'organisation judiciaire basé sur le contrôle d'application des normes internationales, voire même un contrôle de conventionalité en droit international. Ce contrôle aurait comme objectif de faciliter l'interpénétration entre l'application du droit international général et celle des droits internationaux spéciaux puisque le premier ne saurait survivre à des règles contradictoires. Beaucoup ont tenté de solutionner le problème de la contradiction en soulevant la question d'une éventuelle hiérarchisation de la justice internationale. Mais il faut dire qu'il est difficile, dans l'état d'organisation actuelle de la société internationale, d'envisager de placer véritablement la CIJ au sommet de la pyramide de la justice internationale où elle jouerait une sorte de « Cour constitutionnelle du monde »²⁰⁴¹. Ici, c'est l'absence d'une réelle volonté politique qui fait défaut car les Etats restent très réticents à reconnaître de manière permanente le caractère obligatoire des décisions qui les concernent²⁰⁴².

En revanche, si elle ne peut actuellement jouer le rôle de Cour suprême, la CIJ pourrait tout au moins s'illustrer dans un rôle plus étendu de clarification du droit international, notamment dans le

²⁰³⁹ Extrait de l'allocation de Mme HIGGINS, Présidente de la CIJ, prononcée en le 31 octobre 2006 devant l'Association de droit international, voir www.icj-cij.org/index.php?

²⁰⁴⁰ Pierre-Marie DUPUY, *op.cit.*, p. 37.

²⁰⁴¹ Yves SANDOZ, conclusion des travaux du Colloque international de Neuchâtel sur le thème « Quel droit international pour le 21^e siècle », *op. cit.* p. 157.

²⁰⁴² Il est à noter que moins du tiers des Etats ont accepté de se soumettre de manière permanente à l'autorité de la Cour et que, même s'ils ont consenti à le faire, ces Etats n'hésitent pas, sur le plan pratique, de souvent mettre des bâtons dans les roues de la Cour, notamment à travers l'évocation abusive d'exceptions préliminaires ou de mesures conservatoires.

cadre de son adaptation en tenant compte des évolutions de la société internationale. En effet, avec la multiplication des juridictions internationales, seule la CIJ, juge de droit commun du contentieux international qui, selon le Président GUILLAUME, « peut aborder tous les domaines du droit et les replacer dans une perspective d'ensemble »²⁰⁴³. Dans les décisions de justice, la fragmentation peut provenir de la compétence limitée d'une Cour, d'une stratégie des parties orientée vers la fragmentation en préférant se baser sur la *lex specialis* et en désavouant la cohérence et l'unité du système ou encore de la prise en considération de l'objet du différend par les juges. Dans son Avis relatif aux *Conséquences juridiques du mur*²⁰⁴⁴, la CIJ a confirmé l'existence, au sein du droit international, de différentes branches du droit en ce sens : « Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »²⁰⁴⁵. Pour répondre à la question qui lui était posée, la Cour aura en l'espèce prité en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ce passage : D'abord, la ramification du droit international ne correspond pas, a priori, à une classification doctrinale des domaines ou des questions ; mais deux « branches » sont distinguées dans le but de définir le droit applicable par la Cour. La ramification invoquée ici permet de mettre en parallèles deux groupes de normes internationales. Ainsi, la branche est un regroupement de règles qui a un caractère *fonctionnel*. Elle a une place de choix au sein des institutions internationales car animée par des « normes programmatiques » ou bien fondée sur des principes éthiques dans leur essence. Cette ramification a pris des proportions d'adaptation des juristes sur les nouvelles matières du droit international. Ainsi la récente « juridictionnalisation » du droit international a été caractérisée à la fois par un accroissement très significatif de l'activité contentieuse et par la création de nouvelles instances juridictionnelles.

Les craintes exprimées quand à une fragmentation du droit international du fait de cette multiplication d'organes judiciaires internationaux ont stimulé de grands et nombreux débats quant à la place de la CIJ²⁰⁴⁶ dans le système judiciaire international en tant que « Cour mondiale ». En

²⁰⁴³ Voir l'intervention du juge Guillaume, (Séminaire de Bali – 12-13 juillet 2001) : « La CIJ et les droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet - décembre 2001, posté en 2004 sur : www.droits-fondamentaux.org

²⁰⁴⁴ CIJ, Avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ, Recueil, 2004, p. 136.

²⁰⁴⁵ *Idem*, voir par. 106 de la décision précitée.

²⁰⁴⁶ Selon la Charte des Nations Unies, la Cour internationale de justice est l'organe judiciaire principal de l'ONU. Ainsi, la Cour, institution judiciaire indépendante, n'en est pas moins partie intégrante des Nations Unies. Elle a de ce fait des relations complexes avec l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, que l'on considère sa composition, son

effet, la Cour préserve une situation globalement concurrentielle qui prévaut entre les juridictions internationales. Elle partage donc avec les « autres tribunaux » le règlement des différends entre Etats mais bénéficie néanmoins d'une position privilégiée par rapport à ces instances. A cet effet, il est couramment admis que la Cour a été ainsi munie d'une « simple baguette de chef d'orchestre et non d'un sabre ». Par conséquent, elle pourrait exercer une influence certaine sur les autres instances et l'idée d'un ébranlement de l'ordre juridique international suite à une divergence de jurisprudence ne deviendrait alors qu'une simple vision abstraite. D'ailleurs, à ce propos, il existe une certaine cohérence et une forte influence réciproque entre la CDI et la CIJ. La Cour arrive généralement à suivre la Commission même là où celle-ci fait preuve d'un grand courage, notamment en matière de développement progressif du droit international. De même, une codification plus claire et plus précise est sensé alléger le travail des tribunaux en général et de la CIJ en particulier tout en supprimant la répugnance des Etats quant à l'idée de soumettre leurs litiges à la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux.

Aussi, à l'idée encore perçue comme irréaliste de proposer de faire de la Cour internationale de justice le juge suprême de l'ensemble des tribunaux internationaux, il semble que l'on pourrait encourager les juges à poser, dans certains cas, des questions préjudicielles à la Cour, organe judiciaire principal des Nations unies, en usant pour ce faire de la procédure des avis consultatifs. Ces demandes d'avis seraient transmises à la Cour par l'intermédiaire de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité. La procédure ainsi envisagée remplirait un rôle analogue à celui que joue l'article 234 du TFUE qui permet aux juges nationaux d'interroger la Cour de Luxembourg en vue d'assurer l'unité du droit communautaire. Une telle réforme permettrait de répondre grâce aux Nations Unies au défi résultant pour le juge international des succès qu'il a remportés au cours des dernières décennies. Dans un tel système décentralisé de justice internationale, les juridictions spécialisées prendront appui sur la CIJ pour renforcer la légitimité de leurs propres décisions. La référence à la pratique de la Cour représenterait pour elles une garantie et une référence en raison de l'autorité dont bénéficie l'organe juridictionnel principal de l'ONU. L'exemple des mesures conservatoires est illustratif de ce propos²⁰⁴⁷.

Avec sa particularité qui fait qu'elle se montre ouverte à la diversité et tolérante à l'égard de la spécificité des branches, la CIJ a autant de chances d'être écoutée. Elle a d'ailleurs expressément

fonctionnement administratif, sa saisine ou les conditions d'exécution de ses décisions. La multiplication récente des juridictions internationales tant au sein qu'à l'extérieur de l'ONU amène en outre à s'interroger sur le rôle que la Cour pourrait jouer dans ce contexte nouveau pour assurer le respect et l'unité du droit international.

²⁰⁴⁷ Cf. l'Affaire *LaGrand* tout comme la Convention sur le droit de la mer ou celle de Washington relative au règlement des différends relatifs aux investissements ayant permis à la CIJ d'ériger le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires en principe général commun aux tribunaux internationaux, obtenant ainsi un alignement général des tribunaux internationaux sur sa propre position.

admis l'existence de ces branches dans son *Avis sur les Conséquences du mur* et se refuse à s'ingérer dans le domaine propre des organes contentieux issus de ces branches. Cet apport conceptuel de la CIJ au développement des branches du droit international ne date pas d'hier ; ce fut déjà le cas en matière de droit humanitaire où la Cour avait formulé le principe de droit international du respect des considérations élémentaires d'humanité dans *l'Arrêt Détroit de Corfou*²⁰⁴⁸ en conceptualisant la portée de la célèbre « Clause de Martens »²⁰⁴⁹.

On comprend désormais pourquoi l'on évoque de plus en plus la possibilité d'un schéma d'intégration organique vertical où la CIJ occuperait le sommet de la hiérarchie judiciaire. Selon cette vision moniste intégrale, la Cour imposerait en particulier, dans l'ordre international, son autorité à toutes les autres juridictions internationales, tout au moins dans la fonction d'interprétation des règles de droit international général susceptibles d'être appliquées par tous²⁰⁵⁰. Parmi les fervents défenseurs de cette thèse, PINTO et ORREGO-VICUNA ont été parmi les premiers à proposer de consacrer formellement la CIJ comme cour suprême du système international, en lui accordant une compétence préjudicielle²⁰⁵¹, étendre le champ de sa compétence consultative ou encore de considérer *de lege ferenda* que la haute juridiction pourrait être dotée d'une compétence obligatoire pour jouer le rôle d'une sorte de tribunal international des conflits. Elle déterminerait alors quel organe aurait compétence pour régler un différend international en cas de concurrence entre juridictions appartenant à des sous-systèmes distincts²⁰⁵².

Même si toutes ces propositions sont dignes d'intérêt, elles se heurtent à un certain nombre d'objections diverses, aussi bien techniques que politiques²⁰⁵³. Ainsi, la CIJ ne saurait espérer de se voir accorder une autorité formelle sur les autres tribunaux, mais plutôt de voir se renforcer son autorité morale en se prononçant sur la capacité et la portée de l'interprétation du droit international, à chaque occasion, par les autres tribunaux et cours internationaux. Autrement dit, même si le

²⁰⁴⁸ Cf. *Affaire Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* Arrêt du 25 mars 1948, CIJ, *Recueil* 1947-1948, p. 15.

²⁰⁴⁹ Rupert TICEHURST, dans sa cinquième note de bas de page, cite Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Martinus Nijhoff, Genève, 1986, pp. 38-39 (par. 55) ; N. SINGH et E. McWHINNEY, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, 2e éd., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, pp. 46-47.

²⁰⁵⁰ Pierre-Marie DUPUY, « Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges », *op. cit.*, p. 11.

²⁰⁵¹ Voir l'allocution du président SCHWEBEL à l'Assemblée générale des Nations Unies, le 26 octobre 1999, *Annuaire CIJ (1999-2000)*, pp. 282-sv., et celle du président Guillaume au sixième comité de l'Assemblée générale, le 27 octobre 2000, *Annuaire CIJ (2000-2001)*, pp. 326-sv. Voir aussi: G. GUILLAUME, "The Future of International Judicial Institutions", *ICLQ*, 1995, pp. 848-sv., at p. 862. Pour des propositions similaires qui remontent à 1905, voir TREVES, "Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals", *Max Planck United Nations Yearbook*, 2000, pp. 215-sv.; G. ABI-SAAB, "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", in *Symposium NYU*, pp. 919-sv., at p. 928.

²⁰⁵² Voir, notamment, P.M. DUPUY, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", *NYU Journal of International Law & Policy*, 1999, dans le cadre du symposium *The Proliferation of International Tribunals: Piercing Together the Puzzle*, pp. 791-sv.

²⁰⁵³ Lire MARTINEZ, "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review* 2003, pp. 429-460.

contexte actuel est favorable au développement du droit international, il n'entraîne aucune redistribution du pouvoir au sein d'une société internationale au sein de laquelle l'Etat, policé et responsable, reste l'acteur dominant. Le juge international ne conserve qu'une fonction sociale qui est celle de régler les différends : s'il n'y a pas de bonne solutions qui ressortent clairement d'un traité, il appartient au juge, en utilisant tous les outils à sa disposition, de trouver une réponse fondée sur le droit à une question juridique. Il peut ainsi arriver à une solution dans le jeu de l'application des principes généraux du droit et des principes fondamentaux de l'ordre juridique international.

D'autres limites issues du fonctionnement de la CIJ ont été clairement retracées et résumées dans les propos du professeur Alain PELLET²⁰⁵⁴ et il ne s'agit plus de revenir sur chacun des différents aspects développés par l'éminent juriste. Et, même s'il faut admettre que pour éclairer le contenu et le caractère de certaines normes sur le plan universel, il est important dans tout le système juridique qu'une institution ait autorité pour interpréter les normes. C'est le rôle normalement dévolu à la CIJ²⁰⁵⁵ malgré la discrétion laissée aux Etats de reconnaître la compétence obligatoire des décisions de la Cour²⁰⁵⁶. Pourtant, il existe plusieurs autres limites opposées à l'effectivité de ce rôle par le Statut même de la Cour : on peut évoquer ici le fait qu'en cas de non-respect de décision par un Etat membre, le Conseil de Sécurité de l'ONU ne peut agir que sur la plainte de la partie lésée pour prendre ou non des mesures²⁰⁵⁷ ; de même, ce choix reste soumis au veto des membres permanents même dans les affaires qui concernent ceux-ci. Enfin, le caractère non obligatoire des avis consultatifs de la Cour sont autant d'éléments qui limitent son poids et son rôle pour assurer l'unité et la cohérence du droit international.

En dehors du Statut et des dispositions pourtant générales qui pourraient faire de la CIJ une véritable cour mondiale l'habilitant à intervenir pour régler toutes sortes de différends internationaux, il existe plusieurs autres obstacles à cette compétence générale de la Cour. Ceux-ci tiennent, soit à l'absence de hiérarchisation entre les différentes juridictions internationales, soit aux mécanismes qui, aux fins d'interprétation et de l'application d'un traité, excluent le recours à toute autre juridiction que celle qu'un tel traité crée *ad hoc*. Dans le premier cas, il est toujours difficile, à ce jour, de surmonter

²⁰⁵⁴ Alain PELLET, 'Harmonie et contradiction de la justice internationale' ? in Harmonies et contradictions en droit international, Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMAN (dir.), *op.cit.*, pp. 196-214.

²⁰⁵⁵ Suivant l'article 36§1 de son statut, « la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront » tandis que, suivant l'article 36§2, « les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international [...] ».

²⁰⁵⁶ Selon l'article 36, par. 2, du statut de la CIJ.

²⁰⁵⁷ Cf. art. 94, art. 2 de la Charte des Nations Unies.

l'obstacle classique du caractère purement interétatique des conflits portés devant la Cour²⁰⁵⁸, tout comme la règle du consentement des Etats parties au litige porté devant la Cour reste, encore, un frein puissant à la concrétisation de la lettre et de l'esprit de l'article 36 du Statut de la Cour²⁰⁵⁹. Dans le second cas, on retrouve le plus souvent ces mécanismes d'exclusion dans le cas des traités régionaux, qui n'ont aucunement une prétention universelle. C'est le cas de la Convention européenne des droits de l'homme (article 59) qui constitue, en la matière, un des modèles les plus achevés et qui exclut, par la volonté des Etats membres, l'intervention des juges internationaux en cas de litige²⁰⁶⁰.

En somme, les possibilités de la CIJ sont grandes et elle pourrait constituer le dernier rempart naturel contre les effets négatifs de la multiplication des juridictions internationales²⁰⁶¹. Certes, la Cour a été beaucoup sollicitée ces dernières années, mais la nécessité de renforcer et développer des normes universelles impératives doit s'accompagner d'une réflexion sur la manière d'asseoir son autorité, notamment afin d'éviter tous soupçons d'arbitraire lors de l'interprétation de telles normes. Aussi, l'opportunité d'une hiérarchie des cours internationales en ce qui concerne l'interprétation des normes mérite par ailleurs aussi d'être posée dans la mesure où un manque de cohésion ne peut qu'affaiblir le crédit de l'ensemble de la justice internationale²⁰⁶².

2/- Les autres juridictions internationales, les organes quasi-juridictionnels et l'arbitrage international

Les membres de la CIJ auraient tort de se contenter de l'idée qu'ils pourront faire un jour aboutir l'idée d'une procédure de recours préalable qui leur serait adressée par d'autres cours, confrontées à la difficulté d'interprétation de la règle de droit international. Il leur appartient, au prix d'une jurisprudence de la Cour qui ne se contente pas du règlement des différends au cas par cas mais

²⁰⁵⁸ Ainsi que le constate un ancien président de la Cour, « thus, the Hague Court finds itself increasingly cut off from a growing and very important part of international law system » (Robert Y. JENNIGS, "The Role of International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, 1997, pp. 1 – 63, spéc. p. 58).

²⁰⁵⁹ Selon Mohamed BEDJAOUI, la conception qui a présidé à la création de la CIJ comme organe principal des Nations Unies et comme outil d'apaisement international plaçait les destinées de cette Institution entre les mains des Etats, puisque la compétence était et demeure essentiellement fondée sur leur consentement (voir La juridictionnalisation du droit international, SFDI, Colloque de Lille, *op.cit.*, p. 535).

²⁰⁶⁰ Toutefois, la CIJ ayant une compétence exclusive, on ne peut pas exclure, le fait que les Etats parties puissent, par leur volonté commune ou par voie de compromis, soumettre leur litige à sa compétence, malgré que le litige soit né à la suite d'un mécanisme régional.

²⁰⁶¹ Voir Syméon KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales, un système anarchique ? », S.F.D.I., Colloque de Lille, *op.cit.*, p. 133.

²⁰⁶² On songe notamment à élargir les mécanismes des « demandes d'avis consultatifs » devant la CIJ ou de préconiser une solution de *lege ferenda* avec la suggestion d'organiser un véritable renvoi préjudiciel, calqué sur le modèle de l'article 234 du Traité CE et permettant aux tribunaux internationaux de poser à la Cour des questions préjudicielles sur des points du droit international "général"; Voir notamment à ce sujet, *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Sous la Direction de O. DELAS, R. CÔTE, F. CREPEAU, P. LEUPRECHT, Bruylant, Bruxelles, 2005. Voir aussi Syméon KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales, un système anarchique ? », S.F.D.I., Colloque de Lille, *op.cit.*, p. 135 ss.

profite des occasions laissées par certains d'entre eux pour faire avancer l'interprétation du droit, comme elle s'est d'ailleurs remise à le faire notamment depuis quelques temps, par exemple en reconnaissant enfin que le droit impératif fait partie du droit positif²⁰⁶³. On ne peut, dès lors, que se résoudre, avec R. HIGGINS, à constater que l'articulation coordonnée des compétences judiciaires passe par une alliance essentiellement empirique entre la souplesse et l'autorité²⁰⁶⁴. La souplesse incite, dans des contextes déterminés, à ce que chaque juge saisi apprécie empiriquement la réponse à apporter à une question : celle de savoir s'il doit se déclarer incompétent pour laisser un autre organe se saisir de telle ou telle autre affaire dont il a été saisi ; ceci, eu égard notamment à la comparaison du champ de compétence de l'une et l'autre juridiction. Dans le cas contraire, il devra surseoir à statuer²⁰⁶⁵. Dans un tel contexte, la doctrine concède également une responsabilité déterminante dans le maintien ou l'abandon de l'unité d'interprétation et d'application du droit international. Il y a donc un impératif pour la CIJ de s'appuyer également sur les décisions rendues par les autres juridictions internationales que ce soit au niveau mondial, régional, sous-régional ou même national.

Il s'agit, en plus clair, de créer des interactions et une coordination entre les jurisprudences nationales et internationales. Par exemple, le professeur Hélène RUIZ-FABRI estime que : « Le fait que l'organe d'appel de l'OMC fasse d'abondantes références à la jurisprudence de la CIJ permet d'illustrer la dissymétrie des juridictions internationales dans le phénomène de leurs références croisées à leurs jurisprudences »²⁰⁶⁶ alors que l'inverse, c'est-à-dire la nécessité pour la CIJ de citer la jurisprudence des autres juridictions n'est pas toujours très ressentie. On peut aussi remarquer que les juridictions internationales régionales viennent de temps à temps puiser leur source et leur inspiration dans les décisions des cours nationales. C'est le cas en matière de contentieux des droits de l'homme où les interactions entre jurisprudence internationale et nationale sont très abondantes et où la première est modérément influencée par les jurisprudences nationales. De même, en matière de droit international pénal, lorsqu'une juridiction internationale est investie d'une fonction juridictionnelle de même type que celle exercée par les tribunaux nationaux, elle peut chercher des

²⁰⁶³ Voir C.I.J., Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) [République du Congo c. Rwanda], 3 fév. 2006, <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10434>, §§ 60 et 64; CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et- Montenegro], 26 fév. 2007, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>; pour une analyse critique de la politique judiciaire de la Cour internationale de justice entre 1986 et le début des années 2000, voir P.M. DUPUY, L'unité de l'ordre juridique international, o.c., pp. 473-478.

²⁰⁶⁴ Voir R. HIGGINS, "Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom", *ICLQ*, 2001, p. 122; R. WOLFRUM, "Konkurrierende Zuständigkeiten internationaler Streitentscheidungsinstanzen: Notwendigkeit für Lösungsmöglichkeiten und deren Grenzen", in ANDO *et al.*, *Liber Amicorum Oda*, *op.cit.* p. 657.

²⁰⁶⁵ Voir V. LOWE, "Overlapping Jurisdictions in International Tribunals", *Australian Yearbook of International Law*, 1999, p. 197.

²⁰⁶⁶ La juridictionnalisation du droit international, Colloque de la SFDI, Lille, *op.cit.*, p. 462 (Lire notamment les débats à la suite des exposés de la partie II sur la « Juridictionnalisation et la jurisprudence en droit international »).

sources d'inspiration dans les jurisprudences nationales. Cette interaction entre juridictions constitue un facteur non négligeable pour la lisibilité et la généalogie des jurisprudences.

De même, les organes quasi-juridictionnels à l'image des cours des droits de l'homme pourraient jouer un rôle non moins important dans la protection des droits des individus, notamment pour éviter des abus au moment de l'application des décisions des autres organes au niveau universel à l'exemple du Conseil de sécurité des Nations Unies²⁰⁶⁷. Par exemple, lorsqu'on évoque les différents effets de la Charte sur l'ordre communautaire, on se rend compte que tantôt la Charte agit comme limitation de l'ordre juridique communautaire, tantôt l'ordre communautaire permet une extension des règles de la Charte. Dans ce dernier cas, l'ordre communautaire donne plein effet aux résolutions du Conseil de sécurité et facilite l'exécution des mesures prises par les organes des Nations Unies sur la base de la Charte²⁰⁶⁸. En tout état de cause, on retiendra que la Charte des Nations Unies crée différents ponts entre son système juridique et celui des organismes régionaux²⁰⁶⁹. Il convient toutefois de préciser que cette imbrication des systèmes reste en grande partie tributaire de la volonté des Etats comme le confirment les *arrêts Ayadi et Minin*²⁰⁷⁰. Dans un tout autre registre, les organes quasi-juridictionnels peuvent également jouer un rôle de contre-pouvoir dans l'application des résolutions d'un organe des Nations Unies comme le Conseil de sécurité. La principale difficulté survenant au moment du contrôle des actes nationaux ou communautaires de transposition des dites résolutions.

Par ailleurs, tout comme le juge international et ceux des tribunaux quasi-juridictionnels, les juges arbitraux jouent également le rôle de coordinateurs de l'ordre international. Bien que l'arbitrage, en tant que technique de règlement pacifique de litiges, remonte à la fin du XIX^e siècle, c'est surtout au début du XX^e que plusieurs sentences arbitrales ont été rendues, notamment dans l'affaire des *Phoques de la mer de Behring* (1893), celle des *Pêcheries de l'Atlantique Nord* (1910) ou bien encore celle de *l'Ile de Palmas*. D'après Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, cette technique reste principalement dévouée au règlement des litiges juridiques²⁰⁷¹. Ce mécanisme tend à se

²⁰⁶⁷ Syméon KARAGIANNIS, « Certains Comportements récents Conseil de Sécurité des Nations Unies en Matière de Droits de l'Homme. A propos de la question des « Listes Noires » du Comité des Sanctions, document de travail, *in Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, mémoire introductif de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Listes noires du Conseil de sécurité des Nations unies, 19 mars 2007, Document AS/Jur (2007)*.

²⁰⁶⁸ Cette imbrication du droit international dans le droit communautaire est notamment perceptible dans le cadre de l'application des sanctions économiques prises par le Conseil de Sécurité des Nations Unies à l'égard d'un Etat. C'est-ce qui ressort des arrêts *Yusuf et Kadi* dans lesquels le juge communautaire a eu à se prononcer sur la légalité de règlements communautaires donnant application à des sanctions économiques édictées par le CS de sécurité des Nations Unies, malgré leur remise en cause par les requérants, fondant ainsi une compétence étendue de la CE dans l'application des mesures des Nations Unies.

²⁰⁶⁹ Cf. Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 2002, p.275.

²⁰⁷⁰ Voir les arrêts *Ayadi* du 12 juillet 2006, T 253-02 et *Minin* du 31 janvier 2007, T 362/04 du tribunal de première instance de la Cour des Communauté européennes.

²⁰⁷¹ Si l'on fait abstraction de la tentative faite notamment dans l'Acte général d'arbitrage de 1928, lire Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p.629 et s.

répandre de plus en plus aussi bien au niveau national, régional qu'international. De manière générale, la sentence arbitrale qui découle du règlement s'impose aux plaideurs. Cette technique à comme avantages d'être confidentielle, consensuelle, rapide et peu coûteuse.

D'ailleurs, conformément à la résolution 797 (VIII) de l'Assemblée générale, le point « Procédure arbitrale : observations des gouvernements sur le projet de convention sur la procédure arbitrale » avait été préparé par la CDI puisque cette dernière estimait qu'un ensemble de règles sur la procédure arbitrale guidera les Etats lorsqu'ils rédigeront des dispositions destinées à figurer dans les traités internationaux ou dans les compromis. Quoiqu'il en soit, la codification ne s'appréhende pas exclusivement sous l'angle de l'examen du résultat de celle-ci, à savoir le texte codifié, trop rapidement réduit au seul code, mais aussi sous l'angle de la technique juridique mise en œuvre. Par exemple, les règlements d'arbitrage des litiges commerciaux d'un grand nombre d'institutions proposant des services de résolution des différends contiennent des dispositions relatives aux mesures conservatoires ou à l'interprétation des sentences arbitrales²⁰⁷². Il s'agit de l'intégration formelle dans un règlement de pratiques répandues au sein de tribunaux arbitraux²⁰⁷³. A partir de là, la sanction judiciaire de la règle codifiée est également un facteur déterminant de l'intégration de la norme dans un ordre juridique donné. Sa connaissance par le juge est essentielle et concourt à conférer à la règle son caractère de norme de droit positif.

Finalement, cette coordination des ordres juridiques passe par leur reconnaissance mutuelle et par l'acceptation effective et pas seulement déclarée, de la part de l'ordre juridique national, de la prééminence de l'international sur l'interne, allant ainsi dans le sens d'une intégration au moins partielle du second dans le premier. Il faudrait également que le juge international songe désormais à de nouveaux mécanismes de prévention des conflits normatifs.

3/- La recherche de nouveaux mécanismes de prévention des conflits normatifs

Détecter et prévenir les conflits réels ou potentiels, en particulier entre les accords ou instruments véhiculant des règles et des principes entre les différentes branches du droit international reste l'une des préoccupations majeure des internationalistes en ce XXI^e siècle. Il s'agit de faire en sorte que ces instruments ou accords soient compatibles entre eux. La prévention peut être considérée comme une exigence essentielle de gestion de conflits normatifs surtout lorsque les règles mises en cause peuvent justifier d'une faiblesse dans leur opérabilité. C'est d'ailleurs cette position qu'a retenue la

²⁰⁷² Voir notamment les articles 23 et 29 du règlement d'arbitrage de la CCI, publication CCI n° 808, juin 2003, également consultable sur le site Internet de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : www.iccarbitration.org.

²⁰⁷³ LEW, J.D.M., « Analyse des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 11, n° 1, 1er semestre 2000, p. 24 à 31 ; Ali YESILIRMAK, « Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale de la CCI », *op. cit.*, p. 32 à 38 ainsi que les extraits de sentences arbitrales reproduits, *op. cit.*, p. 39 à 119.

CIJ dans sa décision rendue dans le cadre de l'affaire du *Projet Gabčíkovo Nagymaros*²⁰⁷⁴ en ce qui concerne le droit de l'environnement. La prévention se présenterait alors comme un moyen pour apaiser les conflits normatifs et faciliter la circulation des normes et principes énoncés dans les traités et conventions. Reste à déterminer la portée de cette prévention car là où de tels conflits surgissent, il conviendrait de les régler de manière appropriée soit pendant les négociations d'un accord, soit pendant l'intervention du juge.

Concernant la prévention des conflits au moment de la négociation du traité, il faut dire que la recherche de la compatibilité entre normes du droit international incombe en premier lieu aux négociateurs des traités internationaux²⁰⁷⁵. Ces derniers devraient faire preuve de plus de sensibilité au risque d'augmenter les conflits normatifs lorsqu'ils concluent des accords dont le respect des dispositions serait strictement incompatible avec celui des accords antérieurs. L'une des solutions reviendrait à envisager des moyens de préventions en introduisant, par exemple, des mécanismes de blocage, au sein même des traités qui instituent les juridictions internationales, de manière à éviter que plusieurs juridictions ne viennent à connaître d'un même litige. On pourrait également envisager d'élargir, voire de renforcer les mécanismes existants²⁰⁷⁶, notamment dans le cadre des organismes des Nations Unies de manière à faciliter, le cas échéant et si les parties concernées en conviennent, l'identification, la prévention et le règlement de différends internationaux, quel que soit le domaine du droit international dans lequel ils apparaissent.

En pratique, cette prévention peut se faire, d'une part, de manière explicite à travers des dispositions conventionnelles de coexistence lors de l'adoption d'un traité. Il s'agit là de dispositions directement formulées pour régir les conflits qui pourraient surgir entre ce traité et un autre, qu'il soit antérieur ou postérieur au traité considéré. Ces dispositions peuvent directement découler des articles 30 et 41 de la Convention de Vienne de 1969 ou être posées de manière originale. D'autre part, il pourrait s'agir d'une prévention indirecte des conflits par la prise en compte des normes et principes édictés par un autre système proche ou lié à l'exemple du droit de l'environnement et du droit commercial. Il en est ainsi du concept de développement durable, consacré par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenu à Rio de Janeiro en juin 1992. Dans sa formulation, il

²⁰⁷⁴ La CIJ a clairement indiquée que « la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.

²⁰⁷⁵ Sur le plan du droit international, la prévention des conflits naît avant tout des précautions prises avant la ratification ou pendant les révisions successives d'un traité. Dans les systèmes internes, ce sont les vérifications effectuées par le juge constitutionnel qui permettent la compatibilité entre la constitution nationale et les traités. De même, ce sont les révisions constitutionnelles qui permettent de supprimer d'éventuelles incompatibilités et ainsi d'éradiquer les causes de conflits.

²⁰⁷⁶ L'élargissement pourrait, par exemple, consister à accorder un « pouvoir élargi » à certains tribunaux régionaux qui se transformeraient, le cas échéant, en cour internationale pour régler le contentieux entre un Etat appartenant au système régional dans lequel l'Etat en question évolue, et entre un Etat extérieur au système mais qui aurait donné son accord pour reconnaître la compétence du tribunal régional.

est expressément affirmé que « pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considéré isolément » ainsi que les moyens de « Promouvoir le développement durable par le commerce »²⁰⁷⁷.

Pour ce qui est de la prévention des conflits au moment de l'interprétation des juges, le nombre croissant des jurisprudences divergentes est susceptible de détruire l'unité du droit international, et même l'unité de certains systèmes plus ou moins clos du droit international, notamment conventionnel, lorsque plusieurs juges peuvent s'avérer compétents pour appliquer et interpréter le même traité. Aussi, les juridictions internationales, dont la mission principale est de dire le droit, devraient, au même titre que les négociateurs, être des organes sensibles aux différents risques de conflits normatifs. Pour elles aussi, l'exigence d'une intégration systémique du droit international est importante comme le témoignent les références croisées faites aux décisions de certaines juridictions par certaines autres. Et, même si ces quelques références ne peuvent, à elles seules, justifier une résolution des risques de conflits normatifs de plus en plus nombreux, elles peuvent faciliter le travail de coordination des travaux des juridictions.

En effet, à défaut d'une prévention au moment de l'élaboration de la norme, c'est au stade de l'interprétation et de l'application de ces normes qu'il revient aux juridictions d'envisager la question des conflits. Là aussi, on peut identifier des solutions de résolution ou de prévention. La résolution se fait, dans ce cas, sur la base de règles clairement identifiées, telles que les règles d'applications générales (*jus cogens et règles erga omnes*) ou les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou encore, les dispositions prévues par le traité ou la convention et qui impliquent la volonté des Etats parties au dit traité. La prévention quant à elle se fait sur la base de méthodes consistant à minorer l'existence du conflit, notamment par la voie de l'interprétation compatible des normes en jeu²⁰⁷⁸. Rappelons que l'un des problèmes soulevé par l'interprétation est celui lié à l'identification de la relation forte qui unit une juridiction instituée au sein d'un système juridique donné et le droit de ce système. En plus clair, il s'agit, par exemple, des groupes spéciaux et de la juridiction d'appel de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, et les accords du droit de l'OMC, ou bien encore, du Tribunal international du droit de la mer et de la convention et accords relatifs au droit de la mer. A ce titre, on peut s'interroger sur la possibilité offerte à ces

²⁰⁷⁷ Voir respectivement le Principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et les § 2.5 à 2.18 d'Action 21, vaste programme d'action adopté à Rio pour permettre la réalisation du développement durable en visant tous les domaines de l'activité humaine. Cf. doc. ONU-A/CONF.151/26/Rev.1.

²⁰⁷⁸ En ce sens, la CIJ dans l'affaire du *droit de passage sur le territoire indien (Portugal c/Inde)* a pu indiquer que « c'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas au droit existant », exceptions préliminaires, arrêt du 26 nov. 1957, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1957, spéc. p. 142.

juridictions de faire application des dispositions étrangères au système normatif dans lequel elles sont instituées²⁰⁷⁹.

En somme, tous ces procédés qui viennent d'être analysés, certes de manière sommaire, consistent à exclure, sous certaines conditions, la compétence d'une juridiction internationale afin de prévenir plus efficacement les conflits entre juridictions et limiter le phénomène de « *forum shopping* ». Il appartient au juge, national ou international, de ne point les méconnaître de manière à favoriser, l'échange et le transfert des affaires d'une juridiction saisie, à une autre jugée plus compétente dans le cas d'espèce soulevé. Dans cette fonction, le juge pourrait trouver une aide efficace auprès des opinions doctrinales, notamment celles considérées comme faisant « *autorité* » en la matière.

§ 2 : *L'action de la doctrine : le maintien de la cohérence du droit international*

Face à l'évolution du droit positif dans son enrichissement et sa technicité croissante, la doctrine en droit international ne pouvait rester insensible car c'est à travers elle que l'internationaliste affirme le caractère opératoire et pratique de sa réflexion. Cependant, malgré l'ouverture d'esprit qu'elles véhiculent, les préoccupations doctrinales ou théoriques en droit international ne sont pas, le plus souvent, bien perçues et font même l'objet de graves inquiétudes. En effet, elles répercutent le doute sur l'existence même de la discipline et reproduisent des présupposés à la fois archaïques et irréconciliables, relançant à l'infini des controverses académiques auxquelles on ne saurait rien ajouter²⁰⁸⁰. De plus en plus, on assiste à un nouvel essor du pragmatisme étatique et d'une orientation en faveur d'une création spontanée des normes du droit international. Cette position est clairement exprimée à travers la perte de vitesse de l'œuvre de la CDI, mise pratiquement en retraite devant la bureaucratie diplomatique dont l'action créatrice devrait, pourtant, relativement être limitée par sa position dans la vie nationale comme internationale.

Pour autant, on ne saurait dénier le rôle et la place que devraient tenir les thèses doctrinales dans la réglementation et la systématisation du droit international. Pour se faire, il faut « *que la doctrine assume sa fonction d'oracle et d'augure du droit positif, afin de veiller à rendre le droit plus cohérent et mieux adéquat aux exigences sociales* »²⁰⁸¹. Dans cette optique, il faut analyser la *valeur* et la *portée* du rôle de la doctrine face à l'évolution du droit international contemporain

²⁰⁷⁹ Cette question est particulièrement sensible pour l'organe de règlement des différends de l'OMC. En effet, selon certaines interprétations du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (art. 3.2, 3.5, 7.1, 7.1, 11, 19.2), il peut apparaître que la fonction juridictionnelle de cet organe est limitée à l'application des seuls accords du droit OMC. Pour une analyse en ce sens, on pourra consulter MARCEAU, (G.), « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL*, 2002-4, vol. 13, pp. 745-814.

²⁰⁸⁰ Serge SUR, Quelques observations sur les normes juridiques internationales, *RGDIP*, n°4, p142.

²⁰⁸¹ MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p. 351.

(A) ; rôle qui répond forcément à un souci d'harmoniser, partout où le besoin se fait ressentir, les concepts juridiques face à leur mondialisation (B).

A/- LA PORTEE DE L'ANALYSE DOCTRINALE DANS L'EVOLUTION ET L'ENRICHISSEMENT DU DROIT INTERNATIONAL

Le professeur Anthony CARTY²⁰⁸² propose une place renouvelée pour la doctrine en tant que source de droit international. En effet, en se fondant sur la distinction entre la doctrine et la dogmatique juridique, l'auteur montre le caractère problématique de la position classique de la doctrine en droit international et son incapacité à prendre en compte l'identité concrète des individus qui composent l'État. Pour lui, seul le recours à d'autres disciplines, en particulier à l'ethnographie, à l'anthropologie et à la phénoménologie, permettrait à la doctrine de rendre compte du monde réel et d'avoir un impact tangible sur les phénomènes en cours. Ses propos sont illustrés par une analyse des événements qui se sont produits au Royaume-Uni au début de l'année 2003 et qui ont conduit le gouvernement britannique à intervenir en Irak. Dans son commentaire, le professeur Ignacio FORCADA²⁰⁸³ synthétise cette vision tout en ajoutant que la « doctrine » renvoie à plusieurs phénomènes que l'on doit distinguer. Ainsi, dans le cadre de la systématisation du droit international, on analysera successivement le rôle des praticiens, des académiciens et des professeurs auprès des gouvernants, des organisations internationales ou encore des juridictions (1), puis la place de la doctrine en tant que source de droit (2).

1/- La doctrine internationale éclaire la conscience juridique des acteurs internationaux

D'après le doyen Jean CARBONNIER : « *On entend par doctrine les opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plutôt qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble des ouvrages juridiques qui composent la littérature du droit* »²⁰⁸⁴. La fonction rationnelle de la doctrine apparaît loin d'être négligeable car, sous les différents modes d'expression qu'elle utilise, la doctrine joue un rôle dans la création du droit en tant qu'autorité, qu'inspiratrice. Mais de manière générale, la doctrine vise à la *transmission du savoir juridique*, en forgeant les juristes de demain ou, en renforçant la connaissance de l'état du droit par les professionnels de celui-ci. Dans le même esprit, elle est souvent *consultée* pour des besoins d'éclairage, à travers les notes des jurisconsultes ou encore au moment où les avocats appliquent à la barre des plaidoiries d'un niveau scientifique supérieur. Ensuite, la doctrine a

²⁰⁸² Anthony CARTY, « A Renewed Place for Doctrine as the Source of International Law in a Time of Fragmentation », *supra* note 3 aux pp. 239-61. L'auteur est professeur de droit à l'Université d'Aberdeen.

²⁰⁸³ Ignacio FORCADA, « A Renewed Place for Doctrine as the Source of International Law in a Time of Fragmentation: a commentary », note 3 aux pp. 263-72. L'auteur est professeur de droit international public à l'Université de Castille- La Manche (Tolède, Espagne).

²⁰⁸⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Volume I*, PUF, 2004, Collection Quadriga, 1496 p.

également un rôle de *mise en ordre*²⁰⁸⁵ des décisions de justice, des lois, des arrêtés, bref, du droit, en le rendant *savant*. Enfin, la doctrine est source de *principes* qui seront repris ultérieurement par la jurisprudence voire le législateur compte tenu de leur pertinence ; à ce propos, on peut lui prêter un rôle d'*avant-garde* mais aussi de *garde-fous*, contre les décisions iniques et les lois injustes comme l'exprimait François TERRE pour qui « *le rôle de la doctrine est d'autant plus irremplaçable qu'on peut à la rigueur imaginer un système juridique sans lois ou sans coutume ou sans jurisprudence, mais qu'on ne peut imaginer un système juridique sans doctrine, car c'est elle qui fait prendre conscience de leur propre existence* »²⁰⁸⁶. Ainsi dans ses relations ambiguës et constantes avec les acteurs-praticiens du jeu international, la doctrine contribue à peser sur les choix des uns et des autres, la spécialisation du corps professionnel renforçant une inclinaison à la spécification de chaque système ou régime. On constatera sans doute aussi à quel point les moments d'incertitude et d'instabilité comme aujourd'hui ne peuvent que renforcer son rôle car le juriste universitaire comme le juge est porté le plus souvent par le même idéal de rationalité, lequel va dans le sens de l'unité du système et non pas de sa fragmentation.

Cela est encore plus vrai en droit international où l'importance de la doctrine, spécialement mentionnée dans l'article 38 du Statut de la CIJ, a toujours été beaucoup plus considérable dans le développement du droit international que dans aucun autre domaine. Cette importance doctrinale s'explique certainement par l'insuffisance d'organismes constitutionnels pour élaborer, appliquer, et interpréter le droit international, notamment durant les deux derniers siècles où l'on ne dénombrerait que quelques éminents spécialistes qui auront réussi à édifier la majeure partie du droit des nations tel qu'il se décline aujourd'hui. A cet effet, la tâche fondamentale de la doctrine reste encore de signaler les changements, dans la structure du droit international et de la société internationale, qui sont susceptibles de préparer la voie à une réforme profonde des règles du droit international²⁰⁸⁷. Grâce au concours et à la participation de divers spécialistes, sans oublier le travail de nombreux organismes, officiels ou non, une grande partie de la tâche qui consiste à faire progresser le droit est aujourd'hui en voie d'accomplissement. A travers toute cette œuvre doctrinale, de nouvelles conceptions et méthodes continuent de voir le jour en droit international. Il est donc important, à l'heure de la mondialisation de l'économie et du droit, que la doctrine puisse encore peser et jouer un rôle de premier plan, notamment didactique en droit international par la diffusion de la connaissance des sources du droit et de leur possible évolution en droit international spécial,

²⁰⁸⁵ M. BOUDOT, "Le dogme de la solution unique, Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé", th. Aix-en-Provence, 1999.

²⁰⁸⁶ F. TERRE, Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 155: « Au-dessus des composantes du droit ».

²⁰⁸⁷ W. FRIEDMANN, Nouveaux aspects du droit international, New York City, USA, 1964, pp. 111-116.

régional ou général. Elle doit, de ce fait, remplir une fonction d'anticipation et une fonction de révélation qui lui permettrait d'avoir une place parmi les sources du droit international.

2/- La doctrine tient une place de choix parmi les sources du droit international

« Lorsque les lois, les coutumes, le droit écrit, la jurisprudence et les usages manquent, nous avons encore une ressource dans l'opinion des jurisconsultes qui ont traité la question qui nous est posée »²⁰⁸⁸, disait Merlin. Pour beaucoup d'auteurs, la doctrine joue un rôle considérable dans la science du droit du fait de son aptitude à orienter les changements législatifs et même de jurisprudence par l'influence de l'enseignement. C'est donc par les « commentateurs » que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même. Mais cela suffit-il à faire de la doctrine une source du droit comme le sont les traités ou la coutume ? S'il est vrai que les sources fondamentales du droit international que sont les textes conventionnels et la coutume militent dans un sens qui permet sinon d'atteindre, d'aller vers une efficacité et une effectivité de cette discipline, la doctrine passe plutôt pour être un « révolutionnaire virtuel ». L'expérience a démontré, en effet, que la codification, considérée comme un « puissant reflet » du résultat des oppositions doctrinales, constitue un puissant stimulant d'idées qui fixe l'attention sur les problèmes juridiques tout en fournissant à leur discussion un cadre précis. C'est ainsi que toute codification a toujours marqué un renouveau de vitalité dans l'élaboration du droit et provoqué un mouvement puissant dans la doctrine et la jurisprudence.

Mais si elle n'est pas une source du droit au sens juridique, la doctrine permet néanmoins d'affiner les techniques fondamentales du droit afin de les rendre compatibles avec l'ensemble des systèmes juridiques mis en place par les différentes cultures. A cet effet, elle a une double mission : d'abord celle de proclamer le « droit naturel » dans ses principes universels, ensuite celle d'ajuster son application à l'état présent de la civilisation. Dans cette mesure, on peut considérer que la doctrine est un interprète du droit naturel et, à travers lui, une source du droit dans son ensemble. A titre d'illustration, le principe de « la légalité criminelle » est un bel exemple d'enrichissement direct du Droit par la Doctrine. Pendant des siècles, ce principe a été limité aux règles de fond et exprimé par la formule : « nul délit, nulle sanction sans texte ». Mais depuis les études fondamentales du professeur Georges LEVASSEUR consacrées aux divers aspects du principe de la légalité dans les démocraties²⁰⁸⁹, on sait qu'il concerne également les règles de procédure. C'est pourquoi de plus en plus, on constate que les juristes, tant théoriciens que praticiens, parlent aujourd'hui du principe de « la légalité de la répression ».

²⁰⁸⁸ Merlin (Répertoire de jurisprudence, 1827) : V° Autorités.

²⁰⁸⁹ Georges LEVASSEUR, Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité, Mélanges Huguenev – Editions Sirey, Paris 1964, p.13.

Toutefois, on remarque une certaine remise en cause de la doctrine, notamment par les tenants du « positivisme juridique » pour qui les enchevêtrements des positions doctrinales brouillent un peu plus la compréhension de leur utilisation. Ni strictement objectivistes, ni strictement volontaristes, les internationalistes semblent concevoir ces principes de façon plus pragmatique que par le passé, de façon moins doctrinalement tranchée et toujours désormais en relation avec l'idée de système juridique. Ce qui a d'ailleurs conduit Andrea BIANCHI à présenter les internationalistes comme des « communautaristes » à un double niveau : d'un côté, une petite communauté formée par des juristes qui veulent offrir une perspective étroite et partisane du droit international au travers de leurs catégories conceptuelles. De l'autre, la présentation de cette vision, certes partielle, vise tout de même une communauté internationale, axée sur des valeurs et des intérêts communs et qui, en principe, devrait primer sur les perspectives restreintes des intérêts locaux. Quant à Serge SUR, il estime que l'étude du système juridique international semble appeler et décevoir dans un même mouvement ceux qui recherchent un principe unificateur, intégrateur et explicatif du phénomène juridique²⁰⁹⁰. Cette contradiction confuse dans laquelle vit et évolue l'internationaliste montre également, la complexité, la confusion, voire l'incohérence du droit international. Dès lors, il devient quasiment difficile pour cette matière d'atteindre l'idéal, la rigueur et la précision qui caractérisent les normes de l'ordre juridique interne, la perfection de son processus d'application, ses codes, ses juges ou encore ses certitudes. On se rend ainsi compte des difficultés des thèses doctrinales à éclairer face à la mondialisation des concepts juridiques²⁰⁹¹.

B/- LA DOCTRINE INTERNATIONALE FACE A LA MONDIALISATION DES CONCEPTS

On ne saurait ici dénier la contribution et l'apport des Nations Unies dans l'évolution du droit international contemporain. Mais cet apport n'est pas unique en son genre puisque d'autres organes contribuent également, de manière certes bien différente, à cette évolution. En se fondant sur le constat que « *le droit international connaît incontestablement un accroissement des fonctions sociales qui lui sont dévolues* »²⁰⁹², beaucoup d'acteurs de la vie internationale estiment que la compréhension du droit international actuel ne pourrait se faire qu'au travers d'un changement de sa vision actuelle. En d'autres termes, il s'agit de construire un nouvel ordre international basé sur de nouveaux principes qui trouvent leur fondement sur les droits de l'homme, la démocratie ainsi qu'une autodétermination qui lui permettrait de trouver une sorte de prolongation dans le droit constitutionnel des Etats. Au demeurant, s'il a été analysé que le juge international devra être convaincu de la nécessité d'application harmonisée des règles du droit international pour en assurer

²⁰⁹⁰ Serge SUR, Quelques observations sur les normes juridiques internationales, *op.cit.*, p.142.

²⁰⁹¹ Henry BATIFFOL, « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *Revue de Recherche Juridique*, 1981, p. 175.

²⁰⁹² P.-M. Dupuy, « *Droit international public* », Paris, Dalloz, 2002, p.23.

l'unité, il appartiendra également à la doctrine internationale de relayer cette harmonisation, voire même de la précéder.

En effet, le travail des universitaires se résume avant tout à faciliter l'accès au droit car, eux seuls ont toujours en tête, que ce soit lors des cours professés ou à l'intérieur des manuels qu'ils publient, le souci d'une présentation très systématisé du droit, qu'il soit général, régional ou spécial. Face à une société internationale de plus en plus mondialisée²⁰⁹³, chaque Etat essaie de mettre en avant sa culture-juridique pour peser dans les relations internationales. Si cette situation assez complexe présente aussi bien des avantages que des inconvénients, la pratique courante du droit international montre que l'existence de ces cultures juridiques n'interdit en aucune manière de penser aux passerelles qui peuvent exister entre elles et aux points de convergence qui les relient éventuellement autour d'un ensemble de normes. Ainsi, il ne faut pas mettre de côté l'idée selon laquelle le droit international oblige, de par sa fonction, une véritable interaction entre les différentes traditions juridiques par le biais d'importation plus ou moins librement consenties²⁰⁹⁴.

Aujourd'hui plus que par le passé, la pensée juridique, du moins sur le plan du droit international, est appelé à évoluer et à établir un nouveau consensus afin de mettre fin à l'anxiété qui écume cette discipline à l'aube des conséquences visibles du produit de projets variés d'affiliation et d'engagement de la part des nouveaux acteurs au sein de cette discipline. Cela passe nécessairement par l'adaptabilité et l'acceptation d'une transformation du vocabulaire professionnel du champ. De la même façon, la réorganisation des écoles de pensée et autres courants doctrinaux, certes prometteuse, pourrait avoir lieu sans qu'il n'y ait nécessairement consolidation d'une vision plus large du droit international. Est-il besoin que les partisans attachés à des réformes particulières en droit international puissent, à tout prix, s'opposer à ceux favorables à une réforme idéologique, et *vice versa* ? Le moins que l'on puisse dire est qu'une compréhension plus élémentaire des différents modèles d'engagements, d'affiliation et d'ambition au sein desquels ces débats apparaissent, puisse s'imposer aux uns comme aux autres. La systématisation doctrinale tant souhaitée se présente comme un effort important pour aider le droit international à mieux accomplir ses objectifs, plutôt qu'il ne devienne le résultat de l'œuvre de quelques individus ou groupes particuliers, et encore plus de quelques Etats. Comme l'écrit d'ailleurs David KENNEDY, « il existe des personnes qui veulent réhabiliter le droit international public comme possible instrument de contrôle de la politique étrangère américaine »²⁰⁹⁵.

²⁰⁹³ A. APPADURAI, *Après la colonisation. Les conséquences culturelles de la globalisation*, Paris, Payot, 2001.

²⁰⁹⁴ Emmanuelle JOUANNET, *Les visions françaises et américaines du droit international : cultures juridiques et droit international*, in *droit international et diversité des cultures juridiques*, *Journée franco-allemande*, S.F.D.I., Ed. A Pedone, 2008, p. 44.

²⁰⁹⁵ David KENNEDY, *op.cit.* p. 69.

A côté de cette harmonisation du droit international par une systématisation doctrinale, se pose aussi le souci d'une harmonisation par l'innovation dans la pratique et le « développement progressif » des rapports internationaux. Autrement dit, le contexte doctrinal pourrait s'avérer être d'une importance capitale pour assurer des réformes politiques au niveau du droit international. C'est le cas par exemple de la proposition récemment faite d'instituer une sorte de procédure préjudicielle en interprétation des normes du droit international, selon laquelle la CIJ serait sollicitée par tout tribunal international intéressé à l'application d'une règle de droit international dont elle aurait des difficultés pour en fixer la signification juridique exacte. Cette mesure viserait plus exactement à donner à la CIJ une vocation universelle afin de veiller à l'unité d'interprétation du droit international même si ce cas de figure n'est pas expressément prévu dans le cadre institutionnel des Nations Unies. C'est d'ailleurs du fait de cette absence qu'une telle proposition ne saurait être envisagée en dehors d'un contexte doctrinal, afin non seulement de contourner tous les obstacles techniques, mais surtout politiques et psychologiques²⁰⁹⁶.

Par ailleurs, il serait intéressant de voir la doctrine se pencher sur toutes les questions liées aux conditions particulières de mise en œuvre de certaines obligations spéciales par rapport aux normes générales. En d'autres termes, il s'agira pour elle de déterminer quelle application des nouveaux régimes spécifiques correspond le mieux face aux règles de droit international. Ceci aux fins d'éviter une certaine déconstruction qui pourrait se bâtir autour de la théorie d'un sous-système juridique complètement fermé sur lui-même de manière rigide, large, mécanique²⁰⁹⁷ et sans aucune relation avec le droit international général. Ce qui serait, en définitive, qu'une vision fractionnée du droit international. Il appartient donc à la doctrine de lutter contre une vision « atomistique » du droit international et permettre un développement progressif tout en éliminant toute velléité de coexistence de « sous-systèmes » disparates et inarticulés qui déboucheraient sur la mise à l'écart de l'œuvre de codification. Il est en effet important, suite au mélange de sources qui régit la plupart des rapports internationaux, que la doctrine suive avec beaucoup d'attention le développement de la pratique en droit international en faisant évoluer, par exemple, comme le recommande la Charte des Nations Unies, la codification de l'idée d'un droit international statique à celle d'un droit international dynamique. Dans cette optique, les élaborations de la doctrine devraient permettre de s'orienter et de tracer des voies d'éclaircissement dans le droit international contemporain où règles codifiées et coutumes s'enchevêtrent de plus en plus.

²⁰⁹⁶ Pierre-Marie DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in Harmonies et contradictions en droit international, *op.cit.*, p. 37.

²⁰⁹⁷ C'est sur ces bases restreintes que le premier rapporteur à la CDI sur la seconde partie du projet de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats a bâti sa démonstration et son interprétation de l'arrêt de la CIJ dans l'affaires du personnel diplomatique et consulaire des USA en Iran : *Rec. CIJ* 1980, p. 37, § 80 ; Voir : *ACDI*, 1982, vol. I, p. 200-201, §16.

Quoi qu'il en soit, il faut retenir que le droit international a son fondement aussi bien dans l' « autonomie » de la volonté de ses membres, dans l' « octroi » du pouvoir de création à certaines structures, dans l' « imposition » de ceux qui exercent un plus grand pouvoir, dans le « consensus » de ceux qui sont suffisants pour imposer des règles de conduite au groupe social dans son ensemble, ou, finalement, dans la « reconnaissance » d'un ordre moral ou naturel. Ces manifestations doivent être traduites dans un cadre constitutionnel qui va consister en la création d'un système hiérarchique juridictionnel qui pourrait lier l'activité des tribunaux spéciaux avec la Cour internationale de Justice afin de renforcer l'autorité du droit international. La reconnaissance de l'autorité, son octroi, le résultat de son imposition et l'affirmation de l'autonomie de ses membres, ainsi que l'ensemble des valeurs assumées comme propres et transformées alors en principes impératifs, constitueront alors la « constitution », au sens matériel ou aristotélique, de la société internationale²⁰⁹⁸. Cela en rapport avec les idées et les valeurs assumées comme propres par la communauté internationale actuelle²⁰⁹⁹, comme cela va être analysé dans la deuxième section du présent chapitre.

Section II : La constitutionnalisation du droit international public comme réponse à « l'explosion normative »

La question de la fragmentation a fait se développer, parallèlement, celle de la constitutionnalisation du droit international qui s'articule autour de la hiérarchisation des systèmes normatif et juridique au niveau international. Toutes ces questions sont liées aux sources du droit international et du besoin urgent de concevoir une meilleure carte du « régime juridique » qui régit le monde. Au début du XX^{ème} siècle, rares étaient les spécialistes du droit international qui s'imaginaient à quel point cette matière « se sophistiquerait dans ses techniques, ses arborescences, ni à quel point il viendrait à modeler les droits internes »²¹⁰⁰. C'est peut-être ici que réside tout le « faisceau juridique » ayant conduit certains vers une analyse constitutionnelle du droit international. De là, est né à l'universel, contrairement aux démarches de constructions régionales (UE ; UA ; Am. Latine ; USA), l'idée d'une société internationale naissante ou même déjà constituée sur les bases d'un système constitutionnel. L'ordre juridique international serait ainsi construit sur une structure

²⁰⁹⁸ S'il est vrai que la communauté internationale actuelle ne s'est pas encore dotée d'une constitution, il n'en est pas moins vrai que les acteurs internationaux ont confirmé, au fil du temps, l'existence progressive d'un ensemble de règles et d'institutions qu'ils ont acceptées comme constitutionnelles. Des normes minimales avec lesquelles ils prétendent créer le cadre de leur action juridique, normative et institutionnelle, servant à ordonner, accommoder et résoudre les intérêts présents dans leurs politiques juridiques internationales respectives.

²⁰⁹⁹ Souveraineté de l'Etat ; maintien de la paix et de la sécurité internationales ; le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; le développement des valeurs humanitaires, écologiques, et même démocratiques qui modulent le concept de souveraineté comme principe constitutionnel de la communauté internationale.

²¹⁰⁰ Hélène RUIZ FABRI, « Le droit international entre prudence et espérance », In Regards d'une génération... , p.332.

constitutionnelle²¹⁰¹ dont la nécessité est de rendre le droit international plus rigoureux avec des normes impératives et un système juridique plus « *hard* » et hiérarchisé.

Dans ce processus de constitutionnalisation et de hiérarchisation entre les normes du droit des gens, les Nations Unies sont appelés à jouer un rôle de tout premier plan. Déjà, à la fin de la seconde guerre mondiale, on a cru voir en la Charte des Nations Unies une « constitution mondiale » en ce qu'elle était « la plus haute expression de la communauté internationale » dont il a été dit qu'elle a « corps de traité et âme de constitution »²¹⁰². L'analyse des causes qui atténuent la force normative du droit international, notamment dans le domaine des sciences de la vie, doit ainsi ouvrir la voie à la recherche de remèdes, parfois audacieux, toujours pragmatiques, susceptibles de faire avancer sur la réalisation de notre objectif : la contribution de ce nouveau droit à la construction d'un ordre juridique international, fondateur d'un nouvel équilibre de droits et de devoirs. Objectif qui incite à rechercher un noyau dur de principes, un socle sur lequel construire l'édifice du droit international.

Une fois analysés les raisons et les objectifs qui justifient aujourd'hui cette progression lente mais sûre vers un droit international plus constitutionnel (§1), il conviendra d'analyser et d'évaluer les méthodes et la technique de constitutionnalisation de cette discipline (§2).

§ 1 : La justification d'un recours à une constitutionnalisation progressive du DIP

En droit interne, le processus de codification consiste naturellement à regrouper des textes de nature diverses pour les insérer dans un « code ». En lui-même, un tel processus n'a pas de valeur constitutionnelle puisque le législateur peut, à tout moment, y déroger en l'accompagnant de modifications de fond, suite au travail de codification opéré par le pouvoir exécutif. En droit international, le problème est tout autre puisqu'il n'existe pas, dans cette discipline, un législateur « institutionnel » capable de déroger à l'œuvre du « codificateur ». Dans un tel contexte, il peut être admis que le processus de codification en droit international ait une valeur constitutionnelle²¹⁰³ si tant soit peu, l'on voulait admettre que ses règles et principes puissent s'appliquer uniformément dans l'espace « monde » et à tous les acteurs qui s'y déploient²¹⁰⁴. Une constitutionnalisation de l'ordre juridique international qui ne doit pas se réduire à un simple exercice théorique, mais se

²¹⁰¹ Cf. Robert KOLB, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Annuaire canadien du droit international public*, 2001, p.69-115.

²¹⁰² Ces idées « constitutionnalistes » peuvent être observées chez G. SCHELLE, « le droit constitutionnel international », *In Mélanges Raymond Carré de MALBERG*, Paris, Sirey, 1933, p.501 et chez P.-M. DUPUY, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck, UNYB*, 1977, pp.1 et s.

²¹⁰³ En effet ici, la codification ne saurait être accusée de vouloir contourner les normes de compétences constitutionnelles puisque ces dernières n'ont pas d'existence institutionnelle.

²¹⁰⁴ Jean COMBACAU propose à cet effet « un déplacement de la définition du droit international » afin que celui-ci inclue « l'ensemble des relations juridiques internationales, privées comme publiques, quelques parties qu'elles mettent en présence : Etats, bien sûr, mais aussi Etats et particuliers, et particuliers entre eux » cf. SFDI, *Enseignement du droit international, recherche et pratique*, éd. Pedone, 1997.

réaliser au travers d'une induction de la pratique des acteurs internationaux d'un côté et, de l'autre, une nécessité face aux contradictions de la scène internationale actuelle et une exigence d'un ordre public international avec des caractéristiques constitutionnelles précises : hiérarchie, stabilité, sécurité. Une fois les différents facteurs opérant en faveur d'une constitutionnalisation du droit international définis (A), il conviendra d'analyser les limites et principales difficultés qui pourront se poser à cette œuvre de constitutionnalisation (B).

A/- LES FACTEURS OPERANT EN FAVEUR D'UNE CONSTITUTIONNALISATION DU DIP

Même traduite à travers un texte, la Constitution ne dégage pas une signification unique, intangible et objective : elle donne lieu plutôt à un champ sémantique au sein duquel s'affronteront interprétations et pratiques concurrentes sans qu'un terme ni des limites fixes puissent être assignés à cette confrontation. Aussi, la question de la graduation de la normativité reste un des sujets sans doute les plus polémiques de la doctrine internationaliste. Dans ce sens, postuler que le droit international puisse reposer sur une constitution reviendrait à asseoir ce dernier sur une base objective fondée sur l'organisation des pouvoirs et des compétences sociales essentielles entre les différents acteurs qui interviennent dans le cadre de son élaboration. Cela est d'autant plus envisageable aujourd'hui que le droit international réclame de plus en plus un besoin de reconstruction.

Mais en l'absence de tout texte écrit identifiant des normes constituantes, c'est dans la réalisation sociale et culturelle actuelle qu'il faut chercher s'il est possible d'identifier un ensemble de principes et de procédures sur la production du droit, qui configurent une constitution de l'ordre juridique international et seraient reconnus et acceptés comme tels par les divers acteurs internationaux. Cet effort d'organiser juridiquement la prépondérance de certains intérêts communs face au pouvoir juridique individualiste de certains sujets du droit international permettrait non seulement de gérer la complexité des ensembles normatifs (1) mais supposerait aussi la consolidation du droit international en un ordre juridique objectif (2) à l'image des exemples communautaires (3).

1/- La constitutionnalisation permettra de gérer la complexité des ensembles normatifs

Pour aboutir à une gestion de la complexité actuelle des ensembles juridiques, il faudrait avant tout assurer la lisibilité et la prévisibilité du système international tout en préservant son pluralisme juridique. D'un côté, la complexité du droit international ne facilite pas toujours sa compréhension et son accessibilité par tous. Face au risque de relativisme juridique ainsi posé, beaucoup de juristes se sont posé la question de savoir si la résolution du problème résiderait dans des solutions qui font plutôt confiance à la force des institutions ou des systèmes ou à celle des normes réorganisées en hiérarchie ? Ainsi pour certains auteurs, face à la complexification croissante du système juridique

international, le « droit international institutionnel » en tant que facteur d'intégration doit jouer son rôle d'unificateur. Pour Mariano J. AZNAR, « le processus de la constitutionnalisation de la communauté internationale apparaît comme une affirmation politique, économique et juridique d'un cadre de vie commune universelle, coopérative et normative »²¹⁰⁵. Ce cadre aurait comme prétention d'imposer un minimum de hiérarchie, de stabilité et de prévisibilité en droit international. Hiérarchie qui par conséquent affirmerait, en droit international « public », l'existence de normes impératives qui ordonneraient qualitativement la vie de la communauté internationale.

D'ailleurs de manière transversale, il existe bien une relation entre la nécessité d'une hiérarchie des normes et le phénomène de fragmentation car les conflits normatifs peuvent s'expliquer, pour partie, du fait qu'il y aurait, au sein de la communauté internationale, une absence d'un organisme législatif général. Le problème avait déjà été évoqué après la guerre par Wilfried JENKS, notamment l'absence d'un organe législatif général qui favoriserait la résolution des conflits entre traités normatifs mais le problème demeure encore entier de nos jours. Or, plus une partie de la société se spécialise, plus elle devient autonome (phénomène de la différenciation fonctionnelle en sociologie) et tout cela entraîne une diversification croissante, c'est-à-dire l'émergence de domaines d'actions sociales et de structures spécialisés relativement autonomes. Il est vrai que, dans tout système juridique, les règles juridiques ont des liens avec d'autres règles, contribuant à faire que même de simples règles (primaires) qui énoncent des droits et obligations individuels présupposent l'existence de règles (secondaires) attribuant à des organes législatifs le pouvoir d'adopter, modifier ou abroger de telles règles, et à des organes chargés de l'application des lois la compétence d'interpréter celles-ci et de les appliquer. Pour autant, l'absence d'un organe centralisé empêche, dans beaucoup de cas, une gestion adéquate des relations internationales et la recherche d'une solution par la voie pacifique. Par conséquent, la fragmentation atteint indistinctement les normes primaires et les normes secondaires. De la même façon que le régionalisme accentue également les conflits normatifs principalement du fait que le système normatif créé au niveau régional se situe entre les systèmes globaux et les systèmes nationaux.

Avec un modèle de renforcement de la hiérarchie entre normes internationales tel qu'initié par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, on pourrait aboutir à une espèce de centralisation des agencements institutionnels existant (ONU, UE, OMC) ou des interactions entre les cours et juridictions internationales et les régimes constitutionnels nationaux. Ce qui permettrait de les préserver de la contestation et de la révision, à figer leur division du pouvoir et à mieux contrôler les acteurs politiques et juridiques intervenants dans chacune de ces institutions.

²¹⁰⁵ Mariano J. AZNAR, « Une vision provisoire du droit international actuel », in *Regards d'une génération sur le droit international*, op.cit., p. 72.

En ce qui concerne la préservation du pluralisme juridique international, une remarque s'impose de prime abord : on peut aisément suivre en droit international les différentes mutations apparues au sein de la communauté internationale, guidée par la prise en compte des intérêts communs et parfois par l'imposition des valeurs des plus forts dans un monde en perpétuel déséquilibre. Cela se reflète tout d'abord comme une marche vers un ordre public mondial, ensuite comme une mutation des fonctions du droit international et, enfin comme la résurgence de la tentation d'un ordre impérial. Cependant, le droit international reconnaît le droit de toutes les communautés à la culture et, dans le cas des populations autochtones, le droit de déterminer leurs propres systèmes juridiques et modes de résolution des litiges. Certes, on ne peut rejeter l'idée d'un droit commun au sein du système international car, il y a aujourd'hui une quête de démocratie et de gouvernance non seulement dans les ordres politiques nationaux mais aussi à l'échelle internationale, que ce soit au sein des organisations internationales ou, plus globalement, dans les relations interétatiques.

L'hypothèse pluraliste est donc à la mode et, selon VANDERLINDEN, elle postule l'existence d'une multiplicité d'ordres normatifs susceptibles de revendiquer la qualification de « juridiques » et de s'appliquer simultanément au comportement d'un individu²¹⁰⁶. En ce sens, le pluralisme ne s'inscrit pas, comme on le pense encore souvent, dans une société déterminée. Bien au contraire, il se situe essentiellement au niveau de l'individu en tant que point de convergence d'ordres qu'il considère comme juridiques et qui sont produits par des sociétés dont, à un titre ou un autre, volontairement ou non, il relève. Or, si le pluralisme protège les droits de l'individu sur un plan national, régional, la généralisation des phénomènes sociaux impose aujourd'hui que ce même individu soit protégé au plan universel. Aussi, le fait que les différents ordres juridiques en présence sur l'espace du droit international puissent avoir des visions différentes de la manière dont ils entendent contrôler ou réguler le comportement des individus qui en sont les sujets n'interdit pas en soi une régulation jumelée avec un système de normes internationales. A proprement parler, ce qui serait intéressant à ce niveau, c'est de concevoir un aménagement institutionnel adéquat qui permette de faire fonctionner le modèle universel de manière adéquate avec les autres modèles systémiques, qu'ils soient régionaux ou spéciaux. Le fait de bâtir le droit international sur un modèle constitutionnel pourrait, bien évidemment, permettre de créer des liens hiérarchiques entre les différents systèmes juridiques, prendre en compte la dynamique sociale véhiculée par chacun et ainsi favoriser leur existence, voire leur reconnaissance par rattachement à un ordre juridique commun. Ici encore, la constitutionnalisation du droit international permettrait une mise au point politique, en organisant les pouvoirs mineurs et ceux considérés comme majeurs.

²¹⁰⁶ Jacques VANDERLINDEN, L'Utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités, in *L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ?*, *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 665-675.

De toute évidence, nul ne peut remettre en cause le fait que l'idée d'une organisation résolument pluraliste de production du droit à tous les niveaux de la société internationale (législatif, exécutif et judiciaire) est aujourd'hui engagée ; reste à déterminer les modalités organisant la rencontre de ces multiples systèmes juridiques. Une des pistes à exploiter serait d'opérer une répartition des pouvoirs et des compétences de chaque ordre juridique en fonction d'un consensus portant sur ce que l'on est prêt à conserver en commun et ce que l'on souhaite préserver comme portant la marque de son identité. Dans cette démarche, on irait assurément vers un droit international plus ordonné et certainement plus objectif.

2/- La constitutionnalisation permettrait la consolidation du droit international en un ordre juridique objectif

L'une des principales difficultés du droit international, à l'instar de tous les systèmes juridiques, tient lieu au fait que l'ordre juridique international n'est pas ordonné autour de quelques principes simples, indépendants et cohérents entre eux. Bien au contraire, cet ordre juridique comprend un très grand nombre de normes et de principes généraux qui sont multiples et peuvent s'avérer contradictoires entre eux, à un moment donné. La situation est d'autant plus préoccupante que le principe de souveraineté qui a présidé, jusqu'alors, à la reconnaissance du droit international commence à montrer ses limites, comme l'illustre l'exemple du cataclysme de la Première Guerre mondiale²¹⁰⁷. Ceci nonobstant la présence de la Société des Nations qui avait fait évoluer le monde vers une phase dans laquelle les besoins d'ordre de l'humanité et d'organisation de la société internationale exigeaient la présence d'un droit fort, directif, innovateur, capable de prendre en considération toutes les revendications tout en mettant au premier plan les nécessités « humanistes ». Un droit international capable de considérer la Société internationale comme un tout intégré et coordonné. Mais c'était sans compter avec la volonté de certains Etats à imposer leur vision au reste de la planète.

Avec l'avènement des Nations Unies, les acteurs internationaux ont relevé d'un commun accord la nécessité de garantir les droits de toutes les nations sur le plan international, quitte à opérer une nouvelle organisation politique et juridique du monde. La rédaction de la Charte des Nations Unies jetait ainsi les bases vers un processus de constitutionnalisation du droit international même si, pour reprendre la formule de François OST et Michel VAN de KERCHOVE, prévoir une « Constitution mondiale » reviendrait à ériger « ... un ordre juridique tout entier contenu dans un texte, fruit d'un acte juridique ponctuel et expression d'une volonté souveraine à un instant précis du temps »²¹⁰⁸.

²¹⁰⁷ cf. Robert KOLB, *Droit et Mondialisation*, PUF, 2005, pp.69-86.

²¹⁰⁸ François OST, Michel VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : vers un nouveau mode de production du droit*, *RIEJ*, 2000, p. 44.

Spontanément, il peut être tentant de considérer que le processus de constitutionnalisation procède de la méthode supranationale de l'intégration, dont il traduirait l'avancée au détriment de la méthode intergouvernementale de coopération. Pourtant, cette vision mérite d'être discutée pour au moins deux raisons : d'une part parce que le retour patent de « l'intergouvernementalisme » dans la construction d'un « droit constitutionnel international », jusque dans la période récente, n'a pas pour autant conduit à renier les acquis de la constitutionnalisation en marche. D'autre part, à l'inverse de cette idée, on remarque que le processus, ambivalent, de constitutionnalisation se nourrit en partie de revendications constitutionnelles nationales qui constituent une force centrifuge contrariant, basée sur le critère fondamental de la souveraineté de l'Etat au plan international.

De toute évidence, les questions en débat touchent à la double question de savoir si le processus de constitutionnalisation est redevable d'une méthode plutôt que d'une autre ou s'il est, à l'inverse, susceptible de modifier la donne dans la concurrence entre ces méthodes, soit en favorisant l'une d'elles, soit en suscitant l'émergence d'une nouvelle voie. Cette dernière hypothèse semble pouvoir être soutenue puisque sur le plan institutionnel, la logique intergouvernementale s'incarne dans le Conseil de sécurité des Nations Unies (malgré la présence en son sein du président de la Commission) comme dans le Conseil, tandis que la logique intégrative se concrétise par d'autres institutions qui, par-delà, la disparité de leurs fonctions, sont appelées à figurer la Communauté internationale dans son ensemble. On parle d'ailleurs à juste titre de l'apparition d'un nouveau « paradigme » en droit international. Ici c'est le besoin d'ordonner, d'adapter et de résoudre les litiges posés entre les intérêts des différents acteurs internationaux dans les politiques juridiques internationales, en vue de leur agrégation et non pas de leur somme, qui préside ce mouvement de constitutionnalisation du droit international. Ce dernier pourrait prendre exemple sur le modèle européen.

3/- L'exemple de la Constitution de l'Europe comme modèle d'intégration

Le modèle de construction de l'Europe est l'un des plus aboutis au monde car il a contraint à une réorganisation et une transformation en profondeur des ordres juridiques des Etats de l'Union inscrivant inlassablement le « modèle européen » dans un ordonnancement hiérarchique des pouvoirs²¹⁰⁹. Il s'agit en fait d'une instance qui, pour être suprême et contraignante, n'est cependant ni exclusive, ni vraiment souveraine²¹¹⁰. Son but principal est d'arriver à un processus d'intégration dotée d'institutions qui peuvent légiférer, administrer et juger dans les domaines qui lui ont été attribués et dont les règles se voient reconnaître effet direct et primauté dans les ordres juridiques

²¹⁰⁹ Cf. notamment H. GAUDIN, Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ?, in la Revue trimestrielle de droit européen, n°35, janvier-mars, 1999, p. 1 et s.

²¹¹⁰ François OST, Michel Van de KERCHOVE, *op.cit.*, 65.

internes. Ce qui reste notable dans le système d'intégration européenne, c'est cette convergence politique et économique de l'Europe qui se traduit par des rapprochements de valeurs²¹¹¹.

En effet, on a pu ainsi décrire l'ordre juridique européen comme un nouvel ordre de droit international au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains, et ce de façon « inconditionnelle et irrévocable »²¹¹², dans des « domaines de plus en plus étendus »²¹¹³. De ce droit communautaire, originaire et dérivé, il a été précisé qu'il « faisait partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres »²¹¹⁴. Ses destinataires sont donc non seulement les États mais aussi leurs ressortissants, qui peuvent dès lors en réclamer le bénéfice devant leurs tribunaux nationaux, ainsi investis du rôle de juge communautaire sous l'inspiration de la Cour de justice (grâce notamment au mécanisme de collaboration des questions préjudicielles). Accentuant encore l'autonomisation de l'ordre communautaire par rapport aux constitutions nationales et aux traités d'origine, la Cour considère désormais que, « bien que conclu sous la forme d'un accord international, le traité CEE n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit »²¹¹⁵.

Comme on peut le voir avec l'exemple de la construction européenne, la fertilisation croisée des systèmes juridiques ne supprime pas les barrières entre ceux-ci. Le droit international pourrait donc fortement s'inspirer de ce modèle pour la construction d'un « droit mondialisé », notamment sur le plan juridictionnel. En effet, en matière de droit communautaire, la Cour de justice a reçu la charge d'assurer la primauté du droit communautaire sur le droit national. Ce qui peut se révéler être très utile pour éviter les conflits normatifs et juridictionnels. La primauté n'est certes pas une caractéristique spécifique de l'ordre communautaire, car même dans le cadre du droit international général, le juge international ne saurait reconnaître d'autre principe que celui de la primauté du droit international sur le droit interne sous peine de nier toute valeur au droit international, et au principe «*pacta sunt servanda*», qu'il est chargé de faire respecter.

²¹¹¹ La diversité culturelle européenne est certes toujours importante, mais elle se traduit sur le terrain par des intérêts communs ayant fait passer la Communauté d'un processus d'intégration politique à un processus d'intégration économique.

²¹¹² Voir la CJCE, aff. 106/77, *Simmenthal*, 9 mars 1978, *Rec.*, 1978, point 10. On a pu considérer que « le fait de confier à des institutions de droit international le soin d'exercer certains pouvoirs combiné avec la primauté du droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne trahit, en réalité, une *cession de souveraineté* » (M. UYTENDAELE, *Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 47).

²¹¹³ Voir CJCE, Avis 1/91 rendu à propos de l'Espace économique européen le 14 décembre 1991.

²¹¹⁴ CJCE, aff. 106/77, *Simmenthal*, loc. cit., p. 629, point 17.

²¹¹⁵ CJCE, Avis 1/91, loc. cit., point 21. Sur la possibilité de dissocier État et Constitution, cf. J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997; cf. aussi W. VAN GERVEN, *Toward a coherent constitutional system within the European Union*, in *European Public Law*, vol. 2, n° 1, 1996, p. 81 et s.

Cependant, l'exemple offert par le droit communautaire est intéressant à plus d'un titre car il offre une certaine originalité dans la manière dont s'articulent les relations entre cet ordre et l'ordre national. Contrairement au droit international qui laisse aux Etats le soin de fixer les modalités d'application des règles internationales à la seule condition qu'ils en assurent l'application effective²¹¹⁶, le droit communautaire ne s'applique pas seulement aux rapports entre Etats membres, mais également dans les relations entre ceux-ci et particuliers, voire entre particuliers eux-mêmes²¹¹⁷. De ce fait, l'effet direct vient compléter la primauté et la mission d'appliquer cette primauté est dans certains cas confiée au juge national qui devient le juge de droit commun du droit communautaire²¹¹⁸. Cette solution a l'avantage de limiter la dramatisation des conflits puisque ceux-ci n'opposent pas un juge « étranger » aux autorités nationales car tranchés en dernier ressort par les autorités judiciaires nationales. D'ailleurs, pour éviter que le juge, notamment le juge constitutionnel, ne puisse invoquer l'inapplicabilité d'une norme constitutionnelle contraire au droit communautaire, la primauté joue même en cas « d'invocations d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale »²¹¹⁹.

Toutefois, comme l'indique le professeur JACQUE²¹²⁰, il existe des limites liées au fondement constitutionnel de cette primauté qui, de ce fait, ne saurait jouer en cas de conflit entre le droit communautaire et la Constitution²¹²¹. Plusieurs exemples viennent illustrer ce fait. En Pologne, la Cour constitutionnelle reconnaît bien l'existence d'une obligation d'interpréter le droit national d'une manière favorable au droit communautaire, mais cette obligation trouve ses limites lorsque le conflit concerne une disposition expresse de la Constitution²¹²². Dans ce cas, la Constitution fait

²¹¹⁶ En cas de violation, il appartient à l'Etat de réparer, la sanction pouvant éventuellement intervenir par le jeu de la réciprocité.

²¹¹⁷ Cette particularité se rencontre également dans les accords relatifs aux droits de l'homme, ce qui explique certaines de leurs spécificités, notamment l'existence d'un système de contrôle propre qui exclut en principe le jeu de la réciprocité. Elle n'a pas été reconnue par la Cour de justice aux règles de l'OMC.

²¹¹⁸ En effet, les États membres ont, selon la Cour et en vertu du principe de coopération loyale consacré à l'article 10 (ex-5) du traité CE, l'obligation d'abroger la norme nationale incompatible avec le droit communautaire et, dans l'attente, de la laisser inappliquée (arrêt du 24 mars 1988, *Commission c/. Italie*, affaire 104/86, rec. 1799). Cette obligation s'impose à toutes les autorités nationales, y compris les autorités locales ou régionales (arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c/. Commune de Milano*, affaire 103/88, rec. 1839), et tout particulièrement au juge national. Comme le note la Cour dans l'arrêt *Simmenthal* : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »

²¹¹⁹ Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, affaire 11/70, rec. 1125 ; voir également l'ordonnance du 22 juin 1965, affaire 9/65, *Acciaiere San Michele*, rec. 1967, p. 35

²¹²⁰ Jean Paul JACQUE, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies : L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n°69, spéc. p. 14.

²¹²¹ La primauté du droit communautaire n'implique pas une primauté sur la Constitution.

²¹²² « Le principe de l'interprétation du droit national « favorable au droit européen » que le Tribunal constitutionnel a jusque-là formulé dans sa jurisprudence a ses limites. En aucun cas, il ne peut entraîner des résultats contraires à la teneur explicite des règles constitutionnelles et contraires au minimum des fonctions de garantie réalisées par la constitution.

obstacle à l'application du droit communautaire et il appartient alors au constituant de réviser la Constitution, voire au pouvoir politique d'engager une procédure de retrait de l'Union. La même position a été adoptée en Italie et en Allemagne. En effet, dans ces deux Etats, bien que l'on soit en présence de systèmes dualistes, la primauté est fondée sur la Constitution²¹²³ et elle est également limitée par cette dernière²¹²⁴. Sur ces bases, pour la Cour constitutionnelle italienne, la question de la compatibilité du droit interne avec le droit communautaire, n'est pas une question de constitutionnalité et il appartient au juge ordinaire d'appliquer le droit communautaire et, en cas de doute sur son interprétation de saisir la Cour de justice des Communautés européennes²¹²⁵. Cependant les juridictions allemande et italienne ont développé une théorie dite des « contre limites »²¹²⁶ afin de préserver la suprématie de certaines règles constitutionnelles qui tiennent au respect des droits fondamentaux et à la structure constitutionnelle de l'Etat²¹²⁷. Bien entendu, la primauté ne joue que dans le cadre des compétences transférées à la Communauté.

Sur le plan politique, le Traité de Maastricht de 1993 a favorisé de nouveaux changements au niveau communautaire : d'abord l'intégration des Etats membres dans un système juridique et politique unique ; ensuite la prévalence du droit communautaire sur le droit interne des Etats membres qui a désormais des effets directs sur ces derniers ; enfin il y a eu partage de compétences et d'attributions au niveau international entre l'Union et les Etats membres. Ainsi, le droit communautaire a

Notamment les règles de la constitution en matière de droits et libertés des individus déterminent un seuil minimum et infranchissable qui ne peut être diminué ni mis en question suite à l'introduction de réglementations communautaires ». C'est pour cette raison que la Cour constitutionnelle polonaise a jugé contraire à la constitution la loi transposant le mandat d'arrêt européen en ce qu'elle acceptait la remise des nationaux polonais contrairement à la constitution qui interdit l'extradition des nationaux, contraignant ainsi la Pologne à réviser sa constitution., arrêt du 27 avril 2005 (cité par Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz-Cours, 2010, pp. 357-358).

²¹²³ Sur la base d'une interprétation généreuse de la Constitution puisque cette habilitation constitutionnelle ne devrait pas permettre la primauté sur la loi postérieure dans un système dualiste. Pour une critique, voir R. GUASTINI, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9. Sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne à ce propos, voir Francesco SALERNO, *Il neo-dualismo delle corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, Rivista di diritto internazionale, 2006, p.340.

²¹²⁴ Il n'est pas indispensable de revenir sur la jurisprudence développée par les deux juridictions constitutionnelles. Pour un examen approfondi voir Louis et Ronse, précité, p. 371 et s.

²¹²⁵ Voir l'arrêt *Granital* du 8 juin 1984. La Cour constitutionnelle italienne a dû à cette occasion pousser jusqu'à l'extrême limite son interprétation de la constitution.

²¹²⁶ C'est toute la jurisprudence *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande qui montre bien tout le processus d'évolution du contrôle de la législation communautaire par les tribunaux nationaux des Etats membres. Pour plus de détails, lire Jean-Paul JACQUE, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH... », *op.cit.*, p. 17 et s.

²¹²⁷ Le professeur JACQUE explique que « l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen (arrêt du 18 juillet 2005, 2 BvR 2236/04) dans lequel celle-ci déclare la loi allemande de mise en œuvre du mandat d'arrêt peut soulever certaines questions. Certes, la Cour prend soin de souligner le caractère particulier de la décision-cadre qui relève du troisième pilier et reproche au législateur de n'avoir pas usé des exceptions prévues par la décision-cadre ce qui implique que cette dernière n'est pas en elle-même contraire à la Loi fondamentale en ce qui concerne l'extradition des nationaux. La loi fondamentale n'interdisait pas l'extradition des nationaux, mais la subordonnait au respect de la règle de droit. La décision polonaise sur le même sujet est également intéressante puisque, même en utilisant les exceptions prévues par la décision-cadre, la loi polonaise enfreignait l'absolue prohibition constitutionnelle d'extradition des nationaux (arrêt du 27 avril 2005). La décision polonaise comporte d'ailleurs une interprétation légèrement distordue du droit communautaire ». Voir J. KROMAREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, Jean Monnet Working Paper 10/05, NYU School of Law.

commencé par affirmer l'autorité propre de son ordre normatif sur les Etats membres avant de s'attacher à définir ses rapports avec l'ordre normatif international. Dans ce dernier cas, l'objectif n'est pas de rentrer dans une concurrence, mais de respecter les obligations créées antérieurement à son existence tout en faisant prévaloir le souci constant de sauvegarder pour l'avenir la cohérence de son ordre normatif²¹²⁸. Le droit communautaire s'attèle donc au mieux à éviter toute contrariété en faisant prévaloir le droit communautaire sur toute autre obligation contractée antérieurement par un Etat membre.

Cette vision ne peut être mise en parallèle avec ce qui se passe en droit international où l'aspect général de l'ordre juridique international montre que celui-ci se trouve soumis à un double tiraillement allant vers deux extrêmes : soit il subit un « *containment* » par les ordres normatifs plus circonscrits mais plus efficaces, comme c'est le cas des « droits communautaires »²¹²⁹, soit il voit en son sein la multiplication de ce que Sadok BELAID qualifiait de « *mirages normatifs* » parlant des régimes de *soft law*, de *consensualisme* ou encore du *jus cogens*²¹³⁰. Ici, le droit international s'engage dans une surproduction normative entre divers organes qui se livrent une concurrence qui n'est pas de nature à apporter plus d'harmonie, ni d'efficacité normatives à l'ordre juridique international.

Enfin, en matière législative, la codification du droit communautaire constitue un exemple de développement et d'effort de simplification du droit relativement réussi en l'absence d'un pouvoir politique fort. En effet, cette codification ambitieuse n'avait qu'un seul but à savoir la simplification du droit communautaire en raison de son caractère hybride de par ses origines, mais aussi du fait des élargissements successifs qui n'ont pas amélioré les choses²¹³¹. C'est ainsi qu'après divers échecs d'une tentative de regroupement des dispositions relatives aux importations des pays à commerce d'Etat, la Commission européenne proposa le 20 septembre 1973 une procédure de codification fondée sur l'article 235 du traité CEE. Mais cette proposition, qui comportait deux inconvénients majeurs²¹³², fut complétée par une autre proposition du Conseil, lequel encourageait plutôt deux

²¹²⁸ Cf. Sadok BELAID, « Sources normatives concurrentes et droit international : le bouleversement d'un système de droit déjà en crise », in *Rencontre de la faculté de droit de Tunis*, Acteur non-étatique et droit international, Pedone, 2006, p. 27 et s.

²¹²⁹ Dans l'exemple du droit communautaire, celui-ci en se constitutionnalisant diminue sur lui l'emprise du droit international général.

²¹³⁰ Cf. Sadok BELAID, *op.cit.*, p. 28 s.

²¹³¹ Jean-Pierre COT parle ainsi d'une « dérive dans la pratique des instruments normatifs prévus par les textes et notamment la substitution de la directive au règlement, l'abus des mesures d'ordre intérieur de caractères réglementaire, la multiplication des actes innommés », toutes choses qui ont contribué à épaissir le domaine législatif européen au cours des ans et à favoriser un « désordre normatif » ; cf. Jean-Pierre COT, « La codification et la simplification du droit communautaire », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Paris, Editions A. Pedone, 1998, pp. 135-146.

²¹³² D'une part, la codification des considérants des textes en cause n'était pas assurée et, d'autre part, cette méthode de codification n'entraînait pas abrogation des textes codifiés auparavant et aggravait l'insécurité juridique plutôt que d'y remédier.

pratiques distinctes : la codification informative ou de *consolidation*²¹³³, publiée pour information sous la responsabilité de la Commission au Journal officiel et la codification constitutive ou de *réforme* qui implique l'abrogation des actes antérieurs lors de l'adoption de l'acte modifié. Au regard de la longueur qu'implique la procédure de la *réforme*, le processus de codification et de simplification du droit communautaire fut relancée du fait de la conclusion du Traité de Maastricht sur la base de la « hiérarchie des normes » comme le précise la déclaration n°16 :

« *La Conférence convient que la Conférence intergouvernementale qui sera convoquée en 1996 examinera dans quelle mesure il serait possible de revoir la classification des actes communautaires en vue d'établir une hiérarchie appropriée entre les différentes catégories de normes* »²¹³⁴.

La volonté d'un effort de simplification, de refonte, de codification et de consolidation du droit de l'Union européenne à travers une classification des actes communautaires avait d'ailleurs fait l'objet d'une déclaration sur le Traité sur l'UE. L'objectif principal d'une telle hiérarchie entre les actes communautaires est de conditionner le processus décisionnel communautaire en assurant que les actes de rang constitutionnel soient soumis à des procédures plus contraignantes que les actes législatifs, eux-mêmes soumis à des procédures moins souples que les actes d'application. Dans les matières auxquelles s'étendent ses compétences, le Parlement européen est en mesure de « légiférer » en vertu des dispositions attributives de la compétence d'édicter des règlements, et, dans une certaine mesure, des directives. On se rapproche à cet égard des méthodes propres aux ordres juridiques nationaux, où la réglementation est normalement opérée par la voie de l'acte unilatéral de type normatif : loi, ordonnance législative, etc. Il s'agit là d'un instrument « législatif » très remarquable appelé à assurer une coexistence harmonieuse entre les compétences de la communauté et celles des Etats et qui n'a d'équivalent dans aucune autre forme d'organisation internationale. Les Nations Unies gagneraient sûrement à s'en inspirer, même si, au niveau mondial, des difficultés pratiques seraient à prévoir.

B/- LES PRINCIPALES DIFFICULTES DE CONSTITUTIONNALISATION DU DIP

Pour Georges ABI-SAAB, « *le droit international est condamné à devenir de plus en plus le droit interne de l'humanité* »²¹³⁵. On entend par là le début d'une coopération internationale

²¹³³ Voir le Rapport de la Commission, « *Mieux légiférer* » qui fixe le vocabulaire d'usage (CSE (95) 580, Annexe 1, p. 17.)

²¹³⁴ Cité par Philippe CAHIER, *op.cit.*, p. 137.

²¹³⁵ G. ABI-SAAB, "Les sources de droit international : un essai de déconstruction", Boutros Boutros-Ghali (ed.), *Le droit international dans un monde en mutation : Liber Amoricum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Motevideo, Fundacion de cultura universitaria, 1994, pp.29-49.

institutionnalisée rationnelle et moderne, calquée sur le modèle parlementaire et administratif propre aux États. L'auteur américain G. WALTERS note d'ailleurs à ce propos que :

« *[The League of Nations] was the first effective move towards the organization of a world-wide political and social order, in which the common interests of humanity could be seen and served across the barriers of national tradition, racial difference, or geographical separation. [...] It was always, in success and failure alike, the embodiment in constitutional form of mankind's aspirations towards peace and towards a rationally organized world.* »²¹³⁶

Mais si certains régimes nationaux imputent le succès du fonctionnement de leur société à leurs constitutions, le problème ne saurait être posé en des termes similaires sur le plan international car la Société internationale est complètement différente des sociétés nationales. Plus grande, plus fragmentée et manquant de « *demos* », cette société présente de nombreux désavantages quant à un projet de sa constitutionnalisation. Ceux-ci sont directement liés à l'inexistence d'un pouvoir unique fort et souverain sur le plan international, même si l'ONU semble être appelé à jouer ce rôle (2). D'autres critères sont inhérents aux particularismes que constitue cette discipline juridique (1).

1/- Les critères qui rendent difficile une constitutionnalisation du droit international

Le droit international est une discipline juridique particulière dont l'originalité a fait dire à certains qu'il n'était pas du droit : en témoignent les thèses négationnistes selon lesquelles la société internationale serait régie par la loi du plus fort²¹³⁷ ou que le droit international se réduit à des règles de morale / de courtoisie qui ne seraient pas dotées d'un caractère contraignant²¹³⁸. Plusieurs raisons peuvent expliquer une telle vision :

D'abord, l'absence de règles constitutionnelles en l'absence de tout texte universel à vocation constitutionnelle en droit international. Il faut cependant noter que la Charte des Nations Unies est considérée comme une ébauche de constitution internationale car elle s'en rapproche à travers l'article 103 de la Charte, qui garantit la supériorité de la Charte sur tout acte contraire pouvant être contracté par les Etats membres. Mais sa nature de traité fait que les Etats demeurent libres de créer une autre organisation à titre égal sur la base d'un autre traité ou de décider de sa disparition pure et simple même si la Charte reste, au plan du droit international, le seul instrument juridique qui aspire à une idée de communauté. C'est donc le problème de l'intersubjectivité du droit international qui est posé ici et dont dépend son efficacité et son effectivité.

²¹³⁶ Voir F. P. WALTERS, *A History of the League of Nations*, Londres-New York-Toronto, 1952, p. 1 à 3.

²¹³⁷ John AUSTIN (1879).

²¹³⁸ Raymond ARON, *Paix et guerre entre les nations*, (1984).

Ensuite, on peut également évoquer l'absence de législateur « international ». Ainsi, au même titre que l'on considère traditionnellement que la codification du droit interne est différente de celle opérée en droit international²¹³⁹, la constitutionnalisation du droit international est également caractérisée par un effort limité et partiel. En effet, s'il existe en droit interne un « pouvoir législatif puissant et organiquement unifié »²¹⁴⁰, tel n'est pas le cas dans la société interétatique. A ce jour, aucune instance internationale n'est susceptible d'édicter des règles qui s'imposeraient aux Etats. Les Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies n'ont pas de caractère obligatoire et les Etats restent auteurs et destinataires de la norme. En droit des gens, c'est donc la communauté internationale dans son ensemble qui constitue le véritable pouvoir législatif ; c'est en effet elle qui est amenée à produire des textes par des consensus obtenus lors de conférences de codification. Même si certains textes sont élaborés en divers lieux par divers organes spéciaux, c'est au final cette communauté qui attribue des significations juridiques aux conduites de ses membres, les qualifiant tantôt de licites, tantôt d'illicites.

De plus, faire participer un ensemble de « constitutionnalistes internationaux » à un débat sur le constitutionnalisme au niveau mondial semble être un exercice académique qui relève de l'impossible, car chaque participant proviendrait d'un Etat développant une philosophie spécifique au sein de sa constitution nationale. Les divisions ethniques et religieuses, les idéologies politiques et culturelles resurgiraient automatiquement lors d'un tel débat, même si chacun se forcerait, *a priori*, de reconnaître le bien-fondé et la valeur d'une « constitution mondiale ». La concurrence qui règne dans tous les domaines de la vie et qui suscite de repenser la gouvernance mondiale aboutirait forcément à des partis pris dans le texte constitutionnel mis en débat. A moins de concevoir une « constitution mondiale » dépourvue de toute référence aux valeurs, aux idéologies et aux préférences culturelles. Là encore, il faudrait que chacun se représente l'intérêt autrement qu'à travers le prisme de l'intérêt particulier de son Etat.

Par ailleurs, l'absence d'un exécutif en droit international pose également problème quant à un projet de constitutionnalisation. L'exécution des décisions et des résolutions prises au niveau international est très largement laissée à l'appréciation des Etats par le biais des contre-mesures²¹⁴¹. Le Conseil de Sécurité peut s'assimiler à un conseil exécutif par sa forme et par ses pouvoirs, il peut imposer ses pouvoirs de sanction aux Etats membres mais ce pouvoir coercitif reste incomplet :

²¹³⁹ Voir Charles de VISSCHER, « La codification du droit international », *RCADI*, 1925-I, vol.6, pp.329-453. spéc. p.377; Lire aussi Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1970, tome 1, p.345.

²¹⁴⁰ Julien CAZALA, « Jeremy Bentham et le droit international », *RDGIP*, n° 109, 2005, p. 383.

²¹⁴¹ Pour plus de détails, voir Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II, Première Partie, Document de la quarante-troisième session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.I (Part 1), Nations Unies, 1991. Voir aussi Mohamed HASSANI, *Les contre-mesures en droit international public*, Mémoire de Maîtrise de Droit Public, 2006, Université Cheikh Anta DIOP, Sénégal.

cette procédure exécutoire est seulement valable pour des violations des règles qui sont considérées comme des menaces contre la paix ou la sécurité internationales. En cas de violations d'autres règles internationales, il n'y a pas de sanctions institutionnalisées.

Enfin, on ne saurait passer sous silence l'absence au plan international d'une juridiction internationale « dominante » et obligatoire. Ici encore, c'est le principe du consentement de l'Etat qui s'impose pour déterminer la compétence d'une juridiction. L'Etat est libre d'accepter ou pas la compétence d'une juridiction et la compétence de la CIJ reste limitée du moment que les Etats conservent les règles du jeu. La méthode la plus commune pour trouver une solution est la négociation directe. Le recours au juge demeure la solution ultime pour autant que les parties y aient consenti. Tous ces manquements, comme on peut le constater, auraient pu trouver des solutions dans l'engagement des Nations Unies mais cette organisation mondiale manque de pouvoir souverain capable d'imposer une telle organisation.

2/- La nature juridique de l'ONU et l'absence d'un pouvoir souverain en droit international

Une constitution sous-tend un pouvoir souverain c'est-à-dire « le peuple » en droit interne. C'est pourquoi, généralement, la notion de constitution s'applique à la notion d'Etat puisqu'en droit interne, au sens matériel, par exemple, la constitution est considérée comme la « forme de gouvernement de l'Etat ». Et même si la CIJ, dans son avis du 11 avril 1949 relatif à la « *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* », a affirmé le caractère de personnalité juridique internationale de l'ONU, cela « *n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un Etat ...* » encore moins « *... que l'Organisation soit un super-Etat* ». Cet avis ne fait que préciser et trancher la question de la personnalité juridique de l'ONU, dans le sens d'une personnalité juridique objective, opposable à tous les Etats, qu'ils soient ou non membres de l'Organisation²¹⁴². Cela n'équivaut pas à dire que ses droits et devoirs seraient les mêmes que ceux d'un Etat tout comme l'organisation ne saurait se transformer en « super-Etat », selon l'expression de la CIJ dans son avis, ni en l'« Etat des Nations Unies » selon une expression célèbre de Joe VERHOEVEN. En d'autres termes et comme l'écrit Edwige DELLIARD, « *l'ONU ne peut en effet être regardée comme un « super-Etat », dès lors en particulier qu'elle reconnaît expressément dans l'article 2 § 1 de la Charte « l'égalité souveraine » des Etats membres et que l'interprétation de son article 2 § 7 doit donc tenir compte de cette situation juridique* »²¹⁴³.

²¹⁴² L.-A. ALEDO, *Le droit international public*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 2005, p. 46.

²¹⁴³ E. BELLARD, *La répartition des compétences entre l'ONU et les Etats*, in *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, op. cit., p. 38.

En étant une organisation interétatique, la Charte constitutive des Nations Unies échappe, selon Régis CHEMAIN, à la qualification de constitution « *car il lui manque l'essentiel : elle n'est pas constituée par un pouvoir constituant représentatif d'une nation* »²¹⁴⁴. Au cours de la conférence sur : « *La Charte des Nations, constitution mondiale ?* », le professeur Alain PELLET a affirmé que « *finalement la Charte des Nations Unies ne peut pas être une Constitution parce que ce n'est pas l'acte d'un souverain* »²¹⁴⁵. Ce à quoi Guy CARCASSONE a rétorqué, à juste titre, que « *ce qu'on appelle aujourd'hui la constitution des Etats-Unis pouvait très bien s'analyser comme un traité qui a pourtant bien réussi. C'était des Etats indépendants les uns des autres, qui n'étaient liés que par un pacte confédéral, qui avaient confié une mission à une convention qui l'a outrageusement outrepassée et lorsque, en fin de compte, elle a accouché d'un texte qui commence par « Nous peuples des Etats-Unis..., la raison essentielle pour laquelle cette belle formule avait été inventée tenait à l'absence de Rhodes Island* »²¹⁴⁶.

Finalement, ce qui serait intéressant est de voir le « pouvoir normatif » de l'ONU évoluer dans ses compétences et dans son pouvoir d'imposition. En d'autres termes, elle devrait clairement exercer une activité normative et être en mesure d'imposer aux Etats les normes qu'elle adopte. Ce pouvoir d'imposition ne pourrait être efficace que dans la mesure où la compétence normative de l'organisation procéderait de ses Etats membres, car établir des règles est une chose ; les imposer en est une autre²¹⁴⁷. Rien n'empêche théoriquement qu'en ce domaine, il soit fait recours à des volontés pour renforcer les pouvoirs de la Charte et de l'organisation, vu que son acte constitutif n'ait pas prévu des pouvoirs normatifs aussi étendus. Il reste, en effet, que l'ONU demeure un lieu où coexistent les souverainetés étatiques et c'est important de préciser qu'aujourd'hui quasiment tous les Etats de la planète en sont membres - en dehors de très rares entités dont la qualité étatique est par ailleurs souvent discutée²¹⁴⁸ - et donc on peut affirmer que l'ONU regroupe *tous* les Etats du monde²¹⁴⁹. Par ailleurs, la manière dont sont répartis les compétences au sein de l'ONU, si l'on fait abstraction du « droit de veto » des cinq membres permanents, montre qu'il existe une véritable « séparation des pouvoirs » au sein de cette institution : ce qui laisse penser que le monde pourrait s'acheminer tout doucement vers la mise en place d'un ordre constitutionnel placé au cœur même de l'action des Nations Unies.

²¹⁴⁴ R. CHEMAIN, *Le contrôle des actes de l'organisation*, op. cit., p. 46.

²¹⁴⁵ *Ibid*, p. 174.

²¹⁴⁶ *Ibid*, p. 179.

²¹⁴⁷ Dans le cadre de l'article 13 de la Charte, on voit très bien que les Etats ont donné à l'organisation un « pouvoir inoffensif », selon l'expression de J. VERHOEVEN : en faisant simplement des études et de formuler des recommandations, les Etats ne se sentent pas obligés de ce que l'on pourrait considérer comme des normes particulières de conduite issues de ces études et recommandations.

²¹⁴⁸ Taiwan, le Vatican, la Principauté de Hutt River, la Principauté de Seborga...

²¹⁴⁹ En 2011 : 193 Etats dont le dernier est la République du Sud Soudan.

§ 2 : Les moyens et les méthodes de constitutionnalisation du droit international

Avant toute chose, il faut préciser que le sens de « constitution de la communauté internationale », tel que le développe l'étude, ne saurait être transposé automatiquement et analogiquement à celui des constitutions étatiques. Une telle transposition supposerait le contrôle d'un pouvoir politique reconnu par un « Peuple », concept inexistant en droit international. Cela se traduit d'ailleurs par l'inexistence d'un instrument juridique unique, précis et écrit, en droit international. En outre, il y a des facteurs et des caractéristiques autour de cette constitutionnalisation telle la « dés-universalisation » de la société internationale ; la crise d'universalité des normes primaires et secondaires et, conséquence des deux, la dérégulation du droit international. Ces trois processus ont une incidence sur la dialectique de l'unité et la fragmentation du droit international actuel. Le processus de la constitutionnalisation de la communauté internationale apparaît donc comme une réponse pour la stabilité et la prévisibilité en droit international.

Reste alors aux Etats à éprouver le besoin de mettre en place, pour s'en acquitter, une structure collective dotée d'un pouvoir législatif (qui ne soit pas *a fortiori* la CDI) afin que le droit international puisse bénéficier d'une telle structuration. Il s'agit de modifier en profondeur les modes de production du droit dans la société internationale en dotant celle-ci d'un appareil institutionnel, commun aux Etats, auquel pourra être confié la tâche de faire le droit international général dans les conditions qu'on espère à la fois efficaces et démocratiques²¹⁵⁰. Si la codification peut effectivement permettre un dialogue entre les différents ordres juridiques (B), seul le renforcement et la reconnaissance de la Charte en tant que « grundnorm » serait de nature à donner au droit international son caractère constitutionnel (A).

A/- LA CHARTE DES NATIONS UNIES EN TANT QUE « NORME FONDAMENTALE » DE LA COMMUNAUTE UNIVERSELLE DES ETATS

En tant que lieu, naturellement exclusif de tout autre, où se structure fondamentalement la « communauté des Etats », l'Organisation des Nations Unies n'est comparable à aucune autre organisation internationale, disait Joe VERHOEVEN²¹⁵¹. De manière générale, beaucoup d'auteurs s'accordent à dire que la Charte des Nations Unies confèrent à l'ONU un caractère universaliste qui le démarque des autres traités internationaux. La Charte des Nations Unies est non seulement le

²¹⁵⁰ S'il est indéniable que les études et les rapports de la CDI jouissent, le cas échéant, d'une grande autorité naturelle, il n'en demeure pas moins que cet organe subsidiaire de l'AGNU ne dispose pas de réels pouvoirs normatifs en droit international. Pas plus d'ailleurs que l'AGNU elle-même et, partant, de l'ONU. En vérité, aucune organisation ne jouit en règle générale d'un tel pouvoir. Or, l'un des objectifs majeurs poursuivis par la présente étude est d'amener les Etats vers la mise en place d'un organe institutionnel renfermant de véritables pouvoirs dans l'édiction et le contrôle de l'application des normes internationales générales.

²¹⁵¹ Joe VERHOEVEN, « Les activités normatives et quasi normatives », in René-Jean DUPUY, Manuel sur les organisations internationales, 2^e éd., *Les livres de droit de l'Académie de droit international de la Haye*, 1998, p. 414 s.

document constitutif des Nations Unies, mais également un traité international qui codifie les principes fondamentaux des relations internationales. A cet effet, on peut d'ailleurs noter que depuis 1945, aucun Etat n'a quitté l'organisation²¹⁵². Cette universalité étatique permet d'affirmer que l'ONU pourrait être considérée comme une « *confédération d'Etats* ». Cette donnée, que tous les Etats soient membres de l'ONU, en fait une instance universelle, qui rend difficile, y compris par les Etats qui n'en sont pas membres, de remettre en cause ses décisions. Pour Georges SCELLE, « la Charte va dans le sens autoritaire d'un gouvernement de fait international »²¹⁵³. Ce qui laisse penser à certains égards qu'elle serait un acte unilatéral s'imposant aux tiers sans leur consentement, obligatoire pour tous et sans l'assentiment de tous.

Pourtant, la nécessité se fait sentir aujourd'hui de conférer à ce « texte » une valeur bien plus fondamentale que celle qui lui ait reconnue à ce jour. La constitutionnalisation du droit international passe avant tout par le renforcement de la Charte en tant que « Grundnorm », c'est-à-dire la reconnaissance de son caractère « constitutionnel » aux plans matériel et formel (1). Mais cela ne suffit pas car certains passages de la Charte devraient être révisés et son autorité renforcée (2).

1/- La reconnaissance de la Charte en tant que « *Grundnorm* » de la Société internationale

Au sens strict, la Charte n'est pas la constitution du « Monde » ; néanmoins, elle a permis, du moins jusqu'à ce jour, d'affirmer et maintenir l'égalité souveraine de tous Etats comme un principe constitutionnel de la communauté internationale. Aujourd'hui, le débat concernant l'évaluation des progrès et des limites de la Charte en tant qu'instrument conventionnel déterminant et aux réformes qu'il serait aujourd'hui nécessaire d'entreprendre est donc lancé. Il faut dire que le « rêve d'un ordre juridique mondial »²¹⁵⁴ existe depuis la fin du Moyen Age lorsque des penseurs commencèrent à préconiser des plans de paix pour faire régner la concorde entre les princes²¹⁵⁵. Plus tard, le philosophe de Königsber tenta de montrer que la paix est une conséquence du droit et qu'elle découle donc presque nécessairement de son application. En 1795, dans le *Projet de paix perpétuelle*²¹⁵⁶, Emmanuel KANT définit la coexistence pacifique des libertés comme étant un rapport légal, entre deux individus ou deux États, qui ne se règle plus par la violence, mais par la

²¹⁵² L'Indonésie s'est retirée temporairement en 1965-1966.

²¹⁵³ G. SCELLE, *Droit international public*, Cours de Paris, 1950-1951, p. 625, cité par H. ASCENSIO, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, thèse Paris X-Nanterre, 4 décembre 1997, p. 239.

²¹⁵⁴ Voir : P. GERBET, V.-Y. GHEBALI, M.-R. MOUTON, *Le rêve d'un ordre mondial : de la SDN à l'ONU*, Imprimerie nationale, Paris, 1996.

²¹⁵⁵ Voir les exemples des projets développés par Emeric CRUCE, par William PENN, par l'Abbé Saint-Pierre, par Jean Jacques ROUSSEAU qui montrent, comme l'écrivait DOSTOÏEVSKI que « *L'humanité dans son ensemble a toujours lutté pour organiser un Etat universel. Il y a eu bien des grandes nations avec des grandes histoires ; mais plus elles étaient développées, plus elles étaient malheureuses. Elles sentaient alors plus que d'autres le besoin passionné d'une union universelle* ».

²¹⁵⁶ E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Collection Mille et Une Nuits, n°327, traduction de Karin RIZET, Paris, 2001.

libre soumission à une loi commune. Cette loi commune, elle verra le jour à San Francisco le 26 juin 1945, date de la signature de la Charte des Nations Unies par 51 Etats²¹⁵⁷, acte fondateur de l'Organisation des Nations Unies et qui entrera en vigueur le 24 octobre de la même année avec quatre buts²¹⁵⁸ : maintenir la paix et la sécurité internationales ; développer entre les nations des relations amicales ; réaliser la coopération internationale ; être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers des finalités communes.

Doit-on, pour autant, donner à la Charte des Nations Unies un caractère constitutionnel et la qualifier de « constitution mondiale ? La question avait déjà été évoquée par la doctrine de langue allemande qui voit dans la Charte la « Constitution de la communauté internationale ». De même, l'auteur autrichien Alfred VERDROSS fut parmi les premiers à répandre l'idée selon laquelle la Charte des Nations Unies « avait gagné le rang de constitution de la communauté universelle des Etats »²¹⁵⁹ et n'hésita pas à qualifier cette dernière de *jus cogens*. L'idée trouve également des partisans outre Rhin puisque faisant l'objet de nombreux développements et de grands débats scientifiques. En France, Pierre-Marie DUPUY développe à ce propos une théorie de la double nature de la Charte, à la fois « loi juridique et loi morale »²¹⁶⁰. De leur côté, Régis CHEMAIN et Alain PELLET ont développé un ouvrage dans lequel ils évoquent la question de savoir si la Charte des Nations Unies a acquis au fil de ses soixante années d'existence le caractère d'une « constitution internationale »²¹⁶¹. Cette interrogation porte notamment sur le constitutionalisme à l'œuvre dans l'ordre juridique international que traduisent les notions de « communauté internationale » ou de normes impératives du droit international²¹⁶². Leurs travaux contribuent ainsi aux réflexions relatives aux apports de la Charte des Nations Unies en tant qu'acte fondateur de l'ONU mais aussi régulateur du système des Nations Unies et de la communauté internationale dans son ensemble.

Mais pour qu'émerge une règle coutumière fondant l'effet obligatoire de la Charte à l'égard de tous, il doit se développer une pratique en ce sens. Deux catégories de sujets du droit international doivent nécessairement participer à cette pratique pour qu'elle puisse être qualifiée de « générale » comme

²¹⁵⁷ La Pologne, qui n'avait pas été représentée à la Conférence, la signa plus tard, mais elle fait néanmoins partie des 51 Etats Membres originels.

²¹⁵⁸ Chapitre premier de la Charte, article premier.

²¹⁵⁹ A. Verdross, *Universelles Völkerrecht*, *op. cit.*

²¹⁶⁰ Voir les analyses développées par Pierre-Marie DUPUY dans son *Cours général à l'Académie de droit international de La Haye (L'Unité de l'ordre juridique international) : La Charte des Nations Unies, une constitution ?*, RCADI, tome 297, Paris, 2002, pp. 89-90.

²¹⁶¹ L'ouvrage reprend les conclusions de la Conférence-débat organisée à Sciences Po le 22 janvier 2004 et intitulée « Pourquoi une Constitution mondiale ? », mais principalement celles du colloque du 24 juin 2005 sur « La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ? » organisé par le CEDIN Paris X, à l'Ecole Nationale d'Administration.

²¹⁶² Voir le bilan dressé de l'application et des apports de la Charte de San Francisco, tout particulièrement au regard de l'évolution du droit international et de la structure de l'ordre juridique international, par Régis CHEMAIN et d'Alain PELLET dans leur ouvrage : « La Charte des Nations Unies : Constitution mondiale ? », CEDIN Paris X, Cahiers internationaux, n°20, Editions A. Pedone, 2006, 237p.

l'exige l'article 38 du Statut de la CIJ lorsqu'il définit la coutume²¹⁶³ : les Etats membres et les organes de l'ONU, d'une part, dont les agissements doivent attester qu'ils considèrent la Charte comme obligatoire pour les tiers ; les tiers d'autre part, de l'attitude desquels on doit pouvoir déduire qu'ils s'estiment liés à la Charte. Cette acceptation passe par l'affirmation du caractère constitutionnel de la Charte sur le plan formel (a) et sur le plan matériel (b).

a) Le caractère « constitutionnel » de la Charte sur le plan formel

Au sens formel, l'accent de l'existence d'une constitution est mis sur la nature particulière des normes qui la composent et qui assurent leur supériorité hiérarchique sur les autres règles nationales²¹⁶⁴. Ainsi, la constitution apparaît comme la « norme suprême » au sein d'un système juridique. Rapporté au système juridique international, cette définition, bien qu'elle admette un certain nombre de limites comme analysé plus haut, n'est cependant pas dépourvue de sens, ni d'applicabilité. En effet, pour Alfred VERDROSS et Bruno SIMMA, l'une des caractéristiques fondamentales de la Charte des Nations Unies tient au fait qu'elle fixe les règles premières de la communauté internationale et qu'à ce titre elle prévaudrait sur les normes ordinaires²¹⁶⁵. Cette supériorité normative de la Charte est d'ailleurs clairement établie par son article 103 qui déclare que : « *En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront* ».

Mais ce qui reste à démontrer, sur le plan formel, c'est l'existence d'une communauté internationale en tant que fondement du caractère « constitutionnel » de la Charte. Cette communauté internationale que Charles de VISSCHER définissait comme étant « *un ordre en puissance dans l'esprit des hommes [et que] dans les réalités de la vie internationale elle en est encore à se chercher* »²¹⁶⁶. Pierre-Marie DUPUY s'est essayé à cet exercice de démonstration, il faut le dire, de manière originale et avec un brio remarquable, dans son Cours général à l'Académie de droit international de la Haye. Comme l'explique Charles LEBEN, l'exercice consistait à « montrer qu'à côté des règles du droit international classique, reposant sur le fondement de l'égalité souveraine des Etats et le principe de réciprocité, il existait déjà des règles d'un « droit communautaire » (...), reposant sur les principes d'une solidarité sociale fondée sur une communauté de valeurs et d'intérêts partagée par tous les Etats de la planète, et au-delà par les peuples, mais aussi par chaque

²¹⁶³ « La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit... »

²¹⁶⁴ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTION, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 7^{ème} édition, Paris, 2004, p. 72.

²¹⁶⁵ A. VERDROSS et B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Beck, München, 1976; *From Bilateralism to Community Interest, RCADI*, 1994-IV, tome 248.

²¹⁶⁶ Charles de VISSCHER, « *Positivism et jus cogens* », *RGDIP*, 1971, p.8.

personne humaine qui les compose »²¹⁶⁷. Pour démontrer une telle affirmation²¹⁶⁸, Pierre-Marie DUPUY s'appuie bien évidemment sur le fait que la notion de « Communauté internationale » reçoit une application certaine en droit positif.

Ainsi, par exemple, ce concept est mis en avant dans la Charte à travers l'identification de l'expression : « *Nous, les peuples des Nations Unies ...* » pour exprimer le fondement même de la Charte sur une Communauté de « Peuples ». On trouve aussi l'article 53 de la Convention sur le droit des traités et sa fameuse norme impérative reconnue par la « Communauté internationale des Etats dans son ensemble » ; ensuite l'article 38 du Statut de la CIJ qui stipule qu'« *entre les nations règne une communauté, une réciprocité des droits..., elles forment ce que l'on peut appeler la société et même la famille des nations* » ; enfin l'arrêt de la CIJ, *Barcelona Traction* (1970) dont le paragraphe 33 évoque l'existence d'obligations *erga omnes* dues à la « Communauté internationale dans son ensemble ». On peut y adjoindre le projet d'articles, adopté en 2001 par la Commission du droit international des Nations Unies, consacrant une catégorie d'actes illicites constitués par « *la violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général [et qui] sont dues à la communauté internationale dans son ensemble* » ou encore l'article 19§2 de la première partie du projet sur la responsabilité internationale des Etats, en 1976, qui envisageait la Communauté internationale comme titulaire de « droits fondamentaux », thème repris par l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique à Téhéran* (1980). De même la Convention de Montego Bay (1982) renvoie à la notion de communauté et d'humanité dans ses articles 136 et 137 ; les diverses résolutions de l'AGNU²¹⁶⁹ évoquent le devoir de la Communauté internationale d'apporter aide et protection aux victimes de catastrophes naturelles et des situations d'urgence et, pour finir, les importantes résolutions du Conseil de sécurité prises à la suite de la première guerre du Golfe, ou celles concernant la Somalie, le Rwanda ou Haïti qui appellent toutes à certaines actions placées sous l'égide de la Communauté internationale.

²¹⁶⁷ Voir Charles LEBEN, « La communauté internationale : fiction et réalité », Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le Cours général de Pierre-Marie DUPUY, *RGDIP*, A. Pedone, tome 109, 2005, pp. 91-94.

²¹⁶⁸ Charles LEBEN note que l'affirmation de l'existence d'une « communauté internationale » rencontre un scepticisme dans la doctrine positiviste, notamment de la part de P. WEILL qui écrit dans son *Cours général* à la page 311 : « la communauté internationale *as such* n'existe pas, elle n'est pas autre chose qu'une fiction commode, derrière laquelle les Etats se plaisent à s'abriter pour échapper à leurs responsabilités ».

²¹⁶⁹ On peut citer, entre autres, la Résolution 2627 (XXV) du 2 novembre 1970 : « Les conventions et déclarations internationales, conclues sous ses auspices, sont l'expression de la conscience morale de l'humanité en même temps qu'elles constituent des normes humanitaires que doivent respecter tous les membres de la *communauté internationale* » ; la Résolution 2625 (XXV) du 4 novembre 1970 : « Tous les Etats jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la *communauté internationale*, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature » ; la Résolution 2997 (XXVII) du 15 décembre 1972 : « L'Assemblée générale, convaincue de la nécessité d'une mise en œuvre rapide et efficace par les gouvernements et la *communauté internationale* de mesures conçues pour sauvegarder et améliorer l'environnement au bénéfice des générations humaines actuelles et futures... ».

Pierre-Marie DUPUY démontre ainsi que si la Communauté internationale est une fiction, il s'agit d'une fiction qui bénéficie d'une existence juridique. Peu importe qu'il soit difficile de prouver son existence, peu importe qu'on ne puisse pas montrer qu'il existe sur le terrain des réalités quelque chose qui puisse être désignée, d'un point de vue sociologique, comme une communauté internationale solidaire. Il suffit de constater qu'à un certain moment les Etats ont choisi, pour toutes les raisons politiques qu'on veut, d'introduire en droit international la notion juridique de communauté internationale. A partir de là, la notion existe, au moins en tant que fiction juridique et « *bien que la communauté internationale n'ait ni personnalité juridique, ni organes propres, elle est investie par le droit international contemporain – voulu par les Etats – d'une existence conceptuelle* »²¹⁷⁰.

Enfin, le caractère formel de la Charte en tant que « constitution mondiale » devrait également faire apparaître une *opinio necessitatis* au niveau des peuples et des Etats. Cette croyance doit s'établir à travers une pratique qui s'incorporerait lentement au droit international et qui, à chaque application des normes sur le plan national et entre les rapports entre Etats, ferait acquérir à la Charte un caractère de plus en plus obligatoire. En d'autres termes, il appartient à la Communauté internationale de fournir une légitimation formelle à cette pratique, d'assurer son intégration et son acceptation dans l'ordre juridique internationale et son entrée dans l'univers du droit. Ainsi par exemple, l'article 103 de la Charte enjoint aux Etats membres des Nations Unies d'accorder une primauté aux obligations prescrites par la Charte sur celles découlant de tout autre accord international. Dans son arrêt du 26 novembre 1984, sur sa compétence dans l'affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a admis que le système de règlement des différends de la Charte l'emporte sur les systèmes régionaux, jugés en l'occurrence inopérants²¹⁷¹. De même, en faisant une analyse du texte de la Charte, Christian TOMUSCHAT²¹⁷² constate que celle-ci comporte, au sein des articles 1 et 2 une liste de règles primaires²¹⁷³ qui constituent une série de principes essentiels qui doivent être considérés comme hiérarchiquement supérieurs aux normes ordinaires du droit international. Ce qui, au demeurant, introduit dans l'ordre juridique international un principe de validité matérielle des normes. La Charte bénéficie ainsi d'une

²¹⁷⁰ L.-A. ALEDO, *Le droit international public, op. cit.*, p. 126.

²¹⁷¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua contre Etats-Unis), ordonnance en mesures conservatoires du 10 mai 1984, Rec., 1984.

²¹⁷² Ch. TOMUSCHAT et J.-M. THOUVENIN (dirs.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (conclusions), Nijhoff, Leiden/Boston, 2005, pp. 417-424.

²¹⁷³ Il s'agit notamment du maintien de la paix et de la sécurité internationales ; la prohibition du recours à la force dans les relations entre Etats ; l'obligation du règlement pacifique des différends ; le respect de l'égalité souveraine des Etats ; le respect de l'égalité du droit des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes ; le principe de coopération dans tous les domaines ; le respect et la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; cf. Christian TOMUSCHAT,

place prépondérante parmi les normes du droit international²¹⁷⁴ même si, d'un point de vue juridique, son expression est bien plus modeste que celle reconnue au *jus cogens*²¹⁷⁵.

Toutefois, on constate toujours avec Pierre-Marie Dupuy²¹⁷⁶, que malgré ce manquement identifié au sein de l'article 103 de la Charte, on peut conclure que ce dernier devrait être lu dans une logique « constitutionnaliste », notamment quand on sait que les principes du *jus cogens* évoqués par les juges mais également par la doctrine se situent tous « dans le prolongement historique, logique et idéologique de la Charte des Nations Unies ». En somme, si l'on ne peut concevoir qu'il y ait contradiction entre le *jus cogens* et les principes de la Charte, on peut alors affirmer la primauté de la Charte dans l'ordre juridique international.

Comme on vient de le voir, l'une des conditions nécessaires pour faire de la Charte une « constitution mondiale » est de considérer l'ordre juridique international comme désormais doté d'un système normatif structuré verticalement, et affecté d'un régime de validité substantielle²¹⁷⁷ accepté par l'ensemble des Etats membres de l'Organisation des Nations Unies. A l'image des constitutions nationales, la Charte devrait constituer un texte fondamental comportant un « *ensemble de règles suprêmes fondant l'autorité étatique, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs, et souvent aussi lui imposant des limitations, en particulier en garantissant des libertés aux sujets ou citoyens* »²¹⁷⁸ ou encore une « *norme juridique suprême [...], adoptée par le pouvoir constituant, destinée à organiser les pouvoirs publics et à garantir les droits des citoyens et les libertés fondamentales* »²¹⁷⁹. Mais à côté, une autre condition doit être requise pour que la Charte devienne une « constitution mondiale » : son caractère « constitutionnel » sur le plan matériel.

b) Le caractère « constitutionnel » de la Charte sur le plan matériel

Au sens matériel, une constitution se présente comme un ensemble de dispositions « *organisant les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés des citoyens* »²¹⁸⁰. Ainsi définie, la constitution apparaît alors comme une « forme de gouvernement ». Pour être considérée en tant que telle, la Charte se doit d'être représentative d'une certaine forme d'organisation offrant une

²¹⁷⁴ La CIJ parle d'un Traité constitutif qui « présente des caractéristiques spéciales », cf. Avis consultatif du 20 juillet, CIJ Recueil (1962).

²¹⁷⁵ En effet, l'article 103 ne va pas au bout de sa logique puisqu'elle ne proclame pas les conditions de nullité en cas de contradiction de la norme inférieure par rapport à une norme supérieure. Dans le cas de la Charte, les obligations contraires ne seront pas suivies mais resteront existantes d'un point de vue juridique alors que dans le même temps, l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités accorde au *jus cogens* effet d'annuler les actes qui lui sont contraires.

²¹⁷⁶ P.-M. DUPUY, *Cours général à l'Académie de droit international de La Haye*, op. cit., p. 237.

²¹⁷⁷ *Idem.*, p. 244.

²¹⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 3^{ème} édition, Paris 2002, p. 215.

²¹⁷⁹ R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LITEC, Paris, 2002, p. 98.

²¹⁸⁰ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTION, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 7^{ème} édition, Paris, 2004, p. 68.

répartition de compétences aussi bien au sein de l'Organisation que de l'ensemble du système des Nations Unies. Cela d'autant plus que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 28 août 1789 énonce que : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Or, en ce qui concerne la répartition des pouvoirs au sein de l'ONU, on peut faire le constat selon lequel différents domaines correspondent effectivement à différents organes. C'est ainsi que l'Assemblée générale, organe principal central vers lequel tous les problèmes doivent converger, dispose d'une compétence générale alors que le conseil de sécurité a une compétence en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales quand, dans le même temps, le Conseil économique et social (ECOSOC) dispose lui d'une compétence en matière économique et sociale. Au demeurant, l'article 10 de la Charte habilite l'Assemblée générale à se saisir et discuter de toute question qui entre dans le cadre de la Charte²¹⁸¹.

Au regard de l'article 11 de la Charte, l'Assemblée générale peut également intervenir dans le domaine du maintien de la paix. A ce propos, l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 sur le *Mur en Palestine* a permis d'indiquer que la répartition des domaines avec le Conseil de sécurité a évolué dans la pratique, et que cette pratique est désormais acceptée comme « étant le droit » des Nations Unies : la compétence du Conseil de sécurité est considérée « principale, mais pas nécessairement exclusive » (§26). On constate donc l'acceptation d'une pratique qui empêche désormais d'isoler la compétence en matière de maintien de la paix dans le giron du seul Conseil de sécurité. Par ailleurs, certains auteurs n'hésitent pas à qualifier l'AGNU comme étant « une sorte de conscience morale mondiale »²¹⁸² ou encore un « parlement mondial »²¹⁸³ eu égard aux compétences législatives et normatives de cet organe. Ses résolutions, bien qu'elles ne soient pas devenues une nouvelle source du droit international, lui permettent de créer autoritairement, des normes juridiques obligatoires, qui constituent la manifestation d'une *opinio juris* collective. Il est aujourd'hui admis qu'elles participent pleinement à la formation de la coutume internationale.

Selon l'article 24 de la Charte, le Conseil de sécurité est le « principal responsable » du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Fondant son action sur la base du Chapitre VII, le Conseil peut agir dans le cadre de la prévention des conflits ou en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'un acte d'agression (article 39). Depuis quelques années, le Conseil intervient aussi

²¹⁸¹ Il existe cependant quelques limites à cette compétence de l'AGNU à savoir : l'impossibilité d'intervenir dans les affaires qui relèvent « essentiellement » de la compétence des Etats (article 2§7), la nécessité de s'abstenir de discuter d'un différend si le Conseil de sécurité en est saisi (article 12§1) et l'obligation de renvoyer au Conseil de sécurité tout sujet sur le maintien de la paix qui appelle une action (article 11§2).

²¹⁸² S. Doumbé-Billé, « Article 10 », voir *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Economica, 3^{ème} édition, Paris, 2005, p. 642.

²¹⁸³ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 7^{ème} édition, Paris, 2004, p. 5.

dans le domaine judiciaire comme en atteste l'affaire de *Lockerbie*²¹⁸⁴, pénal comme dans l'exemple de la création de tribunaux *ad hoc*, ou il peut même établir une véritable législation répressive comme le prouve la résolution 1373 du 28 septembre 2001 en matière de terrorisme.

Quant à l'ECOSOC, ses fonctions sont précisées au Chapitre X (articles 61 à 72) de la Charte. Placé sous l'autorité de l'AGNU (article 60), l'ECOSOC joue un rôle d'impulsion, de réflexion, et de proposition dans divers domaines : développement, commerce, industrialisation, ressources naturelles, démographie, condition de la femme... Il est par ailleurs chargé d'assurer la coordination des activités économiques et sociales mises en œuvre au sein de l'ONU. Il nomme les Etats membres des conseils d'administrations du PNUD, de l'UNICEF et d'autres fonds et organes des Nations Unies. L'activité de l'ECOSOC apparaît être purement consultative et nombreux sont les auteurs qui estiment que son rôle de coordination des activités des organisations du système de l'ONU est presque nul.

A côté des fonctions exercées par ces trois organes principaux du système, il existe des fonctions transversales, notamment la fonction juridictionnelle exercée par la Cour internationale de justice (CIJ) tout comme celle assurée par le Secrétariat général de l'organisation. Dans le cas de la CIJ, son rôle ne cesse de s'agrandir au fil des ans et des affaires au point où certains juges à la CIJ, à l'image de Ronny ABRAHAM, se demandent si elle ne jouera pas, dans un futur plus ou moins proche, le rôle d'un « juge suprême de la légalité constitutionnelle » au sein du système des Nations Unies²¹⁸⁵. Comme il le précise, « *il faut aller au-delà du concept de juge au sens étroit du terme et englober la fonction consultative qui peut être appelée à se développer dans les années qui viennent, notamment en rapport avec les questions essentielles d'interprétation du droit international général et en particulier du droit de la Charte* »²¹⁸⁶.

Mais, pour en arriver là, il faudrait avant tout renforcer le rôle de la Cour²¹⁸⁷ et permettre que le juge international ait non seulement le pouvoir d'interpréter la norme considérée comme « constitutionnelle », mais aussi le pouvoir d'imposer son interprétation à l'ensemble des acteurs de la société, et notamment aux autres juridictions qui relèvent du même ordre juridique. Or, aucune disposition de la Charte ne confère à la Cour le pouvoir d'imposer ses propres interprétations de la

²¹⁸⁴ *Affaire de Lockerbie*, Ordonnance du 14 avril 1992, Rec. 1992.

²¹⁸⁵ R. ABRAHAM, *La Cour internationale de justice, juge constitutionnel ?*, voir *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, sous la direction de R. CHEMAIN et A. PELLET, CEDIN, Cahiers Internationaux n°20, éditions Pedone, Paris, 2006, pp. 105 à 108.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ Voir : « Le renforcement du rôle de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies », in Gregory PECK and Roy S. LEE EDS., *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice - Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*, Nijhoff/ Unitar, 1997, pp. 235-253 ; version en anglais mise à jour : « Strengthening the Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of United Nations », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, pp. 159-180.

Charte, ou plus généralement du droit international. Les autres institutions et juridictions ne sont pas juridiquement tenues de se conformer à la jurisprudence de la CIJ, même si, en pratique, elles en tiennent le plus grand compte et tâchent le plus souvent de s'y conformer. De même, il serait également intéressant de voir la CIJ disposer du pouvoir d'imposer le respect de la hiérarchie et donc la primauté de la Charte sur les normes juridiques inférieures qui appartiennent à l'ordre juridique international.

En ce qui concerne les fonctions du Secrétariat général des Nations Unies, elles sont purement administratives et assurées par le Secrétaire général (articles 17 et 101). La Charte, dans son chapitre XV le charge de remplir toutes les fonctions dont il peut être chargé par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale, l'ECOSOC ou tout autre organe de l'ONU. Il s'assure du bon fonctionnement de l'ONU et de ses agences. Il se charge également de réaliser des études qui seront transmises aux organes de l'ONU adéquats, de manière à porter à leur connaissance des sujets que le Secrétariat juge important. La communication avec les médias est également de son ressort. Du point de vue politique, il possède un pouvoir d'interprétation étendu puisque les forces de maintien de la paix sont placées sous son autorité. En outre, l'article 99 l'autorise à attirer l'attention du Conseil de sécurité sur les questions importantes du maintien de la paix et de sécurité internationales.

Enfin, il existe une panoplie d'institutions spécialisées²¹⁸⁸ à l'ONU dont le fonctionnement et les compétences sont définis au sein de leur traité constitutif. Il n'en demeure pas moins que leur création ou mise en place soit institutionnalisée par la Charte dans ses articles 57 et 63. Ce qui a amené Jean-Marc THOUVENIN à déclarer que « *nous avons là une indication sur le caractère constituant de la Charte à l'égard du système des Nations Unies : c'est bien la Charte qui fonde juridiquement ce système, en déterminant et désignant ses éléments... La Charte est bien un texte constitutif du système des Nations Unies, dans la mesure où elle en détermine les éléments ; elle n'attribue pas pour autant les compétences qui s'y exercent : ce sont les chartes constitutives des institutions spécialisées qui le font* »²¹⁸⁹.

²¹⁸⁸ Il s'agit, entre autre, de : Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) ; Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) ; Fonds international de développement agricole (IFAD) ; Organisation internationale du Travail (OIT) ; Organisation maritime internationale (IMO) ; Fonds monétaire international (FMI) ; Union internationale des télécommunications (ITU) ; Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) ; Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (UNIDO) ; Union postale universelle (UPU) ; Banque mondiale ; Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) ; Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ICSID) ; Association internationale de développement (IDA) ; Société financière internationale (IFC) ; Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) ; Organisation mondiale de la Santé (OMS) ; Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ; Organisation météorologique mondiale (OMM) ; Organisation mondiale du tourisme (OMT).

²¹⁸⁹ J.-M. THOUVENIN, *La distribution des compétences dans le système des Nations Unies*, in *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, op. cit., pp. 79 à 83.

En fin de compte, on peut affirmer sans crainte que la Charte des Nations Unies se comporte bien comme un « texte constitutionnel » qui opère une certaine organisation au niveau de l'ONU, en opérant un véritable partage de compétences au sein de cette organisation mondiale. Cela dit, si l'on peut parler d'existence d'un « régime de gouvernement » au sein de l'ONU, on note avec Jean-Marc SOREL qu'il s'agit là d'un régime qui ne correspond à aucun autre parmi les régimes existants en droit interne²¹⁹⁰. Cette multiplicité éventuelle des organes principaux ne reflète habituellement pas le schéma traditionnel de spécialisation des fonctions exécutives, législatives et judiciaire que l'on connaît, par exemple, à un Etat. D'où la nécessité de renforcer aujourd'hui la Charte pour en faire le texte fondamental du système juridique international.

2/- La révision et le renforcement de la Charte en tant que « *Grundnorm* »

Toutes les règles qui permettent d'identifier ou de déterminer les normes obligatoires d'un système doivent appartenir, de par leur fonction, à son ordre constitutionnel²¹⁹¹, incarné par un texte se situant en haut de la pyramide. Aussi, dire de la Charte qu'elle est la constitution matérielle de la communauté universelle des Etats revient à considérer qu'elle comporte des principes fondamentaux et des obligations essentielles, auxquels les Etats ne sauraient déroger, ni se soustraire. Or, à ce jour, la pratique a montré que la Charte continue de souffrir de violations commises par les Etats membres des Nations Unies comme en témoigne, le fait que le phénomène de la guerre n'est pas prêt de disparaître malgré l'interdiction de son recours, par la Charte, comme moyen de résolution de conflits. Aussi, pour continuer à développer l'esprit selon lequel la Charte pourrait devenir « le sommet de l'édifice normatif international »²¹⁹², il faudrait d'une part identifier toutes les valeurs d'intérêts sociaux fondamentaux de la communauté internationale (a) et, d'autre part, transposer ces intérêts identifiés au sein de la Charte dont découlera alors une nouvelle forme plus tranchée de hiérarchisation des sources du droit international (b).

a) L'identification des valeurs d'intérêts sociaux fondamentaux de la Communauté internationale

Le concept de constitutionnalisation repose sur l'idée que la Communauté internationale est une communauté de droit, non seulement régie par des rapports de force, mais aussi par des règles et principes. Les plus importantes de ces normes forment le « droit constitutionnel international ». Selon ce concept, le principe de la souveraineté de l'Etat - principe directeur traditionnel de l'ordre international- sera complété, voire substitué à plus ou moins long terme, par le principe du *rule of*

²¹⁹⁰ J.-M. SOREL, *La répartition des compétences entre les organes des Nations Unies : pour un agencement évolutif hors modèle*, in *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, op. cit., p. 25.

²¹⁹¹ H. MOSLER, *The International Society as a Legal Community*, *Rec. Cours*, vol. 140, p. 32.

²¹⁹² Pierre-Marie DUPUY, *op.cit.*, p. 237.

law et la protection des droits de l'individu. A ce propos, la doctrine « progressiste » ambitionne de présenter le droit international public comme un ensemble de règles qui s'impose à la communauté internationale et, en premier lieu, aux États. Face à la subjectivité étatique, l'ordre public international viendrait garantir le respect de valeurs communes et universelles. Cela devrait permettre de nombreux développements juridiques concrets parmi lesquels l'émergence de régimes de droit objectif, de type législatif et non contractuels, qui s'écartent du principe consensuel. Ces changements prévoient également la substitution de la règle de la majorité à celle de l'unanimité.

Un autre développement qui corrobore l'émergence d'un droit constitutionnel international est celui de l'affirmation de règles universelles consacrées dans des traités-lois, tels que les conventions des droits de l'homme, le système contractuel de l'OMC ou les traités environnementaux. La juridicisation de ce type de valeurs a donné naissance à une nouvelle catégorie de normes appelées *public interest norms* (normes d'intérêt public universels). Autre élément fondamental et révélateur d'une constitutionnalisation du droit international, les normes de rang supérieur du droit international auxquels l'États ne saurait déroger ou par lesquelles il ne pourrait prétendre ne pas être lié. Ces normes de droit impératif (*jus cogens*) comprennent entre autres, l'interdiction du recours à la force, les droits humains fondamentaux et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; ils ont la primauté sur toute autre norme du droit international. Comme dernier aspect de la constitutionnalisation, il faut citer les nouvelles modalités régissant la reconnaissance des États et des gouvernements : jusqu'alors dominée par le principe de l'effectivité, la reconnaissance se trouve désormais subordonnée à la légitimité. C'est ainsi que dans le cas de l'Irak par exemple, le Conseil de sécurité a appelé notamment le peuple irakien à « former un Gouvernement représentatif, fondé sur l'état de droit et garantissant la justice et des droits égaux à tous les citoyens irakiens sans considération d'appartenance ethnique, de religion ou de sexe... »²¹⁹³.

De manière générale, il existe aujourd'hui, en droit international, plusieurs indices externes pouvant servir de présomptions objectives qui pourraient servir de base pour une évolution constitutionnelle du droit international. S'il n'est plus besoin ici de rappeler toute la lutte qui s'est située au niveau « des règles sur les règles »²¹⁹⁴, notamment autour de la notion de *jus cogens*, les nouvelles manières de créer le droit sans recours à un pouvoir législatif formalisé, participent également à cette évolution constitutionnelle du droit international. Ces procédés concernent principalement les nouveaux modes de formation de la coutume générale, qui, en ce sens, se différencient du mode de production traditionnel. Ainsi comme le reconnaît Georges ABI-SAAB, « l'éclatement de la

²¹⁹³ Conseil de sécurité, Résolution 1483 (2003) du 22 mai 2003.

²¹⁹⁴ Ces règles correspondent à celle que H.L.A. HART, (*The concept of law*, Oxford U.P., 1961, p. 77.) qualifie de « secondaires » (les règles « primaires » étant celles qui régissent directement le comportement social).

communauté internationale, plutôt que d'accroître l'hétérogénéité du processus coutumier, a mené paradoxalement à sa centralisation et concentration dans le cadre du système des Nations Unies »²¹⁹⁵.

Le produit d'un tel processus est une règle, non écrite, qui doit être décelée rétrospectivement, par induction, des matériaux constituant les différents précédents et, comme le précise Serge SUR, une règle « supposée plus que posée »²¹⁹⁶, qui doit être extériorisée et formulée par celui qui est appelé à l'appliquer. Ce faisant, en lieu et place d'un processus faisant intervenir ses « élément ou composantes définitionnels »²¹⁹⁷, la « nouvelle coutume » fait intervenir un procédé qui, loin d'être spontané, est utilisé de manière consciente, dans un but de production normative prononcé et hautement institutionnalisé. On aboutit ainsi à des instruments qui comportent des règles formulées de manière abstraite, générale et prospective, en fonction des situations à venir. Leur interprétation et leur application sont celles des textes écrits ; ce qui fait que la coutume n'est appelée qu'à combler le vide entre l'effet relatif du traité de codification et la portée universelle du droit international général, ou à couvrir le terrain juridiquement vague entre la résolution de l'Assemblée générale et la terre ferme de la *lex lata*²¹⁹⁸.

Finalement, toutes ces analyses mènent vers la conclusion que c'est le mouvement de codification et de développement progressif du droit international en la forme des traités ou de résolutions qui aurait le pouvoir de donner un second souffle et un rôle grandissant à la coutume. Celle-ci fait désormais l'objet d'un mode de formation plus démocratique, car, la nouvelle variété de coutume ne reflète pas seulement la pratique de quelques Etats puissants, mais les desiderata de la Communauté internationale dans son ensemble²¹⁹⁹.

b) La transposition des intérêts identifiés en règles juridiques supérieures et leur acceptation par la communauté internationale

En principe, la constitutionnalisation implique un mécanisme clair de hiérarchisation entre les différentes normes de droit applicables au sein du système juridique international. Ainsi comme l'affirme le professeur Emmanuelle JOUANNET, « l'ordre est implicitement présenté comme étant ordonné autour d'un ensemble de principes fondamentaux qui expriment les valeurs et les intérêts sociaux fondamentaux des sujets du système. Et à ce titre, le principe général est appliqué comme

²¹⁹⁵ Georges ABI-SAAB, La coutume dans tous ses états..., *op.cit.*, p. 61.

²¹⁹⁶ Serge SUR, La coutume internationale : sa vie, son œuvre, Droits, N° 3, 1986, p. 113.

²¹⁹⁷ Le mode de formation coutumier a toujours été considéré comme *spontané ou inconscient*, mettant en avant un élément formel (*l'opinio juris* sensée fournir une légitimation formelle à une pratique) et un élément matériel (*corpus juris* sensé montrer une pratique générale acceptée et reconnue).

²¹⁹⁸ Georges ABI-SAAB, La coutume dans tous ses états..., *op.cit.*, p. 62.

²¹⁹⁹ R.-J. DUPUY, *Coutume sage et coutume sauvage, La Communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 84.

norme supérieure de l'ordre juridique international, norme fondamentale à laquelle doivent se conformer les normes inférieures spéciales »²²⁰⁰. Notamment, le *Jus cogens* s'est vu prendre le rôle de porte-drapeau d'un nouveau droit super constitutionnel au niveau international, limitant les pouvoirs d'action de droit mais aussi de fait des États, tant en droit international qu'en droit interne. Le *Jus cogens* se présente désormais comme limite générale à l'autonomie des États en ce qu'il est censé interdire toute action contraire à certaines normes qui, à cause de leur importance, sont proclamées « indérogeables ». Il dote donc d'un statut juridiquement supérieur une série de normes fondamentales, universelles, morales, tenues pour indispensables à la bonne survie de l'humanité, et les protège contre toute réaction étatique.

A cet effet, les principes institués par la Charte, qu'il s'agisse des articles 1 et 2 ou encore de l'article 103, peuvent rentrer dans cette catégorie de *jus cogens*, puisque leur valeur n'est considérée ni comme supérieure, ni comme inférieure aux normes dites « impératives » du droit international. Elles pourraient ainsi constituer le sommet de la hiérarchie constitutionnelle du droit international. En effet, les principes généraux énoncés aux articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies, représentent sans conteste, semble-t-il, les valeurs essentielles poursuivies par l'ordre juridique international actuel. L'évolution quantitative et qualitative des fonctions classiques de ces principes généraux en droit international semble jouer plutôt en faveur de la cohérence et d'une certaine unité de l'ordre global, que ce soit sous le mode de la coordination ou de la faible hiérarchisation.

Cette coordination et cette cohérence sont également assurées, par ailleurs, par les autres principes généraux du droit, qu'il s'agisse du droit international général ou des droits spéciaux. A ce propos, Mireille DELMAS-MARTY et M. L. IZORCHE ont, de façon claire, exposé la théorie de la hiérarchie « théologique » des normes décrivant les relations qui peuvent ou qui pourraient unir aujourd'hui, dans le contexte actuel, un principe général considéré comme fondamental en droit international et les autres normes. Il s'agit de relations qui ne sont pas basées sur la stricte équivalence normative classique et les règles de succession entre les normes, mais plutôt des relations basées sur une « logique du flou » c'est-à-dire que les relations sont pensées sur le mode de la simple compatibilité « à partir de notions imprécises » et où l'on tient compte de marges d'interprétation et d'application de la norme pour tous ses futurs lecteurs et utilisateurs²²⁰¹.

Il existe ainsi deux catégories fonctionnelles de principes qui peuvent d'ailleurs se recouper : des principes qui sont simplement communs à plusieurs ensembles normatifs et des principes qui sont

²²⁰⁰ Emmanuelle JOUANNET, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », in *La Mondialisation entre Illusion et l'Utopie, Archives de philosophie du droit*, 2003, Tome 47, pp. 191-232.

²²⁰¹ M. DELMAS-MARTY et M. L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », *Variations autour d'un droit commun, op.cit.*, p. 88.

cette fois-ci les principes de base d'un ordre unique composé de sous-ensembles normatifs. Les deux phénomènes évidemment se chevauchent et cela tisse un réseau de principes généraux normatifs qui, d'un côté, harmonisent les régimes entre eux (principes communs) et d'un autre, hiérarchisent faiblement les ensembles normatifs et l'ordre global (principes fondamentaux). Dans un tel contexte, les principes généraux sont alors sollicités pour ramener à l'unité ces différents ensembles ou à tout le moins les coordonner autour de quelques axiomes de base. Par conséquent, dans chaque sous-système ou régime spécial, les principes émergents peuvent s'accorder plus facilement au régime global. Enfin, à côté des normes impératives de droit international et du rôle joué par les principes généraux du droit, on pourrait également évoquer les obligations *erga omnes* et l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui évoque l'importance de la *lex specialis*, la *lex superior* et la *lex temporis* en tant que règles de conflit²²⁰².

En résumé, la constitutionnalisation du système international ou son unité sont le signe de l'évolution de la notion de « communauté humaine mondiale » dont l'usage des principes généraux sont cités au premier chef comme la clef de voûte matérielle d'un ordre international unifié que vient conforter la mise en œuvre de l'article 103 de la Charte²²⁰³. L'affaire des *Plates-formes* une fois encore illustre très bien comment le juge international a recherché à maintenir une certaine unité formelle et matérielle de l'ordre international par le biais d'une application extensive de l'article 31 3 c de la Convention de Vienne. Il en ressort inévitablement que se dessine une faible hiérarchie de l'ensemble de l'ordre, ou du moins à ce stade, une tentative de hiérarchisation de l'ordre juridique, tandis que chaque régime qui se constitue à la fois emprunte des principes généraux au système global et crée ses propres hiérarchies atténués par le moyen de ses propres principes généraux : principes du droit communautaire, du droit européen des droits de l'homme, du droit de l'environnement, du commerce international etc.... En ce qui concerne l'ordre global, l'effet recherché est évidemment celui de maintenir l'unité et de parer à la fragmentation de l'ordre²²⁰⁴.

Toutefois, on ne saurait finir cette présentation d'une voie vers une hiérarchisation des normes internationales sans évoquer les limites d'une telle perspective en révélant que, le débat sur la constitutionnalisation du droit international ne sera pas comparable à la rédaction des constitutions nationales, pour la simple raison que, non seulement la sphère internationale manque de *pouvoir constituant*, mais également que, si cela se produisait, ce serait un empire qui adviendrait ainsi, et la

²²⁰² Voir Martti KOSKENNIEMI, « *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », Rapport du Groupe d'études de la commission du droit international, avril 2006, Nations Unies, p. 9.

²²⁰³ Lire sur ce point les analyses de P.-M. DUPUY, « L'unité... », *op.cit.*, pp. 227 et s. L'auteur insiste avec raison sur la différence entre la Charte comme « Constitution organique » et la Charte comme « Constitution matérielle ».

²²⁰⁴ Emmanuelle JOUANNET, « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de Fragmentation du droit international contemporain », *op.cit.*, p.18.

constitution qu'il établirait serait impériale et non internationale²²⁰⁵. Ainsi, dire de la Charte des Nations Unies qu'elle pourrait devenir la « constitution mondiale » reste du domaine de la simple pensée juridique aussi bien au sens formel que matériel. Pourtant, la construction d'une société internationale nouvelle ne saurait être bâtie sur le seul primat de la volonté des souverainetés mais également sur la priorité d'impératifs éthiques convergeant dans l'affirmation des droits de l'homme. Il s'agit de faire évoluer la Société internationale d'un rapport bâti sur des processus d'interactions juridiques à un rapport bâti sur un minimum d'organisation. Or, comme le soutient Mireille DELMAS-MARTY : « *Pour favoriser l'éventuelle transformation d'un espace en un ordre juridique par autonomisation institutionnelle et normative qui les détache des Etats membres, il faut une stabilisation progressive, normative et institutionnelle.* »²²⁰⁶ Et c'est ici que la codification et les organes juridictionnels internationaux peuvent servir de moyens de constitutionnalisation du droit international.

B/- LA CODIFICATION EN TANT QU' « INSTRUMENT DE DIALOGUE » POUR LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT INTERNATIONAL

Lorsqu'on évoque la mission de codification dévolue à la CDI et aux autres organes de codification, notamment au sein des Nations Unies, on oublie trop souvent d'évoquer suffisamment cette mission dans le cadre de sa finalité ultime à savoir de contribuer à la paix et à la justice internationales, finalité par ailleurs assignée au droit international lui-même. L'objectif de la codification est donc avant tout d'engendrer plus de sécurité juridique, de rendre les rapports internationaux plus clairs et de faciliter la coopération internationale entre les Etats. Un tel objectif ne sera jamais atteint tant qu'il n'y aurait une certaine stabilité dans les relations internationales ; ce qui passe par l'affirmation de quelques règles basiques minimales en nombre mais maximales en autorité, capables de maintenir un cadre de vie commune et adaptable au développement du milieu social. Pour la CIJ, « *c'est dans les conventions de codification que l'on peut déceler les principes et règles générales acceptables par l'ensemble de la communauté internationale. C'est d'ailleurs sur la toile du fond du droit international coutumier qu'il faut situer et interpréter les conventions de cette nature* »²²⁰⁷.

Pour Alain PELLET, plusieurs sujets du droit international se prêtent encore à codification²²⁰⁸. Parmi ceux-ci, il place en bonne place « essentiellement ce que les Anglo-Saxons appellent la « Lawyers ' Law », ceux qui concernent sans doute les règles « secondaires » ; tout ce qui concerne la formation et la sanction du droit international et que l'on pourrait qualifier, dans le fond, de « droit

²²⁰⁵ M. KOSKENNIEMI, « La politique du droit international », Coll. CERDIN, Doctrine(S), éd. Pedone, 2007, p.306.

²²⁰⁶ Mireille DELMAS-MARTY, « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit », *op.cit.*, p. 480.

²²⁰⁷ CIJ, Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine, arrêt du 12 octobre 1984, p. 291, §83.

²²⁰⁸ Alain PELLET, conclusions générales, Colloque de la SFDI sur le thème de la codification du droit international, pp. 337 et s.

constitutionnel », au sens substantiel du mot, de la Société internationale. C'est l'ouverture vers cette voie de codification que la CDI pourrait retrouver un regain de forme en permettant la mise en place de dispositifs d'équilibrage du pluralisme juridique (1) aidé en cela par l'action du juge international en matière de codification (2).

1/- La mise en place de dispositifs d'équilibrage du pluralisme juridique par codification

Repenser l'ordre juridique international en raison des phénomènes de mondialisation est une des missions qui devrait être assignée à l'œuvre de codification en ce sens qu'elle exerce une influence remarquable sur *l'opinio juris sive necessitatis* des Etats ou du juge international d'une part et, d'autre part, il joue le rôle de coordination entre les différents systèmes juridiques. Il faut dire que la lente maturation que connaît les travaux de codification de la CDI dans le cadre des Nations unies et leur discussion au sein de la Sixième commission de l'AGNU ainsi que les conventions de codification avant leur entrée en vigueur sont désormais susceptibles d'exercer une grande influence sur *l'opinio juris sive necessitatis* des Etats ou du juge international²²⁰⁹. En cela, la CDI pourrait se définir comme l'organe le plus habilité pour assurer à la fois la coordination, l'harmonisation et l'unification des divers pluralismes juridiques présents dans l'ordre juridique international.

Dans le premier cas, il s'agirait simplement de favoriser la mise en place de mécanismes et de processus d'entrecroisements normatifs et judiciaires capables de créer une certaine dynamique d'intégration et de conciliation des divers ensembles juridiques de l'ordre juridique international, tous construits sur des modèles différents. Cela favoriserait l'évitement de conflits et aiderait à résoudre certaines contradictions entre différents ensembles juridiques. Dans le second cas, il s'agirait d'initier, voire d'intensifier un mouvement incluant un objectif d'intégration normative et judiciaire qui ferait rentrer le pluralisme juridique dans une espèce d'ordonnancement tout en respectant sa diversité et en permettant son expression harmonieuse. En d'autres termes, « il s'agit de composer une mosaïque, ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un dessin d'ensemble, le plus harmonieux possible »²²¹⁰. Il reste évident que ce processus ne pourra garantir l'harmonie des formes juridiques qu'elle renferme, qu'à travers des conditions institutionnelles (exigence d'un contrôle) et formelles (rigueur et prévisibilité du raisonnement)²²¹¹ dont la réunion, bien que difficile, constitue l'une des

²²⁰⁹ Dans ses travaux de codification des traités, la CDI a exprimé l'opinion que « le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *ius cogens* » (paragraphe 1 du commentaire de la Commission sur l'article 50 de ses projets d'articles sur le droit des traités, Annuaire de la Commission, 1966-II, p. 270) ; voir aussi : CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, arrêt du 27 juin, *Rec.*, 1986, p. 100, §190.

²²¹⁰ M. L. IZORCHES, in *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit*, RIDC, 2000, p. 753.

²²¹¹ Mireille DELMAS-MARTY, « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit », in *Les forces imaginantes du droit*, Le Seuil, vol. 2, p. 478.

voies indiquées pour servir de rapprochement des systèmes juridiques qui gardent leurs différences. Enfin, en troisième position, la codification comme moyen d'unification du droit international met en avant un processus d'intégration qui permettrait de se représenter l'ordre juridique mondial sur un modèle hiérarchique et cohérent des ordres nationaux et régionaux traditionnels. La grande difficulté ici reste l'acceptation d'une telle idée par la Communauté internationale d'une part, et le risque d'une confusion entre un droit unique et un droit hégémonique, imposé par une seule et même puissance.

D'autre part, le style de codification devrait s'adapter aux différents changements qui interviennent en droit international. Autrement dit, pour parvenir à relever ces défis, le système de codification doit nécessairement se plier à une adaptation permanente, préserver sa hiérarchie particulière des sources qui le distingue de la *common law* et s'ouvrir à de nouveaux modèles, de nouvelles façons de dire le droit ainsi qu'à la pensée des divers acteurs en droit international. Certes on a reconnu que la CDI était en parfaite harmonie avec l'évolution de la société internationale et celle du droit international, il n'en demeure pas moins que cet organe devrait montrer plus de sensibilité vis-à-vis d'une idéologie faisant prévaloir l'éthique sur le technique. Elle l'a déjà prouvé par le passé à travers l'usage de formules telles que « conscience universelle » ou la « conscience générale des Etats » lors de l'élaboration de son projet d'articles sur le sujet des crimes internationaux. Il en va de même avec l'affirmation de l'existence des obligations *erga omnes* qui pèsent sur les Etats à l'égard de la communauté internationale²²¹². Ce qui reste certain, c'est que face aux autres organes de codification, la CDI présente l'avantage d'un système basé sur des membres « experts indépendants » qui, tout en étant des porteurs d'une réflexion scientifique coordonnée, n'en sont pas moins conscients et avertis de la nécessité de tenir en compte des données politiques pour la réussite de leur entreprise.

C'est pour cette raison que, dans le cadre d'une constitutionnalisation du droit international à travers la codification globale, la CDI pourrait assurer aussi bien la systématisation que l'uniformité des normes internationales soit par l'inclusion, dans une convention unique, des normes contenues dans les diverses conventions régionales, soit aussi au moyen d'une uniformisation des normes fondamentales et principes généraux évoqués dans les instruments juridiques issus d'organes spécialisés du droit international, créant ainsi ce que le professeur Yves DAUDET qualifie de « *corpus communis* »²²¹³. Une telle constitutionnalisation offrirait un ensemble stable de normes

²²¹² Voir le paragraphe 34 de l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction CY Ltd*, CIJ, Recueil, 1970, p.3.

²²¹³ On pourrait, par exemple, suggérer à la CDI de revenir sur quelques normes pertinentes édictées par les organes des sous-systèmes et de les élever en principes généraux du droit ou encore en norme impérative de droit international afin d'assurer un lien permanent entre ces sous-systèmes et le droit international général. Dans le même ordre que cela existe dans les systèmes, la CDI se doit de concevoir de mieux en mieux des règles logiques en principes fondamentaux qui seront utilisés pour guider la création, l'interprétation et l'application des autres normes. Ces principes généraux de droit

primaires accompagné d'un système d'application ayant un caractère permanent et malgré les particularités de chaque secteur juridique imposées par la spécialisation du droit international actuel. L'objectif étant de donner au droit international un « contenu dur » qui garantirait sa cohésion et l'accomplissement de ses fonctions tout en permettant à la fois aux normes systématiques leur pleine adaptation aux nouvelles réalités qu'offre les secteurs de plus en plus spécialisés du droit international. Dans ce système constitutionnel, la Charte des Nations Unies incarnerait la hiérarchie de toutes les normes car elle contiendrait toutes « les normes générales d'origine conventionnelle » et tous les grands principes de droit international général seront inscrits en son sein afin qu'ils soient « conçus comme l'expression d'une source volontaire ». Il ne restera plus qu'au juge international, et même au juge interne, de faire application et interprétation d'un tel dispositif, tout en veillant à l'améliorer selon les cas.

2/- L'œuvre codificatrice du juge international comme méthode de constitutionnalisation du droit international

La création de la CIJ poursuivait, entre autres, des objectifs d'affirmation d'une unité fondamentale de l'ordre juridique international. Elle devrait correspondre tout autant à une unité d'objet. Le juge international avait, dès lors, une double mission : celle de rendre la justice en réglant au coup par coup les différends qui survenaient sur la scène internationale et, d'autre part, celle de contribuer activement à l'identification progressive des règles coutumières et des principes généraux qui gouvernent les relations entre Etats. Ainsi, à travers sa compétence contentieuse, le juge a permis l'affirmation de l'existence des obligations *erga omnes*, le constat d'existence des principes généraux, notamment en droit international humanitaire, faisant ainsi œuvre codificatrice. La codification étant un outil permettant de faire des choix et des orientations fondamentales à imprimer au droit international ; elle ne pouvait donc demeurer l'œuvre des seuls organes mandatés à cet effet. Le juge international, en tant que garant de l'application du droit international, joue aussi un rôle fondamental dans la codification du droit international, notamment de la coutume en se prononçant sur l'existence de celle-ci. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire de la *Compétence en matière des pêcheries*, la CIJ a déclaré que « l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités (...) peut, à bien des égards, être considéré comme une codification du droit coutumier existant en ce qui concerne la cessation des relations conventionnelles en raison d'un changement de circonstances »²²¹⁴. Ainsi par ce biais, le juge international pourrait développer et accroître la protection de libertés fondamentales reconnues à l'être humain au niveau international.

international général représenteront la structure de base à partir de laquelle on articulera les relations possibles entre l'ensemble des éléments du système.

²²¹⁴ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, arrêt du 25 septembre 1997, p.64, §104 ; (Recueil 1973, p. 63, §36).

De nos jours, cette protection se fait par l'adoption d'une Charte des droits fondamentaux, certes non contraignante, mais qui confirme un consensus sur une liste de droits, puis par leur insertion dans un traité beaucoup plus contraignant et, enfin, par la voie jurisprudentielle. Cette dernière souligne l'accroissement du rôle et de la place du juge international dans l'œuvre de codification, mais également par la mise en place d'éléments institutionnels permettant de définir un cadre systémique précis et cohérent. L'importance des juges internationaux dans le processus de codification retient donc toute l'attention car, si ces derniers « *n'avaient, [autrefois], pas à redouter le saut dans l'inconnu* »²²¹⁵, cantonnés qu'ils étaient par les Etats dans une tâche purement technique d'application de la règle de droit, il semble qu'aujourd'hui, dans un monde en perpétuelle mutation, c'est sur eux, estime Mc WHINNEY, que doit reposer le développement progressif du droit international. La justice internationale étant devenu un des principaux objets du droit international, le juge international deviendrait ainsi, comme le souligne le Juge Gilbert GUILLAUME, un « *auxiliaire du codificateur auquel il fournirait des précédents utiles* »²²¹⁶. Mais au-delà de cette fonction inspiratrice, le juge serait également amené à exercer un contrôle sur le codificateur lui-même.

Dans le premier cas, le juge international voit de plus en plus son rôle se transformer en matière de codification puisqu'en l'absence de tout code précisant l'organisation et le fonctionnement de la justice internationale, c'est à lui et plus précisément à la Cour internationale de justice²²¹⁷ que revient la « mission » d'organiser le règlement des différends même si les Etats ne sont pas toujours d'accord avec une telle compétence reconnue à la Cour de la Haye²²¹⁸. L'existence de plusieurs juridictions internationales nées de conventions distinctes et ayant confié à des tribunaux spéciaux le soin de fixer leurs procédures invite à une harmonisation de ces diverses procédures par un seul et même organe. Pour atteindre un tel résultat dans le cadre de la protection des libertés fondamentales, il serait judicieux que le droit international public s'inspire du changement intervenu à la CJCE lorsque celle-ci a modifié sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux et a décidé de prendre ceux-ci en considération en tant que principes généraux du droit²²¹⁹. La codification de ces procédures passerait ainsi à travers l'identification de ceux des droits qui seraient consacrés au titre des principes généraux par la CIJ. Il appartient désormais à cet organe de construire un système qui

²²¹⁵ Les Nations Unies et la Formation du droit : Relativisme culturel et idéologique et formation du droit international pour une époque de transition, Edward Mc WHINNEY, Pedone, UNESCO, Paris, 1986, 292 p.

²²¹⁶ Cf. La codification du droit international, *op.cit.*, p. 302.

²²¹⁷ Il faut signaler à ce sujet que la Commission de droit international avait toujours, jusqu'en 1961, inséré dans ses projets de conventions un dispositif à la saisine de la CIJ par requête unilatérale afin de faciliter le règlement des différends en cas l'absence de toute clause standard. Les Etats mirent fin à ce mouvement lors de la conférence diplomatique de 1961, lui préférant un système facultatif.

²²¹⁸ Voir Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Le règlement des différends dans l'œuvre de la Commission du droit international : vers une codification progressive ? », *Mélanges Gilbert APOLIS*, p. 29 à 46.

²²¹⁹ Arrêt du 14 mai 1974, *Nold*, affaire 4/73, rec. 491

permettrait de contrôler le respect des droits fondamentaux tout en laissant une large place à la coopération internationale, notamment en évitant d'entraver le rôle joué par les organisations internationales.

Et, c'est justement cette faculté d'appréciation du juge qui lui permet de dire si oui ou non un Etat est respectueux d'une règle coutumière voire même de consacrer une certaine pratique des Etats en règle coutumière. Ainsi par exemple, la Cour n'hésite pas à aller très loin et à donner à certaines règles coutumières un rang supérieur. On se souvient par exemple du célèbre passage de son arrêt dans l'affaire de la Barcelona Traction concernant les obligations *erga omnes*²²²⁰. De même dans son arrêt relatif au *personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour souligne, à propos de certaines règles du droit diplomatique « ... l'extrême importance des principes de droit dont elle est amenée à faire application dans la présente affaire »²²²¹. Par ailleurs, dans l'affaire *Burkina-Faso/Mali*, elle estime que : « Le principe de *l'ulti possidetis* s'est maintenu au rang des principes juridiques les plus importants »²²²². Enfin, on ne peut omettre de souligner ici son affirmation dans son arrêt relatif aux *activités militaires des Etats-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*, selon laquelle les principes généraux du droit humanitaire doivent être respectés « en toute circonstance »²²²³, ce qui leur confère un caractère supérieur et les rend insusceptibles de dérogation. Il convient de noter que dans ces différents exemples, jamais la Cour n'a tenté de démontrer en quoi, juridiquement, une telle norme serait supérieure aux autres, se limitant simplement à indiquer aux Etats un certain nombre de règles qui lui paraissent fondamentales pour le bon fonctionnement de la Société internationale. Ce qui a fait dire à certains auteurs que, dans sa fonction interprétative du droit international, la Cour se plaçait davantage sur un plan éthique que juridique²²²⁴.

Dans le second cas, le juge international prendrait la casquette d'un auxiliaire du codificateur en ce sens qu'il fournirait à ce dernier des arrêts ou avis susceptibles de le guider. En d'autres termes, la Cour ayant mission de confirmer ou non la pratique antérieure des Etats à travers les arrêts qu'elle rend, il reviendrait à la Commission de droit international de partir de la jurisprudence de la Cour pour faire œuvre de codification et même, dans certains cas, développer progressivement le droit international. C'est justement cette attitude que la Commission a exprimé lorsque, à la suite de l'avis consultatif de la CIJ du 28 mai 1951 sur les questions des réserves au traité²²²⁵, elle s'est chargée

²²²⁰ CIJ Recueil (1970), p. 32.

²²²¹ CIJ Recueil (1980), p. 42.

²²²² CIJ Recueil (1986), p. 566.

²²²³ CIJ Recueil (1986), p. 114.

²²²⁴ Voir Philippe CAHIER, *op.cit.*, p. 356.

²²²⁵ La Cour internationale de justice répondait ainsi à une question de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant les effets des réserves apportées par divers Etats à la convention sur le génocide ; cf. *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ, Recueil, 1951, p. 29.

d'examiner ces questions et les soumettre dans son rapport de 1951. Au départ, l'approche retenue par la Commission dans son rapport allait à l'encontre de celle rendue par la CIJ dans son avis de 1951²²²⁶. Il aura fallu un changement de rapporteur sur cette question pour que la CDI modifie son approche et s'aligne sur celle de la Cour en adoptant, dans la convention de Vienne du 23 mai 1969, le critère de compatibilité retenu par la Cour depuis 1951. D'autres exemples mettant en avant le même processus peuvent être cités dans d'autres domaines, notamment dans le cadre de l'article 32 de la Convention de Vienne qui limite le rôle des travaux préparatoires dans l'interprétation des traités en s'inspirant d'une solution adoptée par la Cour dans son avis consultatif du 3 mars 1950 sur *la compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*²²²⁷. Tout comme l'article 7 de la Convention de Montego Bay qui retient, pour le tracé de la mer territoriale, le système des lignes de base droite consacré par la Cour le 18 décembre 1951 dans *l'affaire des Pêcheries ayant opposé la Norvège et le Royaume-Uni*²²²⁸.

Enfin dans le troisième cas, le juge international se poserait en juge de la codification puisque c'est à lui que reviendrait la mission d'exercer un contrôle juridictionnel en appréciant l'œuvre du codificateur ou encore en prenant position sur les travaux menés par ce dernier. Ainsi par exemple, lorsqu'elle est saisie pour se prononcer sur un texte liant deux ou plusieurs parties, le juge devrait avant tout se demander s'il s'agit d'un texte conventionnel qui lie les Etats au différend ou si ces derniers ne sont pas liés par ledit texte. Dans le premier cas, le juge applique immédiatement le texte en ayant, si la situation l'exige, recours aux travaux préparatoires ; dans le second cas, le juge cherche à savoir si le texte reflète une règle coutumière préexistante à la codification et donc opposable à ces Etats. Il peut également s'agir d'une coutume en voie de formation qui s'est cristallisée lors de la codification ou encore prenant naissance à partir du texte codifié du fait de la pratique des Etats et d'une *opinio juris* subséquente²²²⁹. Cependant, il existe également des circonstances dans lesquelles la codification ne traduit pas, *a fortiori*, un droit coutumier antérieur bien établi, mais conduit à la cristallisation d'un droit en cours de formation (Affaire du plateau continental de la mer du Nord).

²²²⁶ Dans son avis, la Cour avait estimé : « que l'Etat qui a formulé et maintenu une réserve à laquelle une ou plusieurs parties à la Convention font objection, les autres parties n'en faisant pas, peut être considéré à la Convention si ladite réserve est compatible avec l'objet et le but de celle-ci ; il ne peut l'être dans le cas contraire ». Pour sa part, la CDI avait plutôt recommandé de maintenir la règle traditionnelle de la Société des Nations selon laquelle, dans un traité multilatéral, les réserves devaient être acceptées par les parties unanimes, au risque de rendre la convention caduque vis-à-vis de l'Etat qui a formulé la réserve.

²²²⁷ CIJ, *Recueil*, 1950, p. 8.

²²²⁸ CIJ, *Recueil*, 1951, p. 116.

²²²⁹ Voir par exemple l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, p. 95, § 177.

Finalement, ces trois rôles que le juge international serait appelé de plus en plus à jouer sont résumés dans les propos de Mc WHINNEY pour qui les Etats du Tiers monde ont tardivement pris conscience de « *l'énorme potentiel de la CIJ en matière de formation du droit et des possibilités qu'elle a, par l'interprétation judiciaire, de normaliser et de transformer le droit international, à condition toutefois qu'elle ait en son sein des juges désireux de contribuer à une transformation fondamentale du droit pour répondre à la transformation fondamentale de la société* »²²³⁰. Ainsi, une jurisprudence constante de la CIJ devrait suppléer à l'insuffisance et combler les lacunes inévitables des législations et des textes internationaux ; ses décisions accumulées finiront par constituer une coutume jurisprudentielle adaptée aux exigences toujours changeantes de la vie moderne. Le juge international « endosse » en ce moment-là, le costume d'arbitre de l'application de la loi.

Conclusion du chapitre

En guise de conclusion de ce chapitre, retenons que l'unification du droit international public passe par de nouveaux modèles d'organisation planétaire car, même reliés entre eux par un processus d'interaction, les « amas » normatifs et judiciaires ne se transforment pas aisément en organisation suffisamment autonomes et stables pour constituer un ordre juridique²²³¹. En cela, le mystère de la gouvernance mondiale réserve encore beaucoup de surprises quant à l'évolution du droit international. Celui-ci tend de plus en plus vers un « constitutionalisme » comme cela existe au niveau national. Les transformations nouvelles qui s'opèrent dans la Société internationale affectent toute l'action formatrice du droit au niveau des Nations Unies, en particulier au Conseil de sécurité, à l'Assemblée générale, à la Commission de droit international et à la Cour internationale de justice. Le droit international, doit-on le rappeler, est indispensable pour le maintien de l'intégrité de la sécurité juridique internationale²²³². La principale question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir si un nouveau droit mondial est né, mettant en avant un « nouveau contrat social » ou plutôt doit-on penser que les internationalistes essaient d'introduire un nouveau droit entre le droit interne et le droit international ? Dans le cas d'un nouveau contrat social, il s'agit dans les faits de reconnaître l'existence d'un « droit commun de l'humanité »²²³³ alors que dans le cas d'un droit

²²³⁰ E. Mc WHINNEY, *op. cit.*, p. 75.

²²³¹ Mireille DELMAS-MARTY, « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit », in *Les forces imaginantes du droit*, Le Seuil, vol. 2, p. 480.

²²³² M. GENNADY V. KUZMIN (*Fédération de Russie*), Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-huitième session, Assemblée générale, AG/J/3308, Genève, 2005.

²²³³ *Ibidem*, p. 2.

« intermédiaire », il s'agira de distinguer désormais plusieurs formes juridiques au niveau international, impliquant chacun des problèmes bien spécifiques.

De manière globale, on ne peut que s'aligner sur la position d'Edwards McWHINNEY²²³⁴ pour qui la période actuelle du droit international représente une « *époque de transition entre un système ancien d'ordre public mondial et un nouveau système en voie de formation* ». De toute évidence, l'affrontement entre le droit international et les forces issues de la mondialisation débouchera soit sur le renforcement de l'application du droit international contemporain et son développement progressif, soit sur sa substitution par un nouveau système juridique²²³⁵.

²²³⁴ Cf. Edwards Mc WHINNEY, « Les Nations Unies et la formation du droit », Pedone/Unesco, 1986, 292p.

²²³⁵ Système qui serait caractérisé par le monopole d'une seule superpuissance sur le plan politique, et par la *lex mercatoria* sur le plan économique, voir à ce propos Marcel G. KOHEN, *op.cit.*, p. 128.

Conclusion du Titre II

Comme on peut l'observer, le droit international présente aujourd'hui la situation d'un droit affaibli par son sur-développement²²³⁶. La Société internationale étant en pleine mutation, le droit international ne peut que s'adapter à cette mutation. Déjà par le passé, les intellectuels qui ont élaborés les textes internationaux se sont efforcés de créer des liens entre l'ordre juridique mondial et les forces sociales et psychologiques de leur temps, de codifier cet ordre, d'en extraire les principes directeurs et de le structurer en nouvelles institutions. Il appartient donc aux nouvelles générations de juristes de s'interroger sur les raisons et de comprendre comment les projets de régulation des relations internationales ont pu paraître cohérents pendant si longtemps afin de s'en inspirer et susciter un renouvellement de réflexion en adéquation avec le monde dans lequel ils évoluent. D'autre part, la codification constitue un facteur essentiel de l'évolution du droit international car elle contribue à son progrès. Mais des contradictions peuvent exister du fait de l'œuvre de codification et là encore, il appartient aux juristes de savoir tirer les meilleures harmonies de cette contradiction.

Ce qui serait intéressant à nos yeux, c'est de voir se développer un arsenal juridique plus volumineux et encore plus obligatoire à l'encontre des Etats et des autres acteurs impliqués en droit international. Seront développées les normes que l'on peut dire péremptoires²²³⁷ c'est-à-dire l'affirmation de nouvelles règles²²³⁸ de codification destinées à accompagner les mutations actuelles. Certes, il ne faut pas enlever de l'esprit la thèse historique de SAVIGNY qui mettait en garde contre les dangers d'une « codification prématurée » de certains sujets en droit international, mais cette critique était dirigée contre les actes généralisés et universels de codification et ne visait pas à empêcher l'élaboration d'actes législatifs spécifiques destinés à régler certaines questions sociales urgentes génératrices de tensions dont l'imminence de la solution juridique ne pouvait être retardée. Il y a donc une indispensable distinction méthodologique à opérer entre une codification universelle et des actes de codification spécifiques qui sont accomplis par étapes et rien n'empêche absolument à la CDI d'aborder les sujets « difficiles et techniques » relevant de cette deuxième

²²³⁶ Voir à titre d'exemple, V. KANWAR, « International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System », *Critical Sense*, Special Issue on States of Emergency, 2004, p. 44 : « *The new disorder is not the anarchical society of atomized states and inadequate cooperation, but the heterarchical proliferation of disparate international and regional regimes, institutions, and jurisdictions* ».

²²³⁷ Antoine KELIA-MBE MINDUA « Normes péremptoires du droit international et Etat de droit en Afrique », *Revue africaine de droit international et comparé*, juin 1998, t.10, n°2, p.216 et s.

²²³⁸ La IIIe Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, si elle a effectivement permis de codifier par exemple les règles relatives à la largeur de la mer territoriale, a fait acte de développement du droit en consacrant l'existence de la Zone Économique Exclusive.

catégorie. C'est d'ailleurs suite à une telle logique que dans une lettre adressée le 6 octobre 1997 au Secrétaire général des Nations Unies, le professeur Alain PELLET, alors président de la 49 session de la Commission de droit international, estimait que l'œuvre de codification « *n'est pas achevée et que sa poursuite doit constituer l'un des objectifs majeurs de l'Organisation durant les années et, probablement, les décennies à venir* »²²³⁹.

Ainsi que l'enseignait Georges ABI-SAAB, « *en droit international public, ce n'est pas la connaissance ni les modèles qui manquent mais le degré de solidarité ou de volonté sociale requise pour passer à une structure plus perfectionnée de gestion juridique* »²²⁴⁰. En cela, l'heure a peut-être sonnée pour la CDI de démentir les propos du juriste américain Mc WHINNEY au goût duquel la CDI apparaît trop « *modérée, prudente et conservatrice* »²²⁴¹, estimant que cette dernière fait preuve, dans sa méthode de travail, de « *méticulosité excessive* » et « *manque d'imagination, de créativité scientifique et de courage civique* »²²⁴². Selon l'auteur, la CDI est au service, pour l'essentiel, d'une codification de questions de droit « secondaires » comparées au besoin urgent de renouvellement normatif et se « *contente de rester à la périphérie des événements majeurs* »²²⁴³. Ainsi que l'avait exprimé la délégation égyptienne lors des travaux de l'UNITAR de 1981 sur la réforme de la CDI, « *il importe que la CDI renonce à l'esprit traditionaliste qui l'a caractérisée jusqu'à présent pour s'attaquer aux problèmes du monde moderne et qu'elle se montre plus audacieuse* »²²⁴⁴. Elle dispose, pour se faire, d'un cadre juridique particulier qui, tout en lui permettant de composer avec les nécessités conjoncturelles nationales comme internationales, lui donne les voies pour s'accommoder au mieux avec les principes de la raison universelle et à la généralité de la nature humaine.

²²³⁹ Voir *La codification du droit international*, Colloque de la SFDI de 1999, *op.cit.*, p. 155.

²²⁴⁰ G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, Recueil des cours de droit international, La Haye, 1987, vol. VII, t. 207, p. 125.

²²⁴¹ E. Mc WHINNEY, *op.cit.* p. 121.

²²⁴² *Idem.*

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ L'idée avait été soulevée par la Délégation égyptienne lors des travaux de la CDI du 24 juillet 1981, cf. Yves DAUDET, La Commission de Droit international des Nations Unies, In *Annuaire français de droit international*, vol. 27, 1981, pp. 463.

Conclusion de la deuxième partie

Tout au long de cette étude, l'attention a été portée sur le fait que les mutations profondes qui ont affectées les systèmes de normes en droit international ont favorisé une densification sans précédent des interrelations entre les différents systèmes de normes en cause. La principale difficulté ici vient du fait que le droit international n'a pas prévu un concept général qui puisse venir régler les différents conflits qui surgissent entre les normes générales et les normes spéciales, ou encore entre normes des différents sous-systèmes. La solution viendrait-elle d'une codification générale plus coordonnée ou alors d'une hiérarchisation plus poussée des normes internationales et d'une plus grande coordination entre les juridictions internationales ?

Dans le cas où les acteurs et sujets du droit international se pencheraient pour une codification générale plus coordonnée, cela impliquerait nécessairement d'organiser des compétences générales et des compétences spécifiques aussi bien en matière de codification qu'en matière juridictionnelle (coordination entre juridictions internationales relevant de différents sous-systèmes normatifs). Cette solution verrait alors, dans chacun des domaines considérés, la reconnaissance d'un organe, d'une juridiction, auquel devrait échoir un rôle d'encadrement voir de contrôle sur les actes posés par les autres organes évoluant dans la même sphère, puisqu'il jouerait un rôle de « généraliste ». Toutefois, cette entreprise doit se concevoir suivant une formule suffisamment flexible qui intègre tous les acteurs et permet d'accentuer le processus d'intégration des normes dans l'ordre et le système juridiques internationaux. Autrement dit, l'unité de l'ordre juridique international ne peut être conservé et rendu effectif que par ceux qui sont chargé de l'élaboration des normes générales du droit international d'une part et, d'autre part, de ceux qui sont chargés de son respect et de son application, à savoir les juges internationaux. Comme l'affirme Mireille DELMAS-MARTY, le droit peut jouer un rôle pour réduire le désordre et contribuer ainsi à l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs. Mais pour cela, la réponse est à rechercher dans une double perspective : ordonner les valeurs et permettre de juger, donc de responsabiliser les acteurs.

Si le choix de ces mêmes acteurs allait plutôt dans le sens d'un renforcement de la hiérarchie entre les normes internationales, leur action aboutirait à une restructuration du droit international et les rapports internationaux en influençant son rôle, sa force obligatoire, les mécanismes de sa mise en œuvre et les voies de sa formation. Bien que constituant à ce jour l'un des sujets sans doute les plus polémiques de la doctrine internationaliste, la hiérarchisation de l'ordre juridique international présente un intérêt considérable en ce XXI^e siècle et constitue un des défis majeurs du droit international contemporain. Dans son étude de 2000, la CDI a montré que l'absence de hiérarchie

posait une carence à la crédibilité, à la fiabilité et par conséquent, à l'autorité du droit international. La CDI avait ainsi proposé l'élaboration d'une nouvelle convention pour régler ces conflits. Dans un autre rapport élaboré en 2004²²⁴⁵, la CDI a étudié les questions de la *lex specialis*, des régimes autonomes et des conflits de normes. Le Groupe d'étude a finalement interprété que la hiérarchie reflétait le développement du droit²²⁴⁶ et a soutenu qu'une certaine hiérarchie devrait être développée aux fins des techniques de règles de conflits. De manière générale, l'effet recherché dans un besoin de hiérarchisation est évidemment celui de maintenir l'unité et de parer à la fragmentation de l'ordre juridique international. Ce qui passe par « une tentative de hiérarchisation de l'ordre juridique » en confortant la faible hiérarchie qui a été instituée conventionnellement par les Etats dans la Charte, puis réaffirmée par les juges de la Cour internationale de Justice et une partie de la doctrine contemporaine. L'objectif est de ramener à l'unité les différents ensembles normatifs existants en droit international ou à tout le moins les coordonner autour de quelques axiomes de base en raccordant systématiquement les principes émergents de chaque sous-système ou régime spécial au régime global.

Dans un cas comme dans l'autre, l'action de la Commission du droit international sera sollicitée : d'un côté, elle pourrait agir comme l'organe suprême en matière de codification (recadrant et accompagnant les autres organes dans leur processus de codification des règles internationales). Dès lors, il lui reviendra d'adapter les règles existantes aux nouveaux besoins de la Société internationale. De l'autre côté, grâce à son action, elle pourrait utiliser tous les aboutissements du droit conventionnel et du droit coutumier, de la pratique des Etats, de la jurisprudence internationale et de la doctrine pour proposer aux Etats un système juridique international hiérarchisé. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle pourrait trouver l'inspiration qui l'amènerait à bâtir un système juridique international qui reflète, le plus efficacement possible, le droit international dans l'intérêt de la Communauté internationale dans son ensemble.

²²⁴⁵ Commission du droit international (CDI), *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Chap. X, 56e Session, 2004, 265 à la p. 284.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 306.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le développement et l'expansion du droit international ont entraîné un enchevêtrement inextricable de règles et de pratiques, qui ne cesse de s'accroître au fil du temps. Suite aux changements de conditions de la vie sociale, les normes juridiques ont évoluées, causant le vieillissement de certaines d'entre elles et le renouvellement ou l'élaboration de nouvelles. Mais le manque d'unité dans les pratiques internationales de formation de ces normes a fini par créer comme un sentiment d'insécurité et donc, un manque de confiance entre les Etats, qui s'est répercuté aussi bien dans le système que dans l'ordre juridique international. Ce qui, *mutatis mutandis*, confirme l'idée selon laquelle le droit international serait un champ de croisement d'intérêts entre des Etats puissants qui aspirent à maîtriser les relations internationales ; des Etats émergents qui voudraient s'y affirmer ou à s'y frayer un passage ainsi que ceux qui pensent y trouver un moyen de faire entendre leur voix et, enfin, ceux qui essaient de combattre le « mal » au niveau international en essayant de faire conformer tous les autres acteurs au « bien » pour la défense des intérêts d'une communauté internationale elle-même en mal de reconnaissance.

Comme on pouvait aisément l'imaginer, l'adéquation entre tous ces intérêts a provoqué une crise d'adaptation dont la gravité provient de ce que sa solution n'exige pas seulement l'élaboration de règles nouvelles et plus nombreuses, mais elle met également en cause la structure même du droit international, de l'ordre juridique international et, plus encore, ses bases philosophiques et politiques. De manière générale, la fragmentation fait suite à ce constat d'un développement particulier du droit international qui, construit par adjonctions successives d'engagements interétatiques relatifs à des domaines distincts, sans législateur centralisé, et pourvu d'un nombre croissant d'organes de règlement de différends, n'est que la somme de ces engagements et non un système cohérent les incorporant et les agençant harmonieusement en son sein. Ce qui donne lieu à un triple constat :

Le premier constat qu'on peut faire est celui qui concerne l'effondrement de la confiance dans la science juridique propre au DIP du XXI^e siècle, et de laquelle a surgit aussi bien le paradigme de la règle de conflit des lois et celui de l'unité du DIP. En effet, cette confiance n'est plus la même de nos jours vu que la science du droit est confronté à un renouvellement perpétuel qui le pousse à rechercher des nouveaux fondements et de nouvelles méthodes, soit dans le langage et

l'interprétation, soit dans de nouvelles possibilités de conduire et de construire un nouveau système par l'intégration de nouvelles données sociales ou de nouvelles valeurs juridiques, soit enfin dans l'orientation vers une analyse économique du droit, pour n'indiquer ici que ces quelques tendances. La société internationale actuelle étant totalement différente de celle qui a vu naître le droit international traditionnel, il n'est pas surprenant que certains auteurs puissent parler tantôt de sa « crise » à travers sa fragmentation, tantôt de la nécessité de son renouvellement. Les deux attitudes ne sont pas incompatibles d'autant plus qu'elles favorisent et sont à l'origine, il est vrai à des degrés divers, des effets possibles de ces changements. Quoiqu'il en soit, tout cela montre à suffisance que la science du DIP est marquée par une « période transitoire » qui va se poursuivre jusqu'à ce que ce droit trouve comme postulat un nouveau paradigme faisant l'objet d'une acceptation générale par la doctrine dans son ensemble.

Ensuite, l'examen des éléments de fragmentation aura aussi permis de mettre en relief certaines tendances actuelles du DIP. La première d'entre elles porte sur son aspect normatif qui se rattache, de plus en plus, aux techniques de réglementation utilisées par les règles de droit international privé et, il faut le rappeler, sont considérées comme une « anomalie » par une partie de la doctrine du fait de l'existence de différents types de règles dans le système juridique. A cela, on peut ajouter un autre aspect normatif qui a pris du poids au fil du temps : la pluralité des sources des règles du droit international, car, à côté des règles de sources coutumières ou interétatiques, on trouve désormais des règles d'origine institutionnelle, édictées la plupart du temps par les organes des institutions internationales. Ces deux tendances viennent confirmer la tendance à la complexité des règles composant le système juridique international actuel avec comme corollaire la circulation et la diffusion de concepts juridiques uniformes dans les divers espaces normatifs accompagné d'une tendance à la singularisation des concepts lors de leur réception dans chaque espace normatif.

Enfin, les critiques faites par la doctrine de part et d'autre peuvent servir à mettre en exergue deux autres tendances actuelles du DIP liées à la finalité générale que poursuit le droit international contemporain ou plutôt, si l'on préfère, à ses fonctions possibles. L'une s'oriente vers une flexibilisation de la localisation de la règle de droit en tenant compte de la considération des données de la réalité sociale, qui est présente dans les rattachements utilisés par les règles de résolution des conflits de lois avec la logique d'apporter des corrections au modèle de localisation prévu par le législateur. Ce qui induit désormais un rôle plus accru du juge international dans la production des règles de droit. L'autre tendance conduit, par les voies diverses, à la « matérialisation » du DIP, voire même à la recherche d'un résultat satisfaisant dans la réglementation des rapports entre acteurs internationaux.

Au demeurant, pris par les « effluves » de la mondialisation et ses conséquences dans les rapports humanitaires, il ne serait pas abusif d'affirmer aujourd'hui que le droit international fait face à sa propre dérégulation. En effet, même si toutes les normes actuellement applicables en droit international traduisent la formation d'une « *opinio juris* » à l'échelon mondial, il n'en demeure pas moins qu'elles induisent un risque de « cacophonie » préjudiciable à la sécurité juridique de l'ensemble des acteurs du droit international. Il importe dès lors tout en respectant l'idée d'un pluralisme juridique de ne pas perdre de vue que la rationalité juridique mais aussi la sécurité juridique imposent une certaine rationalité qui passe par un ordonnancement et par la nécessité de ne pas dévaluer à l'échelon international la règle de droit. C'est pourquoi, plus que par le passé, le droit international est appelé à s'adapter à son objet propre en favorisant un dialogue entre ses différentes sources ; dialogue qui tient compte des réalités et des implications sociales par rapport auxquelles se situe chaque norme considérée individuellement, mais aussi comme formant un tout avec les autres normes. Il admet également, comme il a été vu, la prise en compte des facteurs historiques, politiques et moraux. Mais toute la difficulté vient de ce que la Société internationale des Etats manque de « pouvoir exécutif » capable de centraliser les organes législatifs au niveau international.

Tout compte fait, l'analyse qui a été menée sur le phénomène de la fragmentation et des sources normatives diversifiées du droit international montre que les difficultés auxquelles on fait face aujourd'hui résident moins dans un vide que dans un trop plein juridique. Or, si l'universalité du droit international, principe essentiel de son fondement, ne saurait être remis en cause, le moment est venu de repenser le cadre même du droit, d'articuler les grands ensembles actuellement en construction, d'en repérer les lignes de force comme les points de fragilité, surtout que les anciens modèles ne fonctionnent plus ou sont devenus inadaptés aux pratiques actuelles. Cela passe avant tout par l'élaboration de règles internationales minimales capables d'aplanir les différences entre les intérêts divergents de la Communauté internationale et, d'articuler, entre elles, l'ensemble des « préférences collectives » pour aboutir à un ensemble de valeurs auxquelles la communauté internationale serait appelée à se reconnaître.

A certains égards, seule une organisation mondiale comme l'est l'Organisation des Nations Unies pourrait assumer une telle mission puisque pourvu d'instances et d'organes capables de jouer le rôle d'un « Gouvernement mondial ». Organisée sur la base d'un idéal commun bâti sur un certain nombre de principes et de valeurs universelles qui figurent dans la Charte, son acte fondateur, l'ONU met désormais l'être humain au centre des préoccupations du droit international comme en témoigne son expansion et son développement. Tout au long de cette étude, on a sans cesse vu intervenir trois grands facteurs ayant une influence sur l'élaboration du droit international à savoir : les normes juridiques fondamentales, données immédiates de la conscience humaine, qui peu à peu

se dégagent et se précisent et qui, inspirant et dominant toute l'œuvre législative, éclairent et guident la marche du droit international positif. C'est ensuite l'action consciente et volontaire de la technique, qui cherche à mettre en œuvre ces données et dont la codification est apparue comme la manifestation la plus accentuée. C'est enfin et surtout l'influence du temps qui seul permet à l'effort de la technique de traduire les normes fondamentales en des situations juridiques durables.

Il ne faut point omettre à l'esprit que codifier le droit c'est d'abord tenir compte des bouleversements de la société conduite vers de nouvelles normes qu'il importe d'adapter aux données présentes tout en lui conférant des caractères neufs, le tout dans une logique de rattachement des normes les unes par rapport aux autres. C'est pourquoi la codification, en tant que moyen de dégager des notions suffisamment générales se conçoit comme l'expression d'un droit naturel universel et d'un véritable « *jus commune* » valable aux yeux de tous les Etats. Et même si la présente étude a donné l'occasion de constater que la tendance est de plus en plus tournée vers la création de statuts spéciaux qui, pour tenir compte des situations particulières, conduisent à un véritable effritement du droit international, la codification continue d'exercer normalement une fonction de stabilisation du droit. Cela explique, par ailleurs, que cette notion ait connu une extension et que les méthodes et les techniques de codification du principal organe des Nations Unies chargé du « développement progressif du droit international et de sa codification » fassent l'objet d'un examen accru de la part de la doctrine. On peut même constater que certains auteurs vont jusqu'à demander une nouvelle réforme du statut de la CDI et, parfois même, une modification de l'article 13§2 de la Charte, n'hésitant pas à qualifier la démarche actuelle de codification de « contraire » à celle qui avait animé les rédacteurs de la Charte.

A ce titre, la codification constitue un élément fondamental pour l'instauration d'un droit commun telle que prônée par les Nations Unies et apparaît comme un moyen d'enrayer toutes les dérives normatives observables en droit international, pourvu qu'elle soit renouvelée dans sa vocation, ses objectifs et ses méthodes. Toutefois, deux critiques majeures peuvent être adressées à une telle entreprise. Tout d'abord, elle pourrait relever d'un absolutisme politique qui semble pour certains contradictoire avec le fonctionnement de la démocratie pluraliste contemporaine. En effet, la prise en compte des multiples intérêts sociaux et la prolifération d'experts et de *lobbies* qui les soutiennent alourdissent considérablement les processus d'élaboration du droit. Par réaction, ceux-ci deviennent dominés par des activités bureaucratiques dont les « commissions d'experts » ne sont que l'instrument scientifique de légitimation de décisions politiques. La seconde critique porte sur la rigidité juridique qu'impose la codification.

Fort heureusement, les choses ont bien évolué puisque, la conception linéaire et continue du temps semble de plus en plus inadéquate pour penser et structurer les régulations contemporaines qui

appellent davantage des instruments ouverts et des procédures de fixation de règles que des instruments clos et prétendant définir la substance des enjeux et réponses. L'adoption d'instruments ouverts et de procédures de fixation de règles est, par certains côtés, ce que l'on pouvait attendre de l'adoption de standards juridiques et procéduraux dans le cadre de l'intégration des sous-systèmes dans le système général.

On le voit donc, cette étude avait pour ambition, tout en identifiant les principaux effets pervers qui se posent du fait de la fragmentation, d'indiquer des voies et moyens « d'ordonner le multiple », de manière à instaurer un équilibre et une harmonie entre des espaces normatifs qui évoluent selon des vitesses différentes et à concilier la rigueur et la flexibilité des règles et des institutions concernées. Etant donné qu'aucun système juridique présentant une incohérence générale ne saurait assurer l'égalité de traitement de ses sujets de droit, on a, de manière parfois osée, « défoncer » des portes déjà ouvertes par la doctrine, mais au-delà desquelles personne n'a parfois jamais osé s'aventurer. Certes, la présente étude n'avait pas la prétention d'analyser l'ensemble des mécanismes qui pourraient être mis en place par l'ONU pour favoriser l'harmonie du droit international au regard de sa situation actuelle. L'objectif se limitait juste à montrer dans quelle mesure le processus législatif d'édiction des normes universelles, dites fondamentales, pourrait s'adapter aux problématiques juridiques du monde d'aujourd'hui.

Relevons également que l'étude présentée ici n'a certainement pas tranché le débat de la fragmentation, encore moins celui d'une reconquête de l'unité du droit international et, partant, de la cohérence du système juridique international dans son ensemble. D'ailleurs, tel n'était pas l'objectif à atteindre. Elle entendait spécialement contribuer à cadrer le nouvel ordre recherché dans une perspective d'ensemble et à faire assumer une mission utile aux juristes afin que chacun puisse contribuer à l'effort pour éclairer tous les facteurs qui peuvent soit aider, soit nuire à la réalisation d'une vision globale et acceptée du droit international contemporain. La nécessité des juristes de repenser l'ordre juridique international en tant que fondement de tous les autres systèmes qui se meuvent au sein du droit international était, à cet effet, plus que souhaitée pour asseoir leur rôle décisif.

Ce qui reste pertinent, c'est le message envoyé auprès de tous les internationalistes, qu'ils soient juges, experts, professeurs ou chercheurs, de se pencher sur la détermination de règles et principes nécessaires à la sauvegarde de la planète et de l'humanité et à imposer leur respect à l'ensemble de la communauté internationale, avec des méthodes légitimes acceptées par tous les acteurs. En cela, gageons que l'étude aura permis de dégager certains éléments essentiels allant dans le sens de la construction d'un renouvellement des principes fondamentaux du droit international. Notamment dans un monde en perpétuel changement où, les conflits internationaux (exemples de l'Irak, de

l'Afghanistan ou de la Libye), nationaux (exemple de la Côte-d'Ivoire, de la Syrie, de la RDC) ou encore les crises et les revendications populaires (Iran, Tunisie, Egypte, Gabon, etc.) n'ont pas fini de redessiner le nouvel ordre mondial.

Sujet : « La fragmentation du droit international : l'œuvre de codification à la lumière de la fragmentation du droit international ».

Le phénomène de fragmentation reste assez complexe et se trouve mêlé à celui d'internormativité en ce sens qu'il englobe l'étude de la relation entre droit et société et, notamment, le droit international en tant que système juridique. La présente étude constitue, de manière générale, un essai sur l'œuvre de codification et de développement du droit international, en prenant en compte les récentes évolutions du droit international symbolisés dans ce que l'on qualifie, de plus en plus, de fragmentation du droit international. L'hypothèse gravite autour de l'extraordinaire expansion que connaît cette discipline depuis près de cinquante ans et des changements survenus au niveau de ce qu'on appelle communément la « Communauté internationale ». L'intérêt est suscité par l'évolution des méthodes d'élaboration des normes du droit international, notamment du fait de la multiplication des organes compétents de l'ONU et le besoin de trouver des solutions pratiques au phénomène des conflits normatifs au niveau international. Ce sont là les deux conséquences (législative et institutionnelle) du phénomène de fragmentation qui menacent aujourd'hui l'ordre juridique international et l'unité du droit international. Il semble donc normal, compte tenu de cette situation, que se produise un nouvel essor de l'idée de codification du droit international.

Mots clés : droit international, codification, fragmentation, unité, cohérence du droit international, pluralisme juridique, internormativité, normes internationales générales, normes spéciales, régimes spéciaux ou autonomes, expansion du droit international, diversité d'acteurs, multiplication des tribunaux internationaux, Commission de droit international, juridictions internationales, etc...

Subject: “The codification of international law in the light of its fragmentation”

The phenomenon of fragmentation is quite complex and is involved in the phenomenon of internormativity in so much as it includes the study of the relationship between law and society and, in particular, international law as a legal system. This study is, as a general, an essay on the work of codification and progressive development of international law as embodied in the practice of the International Law Commission, taking into account recent developments in international law symbolized in what is termed, increasingly, fragmentation of international law. The case revolves around the extraordinary expansion that this discipline has being knowing for nearly fifty years now and around the changes affecting what is commonly called the 'international community'. The interest is generated by the evolution of methods for the development of international law, owing in particular to the multiplication of the competent organs of the UN and the need to find practical solutions to the phenomenon of normative conflicts at the international level. These are two consequences (legal and institutional) of the phenomenon of fragmentation that now has come to threaten the international legal order and the unity of international law. Therefore, given this situation, the need for a strengthening of the concept of codification of international.