

LA FRAGMENTATION DU DROIT APPLICABLE AUX RELATIONS INTERNATIONALES

REMARQUES INTRODUCTIVES
DE L'INTERNATIONALISTE PUBLICISTE

CHARLES LEBEN

*Professeur émérite de l'Université Paris II
(Panthéon-Assas)*

Le 26 octobre 2000, le président de la Cour internationale de Justice, le juge Gilbert Guillaume, qui présentait le rapport d'activité de la Cour pour l'année écoulée devant l'Assemblée générale des Nations Unies, attirait l'attention de l'Assemblée de façon assez solennelle et pressante, sur « la prolifération des tribunaux internationaux ». Cette prolifération serait susceptible, selon le président de la Cour, de conduire à des jurisprudences contradictoires et il donnait comme exemple l'affaire *Tadic* jugée par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. Celui-ci aurait donné à la question des « conditions dans lesquelles la responsabilité des Etats peut-être engagée du fait de leurs activités en territoire étranger » une réponse différente de celle donnée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua*¹.

S'adressant aux magistrats siégeant dans les différentes juridictions internationales, il leur demandait de « prendre conscience du danger de fragmentation du droit pouvant conduire à une incohérence jurisprudentielle née de la multiplication des tribunaux » et en appelait à un « dialogue interjudiciaire ».

Je ne sais pas si cet appel a donné lieu à des dialogues interjudiciaires fructueux mais il a en tout cas provoqué une avalanche d'articles de doctrine sur la question de l'unité et de la fragmentation du droit international².

¹ Alors que dans l'affaire *Nicaragua* la « Cour avait estimé que ces derniers [les Etats-Unis] ne pouvaient être tenus pour responsables des activités des *contras* au Nicaragua que dans la mesure où ils en avaient eu le 'contrôle effectif' », le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie avait adopté, après avoir critiqué la solution donnée par la CIJ, « un critère moins strict et a substitué au concept de 'contrôle effectif' celui de 'contrôle général', élargissant ainsi les conditions dans lesquelles la responsabilité des Etats peut être engagée du fait de leurs activités en territoire étranger. »

² Pour un bref aperçu du débat dans la doctrine, v. B. Conforti, « Unité et fragmentation du droit international : 'Glissez, mortels, n'appuyez pas' ! », *RGDIP*, 2007/1, pp. 5-18 ; P.-M. Dupuy, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international »,

CH. LEBEN

La Commission du droit international avait de son côté établi, dès 2000, un groupe d'étude sous la présidence de Martti Koskenniemi, qui a travaillé sur « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »³. Le rapport élaboré par le groupe a été diversement accueilli⁴.

En réalité toute la discussion sur l'unité et la fragmentation du droit international n'est pas aussi neuve qu'on pourrait le croire dans un premier temps. Un bon article historique récent fait même remonter au XIX^{ème} siècle cette interrogation qui accompagnerait l'évolution du droit international depuis 1870, sur presque toute son histoire⁵. La dialectique entre unité et fragmentation serait le reflet de la succession de périodes favorables au droit international, pendant lesquelles celui-ci est perçu comme un droit faisant système, en constante progression pour le bien de la société internationale, et de périodes où le droit international paraît se fragmenter à la suite de crises qui frappent cette société très régulièrement.

Mais est-on en présence d'une telle période de crise ? N'assiste-t-on pas au contraire à une formidable expansion du droit international qui dans divers domaines connaît non seulement un accroissement des règles substantielles (règles primaires) qui commandent la conduite des Etats mais aussi des mécanismes de règlement des différends qui permettent de sortir de l'invalidité historique et fondamentale du droit international classique à savoir l'énoncé de règles sans mécanisme d'interprétation et de sanction (ce qui est le propre d'un droit décentralisé).

Or existent désormais, au sein de l'ordre juridique international général des sous-systèmes qui, pour une discipline donnée, comportent à la fois des normes substantielles (conventionnelles le plus souvent) qui gouvernent le comportement des Etats et des dispositions sur le règlement obligatoire des différends qui ne laissent plus à la compétence unique de l'Etat l'interprétation des règles matérielles, la détermination d'une éventuelle violation de ces règles ainsi que (souvent mais pas toujours) la conséquence à attacher à une telle violation. Il suffit de penser ici au droit de l'OMC, ou au droit international des droits de l'homme, au droit pénal international ou au droit de la mer (en partie) ou encore au droit international des investissements. Et à cela on peut encore ajouter les régimes qu'on appelle auto-suffisants (*self-contained*) qui organisent eux-mêmes les mécanismes d'interprétation et de sanction de leurs règles⁶.

European Journal of Legal Studies, 2007/1, pp. 1-19 ; A. Reinisch, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : The Threat of Fragmentation vs. The promise of a More Effective System ? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration », in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (ed.), *International Law Between Universalisation and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijthoff, 2008, pp. 107-125.

³ AGNU, A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006.

⁴ Pour un jugement sévère, v. l'article précité de B. Conforti (*supra*, note 2) et pour un avis plus modéré, celui de P.-M. Dupuy (*id.*).

⁵ V. A.-Ch. Martineau, « The Rhetoric of Fragmentation : Fear and Faith in International Law », *Leiden Journal of International Law*, 2009, pp. 1-28.

⁶ V. I. Buffard, « Une relecture de la théorie des sous-systèmes en droit international », in *Mélanges*

REMARQUES INTRODUCTIVES DE L'INTERNATIONALISTE PUBLICISTE

Il est clair que ces différents sous-systèmes de droit ne sont pas coordonnés entre eux et qu'ils peuvent entrer en 'collision' en quelque sorte. L'exemple souvent donné est celui du droit de l'OMC dans ses rapports avec le droit de l'environnement⁷. On remarquera qu'au sein de cette organisation l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* comporte des dispositions qui visent à coordonner son régime avec celui des conventions classiques sur le droit de la propriété intellectuelle (conventions de Paris, de Berne, de Rome, etc.). Mais la plupart du temps rien n'est prévu pour une telle coordination et l'on peut aboutir effectivement à des contradictions.

C'est ce que craignait le président G. Guillaume s'agissant du droit de la responsabilité internationale. Il peut se faire également qu'une notion en formation se fraye un chemin dans divers sous-systèmes à la fois et se voie consacrée dans un de ces sous-systèmes et pas dans les autres. On peut évoquer par exemple la question de l'existence et de la définition du *jus cogens*, question qui a pu se poser aussi bien devant la Cour internationale de Justice que devant des juridictions du droit international des droits de l'homme, ou du droit pénal international, ou même devant des juridictions arbitrales du droit international des investissements⁸. On peut également penser à la question du principe de précaution évoquée aussi bien devant la Cour internationale de Justice (affaire *Gabcikovo-Nagymaros, Hongrie c. Slovaquie*, 25 septembre 1997) que devant l'ORD (affaire des *hormones*, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1998).

Il peut même se produire des collisions entre sous-systèmes qui au départ, étaient totalement étrangers les uns par rapport aux autres et semblaient n'avoir aucun point commun qui puisse les mettre en concurrence. Cela a été le cas du croisement surprenant du droit communautaire et du droit international des investissements. Il a fallu en effet attendre l'entrée au sein de l'Union des Etats d'Europe centrale pour voir apparaître le cas de figure inattendu de membres de l'Union liés entre eux par des traités bilatéraux de protection des investissements, ou liés à des Etats tiers par de telles conventions, ce qui soulevait du coup la question de leur compatibilité avec le droit communautaire⁹. Et pour rester avec le droit communautaire on sait qu'il existe une jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le caractère directement applicable des traités de Marrakech ou des décisions de l'ORD qui donne de ces textes une interprétation qui peut surprendre vue du côté des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel de l'ORD¹⁰.

Hafner, op. cit. (supra, note 2), pp. 13-40.

⁷ E. Vranes, *Trade and the Environment : Fundamentals Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 2009.

⁸ Pour la CIJ, v. *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002)*, arrêt du 3 février 2006, *CIJ Recueil 2006*, par. 64 ; pour la CJCE, v. *Kadi c. Conseil et Commission de l'Union européenne*, 12 septembre 2005, pt. 226 ; pour le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, affaire *Furundzija*, 10 décembre 1998, etc.

⁹ C. Kessedjian et Ch. Leben, *Le droit européen et l'investissement*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2009.

¹⁰ V. O. Gonfrier, *La politique commerciale de la Communauté européenne et de ses Etats membres à l'épreuve de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse, Paris II, 2007.

CH. LEBEN

Peut-on parler à partir de ces exemples d'une fragmentation du droit international ? Il faut d'abord remarquer que le mot fragmentation renvoie, selon *Le Robert*, à une idée de division, d'éclatement, de segmentation, toutes expressions qui ont une connotation négative. Ainsi, le droit international serait *divisé* en espaces normatifs non articulés les uns avec les autres, *éclatés* sans aucune coordination entre eux, *segmentés* entre secteurs spécialisés qui ne communiquent aucunement entre eux. L'état d'éparpillement du droit international serait tel que certains doutent même qu'il constitue un véritable ordre (ou système) juridique¹¹.

Mon sentiment est que ces craintes sont largement exagérées et que le droit international est et demeure un ordre juridique au sens plein du terme ce qui implique aussi une dimension unitaire qui n'est pas remise en cause du fait de l'existence en son sein de contradictions qui se rencontrent dans tout ordre juridique positif. Rappelons simplement ce qu'il faut entendre par ordre juridique, tant d'un point de vue formel que du point de vue matériel. Un ordre juridique est constitué, on prend ici la présentation de Hart, d'un ensemble de normes primaires qui régissent la conduite des sujets de droit et d'un ensemble de normes secondaires qui règlent la façon dont les normes primaires peuvent être élaborées, modifiées et appliquées par les organes d'application du droit¹². Parmi les règles secondaires figure la règle de reconnaissance qui permet au système de reconnaître ses propres normes, par exemple en indiquant quelles sont les sources aptes à produire ces normes.

Il est clair que le droit international est l'expression d'un ordre juridique international qui comporte à la fois des normes primaires, le droit international matériel dont l'importance va constamment croissant, et des normes secondaires sans lesquelles on ne pourrait concevoir ni droit coutumier ni droit conventionnel. La norme de reconnaissance du droit international (ou *mutatis mutandis*, la norme fondamentale chez Kelsen) institue la coutume comme source première du droit international et la règle *Pacta sunt servanda* comme permettant la construction de l'édifice du droit international dans sa totalité et sa complexité.

Par rapport aux ordres juridiques étatiques dont le champ d'application est le territoire de l'Etat, les normes du droit international général ont pour champ d'application soit l'ensemble de la planète pour les normes générales (coutume générale, principes généraux), soit l'ensemble des Etats parties à une convention internationale. On a donc là, comme dans tout ordre juridique, l'ordre juridique étatique par exemple, une combinaison entre des normes qui couvrent l'ensemble du champ d'application de l'ordre juridique (le territoire dans sa totalité pour l'Etat), on parle alors de normes centrales et, d'autre part, des normes qui ne s'appliquent que dans une partie du territoire (par exemple, normes communales,

¹¹ V. J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 85-105.

¹² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series, 2d ed., 1994, p. 79 ; Ch. Leben, « Ordre juridique », in D. Alland et St. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy et PUF, 2003, p. 1113.

REMARQUES INTRODUCTIVES DE L'INTERNATIONALISTE PUBLICISTE

normes régionales, etc.), on parle alors de normes décentralisées¹³. Ainsi, l'ordre juridique international est relativement centralisé tout comme l'ordre juridique étatique est relativement centralisé mais dans une proportion plus grande que l'ordre international. La simple différence est de degré et non de nature. Dans un ordre étatique il y a plus de normes centrales que de normes décentralisées et l'inverse pour l'ordre juridique international.

Du point de vue formel, donc, rien qui ne vient interdire la pensée d'un ordre juridique international. Mais d'un point de vue substantiel dira-t-on, n'est-on pas en présence d'une multitude de secteurs spécialisés qui se développent chacun séparément, selon une logique qu'on pourrait appeler fractionniste sans tenir compte des intérêts de la communauté internationale dans son ensemble et donc attentatoire à son unité ? Constatons d'abord que cette activité « fractionniste » signifie tout d'abord que des secteurs entiers des relations internationales sont couverts par des règles qui n'existaient qu'à peine il y a cinquante ans, et qu'il y a donc progrès du droit ne serait-ce que d'un simple point de vue quantitatif et cela me semble une chose importante.

D'autre part, doit-on se lamenter qu'il existe en droit français un droit civil et un droit commercial, un droit du travail et un droit pénal et même (et c'est là une « fragmentation » bien plus importante) un droit privé et un droit public ? Pourquoi se lamenter alors qu'il existe un droit international de l'environnement et un droit international des droits de l'homme, un droit international du commerce et un droit international de l'investissement, un droit pénal international et un droit international de la paix et de la sécurité collective, un droit international de la mer et un droit international de l'espace ?

Mais dira-t-on, au sein d'un Etat ces différents secteurs sont soumis au pouvoir d'interprétation en dernière instance d'une juridiction suprême (Cour suprême aux Etats-Unis, Cour de cassation et Conseil d'Etat en France). Mais même dans un pays comme la France, la centralisation de l'interprétation n'est pas nécessairement complète. Il peut y avoir des interprétations contradictoires entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, et l'instauration du Tribunal des conflits limite ce danger mais ne l'exclut pas. En outre il peut même y avoir des contradictions entre les différentes chambres d'une même juridiction (comme la Cour de cassation) et nous vivons aujourd'hui le début de l'instauration au sein de l'ordre juridique français d'une question prioritaire de constitutionnalité qui aboutira sans doute à la mise au jour de nouvelles contradictions d'interprétation avec les jurisprudences acquises de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

Une fois de plus la différence existant entre la constitution de l'ordre juridique international en branches spécialisées et la répartition du droit étatique en multiples spécialités et en juridictions distinctes est une différence de degré et non de nature. L'ordre juridique international n'est nullement remis en cause par

¹³ V. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 355 et s. ; Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948.

CH. LEBEN

le développement des branches spécialisées et le progrès de celles-ci est aussi, directement ou indirectement, le progrès du droit international en général.

Ce qui ne veut pas dire qu'on ne puisse pas se trouver devant des difficultés d'articulation entre normes différentes voire incompatibles appartenant aux diverses branches du droit international, aux différents sous-systèmes du système général mais ce sont là des difficultés pour lesquelles le droit international dispose sans doute (et d'ores-et-déjà) de mécanismes de solution ou les développera dans un proche avenir.