

**Un Débat Doctrinal à l'Ere de la Globalisation: Sur la Fragmentation
du Droit International**

Pierre-Marie Dupuy*

Le 27 octobre 2000, le Président de la Cour internationale de Justice monta à la tribune de l'Assemblée générale de l'ONU. Il devait, comme chaque année, lui présenter le rapport annuel de l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Ce que les délégations nationales entendirent ce jour là ne fut cependant pas un banal bilan administratif. Ce fut une mise en garde, sinon même un cri d'alarme. L'unité de ce que le Président Guillaume appelait spontanément l'ordre juridique international risquait d'être remise en cause pour laisser place à sa fragmentation. Le danger avait déjà été dénoncé dans les années précédentes de divers côtés;¹ pourtant, en l'an 2000, les propos du Président de la Cour officialisaient une préoccupation croissante, dont il était ainsi avéré qu'elle n'était plus seulement le fait de la doctrine. Depuis lors, le thème de la fragmentation du droit international semble bien être devenu l'une des questions ayant le plus intéressé la doctrine, en particulier en Europe et en Amérique du Nord. Elle a provoqué un nombre désormais presque incalculable de colloques, séminaires, livres, notes et notules divers. L'auteur de ces lignes y ayant lui-même consacré son projet de recherche à l'Institut Universitaire Européen comme son cours général à l'Académie de droit international de La Haye² aurait mauvaise grâce à critiquer ce qui, à l'échelle il est vrai très réduite du petit monde des internationalistes, prend des allures de phénomène social: la question de la fragmentation du droit international constitue par excellence le débat doctrinal à l'ère de la globalisation. Face à ce qui tend à devenir un lieu

* Chaire de droit international public, Institut Universitaire Européen et Université de Paris II (Panthéon-Assas).

¹ Parmi les travaux les plus précoces, voir en particulier **K. WELLENS**, "Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends", *N.Y.I.L.*, 1994, p. 3637; parmi les études les plus précoces, voir notamment **I. BROWNLIE**, "Problems Concerning the Unity of International Law", in *Le droit international à l'heure de sa codification: Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 156-sv.; **M. PEREZ GONZALEZ**, "En torno a la tension entre lo general y lo particular en Derecho de gentes", in *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 665-685; **P.M. DUPUY**, "Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international", in *Harmonie et contradiction en droit international: Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis; Colloque des 11-13 avril 1996*, Paris, Pedone, 1996, pp. 17-54. Voir aussi **O. CASANOVA**, *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001; "The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle", *N.Y. J.I.L.*, 1998-1999, pp. 679-sv.; "Diversity or Cacophony: New Sources of Norms in International Law", *Mich.J.I.L.*, 2003-2004, pp. 845-sv.; dans la production récente, voir en particulier **A. GATTINI**, "Un regard procédural sur la fragmentation du droit international", *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 303-336; **P.M. DUPUY**, "Préface", in **K. WELLENS et R. HUESA-VINAIXA**, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

² **P.M. DUPUY**, "L'unité de l'ordre juridique international", *R.C.A.D.I.*, 2002.

commun ou un pont aux ânes, il y a cependant lieu d'être vigilant. L'accroissement du nombre des participants à un débat relativement complexe n'est pas nécessairement un gage de sa clarification.

Pour tenter d'en définir les contours en revenant à l'essentiel, on examinera succinctement ci-après les causes du débat sur la fragmentation(I), son objet (II), ses enjeux (III), avant de conclure sur le fond du problème (IV).

I. Les causes du débat sur la fragmentation

Elles sont multiples. Certaines sont techniques; d'autres, politiques et culturelles. On évoquera ici surtout les premières, les secondes apparaissant plus loin, lorsqu'on évoquera les enjeux de la discussion. Il est essentiellement deux causes techniques à la crainte d'un risque de fragmentation du droit international. L'une et l'autre sont liées au phénomène général d'expansion du champ matériel désormais couvert par ce droit. La première, *normative*, se nourrit de la tendance à l'autonomisation des régimes spéciaux; la seconde, *organique et institutionnelle*, se justifie par la multiplication des instances et procédures de contrôle, pas toujours judiciaires, de l'application du droit.

A. Autonomisation des régimes spéciaux

On voit d'emblée se profiler ici un spectre, lui aussi agité de longue date par les auteurs; celui des *self-contained* régimes, cette sorte de monades Leibniziennes transposées dans le droit international, entités imaginées comme totalement autonomes, comme flottant dans un éther juridique.³ Pour les partisans de l'existence de tels systèmes, ces derniers n'entretiendraient en effet plus aucun rapport avec le droit international général dont ils sont sensés n'avoir plus besoin. Ils pourraient, en effet, par eux-mêmes, sur la base d'instruments conventionnels, à tous leurs besoins, la vieille distinction entre *lex specialis* et droit international général étant alors perçue non comme complémentaire mais substitutive de l'une à l'autre. Ces systèmes sont alors réputés disposer de leur propre modèle de contrôle de l'application de leurs normes. Ils comportent le plus souvent leurs propres procédures de

³ Voir P.M. DUPUY, *o.c.*, pp. 432-438; B. SIMMA, "Self-contained Regimes", *N.Y.I.L.*, 1985, p. 111-sv.; voir aussi: B. SIMMA et D. PULKOWSKI, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *E.J.I.L.*, 2006, pp. 483-sv.

révision. Souvent munis de *'follow up machineries'*, ils sont dotés de leur régime spécifique de sanctions. Ainsi, délivrés de toute dépendance à l'égard du droit international coutumier en matière de production des normes primaires ou de la responsabilité comme sanction de leur inexécution, ils resteraient, certes, internationaux par leur portée, mais plus par leur appartenance au système juridique international global préexistant.

Le *self-contained* régime, dont l'invocation initiale remontait à une interprétation incorrecte, alimentée par une ignorance manifeste de la logique judiciaire propre à la Cour internationale de Justice dans l'arrêt relatif aux otages américains en Iran⁴ a lui-même alimenté pendant longtemps une part du débat académique. Cet ectoplasme juridique avait déjà déplacé son ombre portée sur diverses régions d'un droit par ailleurs en voie d'expansion.⁵ D'abord repéré sur les terres, pourtant coutumières, du droit des relations diplomatiques, certains l'avaient vu planer sur le nouveau droit international du commerce; d'autres l'apercevaient dans le champ du droit communautaire européen, cependant que beaucoup, au gré de leurs préférences ou de leur champ de recherche, le signalaient en relation avec les droits de l'homme, le droit de l'environnement ou telle ou telle branche du droit international économique.⁶

Aucune, pourtant, des justifications théoriques avancées par ceux qui voient des régimes spéciaux partout où cela les arrange ne résiste vraiment à l'analyse. Même lorsqu'un sous-système de droit comporte des originalités quant à ses normes secondaires, de reconnaissance, de production et d'adjudication, selon la terminologie de H. Hart, il ne devient pour autant coupé du corps des principes gouvernant en particulier l'interprétation des obligations internationales, notamment conventionnelles. On a, par exemple, étudié par ailleurs comment le droit international du commerce, sous l'égide de l'Organe d'appel de l'OMC, mais aussi le droit international de l'environnement, celui des investissements ou même, parmi bien d'autres, le droit communautaire européen conservent des liens non seulement substantiels mais fondamentaux avec l'ordre juridique international, auquel ils demeurent rattachés.⁷ Quant aux droits de l'homme, et c'est un point sur lequel on peut être ici en accord avec les dénonciateurs du *droit-de-l'hommisme*, ils ne constituent pas un droit

⁴ Voir les rapports du rapporteur spécial à la CDI, **W.RIPHAGEN**, *A.C.D.I.*, 1982, I, pp. 200-sv. et les critiques justifiées du rapporteur spécial suivant, **G. ARANGIO-RUIZ**, *A.C.D.I.*, 1991, II, Ch. VIII; et 1992, II, Ch. VII, §§ 97-126.

⁵ Voir **P.M. DUPUY**, "L'unité de l'ordre juridique international", *R.C.A.D.I.*, 2002, pp. 432-450.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, pp. 450-sv.

autonome par rapport au droit international dont ils sont bien évidemment partie intégrante. Aucun d'entre eux ne peut être appliqué et interprété dans un *clanicum vacuum* pour parler comme l'organe d'appel de l'OMC à propos du droit du commerce international.⁸ Faisant partie de l'ordre juridique international, ils y recourent pour l'interprétation de leurs normes comme pour combler les inévitables lacunes de leurs régimes spécifiques de normes secondaires visant les conditions de leur application.

Une chose est, en d'autres termes, de constater la multiplication des sous-systèmes juridiques internationaux, chacun pourvu de spécificités institutionnelles ou substantielles, au gré des dispositions établies par des accords spéciaux. Une autre est d'entretenir l'illusion que chacun de ces sous-systèmes est sorti du cadre normatif général constitué par l'ordre juridique international. Tout au contraire, ces régimes spéciaux vont puiser dans le droit international général les réponses aux questions manifestant l'incomplétude du corps des règles spéciales les ayant constitués.⁹ De ce côté, par conséquent, la fragmentation n'est pas en vue. Comme on le verra plus loin, et comme a bien su le voir la Commission du droit international, la montée en puissance de l'autonomie relative des *leges specialia* invite à développer la technique juridique relative à la résolution des conflits de normes internationales, ce qui est différent.¹⁰

B. Multiplication des instances de contrôle de l'application du droit

La seconde cause technique ayant nourri le succès du thème de la fragmentation n'est plus seulement normative mais institutionnelle. Elle est d'ailleurs en large part liée à l'apparition et au développement des sous-systèmes conventionnels que l'on vient d'évoquer et c'est précisément à elle que s'adressait en 2001 le Président de la Cour internationale de Justice. L'alerte formulée ce jour là était essentiellement liée à un phénomène organique: la multiplication contemporaine des juridictions internationales et le risque corrélatif de

⁸ Voir le premier rapport de l'organe d'appel du 29 avril 1996, p. 9; G. MARCEAU, "A Call for Coherence in International Law - Praises for the Prohibition against 'Clinicum' Isolation", *WTO Dispute Settlement Journal of World Trade*, 1999, No 5, pp. 87-152.

⁹ Simplement, pour pouvoir se rendre compte des liens existant entre le spécial et le général, il ne faut pas borner ses connaissances juridiques à un étroit domaine de spécialisation (commerce, droit de la santé, de la propriété intellectuelle ou ... de la prévention des catastrophes) ou savoir tout (mais rien d'autre) sur le droit des réfugiés ou celui de l'environnement en pensant du même coup qu'on peut s'abstenir de connaître le droit international lui-même.

¹⁰ CDI, "Fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", 2006, 58ème Session, UN Doc., A/CN.4/L.682 (dorénavant cité comme Groupe d'étude, Rapport).

l'apparition de *jurisprudences internationales contradictoires*. Telle Cour régionale des droits de l'homme ou tel organe judiciaire (ou quasi judiciaire) spécialisé pourrait ainsi donner, d'un nombre croissant de règles du droit international général, une interprétation différente de celles jusque là retenues notamment par la CIJ elle-même. Or, au-delà du principe de l'effet relatif des jugements de la Cour, consigné à l'article 59 de son Statut, chacun sait que de telles interprétations judiciaires sont le plus souvent déterminantes pour l'ensemble des sujets du droit international. A ce titre, la Cour joue certainement un rôle central notamment dans le maintien de l'unité d'interprétation du droit international; or, c'est d'abord cette fonction qui paraissait menacée. On sait, en effet, par quoi la préoccupation justifiée du Président de la CIJ avait été suscitée. L'origine se trouvait dans la prise de position assez tranchée, et, semble-t-il, volontairement dissidente que la Chambre d'appel du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie, alors sous la présidence du professeur A. Cassese, avait prise dans l'affaire *Tadic* à l'encontre de la jurisprudence de la CIJ; ceci, à propos des conditions de responsabilité de l'Etat pour des faits imputables à un mouvement armé et des critères du contrôle de l'un sur l'autre.¹¹

Or, la persistance de la cohérence suffisante du système normatif international dépendra effectivement dans l'avenir de la perception qu'auront les juges de l'existence et de la cohérence d'un tel système comme de leur connaissance effective de son contenu. Les juridictions pénales internationales (y compris, désormais, la Cour pénale internationale) mais aussi le Tribunal du droit de la Mer, les cours et organes de contrôle du respect des droits de l'homme, l'organe d'appel de l'OMC, les tribunaux arbitraux, sans omettre ceux des systèmes CIRDI et NAFTA, qui font désormais couramment usage du droit international, enfin, toute la cohorte des *systèmes de suivi*, tous sont ainsi désormais embarqués à bord du même droit. Ils devront s'y mouvoir avec précaution et concertation s'ils ne veulent pas le faire chavirer. Pour faire usage d'une autre métaphore, tous parlent un langage dont la grammaire commune est le droit international.

D'autres causes, de caractère stratégique et idéologique mais aussi culturel, ne sont pas à méconnaître, même si elles rentrent moins aisément dans le champ d'une analyse

¹¹ Comparer en particulier les paragraphes 108, 109, 115 de l'arrêt de la CIJ du 27 juin 1986 entre le Nicaragua et les Etats-Unis (*Rec.*, 1986) et le second arrêt de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*, du 15 juillet 1999 (IT-94-1-T), aux paragraphes 112-114 ; sur cette divergence de jurisprudences voir notamment C. KRESS, "L'organe de facto en droit international public", *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 93-144.

juridique. Elles sont en réalité liées aux enjeux du débat, lequel dépasse largement le cercle restreint des spécialistes de droit international.

II. L'objet du débat sur la fragmentation

Tout le monde parle de fragmentation du droit international mais cette expression n'a de sens que si on désigne par là non seulement un corps de règles mais un véritable système ou ordre juridique, indépendant de celui des Etats et s'affirmant par rapport à eux de façon objective. L'identité du phénomène de la fragmentation ou la vérification de sa réalité n'est possible que par rapport à la notion d'ordre juridique. Mais que désigne-t-on au juste par là et tous les auteurs parlent-ils de la même chose lorsqu'il sous-entendent (fut-ce, pour certains d'entre eux du moins, à leur corps défendant) que cet ordre est menacé de fragmentation? Pour donner des éléments de réponse, revenons brièvement à la genèse du concept d'ordre juridique puis à son application au droit international.

A. Genèse de la notion d'ordre juridique

On constate ici aussi certaines différences, dont il ne faut ni exagérer l'importance ni sous-estimer la portée, entre les cultures juridiques des deux côtés de l'Atlantique. Désigner un ensemble dont on dégage les éléments constitutifs pour tenter de rendre compte de leur interaction est une représentation mentale héritée d'une certaine tradition culturelle; une façon de chercher à expliquer son fonctionnement par référence à la totalité, mais, pourrait-on dire aussi, une manière de lui assigner certains objectifs. L'usage du terme d'ordre juridique paraît ainsi *a priori* très technique; il comporte pourtant une part évidemment métaphorique.¹² Par voie de conséquence, explicatif, il est sans doute en même temps le reflet d'une certaine *Weltanschauung*, mêlant à la fois l'idéologie de l'observateur et les choix méthodologiques propres à la tradition dont il se réclame.

A l'échelle historique, en effet, l'apparition de la notion d'ordre juridique paraît récente et, plus encore, son application au droit international.¹³ Les premiers utilisateurs de la notion d'ordre juridique sont à trouver dans la doctrine du droit public allemande de la

¹² Voir G. TIMSIT, "L'ordre juridique comme métaphore", *Droits*, Oct. 2001, pp. 3-18.

¹³ Voir, à cet égard, le stimulant article de D. ALLAND, "De l'ordre juridique international", *Droits*, Oct. 2002, pp. 79-101.

première moitié du XIXème. On les trouve chez les héritiers de la philosophie politique de Kant puis de Hegel et Schelling.¹⁴ Contemporaine de l'idée de *Rechtsstaat* à laquelle elle est souvent associée, Jean-Louis Halperin repère pour la première fois la *Rechtsordnung* chez Julius Stahl en 1830, renvoyant à l'idée d'un tout normatif organique et structuré.¹⁵

B. Application de la notion au droit international

Après les juristes de droit interne, la notion séduit d'abord les spécialistes allemands du droit international privé, tels Windscheid.¹⁶ Cependant, même si on le rencontre déjà chez Jellinek, le concept d'ordre juridique ne gagne semble-t-il vraiment la doctrine internationaliste publiciste qu'avec Triepel¹⁷ à l'extrême fin du XIXème dans son célèbre ouvrage *Droit international et droit interne* (1899).¹⁸ Il est vrai que l'applicabilité de cette expression aux relations juridiques entre Etats s'était jusque là heurtée à une vive opposition de la part de plusieurs auteurs.¹⁹ C'est pourtant à la même époque que le jeune Anzilotti, lui-même excellent connaisseur de la doctrine allemande, introduit, lui aussi, d'abord dans ses écrits de droit international privé, l'expression d'ordre juridique.²⁰ Il n'aura quoi qu'il en soit par la suite aucune hésitation à désigner le droit international comme un tel ordre, par exemple dans son Cours traduit en français en 1929 par Gilbert Gidel.²¹ En Italie, c'est cependant Santi Romano qui attachera son nom à la notion dont il fait application au droit

¹⁴ Voir **J.L. HALPERIN**, "L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXème siècle », *Droits*, Oct. 2001, pp. 41-51; voir aussi **N. LUHMANN**, "L'unité du système juridique", *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 163-188. Sur l'histoire de la doctrine allemande du droit public, l'ouvrage incontournable est celui de **M. STOLLEIS**, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, 1992, notamment Vol. 2. Voir aussi **J.F. KERGEVAN**, "L'Etat après Hegel: Le dépassement social et politique", in **S.GOYARD-FABRE**, *L'Etat moderne: 1715-1848*, Paris, Vrin, 2000, pp. 294-sv.

¹⁵ **J.L. HALPERIN**, *o.c.*, p. 43.

¹⁶ *Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft*, 1854. Voir **M. STOLLEIS**, *o.c.*, Vol. 2, pp. 156-sv.

¹⁷ La traduction française devra attendre 1920. Voir **H. TRIEPEL**, *Droit international et droit interne*, Paris, Brunet, 1920. Il n'est en tout cas nullement surprenant que ce concept ait gagné le droit international public en venant du droit international privé. Ce dernier a en effet notamment pour objet d'examiner les conditions de l'articulation entre différents ordres juridiques, internes, dont il analyse les règles destinées au règlement des conflits de lois. De là, la notion a gagné le droit international public à l'occasion de l'examen par la doctrine des rapports non plus entre droits internes, mais entre eux et le droit international, dont était ainsi reconnue la singularité en tant que système normatif.

¹⁸ Encore Denis Alland a-t-il raison de noter que, dans cet ouvrage fondateur, "même si l'on est très proche de l'idée on y trouve fréquemment les expressions 'système juridique' et 'ordre juridique', mais pas encore 'ordre juridique international' " (p. 80).

¹⁹ Notamment Puchta et Adolf Lasson, cités par **J.L. HALPERIN**, *o.c.*, pp. 48-49.

²⁰ **D. ANZILOTTI**, *Studi critici di diritto internazionale privato*, 1898, pp. 128-161.

²¹ **D. ANZILOTTI**, *Cours de droit international*, trad. G.Gidel, Paris, Sirey, 1929, réédité par P.M. Dupuy et Charles Leben, Paris, L.G.D.J., 1999, notamment p. 44.

international dans son maître livre l'*Ordinamento giuridico*, paru en 1917.²² On retrouvera ensuite un usage généralisé du concept chez Roberto Ago, pour ce qui concerne le droit international public, au moins à partir de son cours à l'Académie de La Haye consacré au délit international, en 1939.²³ Hans Kelsen bâtit quant à lui dès les premières années du siècle sa doctrine autour de cette notion, qu'il applique pratiquement d'emblée avec l'autorité que l'on sait au droit international.²⁴

En France, en revanche, l'ordre juridique, tout d'abord, n'apparaîtra que tardivement dans la théorie du droit public,²⁵ dans le *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguit, paru en 1927.²⁶ En droit international, il demeurait de toute façon inconnu à la fin du XIXème par des internationalistes comme Louis Renault²⁷ ou Henry Bonfils²⁸ et il faudra attendre Georges Scelle pour en risquer l'emploi entre les deux guerres.²⁹ Ce n'est cependant qu'à partir du *Manuel de droit international public* du même G. Scelle paru en 1948 qu'en sera généralisée l'utilisation.³⁰ Aujourd'hui, dans le même pays, le terme n'est généralement plus récusé, fut-ce par des auteurs très éloignés de ce dernier auteur.³¹

²² Mais la seconde édition, datant de 1946, sera seulement traduite en France en 1975. Voir **S. ROMANO**, *L'ordre juridique*, traduction de L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, §17: "Le concept d'institution et l'ordre juridique international".

²³ **R. AGO**, "Le délit international", *R.C.A.D.I.*, 1939, Vol. II, p. 415.

²⁴ Voir en particulier son cours à cette Académie, professé en 1926, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1926, Vol. IV, p. 231; voir aussi sa "Théorie générale du droit international public: Problèmes choisis", également présentée à l'Académie de droit international de La Haye six ans plus tard, *R.C.A.D.I.*, 1932, Vol. V, p. 117.

²⁵ Sur l'analyse des raisons expliquant ce décalage, voir les observations de **J.L. HALPERIN**, *o.c.*, pp. 45-47. Chez un auteur comme **R. CARRE DE MARLBERG**, en particulier, il est clair que la réalité de l'Etat définit un ordre juridique, même s'il n'emploie pas d'ordinaire lui-même ce concept. Voir sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, réédition CNRS, 1962, Vol. 1, pp. 194-sv. Voir aussi **J. CHEVALLIER**, "L'ordre juridique", in **CURAPP**, *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, pp. 7-49.

²⁶ **L. DUGUIT**, *Traité de droit constitutionnel*, Vol. I, Ch. III, p. 326, § 31. J.L. Halperin signale cependant l'utilisation du concept chez Fr. Gény, dans un texte intitulé "La notion de droit subjectif à la veille du XXème siècle", *o.c.*, p. 45.

²⁷ **L. RENAULT**, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, Sirey, 1879.

²⁸ **H. BONFILS**, *Manuel de droit international public: Droit des gens*, Paris, Rousseau, 1894.

²⁹ Outre son *Précis de droit des gens: Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932-1934, réédition CNRS, 1984, on pourra notamment consulter un article semble-t-il assez méconnu de **G. SCELLE**, à la *Revue de droit public*, 1944, pp. 85-106, intitulé "La notion d'ordre juridique".

³⁰ **G. SCELLE**, *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, notamment dans la partie introductive consacrée aux rapports entre les ordres juridiques, pp. 20-sv.

³¹ Voir en particulier **J. COMBACAU**, "Le droit international: Bric-à-brac ou système?", in *Archives de philosophie du droit: Le système international*, 1986, pp. 85-105; voir aussi les analyses personnelles et stimulantes de **C. SANTULLI**, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, pp.13-21; **D. ALLAND**, *Droit international public*, P.U.F., 2000, pp. 17-sv. Le même auteur en faisant déjà abondamment usage dans sa thèse, *Justice privée et ordre juridique international*, Paris, Pedone, 1994, notamment pp. 38-sv.

La notion d'ordre juridique n'est pas non plus ignorée des auteurs de langue anglaise, même si elle semble, en revanche, peu intéresser la doctrine américaine,³² du moins la doctrine internationaliste car elle n'est pas inconnue, en théorie du droit de Ronald Dworkin, il est vrai installé à Oxford et collègue de Herbert Hart.³³ Elle est évidemment présente chez Hersch Lauterpacht et Wolfgang Friedman, lesquels sont en réalité des juristes de formation juridique et philosophique essentiellement allemande, mais dont l'autorité a par la suite été unanimement reconnue dans le monde anglo-saxon. Cependant, outre Hart, dans son maître livre *The Concept of Law*, J. Raz consacre en Grande-Bretagne un ouvrage entier à la notion de *legal system*.³⁴

Toutefois, les internationalistes anglais l'utilisent eux-mêmes moins souvent,³⁵ alors qu'il est d'un usage courant dans la riche doctrine internationaliste allemande contemporaine dans laquelle il est même souvent associé à l'idée de constitution, appliquée en particulier à la Charte des Nations Unies.³⁶ Si les conceptions de l'ordre juridique varient bien entendu d'un auteur à l'autre, les uns comme les autres sont d'accord pour désigner sous cette expression *l'organisation d'un système plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinées à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté déterminée*.³⁷

Si on observe à présent l'accroissement récent du recours doctrinal à la notion d'ordre international, même souvent d'ailleurs mêlé aujourd'hui à des considérations sur sa possible fragmentation, il faut voir dans ce recours à la notion générique d'ordre plus qu'un artifice de langage. Le recours plus fréquent à ce concept est aussi le fruit d'un constat: celui d'après lequel le droit international, même si certains de ses caractères initiaux subsistent, est aujourd'hui pourvu, et ce, depuis déjà au moins 50 ans, d'un nombre croissant d'éléments étayant sa structure, tels qu'un maillage de plus en plus dense de conventions multilatérales générales dont les dispositions et les principes de base se recoupent, plusieurs centaines d'organisations internationales elles-mêmes souvent productrices d'un droit dérivé

³² Cependant, **O. SCHACHTER**, "International Law in Theory and Practice", *R.C.A.D.I.*, 1982, Vol. V, p. 9.

³³ **R. DWORKIN**, *Prendre le droit au sérieux*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 79-sv.

³⁴ **J. RAZ**, *The Concept of Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon, 1970, notamment pp. 224-sv.; voir aussi **A. ROSS**, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan, 1968.

³⁵ Denis Alland note à juste titre qu'on ne la rencontre ni chez I. Brownlie ni chez Akehurst (p. 83).

³⁶ Voir notamment **C. TOMUSCHAT**, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *R.C.A.D.I.*, 1999, pp. 25-sv. Sur la doctrine de la Charte des Nations Unies considérée comme la constitution de l'ordre juridique international, voir *infra*, p. 20.

³⁷ C'est également ainsi que je l'entends moi-même, dans mon Précis de droit international public; **P.M. DUPUY**, *Droit international public*, 8ème éd., Paris, Dalloz, 2006, §§ 15-27.

substantiel, enfin, une production jurisprudentielle sans cesse croissante, dont les correspondances et l'accumulation donnent une densité et une complexité à ce droit dont il appartient précisément à la doctrine de manifester la cohérence intrinsèque, pour une part apparente et pour une autre cachée. Prise de panique devant l'ampleur et la complexité accrue de la tâche, une part de cette doctrine préfère alors débiter l'ensemble en morceaux en invoquant l'inexorable fragmentation du droit international. Quels sont pourtant les enjeux du maintien de son unité?

III. Enjeux du maintien de l'unité de l'ordre juridique international

Un ordre juridique n'existe qu'autant qu'il garantit à ses sujets une unité organique et substantielle suffisante pour servir de cadre efficace à leurs relations internationales. La question du maintien de son unité présente alors un double enjeu dont aucun des éléments ne nous paraît toujours clairement perçu. Le premier est proprement technique et juridique. Le second est politique, mais ce n'est pas une raison pour le passer sous silence.

A. Enjeu technique

Dans plusieurs ouvrages importants,³⁸ Pierre Legendre a montré de façon magistrale combien les mentalités juridiques occidentales restaient encore imprégnées par une marque: celle de la pensée scholastique. Nous l'aurions nous-mêmes héritée, *via* le Thomisme, de la vision romaine du droit léguée par le Code de Justinien. Si l'on accepte un instant de se situer dans une telle perspective, proprement critique au sens des *critical legal studies*, on pourrait se demander si, en dépit du triomphe au XX^{ème} siècle du positivisme, sous ses deux espèces volontariste et normativiste, un succédané de la pensée scholastique et du droit naturel ne se retrouve pas dans cette crainte irraisonnée de perdre un centre, une source initiale de toute signification juridique, une origine unique dont découlerait la signification de l'ensemble; une source essentielle dont, non sans ironie, la *Urnorm* de Kelsen elle-même manifesterait encore comme une nostalgie. C'est ici que pensée juridique et pensée théologique se rejoignent dans l'arrière fond des consciences puisque la première a servi d'appui à la seconde pendant près des quinze siècles d'un christianisme intégré à la religion d'Etat, avant de contribuer lui-

³⁸ Voir notamment *L'amour du censeur: Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, nouvelle éd.; *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard; *Le désir politique de Dieu*, Leçon VIII, *Etude sur les montages de l'Etat et du droit*, Paris, Fayard, nouvelle éd.

même à générer la religion *de l'Etat*. On n'efface pas en quelques décennies une imprégnation aussi profonde des mentalités juridiques.

Que répondre à cela? Que la marque est restée, en effet. Mais qu'elle continue à témoigner d'un besoin, non plus théologique, mais, tout simplement, *logique*. Besoin d'un centre: même lorsque, dans son cours de droit international de 1929, il décrit un univers juridique totalement conditionné par la seule volonté des Etats souverains, Dionisio Anzilotti reconnaît l'altérité de l'ordre juridique international par rapport aux souverainetés, alors pourtant qu'elles sont ses auteurs autant que ses sujets.³⁹ Il reconnaît aussi, à l'instar de Kelsen, dont il connaît déjà très bien l'œuvre, la nécessité d'une norme fondamentale, qu'il qualifie -de façon au demeurant significative- de *métaphysique*, voulant ainsi témoigner du fait que sa connaissance échappe à l'analyse juridique. Quant à Kelsen lui-même, on sait le rôle de cette même norme dans sa réflexion; même s'il lui trouve, au long de son existence, des fondements ou des appellations différents.⁴⁰ Kelsen insiste d'ailleurs à plusieurs reprises sur le fait qu'il ne peut y avoir d'ordre juridique sans *unité* de celui-ci. C'est même à ce propos qu'il distingue deux catégories de systèmes juridiques, les uns statiques et les autres dynamiques, distinction fertile sur laquelle on ne peut s'étendre ici.⁴¹

Alors, pourquoi l'unité au sens technique du terme? En tout premier lieu parce que c'est de l'unité que dépend le *sens*, c'est-à-dire à la fois, en français, la *direction* et la *signification* d'un système articulé de normes, de sujets et de sanctions. Prenons en quelques exemples: l'expression 'responsabilité internationale' doit avoir le même objet et la même signification, quels que soient les types d'obligation à la violation desquels elle s'applique; ceci, même si elle reçoit, dans son régime d'application, des modalités voire même des fondements différents. On comprend alors que le *dictum* de la CPJI dans l'affaire du *Lotus* sur le devoir de réparation des dommages causés par le fait illicite d'un Etat revienne inlassablement dans les écrits des auteurs, mais, surtout, dans les mémoires des plaideurs, devant la Cour ou tout tribunal arbitral saisi d'une affaire en responsabilité, interétatique ou transnational. *Leitmotiv* omniprésent, quelles que soient les originalités de son champ

³⁹ Voir **D. ANZILOTTI**, *Cours de droit international*, Traduction G. Gidel, L.G.D.J., 1999, p. 43.

⁴⁰ Chez Hart, on trouve également son équivalent dans la catégorie des normes de reconnaissance dont la *Unorm* kelsennienne offre une parfaite illustration.

⁴¹ Voir **N. BOBBIO**, "Struttura et funzione nella teoria del diritto di Kelsen", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 187-215, repris et traduit en français dans **N. BOBBIO**, *Essais de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 207-sv.; voir aussi **P.M. DUPUY**, *L'unité de l'ordre juridique international*, o.c., pp. 67-sv.; et **C. LEBEN**, "Ordre juridique", in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, pp. 1113-sv.

d'application, cet adage du *Lotus* sur le devoir de réparation marque ainsi l'unité de sens apporté à un terme comme à l'institution juridique à laquelle il se réfère, la responsabilité.

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

Or, comme l'illustre la jurisprudence comparée des juridictions (et quasi-juridictions) internationales contemporaines, l'interpénétration est constante entre l'application du droit international général et celle des droits internationaux spéciaux. Outre que les seconds ne se définissent que par référence au premier, celui-ci fournit le cadre linguistique, conceptuel et instrumental rendant possible l'application, fut-elle dérogatoire, des règles spéciales. Il est d'ailleurs particulièrement frappant de constater que des domaines particuliers comme celui du droit gouvernant les investissements entre Etats et personnes privées étrangères, longtemps disputés entre des ordre juridiques concurrents, sont de plus en plus, aujourd'hui, gagnés à l'application des règles et principes du droit international général, lequel leur donne leur sens et leur portée. A une époque où l'on parle tant de fragmentation, c'est plutôt ici d'unification sous la bannière du droit international qu'il conviendrait de parler.⁴²

Le paradoxe de tout système juridique, mais il n'est finalement qu'apparent, réside alors en ceci: la notion même d'ordre juridique dépend en partie de la base subjective fournie par la reconnaissance de son existence émanant des sujets et entités concernés;⁴³ mais une fois

⁴² Voir C. LEBEN, "La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *A.F.D.I.*, 2004, pp. 683-714.

⁴³ Ceci, encore une fois, est d'autant plus vrai pour le droit international dans lequel la sanction n'a ni la verticalité ni la centralisation que lui assure l'Etat dans l'ordre juridique interne qu'il génère et qu'il régit lui-même.

constituée, cette base conventionnelle (au sens large où les uns et les autres sont persuadés, par convention et donc assentiment social de son existence), cet ordre prend une dimension quasi objective; son existence s'impose à chacun, sous la réserve de son adaptation aux besoins de la communauté qu'il régit. Adaptation accomplie par les soins respectifs du législateur (ici, les Etats par voie de traité mais aussi d'accumulation progressive de textes programmatoires réitérant l'apparition d'une nouvelle conviction juridique) ou bien encore du juge ou de l'arbitre.

On est alors sans doute plus près de Santi Romano que de Kelsen, quand le premier cité repartait du vieil adage *Ubi societas, ibi jus* pour fonder sa théorie de l'*ordinamento giuridico*.⁴⁴ Pourtant, comme on le disait plus tôt, le maître de Vienne lui-même ne concevait pas d'ordre sans unité de principe et d'organisation. Ainsi, dans sa théorie des systèmes dynamiques, ce qui se joue n'est pas seulement l'unité de signification des principes et des concepts clé; c'est l'attribution de leur validité aux normes et aux situations juridiques auxquelles les premières s'appliquent.⁴⁵

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

La doctrine, quant à elle, un peu comme les carabiniers d'Offenbach, arrive le plus souvent après; généralement un peu en retard, qu'elle se veuille *main streamed* ou *critique*, version *post-moderne*... Soyons pourtant indulgents avec la critique. Elle a aussi son rôle à jouer. La doctrine est utile, non pas d'abord pour s'interroger sur sa propre légitimité, comme le font parfois utilement les *critical legal studies*; mais en premier lieu pour remplir une fonction technique: contribuer à l'*intelligibilité* d'un édifice normatif à l'arborescente complexité, dont les ramifications entremêlées ne cessent de se développer. Parce que c'est la cohérence, et donc l'unité de l'ordre juridique international qui donnent leur signification aux normes et aux institutions, les auteurs doivent, par exigence fonctionnelle, se faire d'abord, à

⁴⁴ Voir P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international, o.c.*, pp. 69-sv.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 67-sv.

travers l'analyse technique des normes et de l'interprétation que les normateurs en ont faite, "les gardiens de l'unité".⁴⁶ Ceci, encore une fois, n'exclue pas l'interrogation sur les origines idéologiques de tel ou tel discours juridique, contrairement à ce que la doctrine positive classique a elle-même trop longtemps cru (alors qu'ainsi que le montra d'abord Norberto Bobbio, le positivisme est bien entendu lui-même non seulement une théorie et une méthode mais également une idéologie).⁴⁷

B. Enjeux politiques

La question du maintien de cette unité n'intéresse pas seulement le monde académique. Elle est également pratique mais aussi *politique*, au sens le plus direct sinon trivial du terme. Sauf exception délibérée, tout régime conventionnel, tout droit international spécial, limité à un objet déterminé, est passible de rejet par les Etats souverains. On peut répudier un traité. En revanche, on ne répudie pas un ordre juridique dont on est le sujet mais aussi l'un, seulement, parmi deux cent autres, des auteurs. Remettre en cause l'unité de l'ordre juridique international, diffuser l'idée de sa fragmentation, c'est donc aussi établir un doute quant à son existence ou à sa survie, affirmation impavide d'une doctrine dite 'réaliste' qui n'a sans doute jamais mis les pieds dans un cabinet d'affaires international ou participé à la négociation d'une convention internationale. Dans une version légèrement amendée, la fragmentation serait la vérification paradoxale du fait qu'ayant existé jadis, l'unité du droit international n'a en réalité pas résisté au pullulement de ces 'radicaux libres' que sont censés être les trop fameux *self-contained regimes* lesquels auraient grignoté inexorablement son enveloppe protectrice!

Sans instruire de procès d'intention ni mettre évidemment dans le même panier tous les partisans de la thèse de la fragmentation, il n'est donc pas non plus interdit d'établir un rapprochement du moins entre certains d'entre eux et le nombre croissant d'auteurs, particulièrement aux Etats-Unis, mettant à l'heure actuelle en cause soit l'existence, soit la légitimité du droit international public pour mieux contester qu'il puisse prétendre contraindre

⁴⁶ Voir P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique, o.c.*, notamment pp. 200-sv.

⁴⁷ Voir notamment de cet auteur "Sur le positivisme juridique", in *Essais de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 23-38, à partir d'un article publié en italien en 1961. Voir aussi P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique, o.c.*, notamment pp. 26-32 et 207-213.

les options de politique étrangère de la première puissance mondiale.⁴⁸ Dans un cas comme dans l'autre, pourquoi encore se référer au droit, puisqu'il n'existe plus qu'à la carte? Le fond du problème est alors de réussir à sauvegarder l'unité d'interprétation du droit international, condition de son application cohérente.

IV. Le fond du problème: Sauvegarder l'unité d'application du droit international

Lors de sa 58ème session, en 2006, la Commission du droit international a mis un terme à ses travaux relatifs à la fragmentation du droit international par l'adoption de conclusions⁴⁹ faisant suite à un abondant rapport. On n'a pas la place d'analyser ici en détails ce document, mais ces conclusions méritent cependant quelques commentaires. Elles illustrent une fois de plus la distance restreinte que peut séparer l'optimiste du pessimisme! Dans un commentaire brillant et pertinent paraissant dans le numéro 1 de 2007 à la *Revue Générale de Droit International Public*, le professeur Benedetto Conforti, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, souligne les lourdeurs et les lapalissades (ou affirmations d'évidence) que comporte ce texte dont il met en cause l'utilité même. De fait, les conclusions semblent, pour l'essentiel, se contenter de rappeler des règles en principe bien connues en matière d'interprétation des normes internationales, et de relations entre droit conventionnel et droit coutumier.⁵⁰ Rien n'est nouveau dans ces conclusions; elles prennent le caractère d'un rappel souvent un peu rigide de principes élémentaires.

Pour autant, on peut également trouver à ces laborieuses conclusions quelques mérites. C'est notamment le cas si on les rapporte à l'inflation des écrits produits sur ce thème dans les dernières années. C'est aussi en gardant à l'esprit ce que l'on vient de dire sur la différence des traditions culturelles dans le monde académique international que ces conclusions peuvent retrouver un intérêt; précisément parce que, même si elles se bornent à cela, elles mettent un peu d'ordre dans la discussion en la concentrant tout d'abord sur le fond du problème: celui de l'interprétation des normes et des relations entre *lex specialis* et droit international

⁴⁸ J. GOLDSMITH et E.A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 23-43; J. YOO & W. TRACHMAN, "Less than Bargained for: the Use of Force and the Declining Relevance of the United Nations", *Chi.J.of.L.*, 2005, No 5, p. 384.

⁴⁹ "Conclusions du groupe d'étude de la fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", *A.C.D.I.*, 2006, Vol. II, 2. Consultable sur le site des Nations Unies.

⁵⁰ B.CONFORTI, "Unité et fragmentation du droit international: Glissez mortels, n'appuyez pas", *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 5-sv.

général. Ne serait-ce que parce qu'elle fait ainsi œuvre pédagogique et qu'elle invite les commentateurs à revenir aux fondamentaux, la Commission du droit international a sans doute droit à notre reconnaissance.

1) Le titre des conclusions, lui-même, a soin de resituer le phénomène dont il s'agit: non pas la fragmentation mais la diversification et l'expansion du droit international, dont il résulte nécessairement une complexité accrue des rapports entre les normes internationales. A ce titre, les conclusions de la Commission à l'égard de la situation des *self-contained regimes* par rapport au droit international général sonnent comme une utile mise au point. Dans les mêmes conditions que toute *lex specialis*, ces régimes peuvent, certes, déroger au droit international mais celui-ci conserve toute sa validité. Il est notamment appelé, ainsi qu'on le disait plus haut, à compléter ces régimes, nécessairement lacunaires. Il peut aussi s'y substituer, lorsque ces montages normatifs particuliers ont manifestement échoué.⁵¹ Cela allait sans dire pour tout internationaliste bien formé, mais cela va sans doute encore mieux en le disant!

Ainsi, les problèmes à tort désignés sous le vocable équivoque de fragmentation ne sont pas niés par le texte de la CDI. Ils sont cependant resitués dans leur véritable dimension et leur exact contexte. C'est dans ce cadre réajusté que prennent place les observations intéressantes par ailleurs consacrées à l'usage qu'il convient de faire de la règle posée à l'article 31.3. c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel une disposition conventionnelle doit être interprétée en tenant compte de "toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties".⁵² On sait le succès croissant de la référence par la jurisprudence internationale, y compris celle de la Cour internationale de Justice, à cette disposition.⁵³

⁵¹ Conclusions 15 et 16.

⁵² Conclusions 18 à 22.

⁵³ **C.I.J.**, *Affaire des plates-formes [Iran c. Etats-Unis]*, 2003, § 41: "...conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte "de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties" (par. 3 C) de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer du manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international... L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour... par le Traité de 1955".

2) Le deuxième intérêt de ces conclusions sans invention est qu'elles affirment, de façon claire et forte, qu'il existe un ordre ou système juridique international. La première conclusion mérite à cet égard d'être partiellement citée:

“Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes.”

Ceci paraîtra évident à tous ceux, dont je suis, qui ont été élevés dans une telle vision du droit international. Mais il s'agit d'une mise au point fort utile à l'usage des négateurs de la validité comme de l'existence même du droit international à qui le thème de la fragmentation permettait de poursuivre la vieille antienne de son inexistence. On pouvait difficilement espérer une réaffirmation plus ferme de l'unité du droit international. Ayant consacré personnellement près de 500 pages à sa démonstration il y a déjà plusieurs années, je ne peux qu'approuver cette prise de position claire apportée par l'organe de codification du droit international des Nations Unies.

3) La troisième source de satisfaction rencontrée à la lecture des conclusions de la CDI produites en 2006 vient du fait qu'elles affirment tout aussi nettement l'existence du droit impératif, dont elles identifient une large part du contenu, et à propos duquel elles rappellent que les règles habituelles de résolution des conflits entre les normes ne jouent pas. La conclusion 32 dispose en particulier:

“Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de la reconnaissance universelle de sa supériorité. Tel est le cas des règles impératives du droit international...”

Là encore, on peut ne voir dans une telle affirmation que l'énoncé d'un truisme. On sait cependant que les oppositions de principe à la reconnaissance du droit impératif demeurent nombreuses, du moins dans certains pays, et qu'il a fallu attendre février 2006 pour que la Cour internationale de Justice se décide à reconnaître elle-même l'existence du *jus*

cogens.⁵⁴ Ce constat d'évidence de la CDI, qui ne fait pourtant que se référer à une disposition conventionnelle vieille de près de quarante ans, permet en tout cas de vérifier que le droit international actuel n'est pas d'abord menacé par la fragilité liée à sa prétendue fragmentation. Il est en réalité animé par une tension inhérente entre deux principes unitaires concurrents et, à certains égards, contradictoires.

Ayant expliqué par ailleurs ce que l'on pourrait appeler la théorie des deux unités,⁵⁵ je me contenterai ici de rappeler ici ses deux axes. L'un est celui de l'*unité formelle* du droit international envisagé comme ordre juridique. Elle désigne le fait que le droit international général comporte un certain nombre de règles formelles, toutes normes secondaires au sens de H. Hart; elles gouvernent les conditions de la production de ses normes primaires, de leur mise en œuvre, de leur révision et de la sanction de leur inobservation (règles de responsabilité des Etats). Ces règles sont précisément celles qui sont appelées à compléter ou suppléer celles du droit international spécial (*lex specialis*), que ce dernier se cristallise ou non en un sous-système juridique abusivement qualifié de '*self-contained*'. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, laquelle prend, à cet égard du moins, une dimension constitutionnelle au sens matériel,⁵⁶ il existe un second principe d'unité: l'unité substantielle (ou matérielle) qui est établie, ainsi que le démontre l'existence des normes impératives, à raison du contenu des normes et non plus seulement de leur forme. Or, ces deux types d'unité obéissent l'un et l'autre à des logiques distinctes. L'une, celle propre à l'unité formelle, se trouve dans le principe d'identité. Ainsi, à titre d'exemple, on négocie un traité ou on établit la responsabilité en règle générale de la même manière, quel que soit le contenu de la norme considérée. L'autre, celle qui caractérise l'unité substantielle, obéit à une logique hiérarchique. Non plus l'identité, latérale, mais l'autorité, verticale. Or, il arrive que ces deux registres entrent en contradiction l'un avec l'autre parce que l'importance sociale accordée au contenu d'une norme incite à lui accorder, même en dehors de tout cadre conventionnel, un régime juridique dérogatoire au droit commun. Le domaine des réserves aux traités en matière de droits de l'homme ou celui de la succession aux traités dans le même champ, celui des immunités accordées aux Etats, personnes morales, ou chefs d'Etat, personnes physiques,

⁵⁴ C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo [RdC c. Rwanda]*, Nouvelle requête, Exceptions préliminaires, 3 Fév. 2006, §§ 60 et 64: "Le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître".

⁵⁵ Voir: P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, o.c. La théorie des deux unités constitue la thèse sous-tendant tout l'ouvrage.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 215-245.

confrontés à la poursuite systématique des auteurs de crimes de droit international⁵⁷ comme le génocide, la torture ou le viol systématique, sont autant d'illustrations de cette tectonique des fondements du droit international, tiraillé entre l'obédience à la souveraineté étatique et l'affirmation des droits fondamentaux de la personne. Le propre des normes impératives, ainsi que le rappellent les conclusions de la CDI, est en tout cas de prévaloir sur celles qui ne sont qu'obligatoires.

En reconnaissant ce phénomène, le texte adopté par la Commission du droit international ne fait pas oeuvre de développement progressif. Il se contente de constater le droit positif, tel qu'il s'est développé à partir de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et au-delà même du fait que celle-ci n'est actuellement pas encore ratifiée par près de 80 Etats. Une chose est cependant l'inopposabilité persistante à ces derniers du régime attaché par la Convention à l'interprétation et à l'application de telles normes (articles 64 et 66). Une autre, avérée par la pratique étatique et, plus encore, par l'accroissement constant de la jurisprudence internationale reconnaissant explicitement le *jus cogens*, est de constater que ce dernier a profondément modifié la structure même du droit international en tant qu'ordre juridique, en dépit du fait que les valeurs affirmées par ces normes demeurent encore si constamment méconnues. Qu'il faille mettre de l'ordre, également, dans la façon dont la jurisprudence se réfère au *jus cogens* n'est pas douteux. Mais c'est là un autre débat, abordé par ailleurs.⁵⁸

Les conclusions de la CDI ne clôturent certes pas le débat sur la fragmentation, *leitmotiv* académique à l'ère de la mondialisation. Elles lui redonnent cependant sa véritable dimension et rendent ainsi service à une doctrine dont trop de membres s'étaient sans doute égarés.

⁵⁷ Selon la terminologie du Statut de la Cour pénale internationale.

⁵⁸ Je renvoie à mon étude "La convention de Vienne: Un bilan", à paraître dans la *Revue Belge de Droit International* en 2007.