

Unitas Multiplex

**Les Unités du Droit International et
la Politique de la Fragmentation**

Mario Prost
Faculté de Droit – Université McGill
Montréal, Août 2008

A thesis submitted to McGill University in partial fulfilment of the requirements of the
degree of Doctor of Civil Law

© Mario Prost 2008

Résumé

Le droit, et *a fortiori* les juristes, ont horreur du vide et du multiple. Le débat contemporain sur la « fragmentation » du droit international en offre une illustration saillante. Cerné par les incertitudes, les paradoxes et les contradictions de son droit, l'internationaliste fait montre d'un attachement quelque peu artificiel et quasiment compulsif à l'idée d'unité de l'ordre juridique international. Acceptée partout, ou presque, comme une évidence, cette idée-là mérite pourtant un examen critique et réclame une élaboration théorique.

Que signifie en effet, pour le droit international, le fait d'être « Un » ? N'y a-t-il qu'une seule façon de concevoir l'unité de l'ordre juridique international ? L'unité du droit international est-elle simplement une affaire de normes, ou bien se joue-t-elle également du côté des formes et des valeurs juridiques ? Cette unité est-elle monocausale ou repose-t-elle sur un entrelacs complexe de dynamiques variées – dynamiques déontiques, herméneutiques, éthiques ou culturelles ?

A l'heure où la fragmentation est en train de se constituer en question canonique de la discipline du droit international, cette étude appelle à suspendre un temps le discours doctrinal conventionnel et à tenir en suspicion le postulat d'unité. Tenir en suspicion ne veut pas dire le récuser définitivement, mais simplement secouer la quiétude avec laquelle on l'accepte, l'arracher à sa quasi-évidence, montrer qu'il ne va pas de soi et qu'il n'est pas nécessairement ce qu'on croyait au premier regard.

L'argument s'articule autour d'une proposition centrale : le concept d'unité du droit, masqué par une simplicité trompeuse, recouvre en réalité une problématique complexe et multidimensionnelle. Contre les « techniciens de l'unité », qui veulent réduire la question de l'unité à la loi binaire de la règle et du conflit, la contribution principale de cette étude est d'épaissir l'analyse et de montrer qu'il existe pas moins de cinq perspectives théoriques disponibles sur l'unité du droit international. On espère ce faisant poser les jalons d'une pensée complexe de l'unité et, peut-être, ouvrir une brèche pour une réflexion renouvelée sur les enjeux de fragmentation.

Abstract

Law and *a fortiori* lawyers despise emptiness and multiplicity, as evidenced by the present-day debate on the so-called « fragmentation » of international law. Surrounded by uncertainty, paradox and contradiction, international law scholars show a somewhat artificial and quasi-compulsive attachment to the unity of their law. Although it seems to be accepted all round as evident, however, the idea of unity calls for a critical examination and a theoretical elaboration.

What does it mean for international law to be « One » ? Is there only one way to conceive of international law's unity ? Is unity only about norms, or does it also involve juridical forms and values ? Is unity monocausal or does it rest on a complex nexus of different dynamics – whether deontic, hermeneutic, ethical or cultural ?

While fragmentation is becoming something of a canonical question in the discipline of international law, the present study offers to suspend the mainstream discourse on fragmentation and to put the postulate of unity on hold. To put unity on hold does not mean to rebut or refute it indefinitely. Rather, it means questioning the way in which it is accepted as an undisputed assumption, disquieting the usage of this taken-for-granted concept, showing that it is not self-explanatory and that unity might not necessarily be what we thought it to be at first glance.

Our argument revolves around one central claim about the unity of international law : behind a seemingly simple and elementary concept lies a complex and multidimensional problematic. The modern « technicians of unity » cut unity down to the binary laws of conflicts of norms and jurisprudence. Against this, the main contribution of the present study lies in its elaboration of a thick analysis of unity, one that comprises no less than five different theoretical perspectives on international law's unity. By doing this, we hope to lay the ground for a complex theory of unity and open the door to new thinking about issues of fragmentation.

Remerciements

Je tiens à remercier chaleureusement les professeurs Stephen Toope et René Provost pour leur bienveillante supervision. Le professeur Toope a, le premier, cru en l'intérêt scientifique de cette recherche. Sa confiance et sa disponibilité sont demeurées d'une formidable constance, y compris après son départ pour la Colombie Britannique. Le professeur Provost a pour sa part accepté de reprendre le témoin à mi-parcours avec une finesse et une intelligence remarquables qui m'ont permis de poursuivre ma réflexion dans des conditions optimales. Sa patience, sa gentillesse et sa rigueur intellectuelle ont, depuis, représenté une source inestimable de motivation et d'inspiration. J'espère que ce travail, à sa manière et modestement, leur rendra justice.

Pour leur soutien amical et intellectuel, et pour m'avoir permis de faire mes gammes académiques, je tiens à remercier également les professeurs Armand de Mestral et Jaye Ellis. Ils ont contribué, plus qu'ils ne le réalisent sûrement, à la maturation de cette réflexion.

Le professeur Brigitte Stern de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, malgré les années passées et la distance géographique, continue d'exercer une influence déterminante sur mon travail. Elle a toujours répondu avec gentillesse et fidélité à mes sollicitations. Qu'elle trouve ici la marque de ma reconnaissance.

Cette recherche a été rendue possible grâce au soutien financier de l'Université McGill et du Libérateur Major Fellowship. Ils m'ont permis de prolonger ma résidence à Montréal et de bénéficier de superbes conditions de recherches à la Faculté de Droit. Je les en remercie sincèrement. Je tiens enfin à remercier Michael Thomson pour m'avoir offert le temps et l'espace pour mener à bien cette recherche lors de mon arrivée à l'Université de Keele en 2007.

A mes parents Alain et Cécile, pour leur affection et leur humour, si précieux quand, sur la fin, je commençais d'en manquer...

Sommaire

Introduction générale.....	1
1. Les éléments déclencheurs d'une angoisse postmoderne.....	5
2. Du « trop peu » au « trop plein » de droit : le débat sur la fragmentation.....	10
3. Pour une archéologie de l'unité.....	15
4. Ouvrir la porte de la complexité.....	18
5. Préalable méthodologique.....	21
Chapitre 1/ De l'unité et des perceptions qu'on en a : préambule ontologique	25
1. Du simple au composé : unité élémentaire et unité de connexion	28
2. En chair et en idée : l'unité comme interprétation	31
3. L'unité multi-causale.....	36
4. L'unité et les lois de la perspective	38
5. Conclusions intermédiaires : l'unité entre choix et ruse	41
Chapitre 2/ Unité, unification, universalité : délimiter le champ d'investigation	47
1. Unité et unification.....	47
2. Unité et universalité.....	54
2.1 L'universalité en tant qu'omniprésence.....	54
2.2. L'universalité en tant que globalité	54
2.3 L'universalité fragmentaire	56
2.4 Les conflits d'universalité.....	59
2.5 Universalisation et complexification du paysage juridique : l'affaire MOX.....	60
Chapitre 3/ L'unité matérielle	71
1. L'unité du droit comme absence de conflits normatifs	73
2. La définition du conflit.....	77
2.1 Le conflit <i>stricto sensu</i>	80
2.2 Le conflit <i>medio sensu</i>	86
2.3 Le conflit <i>lato sensu</i>	92
3. Conclusions intermédiaires : les rameaux opposés du conflit.....	100

Chapitre 4/ L'unité formelle.....	105
1. Trois conceptions de l'ordre juridique	108
1.1 L'analyse institutionnaliste	110
1.2 L'analyse normativiste.....	112
1.3 Les analyses post-normativistes	117
1.4 Le double réductionnisme du discours juridique conventionnel	123
2. Prendre Hart au sérieux : normes secondaires, déterminabilité et acceptation ..	128
2.1 La « déterminabilité » (determinacy) des règles secondaires	131
2.2 L'acceptation uniforme et généralisée des règles secondaires	134
2.3 Deux conditions inexplorées	137
3. Problèmes de déterminabilité : Les sources du droit international en question(s)	140
4. Problèmes d'acceptation : la Cour internationale islamique de Justice et la Charia comme règle ultime de reconnaissance	162
5.1 Modernité et sécularité du droit international.....	165
5.2 Homme précaire, homme sans gravité : postmodernité et résurgence du religieux	172
5.3 Résurgence du religieux et droit international : l'OICJ et la CiiJ.....	177
5. Conclusions intermédiaires	191
Chapitre 5/ L'unité culturelle	199
1. Le droit international comme discipline intellectuelle et professionnelle.....	201
2. Le concept de culture juridique	208
3. L'unité du droit international en tant que système culturel.....	215
3.1 Le droit international comme univers mental : esprit de corps et conscience collective	217
3.2 Le droit international comme formation discursive : syntaxe et grammaire	227
3.3 Unité statique et unité dialectique : le droit international plissé	234
4. Conclusions intermédiaires : la main invisible de la culture juridique	240
Chapitre 6/ L'unité logique	245
1. L'unité épistémologique du droit international : ah ! Par hypothèse !.....	246
1.1 Présomption, habilitation et contrainte herméneutique	247
1.2 La critique Kantienne et l'unité comme principe régulateur	252
1.3 La <i>Rechtswissenschaft</i> et le développement d'une science « scientifique » du droit	256
1.4 Conclusions intermédiaires	261

2. L'unité axio-logique du droit international	264
2.1 Valeurs matérielles et valeurs formelles.....	270
2.2 Valeurs individuelles et valeurs collectives	272
2.3 Valeurs-patrimoine et valeurs-programme	275
2.4 Axiologie d'orientation et axiologie de validation : la sur-détermination <i>souple</i> et <i>stricte</i>	276
2.5 Conclusions intermédiaires : l'enchaînement tâtonnant des mille nuances	282
 Conclusion générale/ <i>L'Unitas Multiplex</i>	 285
1. Variations optiques : Tadic revisité.....	289
2. Luites territoriales et marchands d'unité	298
 Bibliographie	 311
A. Ouvrages et monographies	311
A.1 Philosophie, théorie de la société et théorie du droit	311
A.2 Droit international et relations internationales	316
A.3 Autres ouvrages	324
B. Articles et cours	326

« C'est selon l'humeur de celui qui la regarde que la ville de Zembrude prend sa forme.

Si tu y passes en sifflotant, le nez au vent, conduit par ce que tu siffles, tu la connaîtras de bas en haut : balcons, rideaux qui s'envolent, jets d'eau.

Si tu marches le menton sur la poitrine, les ongles enfoncés dans la paume de la main, ton regard ira se perdre à ras de terre, dans les ruisseaux, les bouches d'égout, les restes de poisson, les papiers sales.

Tu ne peux pas dire que l'un des aspects de la ville est plus réel que l'autre, pourtant tu entends parler de la Zembrude d'en-bas, parcourant tous les jours les mêmes morceaux de rue et retrouvant le matin la mauvaise humeur de la veille collée au pied des murs.

Pour tous, vient tôt ou tard le jour où ils abaissent le regard en suivant les gouttières et ne parviennent plus à le détacher du pavé. Le cas opposé n'est pas exclu, mais il est plus rare : c'est pourquoi nous continuons à tourner dans les rues de Zembrude avec des yeux qui désormais fouillent plus bas que les caves, jusque dans les fondations et les puits »

Italo Calvino, *Les villes invisibles*, Paris, Le Seuil, 1974, à la p. 81

Introduction générale

Le droit international est une étrange discipline. Lorsqu'il émerge comme discipline académique et professionnelle dans la seconde moitié du 19^e siècle, il est d'emblée contesté : comment le droit peut-il régner entre des Etats souverains qui ne connaissent ni ne reconnaissent aucune autorité supérieure à la leur ? Quels peuvent bien être la valeur et le sens d'un droit dont l'obéissance et la sanction sont laissées au bon vouloir de ses sujets primaires, et notamment des plus forts ? En tout état de cause, peut-on vraiment parler d'un droit « international » quand, historiquement, ce droit là est d'abord et avant tout un droit créé *par* – et surtout *pour* – les Etats européens ? On crée des chaires de recherche en droit international, on met sur pied des sociétés savantes, on publie des revues scientifiques. Mais le scepticisme reste de mise. Le droit international fait pâle figure à côté des sophistications et des raffinements du droit interne. C'est, pense-t-on, un droit primitif et sous-développé, dont les normes sont aussi rares que précaires. C'est aussi un droit politique. Trop politique.¹

Face à cette attitude incrédule, voire défiante, les internationalistes vont, très tôt, dépenser une énergie considérable à défendre leur projet et à démontrer l'autonomie et la positivité de leur droit. Les stratégies déployées sont variées. Certaines sont simplement rhétoriques : le droit international n'est pas primitif, dit-on, il est simplement différent. D'autres se veulent plus pragmatiques : le droit international existe puisque les Etats en parlent et en font. L'essentiel des arguments est de nature analogique ou comparative. On veut montrer que, en dépit des apparences trompeuses, le droit international fonctionne à l'image du droit interne : les Etats sont comme des sujets de droit dont le territoire est comme une propriété, dont les traités sont comme des contrats, et dont la diplomatie est comme l'administration d'un système de droit.

¹ Voir Martti Koskenniemi, « The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics » (2007) 70 *Modern Law Review* 1 aux pp. 1-3.

On veut montrer surtout que le droit international, comme le droit interne, est une discipline technique, concrète et sophistiquée. Hersch Lauterpacht, qui incarne le mieux cet effort, prétend par exemple qu'on peut, au fond, lire tout le droit international comme une réplique à l'échelle internationale des principes et institutions du droit privé (droit des contrats, *tort law*, droit de la propriété, droit de la succession, règles de preuve et de procédure).²

Si ces stratégies connaissent un relatif succès dans l'entre-deux-guerres, la seconde guerre mondiale discrédite le droit international et, à nouveau, pose « la » question existentielle. La totale impotence du droit international face au nazisme et à l'holocauste plonge la discipline dans une sorte de spleen métaphysique. Il faut, une nouvelle fois, faire face à la critique, non seulement de l'intérieur – i.e. de la part des juristes « domestiques » - mais cette fois également de l'extérieur – i.e. de la part de disciplines non-juridiques, et notamment des relations internationales, où les réalistes portent les coups les plus durs. Le droit international, dit-on, ne serait au fond pas autre chose que la politique poursuivie par d'autres moyens.³ Les internationalistes d'après-guerre sont donc forcés de poursuivre l'effort de leurs prédécesseurs. Le ton est différent, plus pragmatique. On ne parle pas de droit international de la même manière avant et après la Shoah. Mais tout en admettant que le droit international est imparfait, on continue de développer les mêmes stratégies pour justifier de la réalité, de la positivité et de la matérialité du droit international.⁴

Deux décennies après la fin de la guerre, néanmoins, la discipline paraît avoir trouvé ses marques. Les stratégies auto-justificatrices déployées par les internationalistes semblent porter leurs fruits et l'on entre, à partir des années 1960, dans une période de relative confiance où la discipline s'émancipe du besoin traditionnellement ressenti de prouver l'existence de son objet. En 1966, Ian Brownlie publie la première édition de son *Principles of Public International Law*.⁵ Ce manuel, qui va rapidement devenir

² Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longman, 1927.

³ Hans Morgenthau, *Politics Among Nations*, Knopf, New York, 1947 ; Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calman-Levy, 1962.

⁴ Richard Falk, « The Reality of International Law » (1962) 14 *World Politics* 353 ; Wolfgang Friedmann, « The Reality of International Law - A Reappraisal » (1971) 10 *Columbia Journal of Transnational Law* 46 ; Anthony D'Amato, « Is International Law Really Law » (1984) 79 *Northwestern University Law Review* 1293.

⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1966.

une référence incontournable, marque un changement de style notoire. Le ton est résolument anti-apologétique. Brownlie veut écrire un manuel sur la substance, les méthodes et les techniques du droit international, comme on écrit des manuels sur le droit des contrats, le droit fiscal ou le droit pénal.⁶ Il laisse à la théorie générale du droit le soin de parler des questions de fondement, de réalité ou d'efficacité du droit international. Brownlie assume pleinement l'existence de son droit. Le manuel ne s'encombre même pas d'une introduction historique. Il propose simplement douze chapitres sur douze thèmes substantiels de droit international positif.

Brownlie est le produit de son temps. De 1958 à 1969, le droit international connaît des développements décisifs : on adopte les quatre Conventions de Genève sur le droit de la mer, la Convention sur les relations diplomatiques et consulaires, et les deux Conventions de Vienne sur le droit des traités. C'est la « décennie prodigieuse de la codification ». Elle génère une assurance nouvelle, qui se confirme largement dans les années 1970 et 1980, que ce soit sur le plan diplomatique – avec l'adoption d'instruments tels la Convention de Montego Bay – ou sur le plan judiciaire – avec des décisions historiques comme l'arrêt *Nicaragua* rendu par la Cour internationale de Justice contre la superpuissance américaine pour ses interventions contre le régime sandiniste. Dans la foulée de la chute du mur de Berlin, l'Assemblée générale va même jusqu'à proclamer la période 1990-1999 « décennie des Nations Unies pour le droit international ».⁷ Au début des années 1990, l'humeur est optimiste. On a bien conscience que la tâche est vaste pour le droit international dans cette période de dégel des relations internationales. Mais en même temps, la discipline paraît libérée de son embarras existentiel. On dit que le droit international, selon la formule devenue célèbre de Thomas Franck, serait entré dans une ère « post-ontologique », où les internationalistes, dégagés des contraintes de l'ontologie défensive, peuvent s'intéresser aux seules questions qui valent vraiment : celles du développement matériel et de la mise en œuvre du droit international.⁸ On parle même d'une « constitutionnalisation » de l'ordre juridique international, expression qui semble

⁶ Voir Colin Warbrick, « Brownlie's Principles of Public International Law: an Assessment » (2000) 11 *European Journal of International Law* 621 aux pp. 623-627.

⁷ *Décennie des Nations Unies pour le droit international*, Rés. AG 44/23, Doc. Off. AG NU, 44^e sess., Doc. NU A/RES/44/23 (1989) 31.

⁸ Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, New York, Oxford University Press, 1995 à la p. 6.

suggérer que le droit international aurait atteint un degré de réalisation et d'organisation comparable aux ordres juridiques internes.⁹

Mais voilà, les années 1990 réservent au droit international un drôle de paradoxe. Au moment où l'on croit la discipline débarrassée de son spleen métaphysique, un nombre croissant de juristes se met à s'inquiéter d'un mal nouveau : le phénomène dit de la *fragmentation*. Il se dit que le droit international serait en train de proliférer et de s'étier dans tous les sens, à un rythme incontrôlé, qu'il y aurait trop de normes et trop d'institutions. L'unité du droit international serait en danger. On risquerait la rupture, voire le chaos. Pas moins de trois Présidents successifs de la Cour internationale de Justice expriment publiquement leurs inquiétudes à ce sujet, notamment devant l'Assemblée Générale des Nations Unies.¹⁰ Cette dernière, convaincue du sérieux du problème, décide d'ailleurs d'en saisir la Commission du Droit international, qui adopte un rapport définitif sur la question en 2006.¹¹ Tout se passe comme si les internationalistes, trop longtemps occupés à fonder en théorie l'existence, même minimale, de leur droit, étaient pris dans une sorte d'accélération de l'histoire et, rattrapés d'un coup par les évolutions du droit international, étaient saisis d'une sorte d'angoisse postmoderne.¹² Mais ces évolutions, quelles sont elles exactement ?

⁹ Bardo Fassbender, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community » (1998) 529 *Columbia Journal of Transnational Law* 558 ; Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, Munich, Beck, 2001 ; Bruno Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law » (1994) 250 *Recueil des Cours* 217 aux pp. 256-284.

¹⁰ Robert Jennings, « The Role of the International Court of Justice » (1997) 68 *British Yearbook of International Law* 1. Discours de S. Exc. M. Schwebel, président de la Cour internationale de Justice, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, 26 Octobre 1999, en ligne : < <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>>. Discours de S. Exc. M. Guillaume, président de la Cour internationale de Justice, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, 26 Octobre 2000 ; en ligne : < <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=84&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>>; Gilbert Guillaume, « La Cour internationale de Justice - Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire » (1996) 100 *Revue Générale de Droit International Public* 323.

¹¹ Martti Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, Doc. NU A/CN.4/L.682 [ci-après *Rapport définitif*].

¹² Martti Koskenniemi et Paivi Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2005) 15 *Leiden Journal of International Law* 553.

1. Les éléments déclencheurs d'une angoisse postmoderne

Il y a d'abord l'expansion et la densification matérielle du droit international, c'est-à-dire la multiplication des thèmes et des matières qui font l'objet d'une réglementation internationale. Traditionnellement, on le sait, le domaine d'application du droit international est demeuré relativement restreint. Jusqu'à la fin du 19^e siècle, il s'est pour ainsi dire limité à deux questions principales : le partage et les conditions d'exercice des compétences territoriales, d'une part ; et la conduite des relations diplomatiques, d'autre part. Mais depuis la fin de la seconde guerre mondiale, et plus encore depuis la fin de la guerre froide, le droit international s'est déployé et s'est démultiplié, pour couvrir à peu de choses près tous les aspects des relations sociales : télécommunications, échanges commerciaux, protection de l'environnement, conduite des hostilités, diversité culturelle, sécurité alimentaire, droits de la personne, protection des investissements, terrorisme, assistance humanitaire, exploration spatiale etc.¹³ Il y a là un phénomène que même la discipline des relations internationales, restée longtemps agnostique aux questions de droit international, a repéré : on parle d'une « légalisation » de la politique mondiale.¹⁴

Il y a ensuite un élargissement de la communauté juridique internationale. Historiquement, le droit international a d'abord existé comme un instrument de projection hégémonique d'un club restreint de « nations civilisées » - et notamment de puissances européennes – sur le reste du monde.¹⁵ La communauté du droit international est donc restée longtemps un club fermé, réservé à une poignée d'Etats occidentaux. Les choses ont, sur ce point, largement évolué. Le droit international a progressivement abandonné la référence au degré de civilisation (du moins dans sa forme classique) comme critère de *membership*. Il est devenu un droit à vocation universelle qui s'applique en théorie, et à proportion égale, à toutes les sociétés du

¹³ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, aux pp. 1-3.

¹⁴ Judith Goldstein et al., « Legalization and World Politics » (2000) 54 *International Organizations* 385.

¹⁵ Voir Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; Nathaniel Berman, *Passions et ambivalences : le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Paris, Pedone, 2008 ; Emmanuelle Jouannet, « Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law? » (2007) 18 *European Journal of International Law* 379.

globe. La décolonisation aidant, nous sommes donc passés d'une communauté de quelques 40 Etats en 1920 à une communauté de près de 200 Etats en 2008.

Le changement n'est pas seulement quantitatif. Il est qualitatif également. La communauté internationale n'est pas simplement devenue une communauté plus nombreuse. Elle est devenue également une communauté sans dehors, une communauté « sans barbares ». Sans barbares ne veut pas dire sans barbarie. Le XXe siècle restera le siècle des génocides, commis par des nations « civilisées » comme par des nations « barbares ». Mais le droit international a renoncé au couple civilisé/barbare comme couple structurant. Le droit international ne se définit plus en relation à cet ennemi du dehors. Il reste, bien entendu, des voyous (*rogue states*), des indésirables et des intouchables (réfugiés, populations autochtones, ennemis combattants).¹⁶ Mais plus d'« Autre » qui soit exclu *ab initio* et qui, par un jeu de miroir renversé, renvoie l'image d'un « en dedans » unifié face à un « en dehors » sauvage.¹⁷

Si les barbares ont formellement disparu comme catégorie juridique, de nouveaux sujets parlants sont apparus néanmoins. Le droit international s'est développé du 17^e au 19^e siècle comme un droit exclusivement interétatique, un droit fait par les Etats pour régler leurs différends et leurs relations réciproques. Là encore, la chose n'est plus du tout vraie. Si l'Etat continue de jouer le rôle principal, d'autres entités se sont imposées comme des acteurs à part entière du droit international. C'est le cas bien entendu des individus, qui n'en sont plus simplement les lointains destinataires – comme par ricochet – mais qui sont dorénavant titulaires de droits fondamentaux qu'ils peuvent faire valoir directement, y compris contre leur propre Etat national, et qui sont responsables personnellement devant la loi pénale internationale.¹⁸ Les entreprises multinationales sont devenues également des interlocuteurs normaux dans la gestion des problèmes du monde, comme en témoigne le *Pacte Mondial*, partenariat

¹⁶ Voir Anne Orford, *International Law and Its Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹⁷ Sur le rapport à l'« Autre » comme élément constitutif du Soi, voir la réflexion d'Emmanuel Lévinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Paris, Lgf, 2004. Sur l'« altérisation » en droit international, voir Sébastien Jodoin, « International Law and Alterity : The State and the Other » (2008) 21 *Leiden Journal of International Law* 1 [qui est d'avis que la centralité de l'Etat comme figure ontologique centrale tend à exclure d'autres collectivités humaines non-étatiques du fonctionnement du droit et de la justice internationale].

¹⁸ Voir Alexander Orakhelashvili, « The Position of the Individual in International Law » (2000) 31 *California Western International Law Journal* 241.

conclu entre les Nations-Unies et les entreprises multinationales en rapport aux droits de l'homme, aux normes du travail, à l'environnement et à la lutte contre la corruption.¹⁹ Plus récemment, les villes se sont mises aussi à « faire » du droit international, dans les domaines du commerce, de la finance, des droits de la personne ou du développement durable.²⁰ Aux Etats-Unis par exemple, ce sont les grandes villes américaines qui ont décidé de jouer un rôle d'avant-garde dans la lutte contre le réchauffement climatique, en adhérant unilatéralement aux objectifs du Protocole de Kyoto et en s'engageant, malgré le refus persistant de l'administration Bush, à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre de 7% d'ici 2010.²¹

On n'oubliera pas, bien entendu, les organisations internationales, intergouvernementales (OI) et non-gouvernementales (ONG). Les premières, quasi-inexistantes au début du XXe siècle, sont aujourd'hui trois fois plus nombreuses que les Etats.²² Si leur rôle et leurs fonctions sont variables, elles jouissent en général du pouvoir de créer du droit, par voie législative (résolutions) ou par voie judiciaire (par le biais d'organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels).²³ Quant aux secondes, elles se comptent dorénavant en dizaine de milliers. Bien que ne disposant pas d'une personnalité juridique internationale au sens formel du terme, le rôle des ONG dans la négociation et la mise en œuvre des instruments internationaux est largement documenté et n'est plus guère contesté aujourd'hui.²⁴

¹⁹ Betty King, « The UN Global Compact: Responsibility for Human Rights, Labor Relations, and the Environment in Developing Nations » (2001) 34 *Cornell International Law Journal* 481 ; Alexis Taylor, « The UN and the Global Compact » (2000) 17 *New York Law School Journal of Human Rights* 975.

²⁰ Voir en général Paul Knox et Peter Taylor, *World Cities in a World System*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

²¹ Guillaume Serian, « Climat : la révolte des maires américains » *Le Monde* (12 Octobre 2006) ; Paul Brown, « US Cities Snub Bush and Sign Up to Kyoto » *The Guardian* (17 Mai 2005).

²² Le nombre d'organisations intergouvernementales varie en fonction des paramètres utilisés pour opérer la sélection. On s'accorde généralement à dire qu'il oscille entre 500 et 700. Voir Chittharanjan Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, à la p. 6. Sur la multiplication des OIs, voir Mario Prost et Paul Clark, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter? » (2006) 5 *Chinese Journal of International Law* 341.

²³ Jose Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

²⁴ Voir Pierre-Marie Dupuy et Luisa Vierucci eds., *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?*, Cheltenham, Elgar, 2008 ; Steve Charnovitz, « Nongovernmental Organizations and International Law » (2006) 100 *American Journal of International Law* 348 ; Gaëlle Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

La dernière mutation notoire du droit international moderne concerne l'apparition de « monstres » juridiques, i.e. de formes et d'objets qui ne correspondent plus aux schèmes et aux catégories classiques du droit international. Il y a d'abord de nouvelles formes de normativité. On parle par exemple du droit « non-officiel », c'est-à-dire des réglementations transnationales développées directement par les opérateurs privés, sans passer par l'Etat, dans des secteurs d'activité particuliers (*lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex electronica* etc.). On parle aussi de la *soft law*, c'est-à-dire de la myriade d'instruments internationaux qui, sans être formellement contraignants, jouent un rôle essentiel dans l'émergence et le développement progressif du droit.²⁵

Des institutions juridiques d'un genre nouveau émergent également, qui ne sont ni des institutions nationales, ni des institutions intergouvernementales au sens classique du terme. L'Union européenne est sans doute l'exemple le plus évident, dont on ne sait toujours pas dire avec certitude s'il s'agit d'une simple organisation internationale ou d'un Etat pré-fédéral.²⁶ Mais on pense encore au phénomène plus récent des juridictions internationales dites « mixtes » ou « hybrides », que ce soit dans le domaine des investissements (CIRDI) ou dans celui de la justice pénale internationale (tribunaux spéciaux pour la Sierra Leone, le Cambodge ou le Liban).²⁷ Ces juridictions constituent des formes juridiques métissées, où siègent des juges nationaux et internationaux, et qui appliquent un mélange de droit local et de droit international. Plus récemment, on a même assisté à la création d'une institution plus étrange encore, la Cour de Justice des Caraïbes (CJC) qui, unique en son genre, remplit la double fonction d'organe de règlement des différends internationaux et de cour d'appel en dernier ressort pour les Etats membres de la Communauté caribéenne. La CJC est donc à la fois une cour suprême de droit interne et une cour internationale de justice.²⁸

²⁵ Voir entre autres Gunther Teubner, *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997 ; John Kirton et Michael Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment, and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2004.

²⁶ Sur le « monstre européen », voir Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit III - La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, aux pp. 102-110.

²⁷ David Crane, « Hybrid Tribunals-Internationalized National Prosecutions » (2006) 25 Penn State International Law Review 803 ; Stephen Toope, *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius, 1990.

²⁸ David Simmons, « The Caribbean Court of Justice: A Unique Institution of Caribbean Creativity » (2004) 29 Nova Law Review 171.

L'expansion matérielle, l'élargissement de la communauté internationale, la multiplication des sujets parlants, la diversification des sources et l'apparition de formes juridiques monstrueuses : toutes ces évolutions, mises bout à bout, finissent pas générer dans la discipline un sentiment d'éparpillement. Le droit international s'immisçant dans des espaces inédits, aux frontières incertaines, on craint une perte de sens et de contrôle.²⁹ A l'anarchie du système international classique se substitue l'image hétérarchique d'un droit sans pilote, qui s'écrit à plusieurs voix, à l'intersection d'espaces normatifs multiples et enchevêtrés, sans véritable plan d'ensemble.

Les choses, bien entendu, ne changent pas d'un coup dans les années 1990. Mais il s'y passe une conjonction d'évènements qui précipite l'émergence de ce sentiment de diffusion et d'émiettement du droit. Il y a d'abord l'épaississement et l'approfondissement, coup sur coup, d'une série de régimes spéciaux : institution de l'Union Européenne ; création de l'ALENA ; adoption groupée au Sommet de Rio de la Convention sur la biodiversité, de la Convention-cadre sur les changements climatiques et de la Convention contre la désertification ; constitution de l'Organisation Mondiale du Commerce ; entrée en vigueur de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer ; adoption du Statut de la Cour Pénale Internationale etc. Si les années 1960 ont représenté la décennie du droit international « général » (droit des traités, relations diplomatiques et consulaires etc.), les années 1990 sont incontestablement la décennie du droit international « spécial ».

A cela vient s'ajouter une série de décisions rendues en l'espace de quelques années seulement par des tribunaux spécialisés, qui s'écartent des solutions retenues traditionnellement en droit international, ou qui font une lecture hermétique de leur droit, sans intégrer les développements législatifs et institutionnels qui se déploient dans des domaines voisins. L'Organe de Règlement des Différends de l'OMC peine dans sa jurisprudence *Crevettes* à intégrer des standards non-commerciaux, et notamment les standards environnementaux.³⁰ La Cour Européenne des Droits de

²⁹ Slim Laghmani, « Le phénomène de perte de sens en droit international » dans *Harmonie et contradiction en droit international*, Paris, Pedone, 1996.

³⁰ Voir Fiona Macmillan, *WTO and the Environment*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001 ; Mario Prost, *D'abord les moyens, les besoins viendront après : commerce et environnement dans la "jurisprudence" du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

l'Homme décide dans les affaires *Belilos* et *Loizidou* que les réserves aux traités sur les droits de la personne sont, *ex hypothesi*, inadmissibles.³¹ Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie modifie dans son arrêt *Tadic* certains critères de responsabilité internationale développés par la Cour internationale de Justice.³²

Il se produit donc, quelque part au milieu des années 1990, un basculement. Pendant près d'un siècle, les internationalistes sont restés préoccupés par les sous-développements de leur droit. Ils ont cherché à le démultiplier, à mettre en lumière ses ramifications, ses mille déclinaisons et ses mille raffinements, pour montrer qu'il n'était pas un droit primitif et atrophié. Puis la tendance s'inverse. Les règles prolifèrent. Des conflits se font jour entre des institutions qui n'ont pas les mêmes points de vue sur le monde ni les mêmes parti pris structurels. Les oppositions canoniques qui ont traditionnellement donné sa forme à la discipline – entre civilisés et barbares, public et privé, national et international, droit et non-droit – ces oppositions là, donc, sont brouillées. Les internationalistes se mettent alors à chercher, derrière les foisonnements du droit international contemporain, des principes de cohérence et des formes d'unité. D'un complexe du « trop peu », la discipline glisse dans les perplexités du « trop plein » de droit.³³

2. Du « trop peu » au « trop plein » de droit : le débat sur la fragmentation

C'est dans ce contexte qu'émerge le débat sur l'unité et la fragmentation du droit international. Ce qui, au départ, paraissait n'être qu'une préoccupation relativement marginale d'un groupe restreint de juristes a pris des allures de véritable phénomène social. Elle a provoqué, et continue de le faire, un nombre incalculable de colloques,

³¹ Susan Marks, « Reservations Unhinged: The *Belilos* Case before the European Court of Human Rights » (1990) 39 *International and Comparative Law Quarterly* 300 ; Gérard Cohen-Jonathan, « L'affaire *Loizidou* devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: quelques observations » (1998) 102 *Revue Générale de Droit International Public* 123.

³² Voir *infra* pp. 285-294.

³³ Shabtai Rosenne, « The Perplexities of Modern International Law » (2001) 291 *Recueil des Cours* 9 aux pp. 23-46.

de séminaires et de publications en tous genres.³⁴ Et elle n'intéresse plus seulement les internationalistes « généralistes ». Dorénavant, c'est chaque branche du droit, chaque sous-discipline qui s'interroge sur sa propre fragmentation.³⁵ La question de la fragmentation, pour reprendre les mots de Pierre-Marie Dupuy, est devenue « le débat doctrinal par excellence [...] à l'ère de la globalisation ».³⁶

Pour bien comprendre l'apport de cette étude à ce débat-là, il convient de dire un mot ici sur ce que la doctrine en dit, mais également – et surtout – sur ce qu'elle ne dit pas. La problématique de la fragmentation, nous le verrons tout au long de cette étude, soulève un nombre considérable de questions, tantôt juridiques, tantôt politiques, tantôt techniques, tantôt idéologiques. La littérature sur cette question est abondante, dense et variée. Elle est complexe voire, on nous pardonnera le jeu de mot un peu facile, fragmentée. Elle ne se laisse pas saisir facilement. On peut dire néanmoins, pour essayer d'en bien saisir les contours et les questions essentielles, qu'elle s'est développée en deux temps, qui ont donné lieu à deux générations successives de polémiques doctrinales.

³⁴ Voir, entre autres, « Symposium Issue : The Proliferation of International Tribunals : Piecing Together the Puzzle » (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 679 ; « Diversity or Cacophony : New Sources of Norms in International Law Symposium » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 845 ; *Fragmentation: Diversification and Expansion of International Law: Proceedings of the 34th Annual Conference of the Canadian Council of International Law*, Ottawa, Canadian Council of International Law, 2006 ; Karel Wellens et Rosario Vinaxia, *L'Influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann, *Unity and Diversity in International Law: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006 ; Matthew Craven, « Unity, Diversity, and the Fragmentation of International Law » (2005) 14 *Finnish Yearbook of International Law* 3 ; Andrea Gattini, « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 303 ; Benedetto Conforti, « Unité et fragmentation du droit international: 'Glissez, mortels, n'appuyez pas!' » (2007) 111 *Revue Générale de Droit International Public* 5 ; Eyal Benvenisti et George Downs, « The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law » (2007) 60 *Stanford Law Review* 1 ; Oriol Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001 ; Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international » (2002) 297 *Recueil des Cours* 9.

³⁵ Alexander Orakhelashvili, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? » (2008) 19 *European Journal of International Law* 161 ; Anthony Cassimatis, « International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law » (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 623 ; Tim Stephens, « Multiple International Courts and the 'Fragmentation' of International Environmental Law » (2006) 25 *Australian Yearbook of International Law* 227 ; Alan Boyle, « Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction » (1997) 46 *International and Comparative Law Quarterly* 37.

³⁶ Pierre-Marie Dupuy, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation: sur la fragmentation du droit international » (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 1 à la p. 1.

Dans un premier temps, le débat sur la fragmentation s'est articulé autour de deux problématiques principales : l'autonomisation fonctionnelle des régimes spéciaux et la multiplication des tribunaux internationaux. Sur ces deux questions, les avis divergent largement.

A propos des régimes spéciaux, deux camps s'opposent. Les uns sont d'avis que, dès lors qu'un régime spécial se dote d'un appareil complet de règles secondaires – de sources et de règles de responsabilité propres – il devient auto-suffisant, i.e. il se découple et fonctionne indépendamment du droit international « général ». Les défenseurs de cette thèse estiment que, passé un certain stade d'autonomisation, les régimes spéciaux finissent par pourvoir par eux-mêmes, sur la base d'instruments conventionnels, à tous leurs besoins.³⁷ Les autres objectent que l'autonomisation des régimes spéciaux est relative. Aucun régime ne se suffit jamais complètement à lui-même. Il fonctionne toujours, même minimalement, dans les paramètres du droit international général, qui constitue la toile de fond sur laquelle tout le reste s'écrit.³⁸ Sur cette question, la Commission du droit international, dans son rapport définitif, semble avoir tranché en faveur du second camp. Elle conclut qu' « aucun régime n'est un circuit juridique fermé ».³⁹ Si un régime spécial peut déroger au droit général en tant que *lex specialis*, le droit général reste toujours pertinent dans l'interprétation du droit spécial, et comme instrument permettant de combler ses lacunes et de parer à ses défaillances.

³⁷ Willem Riphagen, « Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale » (1982) II Annuaire de la Commission du Droit International 25 ; ainsi que Willem Riphagen, « State Responsibility: New Theories of Obligation in Interstate Relations » dans Ronald Macdonald et Douglas Johnston, éd., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983. Voir également *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, [1980] C.I.J. Rec. 3 au para. 86 : « les règles du droit diplomatique 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 pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'Etat accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont par nature d'une efficacité totale » ; ainsi que *Procureur c. Tadic* (1995), Affaire n°IT-94-1 (Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) au para. 11 : « En droit international, chaque tribunal est un système autonome (sauf s'il en est prévu autrement) ».

³⁸ Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17 *European Journal of International Law* 483 ; Bruno Simma, « Self-Contained Regimes » (1985) 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 111 ; Anja Lindroos et Michael Mehling, « Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes': International Law and the WTO » (2005) 16 *European Journal of International Law* 857.

³⁹ Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 152

A propos de la multiplication des tribunaux internationaux, les opinions ne sont pas aussi tranchées. Mais les positions doctrinales oscillent entre deux pôles. D'un côté, il y a ceux qui considèrent que la multiplication des tribunaux internationaux pose d'ores et déjà des problèmes de jurisprudences internationales contradictoires, qui affectent la cohérence, la prévisibilité et l'efficacité du système juridique international.⁴⁰ Le phénomène entraînerait, *in fine*, la perte d'une perspective globale du droit international. De l'autre, on trouve un certain nombre d'observateurs qui notent que le problème, au fond, est simplement virtuel, que les tribunaux internationaux communiquent par voie de jurisprudence interposée et qu'ils sont, dans l'ensemble, respectueux des principes généraux du droit international.⁴¹ Souvent, ceux-là considèrent que la multiplication des juridictions internationales offre, en tout état de cause, plus d'opportunités qu'elle ne crée de difficultés pour le droit international. Sur cette question, la Commission du droit international semble avoir opté pour une position intermédiaire. Tout en notant qu'il ne lui appartient pas d'arbitrer les problèmes de chevauchement de compétence entre juridictions internationales, elle considère que la multiplication des tribunaux internationaux, selon le point de vue privilégié, peut se concevoir tantôt comme un problème structurel qui menace l'unité du droit, tantôt comme un phénomène normal qui reflète l'irréversible pluralisme du monde juridique contemporain.⁴²

Passée l'émotion des débuts, la doctrine a pris cependant, depuis quelques années, un tournant résolument pragmatique. On voit émerger une deuxième génération d'études doctrinales qui, davantage qu'à des questions empiriques et normatives, s'intéresse à des questions d'ordre technique. La question n'est plus de savoir si, et dans quelle mesure, le droit international est en train de se fragmenter, ni de porter un jugement

⁴⁰ Gilbert Guillaume, « The Future of International Judicial Institutions » (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 848 ; Pierre-Marie Dupuy, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice » (1998) 31 *New York University Journal of International Law & Politics* 791 ; Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; Holger Hestermeyer, « Where Unity Is at Risk: When International Tribunals Proliferate » dans Doris König, Peter-Tobias Stoll, Volker Röben et Nele Matz-Lück, éd., *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?*, Berlin, Springer, 2008.

⁴¹ Jonathan Charney, « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? » (1998) 271 *Recueil des Cours* 101 ; Bruno Simma, « Fragmentation in a Positive Light » (2003) 25 *Michigan Journal of International Law* 845 ; Rosalyn Higgins, « The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law » (2003) 52 *International and Comparative Law Quarterly* 1 ; Julien Fouret et Mario Prost, « La multiplication des juridictions internationales: de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure » (2002) 15 *Revue Québécoise de Droit International* 117.

⁴² Koskeniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 14.

sur la nature – pathologique ou bénigne – du phénomène. Il s’agit plutôt, en partant de l’hypothèse que la cohérence et l’unité du droit sont des visées légitimes, de s’interroger sur les principes et les méthodes d’articulation du droit international, c’est-à-dire sur les techniques juridiques permettant de mettre en relation les différentes parties composantes du système juridique, d’ « ordonner le multiple » pour reprendre l’expression de Mireille Delmas-Marty.⁴³ Ce tournant pragmatique a donné naissance à une littérature foisonnante sur les règles d’interprétation des traités, et notamment sur le principe dit de l’ « intégration systémique » codifié à l’article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne.⁴⁴ L’accent est mis également sur les principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior* comme principes de prioritarisation entre traités applicables simultanément à une même situation juridique.⁴⁵ On voit même renaître la problématique du *jus cogens*, un temps sommeillante, comme principe de hiérarchisation entre normes concurrentes.⁴⁶

L’intérêt pour la fragmentation, donc, ne se dément pas. Il semble au contraire s’être diversifié au point de devenir une question proprement constitutive de la discipline moderne du droit international. Mais, cependant que la fragmentation semble être dans tous les esprits, et dans toutes les bouches, on est frappé par une chose. Tandis que l’on parle abondamment de fragmentation, de ses sources, de ses conséquences, de ses remèdes, on parle finalement assez peu d’unité, étrange façon de travailler l’ombre sans travailler la lumière. Le plus souvent, on se contente de poser l’unité comme un

⁴³ Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

⁴⁴ Jan Klabbers, « Reluctant 'Grundnormen': Articles 31 (3)(c) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law » dans Matthew Craven et Malgosia Fitzmaurice, éd., *Time, History and International Law*, Leiden, Nijhoff, 2007 ; Panos Merkouris, « Debating the Ouroboros of International Law: The Drafting History of Article 31 (3)(c) » (2007) 9 *International Community Law Review* 1 ; Campbell McLachlan, « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention » (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279.

⁴⁵ Anja Lindroos, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* » (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 27 ; Erich Vranes, « *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior: Zur Rechtsnatur der 'Konfliktlösungsregeln'* » (2005) 65 *Heidelberg journal of international law* 391 ; William Schabas, « *Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum* » (2007) 40 *Israel Law Review* 592 ; Amna Guellali, « *Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme: leur interaction dans les nouveaux conflits armés* » (2007) 111 *Revue Générale de Droit International Public* 539.

⁴⁶ Andreas Paulus, « *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Re-appraisal* » (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 297 ; Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin, éd., *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

concept qui ne nécessite aucune explicitation, comme quelque chose qui va de soi. Et lorsqu'on en parle, c'est généralement de façon vague, elliptique, voire tautologique (e.g. il y a unité lorsqu'il n'y a pas de fragmentation). On se trouve donc dans une situation curieuse et paradoxale où la fragmentation est partout, mais où l'unité – préalable sans lequel le reste n'a pas de sens (seul ce qui est unitaire peut se fragmenter) – demeure totalement sous-théorisée. On omet de poser une question aussi élémentaire qu'incontournable : qu'on la désire ou non, qu'est-ce donc que cette unité du droit international, que recouvre exactement cette expression un peu vague que l'on tient pour évidente ?

3. Pour une archéologie de l'unité

C'est cette question – en apparence élémentaire, mais laissée en suspens – qui constitue l'objet principal de cette étude. Il nous est apparu que le concept d'unité – masqué par une simplicité trompeuse – réclame une élaboration théorique. Comment, en effet, penser efficacement la fragmentation sans penser à titre liminaire l'unité ?

Penser l'unité, il va sans dire, est un vaste programme. L'unité est de ces idées qui ont occupé avec la plus grande constance l'histoire de la philosophie, et plus généralement de la pensée. La pensée métaphysique, depuis Parménide et Aristote jusqu'à Heidegger, n'est d'ailleurs pas autre chose qu'une tentative délibérée de surmonter la multiplicité des phénomènes par la découverte des fondements premiers, du « tout », de l'« Un », du transcendant ou de l'« englobant », pour reprendre l'expression de Jaspers.⁴⁷ Définir l'unité n'est donc pas entreprise aisée. L'unité, en effet, n'est pas une chose. Elle est d'abord une pulsion, un instinct, un appel confus du cœur ou une nostalgie. A la considérer même comme une entité qui, ne relevant pas du seul affect, peut faire l'objet d'un savoir rationnel, on peut se demander encore si elle ne constitue pas au fond la seule réalité qui ne soit pas *une*. Aussi, si l'on a beaucoup parlé d'unité dans l'histoire de la pensée, il demeure que nous ne savons pas clairement ce qu'elle est. Et certainement, d'ailleurs, n'est-il pas possible de la comprendre pleinement dans un savoir stable et définitif.

⁴⁷ Karl Jaspers, *Introduction à la philosophie*, Paris, Plon, 2001, aux pp. 28-30.

Difficile, la démarche n'en demeure pas moins indispensable. A moins de s'accorder, ne serait-ce que minimalement, sur les enjeux et les contours de l'unité, on se condamne en effet à un discours un peu superficiel et éthéré, un discours qui reste à la surface des choses ou qui passe sous silence des pans entiers de la question. S'accorder ne veut pas dire tomber d'accord. On peut parler d'unité sans s'entendre définitivement sur son sens. Après tout, on parle bien de droit international sans s'entendre sur la définition du droit. Mais s'accorder, en droit comme en musique, c'est calibrer et paramétrer les instruments (dans notre cas les instruments conceptuels). C'est ce qui permet de s'écouter les uns les autres et de jouer des partitions différentes, mais au diapason, sur le même terrain harmonique. Il faut, donc, théoriser l'unité. Sans cela, le débat sur la fragmentation risque de « sonner faux », de dégénérer en un concert approximatif où les arguments ne se rencontrent jamais vraiment sur le même terrain épistémologique.

L'ambition de cette étude, disons-le d'emblée, n'est pas d'élaborer une théorie complète, exhaustive et cohérente de l'unité du droit international. Notre propos est plus modeste. Il vise simplement à générer une discussion, et à poser quelques bornes théoriques. Ceci étant, au moment d'engager la réflexion sur ce terrain, deux voies s'ouvrent à nous, deux manières de mettre l'unité en questions, deux programmes en somme : une généalogie et une archéologie de l'unité. Il y a, entre ces deux axes de recherche, des chevauchements, des recoupements. Il n'est pas dit qu'on puisse les divorcer radicalement l'un de l'autre. Mais ils répondent à des objectifs et à des démarches sensiblement différentes.

Tracer la généalogie de l'unité, c'est s'interroger sur ses points de surgissement, trouver les principes et les lois singulières de son émergence en tant que condition et fonction de la pensée juridique. La démarche généalogique cherche à établir pourquoi, quand et comment l'unité s'est constituée comme une exigence juridique. D'où vient le fait que l'on parle du Droit au singulier, plutôt que de conjuguer les droits au pluriel ? A quels enjeux de pouvoir et de connaissance répond l'unité du droit ? Dans quels états de forces s'inscrit le surgissement de la stipulation moniste, i.e. du « droit-comme-unité » ? La généalogie vise à déconstruire l'unité du droit comme nécessité et

à mettre en évidence les régimes de vérité et de pouvoir dans lesquels elle est enserrée.⁴⁸

Davantage qu'au « pourquoi » de l'unité, la démarche archéologique s'intéresse à l'interprétation de l'« objet unité » en lui-même. Elle cherche à révéler ses diverses sédimentations, les différentes strates conceptuelles qui le composent, et ce que ces strates révèlent quant à sa fonction et à sa destination. L'archéologie de l'unité s'intéresse également au rapport entre l'objet unité et d'autres objets (e.g. l'universalité, l'unification, l'harmonisation etc.). Elle vise en quelque sorte à faire surgir théoriquement cet objet que l'on manipule sans vraiment le savoir, à questionner ses usages, à chercher, en somme, ce dont il est fait.⁴⁹

Nous avons choisi de consacrer ce travail à cette seconde problématique, et ce pour deux raisons. La première est d'ordre pragmatique, et tient pour l'essentiel aux règles du jeu académiques. Les contraintes d'espace et de temps qui nous étaient imparties pour cet exercice ne nous autorisaient pas à traiter efficacement à la fois de la généalogie et de l'archéologie de l'unité. On dit que « qui trop embrasse mal étreint ». A vouloir d'un coup faire le tour complet de la question de l'unité du droit international, on risquait sans doute de la mal étreindre. Le choix a donc été fait de privilégier un axe de recherche, pour ne pas multiplier à l'infini les pistes de réflexion.

Ce choix là, nous ne l'avons pas fait au hasard cependant. Une raison, d'ordre scientifique cette fois, nous a engagés dans la voie archéologique. Il nous a semblé en effet que le terrain généalogique était déjà couvert, en partie au moins, par les critiques pluralistes du droit. L'un des principaux apports du pluralisme juridique – outre le fait de montrer que le droit *est* pluriel, qu'il se développe dans des espaces multiples et sous des formes diverses – a été de mettre au jour les soubassements idéologiques du monisme, et d'en identifier les divers points de surgissement, dans la philosophie de l'Etat-nation, les nationalismes juridiques, ou encore les besoins d'ordre, de sécurité et

⁴⁸ Sur la généalogie, voir Michel Foucault, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire » dans *Dits et écrits*, vol. I, Paris, Gallimard, 2001.

⁴⁹ Sur l'archéologie, voir Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

de prévisibilité de la bourgeoisie commerçante.⁵⁰ En revanche, on constate que le pluralisme, qu'il soit descriptif ou partisan, se garde lui aussi de définir et d'expliciter l'unité du droit, contre laquelle il s'inscrit pourtant.⁵¹

Sans nous interdire des détours par la généalogie, la décision a donc été prise de nous concentrer sur le concept d'unité en tant que tel, i.e. sur sa définition et ses diverses ramifications, plutôt que sur sa justification. Ce faisant, on espère, si ce n'est combler une lacune, du moins ouvrir une porte sur un terrain laissé largement vierge, par les internationalistes comme par les pluralistes.

4. Ouvrir la porte de la complexité

Cette archéologie de l'unité du droit international, nous la voulons placée sous le signe de la complexité. Ce que nous voulons montrer ici, c'est que l'on aurait tort de penser que l'unité du droit international est un concept qui va de soi, et qui se laisse saisir facilement. On aurait tort également de réduire l'unité à une affaire de conflits, de normes ou de jurisprudence. La thèse principale de cette étude est que l'unité n'est pas un concept stable, permanent, univoque. C'est au contraire un concept nivelé et dynamique. Nivelé parce qu'il se prend par plusieurs bouts, qu'il a plusieurs étages sémantiques. Dynamique parce qu'à chaque niveau, l'unité se construit toujours au croisement de forces en tension, tantôt centrifuges tantôt centripètes, tantôt compatibles tantôt contradictoires.

L'argument sera développé en trois temps. Le premier temps de l'analyse servira à problématiser et à délimiter le sujet. On entrera en matière par l'histoire des idées, en particulier de la philosophie (**Chapitre 1**). Il paraît inconcevable d'engager une entreprise de construction théorique de l'unité sans se plier à cet exercice préliminaire qui consiste à prendre en compte nos prédécesseurs, à mettre en perspective hier et aujourd'hui. En effet la philosophie s'est de tout temps intéressée à la question de l'un

⁵⁰ Pour une déconstruction de l'idéologie juridique « centraliste » ou « moniste », voir par exemple John Griffiths, « What Is Legal Pluralism » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1 ; et Margaret Davies, « The Ethos of Pluralism » (2005) 27 *Sydney Law Review* 87.

⁵¹ Si l'on interprète le pluralisme comme une *négation conceptuelle* de l'unité, on peut comprendre qu'une élaboration théorique de l'unité soit perçue comme un effort vain, voire proprement impossible.

et du multiple, au point d'ailleurs de la constituer en une branche à part entière, celle que l'on a appelée la « méréologie ». La méréologie ne nous livre, bien entendu, aucune réponse toute faite ou linéaire à la question de l'unité du droit international. Elle est utile à deux égards cependant. D'abord parce qu'elle fournit des outils conceptuels dont on se servira tout au long de l'analyse. Elle nous renseigne par exemple sur les concepts de partie, de tout, de prédicat catégorial, de rapport causal, de fondation ou de forme. Mais la méréologie est utile également parce qu'elle nous met sur la piste de la complexité. Les philosophes ont intégré de longue date la conviction que l'unité n'est jamais un donné pur et objectif, qu'elle comprend toujours une part de construction ou d'interprétation, et que dans cette construction, le rôle du sujet observant est déterminant. Cette conviction là constituera un point d'appui pour tout le reste de l'analyse.

Une fois la question de l'unité problématisée, on effectuera un travail de délimitation du champ d'investigation (**Chapitre 2**). Il s'agira pour l'essentiel de différencier l'unité de problématiques voisines, mais non équivalentes, et notamment des questions d'unification et d'universalité du droit. Ce faisant, on espère éviter un certain nombre d'écueils méthodologiques dans un débat qui tend parfois à manquer de clarté et de précision.

Dans un second temps, on proposera une critique « interne » du discours conventionnel sur l'unité du droit international. Il s'agira de tenir en suspens l'idée un peu flottante que l'on se fait de l'unité et de montrer que, derrière des discours simplifiants – voire simplistes – se niche en réalité une myriade de questions complexes que l'on tend à laisser dans l'ombre. A propos de l'unité « matérielle », on parle de conflits normatifs en faisant comme si la notion de conflit était fixée sémantiquement. En réponse à l'usage quelque peu approximatif que l'on en fait, on montrera que la notion de conflit est polysémique et controversée, qu'il en existe pas moins de trois définitions possibles, et que selon la définition retenue, on ne juge pas de l'unité du droit international de la même façon (**Chapitre 3**).

A propos de l'unité « formelle », on verra également que l'ordonnement des normes en un système cohérent peut s'entendre de diverses manières, qui répondent à des logiques et à des lois d'organisation différentes. Le discours conventionnel sur

l'unité du droit international peut être mutilant lorsqu'il réduit l'unité formelle à un phénomène monocausal – i.e. un phénomène qui répond à une loi unique d'ordonnement. En contrepoint notamment des doctrines qui réduisent l'unité formelle à une simple question de règles secondaires, on s'efforcera de diversifier l'analyse, en intégrant d'autres dynamiques, en particulier les dynamiques institutionnelles et herméneutiques (**Chapitre 4**).

Cette critique est interne dans la mesure où elle répond aux doctrines conventionnelles de l'unité sur leur propre terrain. Le débat sur la fragmentation se limite, à ce jour, à des questions de conflits de normes et de règles secondaires, et prend place dans des paramètres essentiellement positivistes. Il nous a semblé qu'il n'était pas inutile – avant d'emmener la réflexion sur des sols non positivistes – de déconstruire le discours sur l'unité dans ces paramètres-là. C'est pourquoi on consacrerait par exemple une section entière à la théorie de Hart, qui informe aujourd'hui l'essentiel des débats sur l'unité formelle du droit international. On verra qu'on fait souvent une lecture un peu courte de sa théorie de l'ordre juridique et que, si l'on entend prendre Hart au sérieux, on ne peut faire l'économie d'une réflexion sur un certain nombre de questions hautement problématiques dans l'ordre international, telles les questions de déterminabilité et d'acceptation uniforme des règles secondaires.

Le dernier temps de l'analyse sera, en revanche, consacré à une critique « externe » du discours conventionnel sur l'unité. Plutôt que de déconstruire l'orthodoxie doctrinale de l'intérieur, on s'essayera dans les derniers chapitres à développer des approches non positivistes, et non normatives, de l'unité du droit international. On privilégiera, ce faisant, deux axes de réflexion, deux perspectives nouvelles sur l'unité. On considèrera successivement l'unité « culturelle » (**Chapitre 5**) et l'unité « logique » (**Chapitre 6**). Dans le premier cas, on se propose de délaisser l'analyse du droit international comme ensemble organisé de normes pour l'envisager sous un jour totalement différent, en tant que discipline intellectuelle et formation discursive. Parler d'unité culturelle, nous le verrons, c'est considérer non plus les questions de conflit normatif et d'agencement des règles, mais plutôt les structures mentales et grammaticales qui charpentent le droit international comme champ social et comme langage professionnel, i.e. comme espace de production et de diffusion d'arguments juridiques.

Dans le second cas, on appréhende l'unité du droit international non plus en rapport à la compatibilité et à l'agencement des normes, mais à la lumière plutôt d'éléments de transcendance des règles positives. Ce peut être une transcendance rationnelle et abstraite, postulée *a priori* par le théoricien ou l'interprète du droit. On parlera alors d'unité *épistémologique*. Ce peut être également une transcendance matérielle, une sur-détermination du droit par les valeurs. On parlera alors d'unité *axiologique*. Dans tous les cas, on appelle à porter le regard sur des plans radicalement différents d'objets, et à imaginer de nouvelles formes et de nouveaux critères d'unité. Cette démarche est portée par ce qui constitue, au fond, la conviction principale de cette thèse : en ignorant ces logiques-là, on risque d'ignorer des pans entiers de ce qui fait aujourd'hui la « réalité » du droit international.

5. Préalable méthodologique

Cette étude est fondamentalement une étude de philosophie du droit international. On n'entend pas, néanmoins, l'expression au sens Kantien du terme, i.e. la philosophie du droit comme recherche du bon droit, comme spéculation sur les meilleures maximes juridiques en application de la raison pure. Nous prenons plutôt la philosophie dans son sens Deleuzien, comme un travail sur les *concepts*.

Chez Deleuze, la pensée philosophique cherche à appréhender la diversité et la complexité des choses dans des concepts opératoires. Par concepts opératoires, Deleuze n'entend pas des catégories finies, stables et définitives. Il désigne au contraire des concepts qui, en même temps qu'ils permettent de saisir le chaos, continuent à en dire l'intensité, l'infinité et le mouvement, dans une sorte de vibration intensive.⁵²

De ce point de vue, donc, on dira que notre recherche sur l'unité du droit international est plus une approche philosophique impure qu'un travail strictement académique. A

⁵² Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie?*, Paris, Editions de Minuit, 2005, à la p. 44.

cela Deleuze nous encourage, lui qui prône un « usage non philosophique » de la philosophie, en contrepoint de l'usage philosophique de la philosophie. Notre démarche n'est ni canonique ni normative. Il ne s'agit pas de prescrire comme un impératif catégorique les conditions de possibilité théoriques de l'unité ou de la fragmentation du droit international. Il ne s'agit pas non plus de porter un jugement sur le désir d'unité et/ou de fragmentation. Ce que l'on cherche à faire ici, c'est d'abord à travailler le concept d'unité en lui-même, d'une manière qui rende compte du nombre de ses dimensions et de ses enjeux, sans en étouffer ni le mouvement ni l'épaisseur. Pour au final le rendre plus opératoire dans le contexte du droit international, à raison même de sa complexité, de ses contradictions et de ses limites.

Si notre travail est un travail philosophique, il ne se veut pas *une* philosophie du droit international. Notre analyse est liminaire ou préparatoire. Elle vise essentiellement à tenir en suspicion l'idée un peu vague et irréfléchie que l'on se fait aujourd'hui de l'unité. Tenir en suspicion ne veut pas dire la récuser définitivement, mais simplement secouer la quiétude avec laquelle on l'accepte, l'arracher à sa quasi-évidence, montrer qu'elle ne va pas de soi et qu'elle n'est pas nécessairement ce qu'on croyait au premier regard.

Chemin faisant, cette démarche soulève plus de questions et si possible plus de problèmes qu'elle n'apporte de solutions. Plutôt que de donner notre interprétation des phénomènes de fragmentation, il nous a semblé nécessaire de suspendre un instant le flot incessant des arguments pour poser, ou reposer, la question de l'unité, en des termes qui rendent justice à la complexité de l'enjeu et qui, en réalité, conditionnent tout le reste. Avant de nous demander si le droit international est unitaire, et comment on peut en enrayer la fragmentation, ne faut-il pas nous demander plutôt *quel type* d'unité on souhaite voir réalisée ? Veut-on une unité logique ? Une unité esthétique ? Une unité éthique ? Ces différents types d'unité sont-ils conciliables ? Y-a-t-il toujours entre eux des marges de compatibilité ? Ou bien appellent-ils des arbitrages ? Et si des arbitrages sont nécessaires entre les unités du droit international, quels doivent en être les arbitres ?

Notre démarche, en définitive, est à la fois ambitieuse et modeste. Ambitieuse dans la mesure où nous en appelons à une réforme du discours sur la fragmentation, en

suggérant de nouvelles façons de mettre l'unité en questions, et en cherchant à mettre en mouvement une pensée complexe de l'unité. Mais modeste et prudente également, puisque, si nous rêvons d'entrouvrir la porte de la complexité, nous ne prétendons pas en posséder les clés. Nous n'offrons pas de vision ou de modèle définitif d'unité complexe. Simplement une analyse des conditions de possibilité du discours, des points de repères conceptuels pour borner et orienter une conversation plus opérante sur l'unité du droit international. Point de schéma fixe de pensée, donc, ni d'idées justes. Mais juste des idées, pour naviguer « en zigzag », comme dirait Deleuze, entre des unités potentielles.⁵³

⁵³ Voir « Z comme Zigzag » dans *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, émission produite et réalisée par Pierre-André Boutang, Editions Montparnasse, 2004.

Chapitre 1/ De l'unité et des perceptions qu'on en a : préambule ontologique

« Il n'est pas une heure de ma vie qui n'ait servi à m'apprendre que seule la perception grossière et erronée place tout dans l'objet, quand tout est dans l'esprit »

Marcel Proust, *Le temps retrouvé* ⁵⁴

Dans un mouvement rétrospectif sur les penseurs de l'unité et de la diversité, notre regard peut nous porter loin en arrière, jusqu'aux présocratiques du 5^e siècle avant notre ère. Empédocle, déjà, s'interroge dans ses poèmes philosophiques sur l'unité de l'Univers :

« A un moment donné, l'Un se forma du Multiple, à un autre moment il se divisa et de l'Un sortit le Multiple – Feu, Eau, Terre et la hauteur puissante de l'Air [...] A un moment les hommes sont tous réunis en un seul ordre par l'Amour; à un autre ils sont disjoints par la répulsion de la Haine, jusqu'à ce qu'ils se réunissent de nouveau en Un. Mais en tant qu'ils ont l'habitude de passer du Plusieurs à l'Un, et de nouveau divisés, de devenir plus d'Un, ils viennent au jour mais leur vie n'est pas durable; mais en tant qu'ils ne cessent jamais de se transformer continuellement, ils existent toujours immuables dans le cercle »⁵⁵

On aurait tort de croire que l'on est là en présence d'une pensée simple et rustique. Avec peu d'éléments, Empédocle développe une dialectique de l'Un et du Multiple toute entière dominée par la complexité. L'unité est affaire de mouvement perpétuel, entre réunion et désagrégation. Elle naît de la tension entre quatre éléments, et deux forces élémentaires.

Plus près de nous, notre regard pourrait être arrêté par Leibniz, immense mathématicien et métaphysicien, mais surtout juriste. Leibniz a plus d'un intérêt pour

⁵⁴ Marcel Proust, *A la recherche du temps perdu*, Paris, Gallimard (La Pléiade), 1989, t. IV, à la p. 491.

⁵⁵ Empédocle, *Fragments*, Paris, Gallimard (La Pléiade), 1988, aux pp. 17 et 26.

nous. Il se situe à la charnière de deux grandes époques de la pensée européenne. Il se tient dans le droit fil de la culture médiévale mais se projette toute entier dans la période moderne. A ses côtés, on voit loin en amont et en aval. En tant que juriste, il s'est de plus beaucoup investi dans l'unification du droit allemand, et s'est intéressé au droit international, en publiant notamment un *Codex Juris Gentium Diplomaticus* où il examine les ressorts cachés qui régissent les relations des Nations entre elles.

Leibniz, comme son époque, a la passion de l'unité. Le droit se présente à lui dans une telle complexité arborescente et feuilletée, dans un tel éparpillement que toute sa vie et son œuvre seront traversées et soulevées par la recherche d'une théorie de l'unité du droit. Au sortir de l'Université, il se jette à l'ouvrage. Dans son *Antinomique Mineur* de 1667, il veut recueillir l'ensemble des lois qui lui paraissent se contredire et dont les contradictions pourraient être levées par un travail sur les définitions et les formulations.⁵⁶ Il reprend l'idée médiévale que le droit est une langue. Par la rigueur des définitions et des raisonnements, le juriste réformateur peut réduire les contradictions et dissiper la confusion régnante. Leibniz veut mettre en harmonie la raison juridique et la raison mathématique, physique et logique. Il considère qu'un théorème bien formé doit pouvoir s'imposer à tous par delà les contingences historiques et politiques.

Cette volonté d'unification du droit par la *ratio juris* soulève une polémique intéressante. On oppose à son projet de réforme le fait qu'à l'exception des principes très abstraits du droit naturel, il est impossible que tous les peuples soient régis par une même loi, surtout lorsqu'il s'agit de lois réglant les transactions particulières. Mais Leibniz fait alors un étrange pas de côté. Il prétend d'abord qu'il est possible de conjuguer l'unité argumentative d'une législation et sa diversité normative, ce qu'il appelle « la simplicité des voies et la richesse des effets ».⁵⁷ Puis il décide de suspendre un temps son travail de réformes judiciaires pour chercher, en dehors du droit, les principes d'une mathesis générale permettant de conjuguer l'Un et le Multiple. C'est à cette occasion qu'il développe une pensée philosophique renversante – la monadologie – où il avance un principe qui lui permet de soutenir sa théorie de

⁵⁶ Voir A. Bayart, « Leibniz et les antinomies en droit » (1966) 20 *Revue Internationale de Philosophie* 257.

⁵⁷ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nouvelle méthode pour apprendre et enseigner la jurisprudence*, Paris, Alex. Mesnier, 1830, à la p. 145.

l'unité du droit : ça n'est pas dans le « tout » qu'il faut chercher l'unité du monde, mais dans chacune de ses parties, dans chaque atome, dans chaque monade, qui contient en elle-même l'intégralité de l'Univers.⁵⁸

Plus de vingt siècles séparent Empédocle et Leibniz. Et l'on est frappé pourtant par le fait que, au terme de démarches différentes – tantôt poétiques, tantôt métaphysiques, tantôt juridiques – ces deux auteurs intègrent dans leur pensée philosophique de l'unité les mêmes thèmes du mouvement et de la tension, entre une pluralité de causes et de lois d'organisation : composition entre le Feu, l'Eau, la Terre et l'Air; tension entre l'Amour et la Haine; mariage entre la simplicité des voies et la richesse des effets. Ces thèmes semblent répondre à une intuition commune d'Empédocle et Leibniz : l'unité n'est pas une donnée brute et invariable. Elle est d'abord une conjugaison, une conjonction, une construction à plusieurs niveaux et à plusieurs vitesses.

Ce chapitre préliminaire a pour objet d'ouvrir notre réflexion théorique sur l'unité du droit international en travaillant cette intuition, et en intégrant la façon dont les thèmes du nivelage et de la pluricausalité de l'unité ont été développés depuis Leibniz, notamment dans la discipline de la méréologie, branche de l'ontologie dédiée exclusivement à la question des relations entre les parties et le tout.⁵⁹ La méréologie est une discipline difficile et souvent technique, dont l'approche est malaisée pour le profane. Elle mêle préceptes métaphysiques, formules arithmétiques, logique axiomatique et théorie des ensembles. Mais si nous nous réclamons d'un usage non-philosophique de la philosophie, nous ferons également un usage non-méréologique de la méréologie. Ce détour par l'ontologie formelle, même un peu sauvage, a d'abord pour objectif d'ouvrir des pistes, et d'en fermer d'autres aussi.

⁵⁸ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Discours de métaphysique et Monadologie*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974.

⁵⁹ Voir, pour une introduction synthétique à la méréologie, « Mereology » dans Robert Audi, éd., *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, à la p. 483; « Mereology » dans Ted Honderich, éd., *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1995, à la p. 554. Voir également « Mereology » dans la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : < <http://plato.stanford.edu/entries/mereology/>>. Pour une analyse plus approfondie, voir Peter Simons, *Parts – A Study in Ontology*, Oxford, Oxford University Press, 1987; Ariel Meirav, *Wholes, Sums and Unities*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer Academic Publishers, 2003; Daniel Lerner, éd., *Parts and Wholes*, New York, The Free Press of Glencoe, 1963; Barry Smith, éd., *Parts and Moments – Studies in Logic and Formal Ontology*, Munich/Vienne, Philosophia Verlag, 1982.

Ceci étant, revenons, pour commencer, à la question qui sous-tend la réflexion méréologique : quand et à quelles conditions dit-on qu'une chose – ou un objet – forme un tout unitaire ? La question, élémentaire en apparence, appelle un certain nombre d'éclaircissements terminologiques et conceptuels. Une bonne façon d'aborder la question, qu'Edmund Husserl préconise dans ses *Recherches logiques*, est de distinguer à titre liminaire les objets simples et les objets composés.⁶⁰

1. Du simple au composé : unité élémentaire et unité de connexion

Les objets simples, les « monades » de Leibniz⁶¹, sont les objets qui n'ont pas de parties, ou que l'on ne peut pas décomposer en une pluralité de parties « disjointes », c'est-à-dire distinctes les unes des autres et susceptibles d'être appréhendées en elles-mêmes, séparément du tout qu'elles composent. Un galet est un objet simple. Une planche de bois ou une dalle de béton le sont tout autant. Ces objets peuvent, certes, être « décomposés ». La planche peut être sciée, la dalle de béton brisée, et par là même la qualité de l'objet affectée. Mais on n'obtient jamais de la sorte que des fragments qui demeurent, quant à leur essence, du même genre que celui qui est déterminé par le tout indivisé. Sciée en deux, la planche ne se décompose jamais qu'en deux planches de moindre dimension, qui n'en forment que les « parties extensives ».⁶²

La méréologie désigne ces objets simples sous le nom d' « atomes » ou d' « entités atomiques », entendus non pas au sens physique⁶³, mais au sens méréologique, comme l'objet individuel qui n'a pas de parties authentiques (*proper parts*), ou dont la seule

⁶⁰ Edmund Husserl, *Recherches logiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, aux pp. 7-8. Pour une introduction générale aux recherches méréologiques d'Husserl, voir entre autre Robert Sokolowski, « The Logic of Parts and Wholes in Husserl's Logical Investigations » (1968) 28 *Philosophy and Phenomenological Research* 537; et Peter Simons, « The Formalisation of Husserl's Theory of Wholes and Parts » dans Barry Smith, éd., *Parts and Moments – Studies in Logic and Formal Ontology*, Munich/Vienne, Philosophia Verlag, 1982, aux pp. 111-155.

⁶¹ Leibniz, *Discours de métaphysique et Monadologie*, *supra* note 58, à la p. 47: « La *Monade*, dont nous parlerons ici, n'est autre chose qu'une substance simple, qui entre dans les composés; simple, c'est-à-dire sans parties ». Notons que pour Leibniz, seuls les objets simples sont unitaires, les objets composés n'étant pas autre chose qu'un amas ou *aggregatum* des simples.

⁶² Husserl, *Recherches logiques*, *supra* note 60 aux pp. 51-53.

⁶³ L'atome physique ne correspond qu'imparfaitement au concept d'atome méréologique dans la mesure où il est composé de diverses parties distinctes : protons, neutrons et électrons.

partie (dite inauthentique, « *improper* ») est l'objet lui-même.⁶⁴ L'unité, eu égard à ces objets simples ou « atomiques », signifie simplement l'*indivisibilité*, c'est-à-dire, pour reprendre la définition d'Aristote, le fait de ne pouvoir marquer dans l'objet « aucune division sous le rapport de la qualité ».⁶⁵ Appelons ce type d'unité, *unité élémentaire*.

Le concept d'unité, cependant, devient largement plus controversé dès lors que l'on s'attache, non plus aux seuls objets simples, mais aux objets complexes, c'est-à-dire aux choses dont les parties sont disjonctives, distinctes, en qualité et en quantité, du tout dont elles sont la partie.⁶⁶ En effet, étant acquis que le « tout » n'est qu'exceptionnellement constitué de la simple « somme » de ses parties⁶⁷, l'unité des objets complexes implique un rapport de *composition* entre les parties, et entre elles et le tout qu'elles composent. Or ce rapport de composition peut être d'une infinie variété et l'unité qui en résulte de nature et de degrés variables.

A propos des objets complexes, on dira tout d'abord qu'ils constituent une unité, un « tout », lorsque existe entre les parties composantes un élément de *continuité naturelle*, c'est-à-dire une connexion réelle qui ne résulte pas d'un simple contact, d'un simple accident, ni d'un lien extérieur. Aristote parle à ce propos de ce qui est un « primordialement et en soi », c'est-à-dire des choses qui portent *en elles-mêmes* les causes de leur continuité et dont l'unité n'est pas constituée « par la colle, par un clou, par un lien [ou] le résultat de la contrainte ».⁶⁸ Husserl, dans le même sens, parle de liaisons « au sens le plus étroit », c'est-à-dire de connexions réelles entre parties qui « se compénètrent ».⁶⁹ On retrouve notamment cette forme d'unité physique naturelle dans tous les organismes vivants, animaux comme végétaux. On dira par exemple d'un arbre qu'il forme un tout unitaire dans la mesure où ses racines, son tronc, ses branches et ses feuilles sont naturellement rattachés les uns aux autres. Appelons ce type d'unité, *unité naturelle*.

⁶⁴ Voir Simons, *Parts – A Study in Ontology*, *supra* note 59 aux pp. 41-45.

⁶⁵ Aristote, *La métaphysique*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1962, t. I, Livre Δ, 6, à la p. 265.

⁶⁶ Sur la distinction entre unités « non controversées » et unités « controversées », voir Meirav, *Wholes, Sums and Unities*, *supra* note 59, aux pp. 55-56.

⁶⁷ Voir Théodore Scaltsas, « Is a Whole Identical to its Parts? » (1990) 99 *Mind* 583; Ernest Nagel, « Wholes, Sums, and Organic Unities » (1952) 3 *Philosophical Studies* 17.

⁶⁸ Aristote, *La métaphysique*, *supra* note 65, t. II, Livre I, 1, aux pp. 527-528.

⁶⁹ Husserl, *Recherches logiques*, *supra* note 60 à la p. 62.

Il est des fois où la continuité entre parties composantes d'un objet complexe n'est pas naturelle néanmoins. C'est le cas, notamment, lorsque la continuité est réelle mais ne découle pas de l'essence même de l'objet. L'objet, dans pareille situation, n'est pas « un » en soi. La composition dépend d'un lien extérieur artificiel, d'une valeur ajoutée (la colle et le clou d'Aristote). Une maison, une automobile, un livre, sont autant d'objets dont l'unité n'est pas propre ni inhérente mais dépend de l'attachement, de la fixation, de la liaison des parties les unes aux autres (on parle bien de la « reliure » d'un livre).⁷⁰ On dit alors de l'unité qu'elle est *accidentelle*, au sens Aristotélicien de ce qui n'est pas « un » par essence.⁷¹

Moins intime encore que l'unité accidentelle est celle qui résulte non plus d'une continuité réelle entre parties composantes de l'objet (de leur *cohésion*), mais d'une simple coïncidence spatio-temporelle, c'est-à-dire d'une certaine proximité des parties dans l'espace et d'une certaine stabilité de la composition dans le temps. On considérera par exemple qu'un amas de pierres est un tout unitaire du fait que les pierres qui le composent sont disposées d'une certaine façon (elles sont superposées, c'est-à-dire posées les unes sur les autres, et soumises ensemble aux lois de la gravité) et que cette disposition n'est pas simplement momentanée, mais persiste dans le temps.⁷² La *juxtaposition* dans l'espace (Aristote parle d'« agglutination »⁷³) et la *persistance* dans le temps sont constitutives d'une *unité de superposition*.

Notons que la coïncidence spatio-temporelle, plus lâche que l'unité de *cohésion*, qu'elle soit naturelle ou accidentelle, ne nécessite pas forcément le contact entre les parties composantes. Une volée d'oiseaux, par exemple, peut être considérée comme un tout unitaire dès lors que les oiseaux qui la composent volent ensemble et dans une certaine proximité. Les oiseaux, sans n'être jamais « agglutinés » ni « superposés », font partie d'un certain continuum espace-temps constitutif d'une *unité de contiguïté ou de mitoyenneté*, qui précède la perception distincte des oiseaux séparés.⁷⁴

⁷⁰ Sur l'« attachement » (*bonding*) comme mode de composition, voir Peter van Inwagen, *Material Beings*, Ithaca, Cornell University Press, 1990, aux pp. 56-58.

⁷¹ Aristote, *La métaphysique*, *supra* note 65, t. I, livre Δ, 6, aux pp. 261-262.

⁷² Sur la persistance comme critère d'unité des objets composés, voir Eli Hirsch, *The Persistence of Objects*, Philadelphie, Philosophical Monographs, 1976, aux pp. 38-44.

⁷³ Aristote, *La métaphysique*, *supra* note 65, t. II, livre H, 6, à la p. 474.

⁷⁴ Voir Dominique Pradelle, *L'archéologie du monde – Constitution de l'espace, idéalisme et intuitionnisme chez Husserl*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer Academic Publishers, 2000, aux pp. 222-223.

Naturelle, artificielle, de cohésion ou de superposition, l'unité des objets complexes suppose toujours, on le voit, une certaine continuité, une proximité des parties composantes. Il doit exister une certaine « structure » réelle dans l'objet composé, c'est-à-dire une relation mutuelle entre les parties composantes qui assure l'intégrité du tout et autorise l'appréhension, la perception et l'intelligence de l'objet complexe indépendamment de son environnement, d'un point de vue unitaire.⁷⁵

C'est ce qu'exprime Aristote lorsqu'il affirme qu'un tout n'est un que par sa « forme », c'est-à-dire par l'arrangement déterminé de ses parties.⁷⁶ C'est cet arrangement particulier, cette forme de dépendance physique (lorsque les parties sont rattachées les unes aux autres) ou simplement spatio-temporelle (dans le cas de parties mitoyennes) qui permet de percevoir un objet B, composé des parties c et d, comme *un*, de faire abstraction de la distinction entre c et d et de s'arrêter au résultat, l'ensemble B.⁷⁷ Cette forme matérielle de connexion donne à l'unité une qualité sensible et immédiate.

2. En chair et en idée : l'unité comme interprétation

Bien que nécessaire, cette connexion matérielle est rarement suffisante néanmoins. Souvent, l'unité de l'objet complexe suppose autre chose que la seule continuité des parties composantes. Peut-on dire, par exemple, que par leur seule poignée de main, laquelle constitue assurément une forme de connexion physique, deux individus composent un tout unitaire indépendant?⁷⁸ De même, au moment d'écrire ces quelques lignes, mes doigts sont-ils au contact du clavier de mon ordinateur et mes yeux de son

⁷⁵ Sur la notion de « structure » dans les objets complexes, voir Simons, *Parts – A Study in Ontology*, *supra* note 59 aux pp. 354-360.

⁷⁶ Aristote, *La métaphysique*, *supra* note 65, t. I, livre Δ, 6, à la p. 266. Aristote illustre son propos par l'exemple de la chaussure, dont il affirme qu'on ne saurait dire qu'elle constitue une unité en voyant simplement, en désordre, l'une près de l'autre, ses parties composantes. Nous ne pouvons parler d'unité, dit-il, là seulement où « il y a, non pas simple continuité, mais un arrangement tel que ce soit une chaussure, ayant déjà une forme une et déterminée ».

⁷⁷ Voir Jacques Balmès, *Philosophie fondamentale*, Paris, Auguste Vaton, 1852, à la p. 388.

⁷⁸ L'exemple est emprunté à Peter van Inwagen, « When are Objects Parts? » (1987) *Philosophical Perspectives* 1. *Metaphysics* 21 aux pp. 28-29.

écran. Cette forme de connexion génère-t-elle, seule, un objet complexe unitaire? Clairement, la réponse est négative.⁷⁹

Pour mieux comprendre, modifions sensiblement l'hypothèse. Substituons aux deux individus, et à leur poignée de main amicale, deux adultes (les Bukowski) qui, déambulant dans un jardin public, tiennent leur enfant Charles par la main. La connexion physique entre les Bukowski est de même nature que dans notre première hypothèse. Et pourtant, alors qu'il apparaîtra quelque peu saugrenu de considérer que les deux amis composent un tout unitaire, on ne verra pas de difficulté à désigner les Bukowski comme constituant *une* famille, une *unité familiale*.

L'explication réside dans le fait qu'existe, à propos de la famille, ce qu'Husserl nomme une « loi apriorique »⁸⁰, c'est-à-dire une *loi d'essence* qui définit *a priori* une forme de dépendance non pas physique mais *ontologique* entre certains types d'objets. Ce qui fait que l'on peut considérer les Bukowski et leur enfant comme formant une unité familiale, c'est une convention sociale, une loi d'organisation qui, intégrée dans notre sens commun, permet de substituer le concept unitaire de famille à l'ensemble pluriel composé des parents et de leurs enfants.

L'exemple de la famille est particulièrement intéressant dans la mesure où, la famille étant un phénomène essentiel de civilisation⁸¹, la loi apriorique, intégrée plus que toute autre peut-être dans notre disposition sociale, est devenue une loi proprement *juridique*. La famille, certes, existe également en tant que phénomène biologique, psychologique, sociologique, affectif ou économique.⁸² Mais la famille représente une cellule si essentielle et si ancienne de la société (la déclaration universelle des droits de l'homme parle d'ailleurs de la famille comme de « l'élément naturel et fondamental de la société »⁸³) que, très tôt, le droit s'en est emparé. Aujourd'hui, du moins dans les

⁷⁹ Notons que, bien qu'elle relève « clairement » du bon sens, cette position est réfutée par certains auteurs qui défendent l'idée selon laquelle le simple contact est générateur d'unité. Voir, pour un exposé et une réfutation de ces thèses, Van Inwagen, *Material Beings*, *supra* note 70, aux pp. 33-37 et 81-97.

⁸⁰ Husserl, *Recherches logiques*, *supra* note 60 à la p. 70.

⁸¹ Sur la famille en tant que « phénomène de civilisation », voir Philippe Malaurie et Hughes Fulchiron, *Droit civil – La famille*, Paris, Defrénois, 2004, aux pp.12-15.

⁸² Voir Jean Carbonnier, *Droit civil – La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Presses Universitaires de France, 21e éd., 2002, aux pp. 7-12.

⁸³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., Doc. NU A/810 (1948) 71, art. 16-3: « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

sociétés industrialisées, la famille existe *par* et *dans* le droit.⁸⁴ Elle constitue une *institution juridique* à part entière.⁸⁵

Le droit français, par exemple, définit les conditions de création et de développement de la famille, essentiellement par alliance (matrimoniale ou civile) et par parenté (biologique ou adoptive).⁸⁶ Il définit également les relations juridiques caractérisant la « vie familiale », à savoir, pour l'essentiel, les relations personnelles (rapports entre époux, exercice de l'autorité parentale) et les rapports pécuniaires (obligation alimentaire, obligation d'entretien et relations pécuniaires entre époux).⁸⁷

L'exemple du Code civil du Québec est peut-être, à cet égard, plus significatif encore que le Code civil français. Le Code Napoléon ne dédie en effet à la famille aucune partie distincte. Il existe bien, dans la panoplie des codifications, un Code de la famille. Mais, aux dires même du doyen Carbonnier (le père du droit de la famille moderne en France), ce code là est un trompe l'œil dans la mesure où il traite essentiellement de la question de l'aide sociale (en particulier l'aide à l'enfance).⁸⁸ Pour le reste, c'est essentiellement dans le livre *Des personnes* du Code Napoléon que l'on trouve les principes du droit de la famille. Dans le Code civil du Québec, à l'inverse, la famille fait l'objet d'une section entière du code – le livre deuxième, *De la famille* – qui traite de façon exhaustive, ou presque, du mariage, de sa dissolution et de ses effets; de l'union civile; du patrimoine familial; de la filiation; de l'adoption; de l'obligation alimentaire et de l'autorité parentale.⁸⁹ Ceci consacre un peu plus encore, ne serait-ce qu'en la forme, l'idée de famille en tant qu'unité juridique à part entière.

⁸⁴ Pour une analyse comparative du phénomène familial dans les différentes cultures du monde et aux différents stades de l'évolution de nos sociétés modernes, voir Gordon L. Anderson, *The Family in Global Transition*, St Paul, World Peace Academy, 1997.

⁸⁵ Certains n'ont pas hésité à qualifier la famille d'institution *fondamentale* du droit public. Voir par exemple Georges Renard, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, à la p. 190.

⁸⁶ Voir, entre autres, Claude Colombet, *La famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 6^e éd., 1999, aux pp. 23-111 (Première partie : La création de la famille) et 113-243 (Deuxième partie : Le développement de la famille).

⁸⁷ Sur la régulation de la « vie familiale » en droit français, voir Malaurie et Fulchiron, *Droit civil – La famille*, *supra* note 81 aux pp. 479-603. Voir également Annick Bateau, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 2003, aux pp. 446-458.

⁸⁸ Carbonnier, *Droit civil – La famille, l'enfant, le couple*, *supra* note 82 à la p. 19.

⁸⁹ Voir Michel Tétrault, *Droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3^e éd., 2005, aux pp. 4-6.

La famille, on le voit, existe en tant qu'objet unitaire par le fait de conventions juridiques. Certains affirment plus radicalement d'ailleurs qu'elle n'existe *que* dans le droit. Michel Troper, par exemple, a affirmé que « la famille n'est pas un objet naturel, elle n'a même aucune existence en dehors du droit qui la régit; elle est seulement un objet juridique ou, si l'on préfère, un objet construit ou constitué par le droit ». ⁹⁰

Il n'est point dans notre intention d'engager ici plus en avant le débat sur la nature - partiellement ou exclusivement - juridique de la famille. L'essentiel demeure, pour notre démonstration, que l'appréhension de la famille, objet complexe, en tant que tout cohérent et unitaire implique nécessairement l'existence préalable de certaines conventions sociales (ne serait-ce, minimalement, qu'une convention de langage). Les Bukowski, lorsqu'ils se tiennent par la main, donnent certes à leur unité-famille une qualité sensible, une réalité empiriquement observable. Mais ce qui *constitue* l'unité familiale, c'est d'abord une *fiction logique* ou, pour reprendre l'expression d'Husserl, un « prédicat catégorial », c'est-à-dire un postulat prédéfinissant des classes de dépendance entre objets multiples (en l'espèce, un ensemble de lois qui établissent des liens de dépendance juridique entre les Bukowski). ⁹¹

Notons, et nous nous rapprochons ce faisant de l'unité du droit, que là où cette dimension conventionnelle et fictive de l'unité est déjà importante pour les objets matériels (c'est-à-dire les objets qui occupent un certain espace et possèdent une certaine masse ⁹²), elle devient fondamentalement et exclusivement constitutive pour les objets immatériels. Par définition, les objets immatériels se caractérisent en effet par le fait qu'ils sont inaccessibles à l'expérience. Cela, en soi, n'interdit en rien l'intelligence de l'objet comme unité. Ne dit-on pas *le bien, le mal, le savoir, un service, le pouvoir, la gravité, le froid, un système de pensée (la métaphysique, la phénoménologie, le postmodernisme)*? Notons également que de dire d'un objet qu'il est immatériel ne signifie pas non plus que l'on n'en puisse ressentir certains effets ou certaines qualités. Du pouvoir, de la gravité ou du froid, on ressent les effets en tous points du globe. Les choses immatérielles sont donc réelles (demandez à un québécois si le froid n'est pas réel!), elles ont parfois une valeur (le prix d'un service) et même, à

⁹⁰ Michel Troper, Intervention au séminaire du Haut Conseil de la Population et de la Famille dans *Du politique et du social dans l'avenir de la famille*, Paris, La Documentation française, 1992, à la p. 179.

⁹¹ Husserl, *Recherches logiques*, *supra* note 60 à la p. 66.

⁹² Voir Van Inwagen, *Material Beings*, *supra* note 66 à la p. 17.

l'occasion, un visage (l'antéchrist incarne le mal, la pomme de Newton la gravité, et la Cour suprême du Canada le pouvoir judiciaire fédéral). Il demeure, cependant, que l'unité de pareils objets est dénuée par définition de toute forme matérielle sensible.

Privés de matérialité sensible, les objets immatériels ne possèdent donc d'unité qu'*en idée* et non *en chair*. Dès lors qu'il n'existe entre parties composantes d'un objet complexe aucune forme de connexion matérielle, l'unité ne peut exister qu'en pensée. Elle devient alors unité dite d'« intention ».

Cette dimension intentionnelle de l'unité, il convient de le souligner, est essentielle même lorsque existe une sorte de connexion évidente – bien que non matérielle – entre différentes parties de l'objet complexe. C'est le cas, par exemple, de l'unité d'une œuvre. L'unité d'une œuvre, en effet, peut paraître s'imposer de la façon la plus immédiate : elle relève simplement de l'attribution à un même auteur d'un certain nombre de textes. Et pourtant, dès qu'on y regarde d'un peu plus près, les difficultés commencent. Michel Foucault l'a souligné avec force dans son *Archéologie du savoir*. En apparence, écrit-il, les choses sont simples : l'œuvre est une « somme de textes qui peuvent être dénotés par le signe d'un nom propre ».⁹³ Mais cette dénotation, précise-t-il, soulève toute une série de questions : l'œuvre comprend-elle de la même façon un texte écrit par l'auteur en son nom propre et un texte qu'il a présenté sous un pseudonyme? Comprend-elle les textes retrouvés après sa mort à l'état d'ébauche, les carnets de notes, papiers et autres « griffonnages »? Convient-il d'y inclure les seuls textes destinés à la publication ou bien faut-il y ajouter les esquisses abandonnées, les brouillons, les corrections, les ratures?⁹⁴ Si bien que la constitution d'une œuvre (le terme « constitution » employé explicitement par Foucault souligne bien la nature construite et non simplement donnée de l'œuvre) suppose toujours un certain nombre de choix. Et l'on voit aussitôt, conclut Foucault, que l'unité de l'œuvre « loin d'être donnée immédiatement, est constituée par une opération; que cette opération est interprétative (puisqu'elle déchiffre, dans le texte, la transcription de quelque chose qu'il cache et qu'il manifeste à la fois); [et donc] qu'ici et là ce n'est pas dans le même

⁹³ Foucault, *L'archéologie du savoir*, *supra* note 49, à la p. 34.

⁹⁴ *Ibid.*, aux pp. 34-35.

sens qu'on parlera d'une 'œuvre'. L'œuvre ne peut être considérée ni comme une unité immédiate, ni comme une unité certaine ».⁹⁵

La composition entre différentes parties d'une œuvre, et plus largement des objets immatériels tels le droit, est donc, en partie au moins, mentale et non réelle. Il convient de noter que, mentale, intentionnelle, factice ou construite, l'unité n'est jamais purement arbitraire cependant. Pour trouver ou interpréter dans l'objet une forme d'unité, il doit exister entre les parties multiples un élément *causal* de liaison qui appelle la synthèse catégoriale. Ça n'est jamais par pur hasard que l'on appréhende un ensemble d'individus, d'actions ou de discours en tant qu'unité. Il existe toujours un certain rapport entre les parties, une cause ou raison sous-jacente, une dépendance ontologique qui justifie l'arrangement unitaire, une source d'unité qui se manifeste dans la connaissance. Ce rapport là – cette source – peut être toutefois d'une extrême variété.

3. L'unité multi-causale

Il peut s'agir, tout d'abord, d'un simple rapport de *genre*, c'est-à-dire de l'existence, entre objets, de similitudes, de propriétés communes, de liens de parentés. Aristote désigne cette *unité générique* comme celle qui enveloppe « des êtres dont le genre est un, quoique divisé en différences spécifiques opposées entre elles ».⁹⁶ L'exemple le plus évident est certainement l'unité du genre animal : « cheval, dit Aristote, homme et chien forment une unité, car ils sont tous des animaux ».⁹⁷ On peut également considérer, avec Aristote toujours, qu'un triangle isocèle et un triangle équilatéral, sans être un seul et même triangle, sont une seule et même figure dans la mesure où ils sont tous deux des triangles.⁹⁸ L'unité générique, en somme, désigne donc l'existence, par delà la diversité des spécimens, par delà les singularités, de certaines constantes,

⁹⁵ *Ibid.*, aux pp. 35-36.

⁹⁶ Aristote, *La métaphysique*, *supra* note 65, t. I, livre Δ, 6, à la p. 263.

⁹⁷ *Ibid.*, à la p. 264.

⁹⁸ *Ibid.*

d'une affinité fondamentale définissant une espèce (l'existence de trois côtés définissant, par exemple, l'espèce géométrique des triangles).⁹⁹

Le rapport causal peut également être un rapport de *fonction* ou de finalité. On dira, en ce sens, de plusieurs choses qui servent un objectif commun qu'elles constituent une *unité téléologique*. L'appareil digestif en constitue un bon exemple. Tandis qu'il est composé de nombreux organes disjoints les uns des autres (la langue, les glandes salivaires, l'œsophage, l'estomac, le foie, les intestins etc.) l'appareil digestif est appréhendé comme un tout unitaire du fait de la fonction qu'il remplit dans la transformation des aliments et leur décomposition en protéines, en glucides, en lipides et autres substances utilisables par l'organisme. C'est également la commune finalité qui permet d'appréhender un service hospitalier particulier, disons le service des urgences, sous une forme unitaire, malgré la disparité et la discontinuité des locaux (salles d'opération, salle de soins intensifs, laboratoires), de la machinerie médicale (ambulances, scanner, lits) et du personnel (médecins urgentistes, chirurgiens, infirmier(e)s) dans le temps et l'espace. On parle d'ailleurs, dans le milieu hospitalier, d'*unité* des urgences médicales, d'*unité* psychiatrique, d'*unité* des soins intensifs ou d'*unité* de gériatrie.

Le rapport causal peut encore relever de la communauté d'idées, de valeurs, de croyances ou d'intention. La simple présence, par exemple, de milliers de personnes déambulant sur les pavés d'une grande avenue parisienne ne constitue, en elle-même, aucune unité. Cependant, le même nombre de personnes, sciemment rassemblé pour exprimer une commune opposition au racisme, à la peine de mort ou à la guerre (ou la commune célébration d'une victoire ou d'un événement heureux), constitue un attroupement d'une toute autre nature : c'est alors à une manifestation que nous avons affaire, dont l'unité est constituée par un dessein commun et des valeurs partagées. De même est-ce la croyance partagée en un ensemble cohérent de dogmes, de mythes fondateurs, de superstitions, de valeurs, de traditions et de rites – en un ensemble, en

⁹⁹ Sur l'unité générique en général, voir William James, *Pragmatism*, New York, Dover Publications, 1994, aux pp. 53-54.

somme, d'orthodoxies et d'orthopraxies – qui donne aux religions leur identité propre, leur unité.¹⁰⁰ C'est ici la communauté morale qui forme l'*unité axiologique* de l'objet.

Le rapport causal peut enfin relever, mais la liste n'est bien entendu pas exhaustive, d'un rapport de fondement, ou, pour user de la terminologie Husserlienne, d'un « rapport de fondation ».¹⁰¹ Ce rapport de fondation provient de ce que des phénomènes divers se rapportent les uns aux autres dans leur existence en vertu d'une commune origine, sans être immédiatement liés dans leur substance matérielle.¹⁰² On dira par exemple de l'unité de l'obligation politique (entendue comme la dépendance juridique qui existe entre les individus et leur groupe) qu'elle provient de ce que, en toute société et en toutes conditions, elle repose toujours sur le même fondement, même s'il existe des façons diverses de l'imposer et de la légitimer. On s'est longtemps opposé, et l'on continue de le faire, sur la nature de cette commune origine. Les uns ont donné au pouvoir un fondement mystique : l'Etat, ou toute autre forme d'autorité publique, est l'émanation de Dieu et de sa volonté. Les autres ont fondé la souveraineté dans le peuple et sa volonté générale. Mais dans un cas comme dans l'autre, on dira de l'obligation politique qu'elle est une du fait qu'elle émane d'une même volonté, tantôt divine, tantôt humaine.¹⁰³

4. L'unité et les lois de la perspective

Élémentaire ou composée, naturelle ou accidentelle, de cohésion ou de superposition, formelle ou matérielle, statique ou dynamique, en chair ou en idée, la notion d'unité, on le réalise, est pour le moins protéiforme. L'unité s'envisage de bien des manières, à différents niveaux et à des degrés divers. Ceci est particulièrement vrai des objets immatériels, et le droit n'échappe pas à la règle, qui, privés de matérialité sensible, ne

¹⁰⁰ Emile Durkheim parle de l'ensemble des « croyances obligatoires » et des pratiques relatives à ces croyances. Voir Emile Durkheim, « De la définition des phénomènes religieux » (1897) 2 *Année Sociologique* 1 à la p. 22.

¹⁰¹ Husserl, *Recherches logiques*, *supra* note 60 à la p. 65 : « ce qui unit véritablement toute chose, ce sont les rapports de fondation ».

¹⁰² *Ibid.* Husserl parle d'objets qui ont affaire les uns avec les autres sans avoir besoin « de chaînes ni de liens pour être enchaînés ou noués les uns aux autres ».

¹⁰³ Voir sur ce point Georges Davy, « L'unité de fondement de l'obligation politique » (1931) *Archives de Philosophie du Droit* 87.

sont « uns » que dans la mesure où la pensée qui les saisit trouve en eux une forme de dépendance ontologique justifiant la synthèse catégoriale. L'unité, produite alors par un acte donateur de sens, n'est jamais immédiate ni certaine. Elle n'est que perspective. Et, perspective, elle constitue une vue des choses dépendante du point de départ, de l'endroit où l'on se trouve au moment de se représenter, ou de représenter pour les autres, l'objet considéré.

Le même objet, dépendamment de la perspective privilégiée par l'observateur, du rapport de dépendance envisagé (générique, téléologique, axiologique etc.), pourra donc être appréhendé de façon unitaire ou bien de façon plurielle, sans que l'une des perspectives ne soit objectivement plus « vraie » que l'autre.¹⁰⁴ A propos du même phénomène, du même objet, on pourra affirmer avec le même degré de « véracité » qu'il est un ou pluriel. De dire « voilà un taillis » n'est pas plus vrai que de dire « voilà cinq arbres »; ni « voilà 500 hommes » moins vrai que de dire « voilà un régiment ».¹⁰⁵ De même peut-on affirmer que « la France est plus unitaire que le Canada », du point de vue politique ou linguistique par exemple, ou bien, à considérer cette fois la continuité géographique, « le Canada est plus unitaire que la France ». Ce qui varie, d'un jugement à l'autre, n'est point la nature objective de l'objet considéré, mais davantage la terminologie employée par l'observateur, laquelle renvoie au fait qu'un concept, ou une perspective, a été substitué à un autre.

L'unité, soumise, donc, aux lois de la perspective, s'appréhende à différents degrés – l'objet étant plus ou moins unitaire selon le rapport causal, l'angle ou la perspective considérée – mais également à différents niveaux, le même objet pouvant constituer à la fois un tout composé et la partie composante d'un autre tout unitaire. Le doigt constitue à la fois un tout, constitué de plusieurs parties (les phalanges), et une partie de la main. La main, de même, est à la fois un tout, une unité composée de cinq doigts, et une partie composante du bras. Et la suite s'allonge encore à l'envi : le bras fait partie d'un individu, qui fait partie d'une famille, qui à son tour fait partie d'une tribu,

¹⁰⁴ Sur le rapport entre « vérité » et « perspective », voir Friedrich Nietzsche, *Par-delà bien et mal*, Paris, Flammarion, 2000 [où Nietzsche traite de la perspective comme de la seule « condition fondamentale de toute vie » ; à la p. 44].

¹⁰⁵ Cet exemple classique est employé par Gottlob Frege, *The Foundations of Arithmetics : a Logico-Mathematical Enquiry Into the Concept of Number*, New York, Harper, 1960 à la p. 59.

d'une société, d'une nation etc. Là encore, le choix du niveau d'interprétation, de l'échelle privilégiée pour l'analyse, est déterminant.¹⁰⁶

Ce bref détour ontologique, même superficiel, a eu le mérite de mettre en évidence qu'il n'existe, à propos des choses et de leur unité, *aucun absolu ni aucun type d'unité « pure »*. Point d'unité pure, tout d'abord, mais plutôt diverses façons d'être « un », plusieurs types d'unité qui, chacun, a sa propre vérité, et sa propre logique. Point, non plus, d'unité absolue ni objective, mais des *rapports dialectiques entre perspectives d'unité et perspectives de multiplicité*. La manière, en effet, que nous avons de percevoir les choses – manière qui nous est propre – peut fort bien n'être pas nécessaire pour les autres. Aussi les uns verront-ils de l'unité là où les autres verront de la fragmentation, selon que l'on insiste sur ce qui rapproche ou sur ce qui oppose.

Tout cela n'interdit en rien de dissenter de la pertinence ou de la supériorité scientifique d'une interprétation par rapport à une autre. On peut bien estimer, par exemple, qu'il est plus pertinent ou plus utile, en terme d'intelligence du monde, d'appréhender la forêt dans sa forme unitaire, plutôt que la multitude d'arbres qui la composent, dans sa forme plurielle. On peut estimer encore qu'il est plus adéquat de parler d'un triangle, plutôt que des trois segments de droite qui, reliés par leurs extrémités, forment ensemble la figure géométrique. On peut estimer, enfin, qu'il est plus juste, ou nécessaire, de parler du droit international comme d'un ordre juridique unitaire, plutôt que comme la simple somme de régimes spécialisés ou auto-suffisants. Reste qu'aucune perspective n'a pour elle le poids de l'évidence ni n'est incontestable. A chaque niveau d'interprétation, un choix est fait. Le choix d'une échelle ou d'un critère. Le choix d'une perspective ou d'une autre. Un choix conscient ou inconscient. Mais, dans tous les cas, un choix.

¹⁰⁶ Sur l'existence de différents « niveaux d'unité », voir Husserl, *Recherches logiques*, *supra* note 60 à la p. 73 : « des fragments sont par essence des parties médiates ou plus éloignées du tout dont ils sont des fragments, quand, au moyen de formes de liaison, ils sont avec d'autres fragments unis en tous qui eux-mêmes constituent, au moyen de formes nouvelles, des tous d'un ordre supérieur ». Voir également Leibniz, *Discours de métaphysique et Monadologie*, *supra* note 61 à la p. 67 : « chaque portion de la matière peut être conçue comme un jardin plein de plantes, et comme un étang plein de poissons. Mais chaque rameau de la plante, chaque membre de l'animal, chaque goutte de ses humeurs est encore un tel jardin ou un tel étang ».

5. *Conclusions intermédiaires : l'unité entre choix et ruse*

Le poète palestinien Mahmoud Darwich a joliment exprimé cette place du choix – il parle même de *ruse* – qui préside toujours à l'intelligence totalisante, rassembleuse ou synthétique d'une chose, dans son cas d'une œuvre poétique. A propos de l'édition de l'une de ses anthologies, il écrit : « toute anthologie est, à mes yeux, synonyme de ruse dans la mesure où celui qui l'établit peut faire ce que bon lui semble de son poète : garder la source lumineuse de l'œuvre en laissant de côté ses parts d'ombre, isoler un poème au détriment de sa place dans l'œuvre, ne garder d'un poème que son chemin de prose vers la poésie, insister sur des images, des métaphores, une atmosphère qui confortent une certaine approche et, au terme de ces démarches subjectives, faire d'un poète moyen un poète exceptionnel ou le contraire... ».¹⁰⁷

L'intuition première de cette étude est qu'on ne peut (qu'on ne doit?) s'émanciper complètement de cette part de doute au moment de parler d'unité et/ou de fragmentation du droit international. Pour paraphraser Darwich, toute lecture unitaire du droit international est, à nos yeux, synonyme de ruse dans la mesure où celui qui l'établit peut faire ce que bon lui semble de son droit : garder la source lumineuse de l'ordre juridique en laissant de côté ses parts d'ombre, isoler un principe au détriment de sa place dans le système, ne garder d'un principe que son chemin de prose vers la normativité, insister sur des images, des métaphores, une atmosphère qui confortent une certaine approche et, au terme de ces démarches subjectives, faire d'un droit essentiellement pluriel et fragmenté un droit résolument unitaire, ou le contraire.

L'aspect multidimensionnel et ambivalent du concept d'unité reste largement ignoré dans le débat sur la fragmentation du droit international. Pour l'essentiel, on se contenté d'une idée plus ou moins flottante de l'unité, entendue globalement comme l'absence de conflits matériels entre régimes, normes ou décisions. Sans doute, nous y reviendrons, cette dimension de l'unité du droit est-elle importante. Reste que, depuis que l'on parle de fragmentation du droit international, les discussions se sont essentiellement déroulées sans que ne soient jamais abordés d'autres formes, d'autres niveaux ou d'autres degrés d'unité. On a également largement ignoré l'hypothèse qu'à chaque type d'unité puisse correspondre un scénario particulier de fragmentation.

¹⁰⁷ Mahmoud Darwich, *La terre nous est étroite*, Paris, Gallimard, 2000, à la p. 7.

Quelques auteurs ont reconnu, mais timidement, l'existence théorique d'une pluralité de perspectives en matière d'unité / fragmentation du droit international. Bruno Simma et Dirk Pulkowski par exemple, dans un article publié récemment sur le concept de régime auto-suffisant, estiment qu'à la question de savoir si les régimes spécialisés sont parfaitement autonomes ou s'ils dépendent toujours du droit international « général », la réponse dépend essentiellement de la perception, universaliste ou particulariste, que l'on a du droit international. En l'absence, écrivent-ils, de présomption claire en faveur de l'une ou l'autre approche, tout dépend du point de départ privilégié par l'observateur : à celui qui met l'accent sur l'univers (le « tout »), il apparaîtra que les lois de l'univers (le droit international « général ») gouvernent les planètes; à celui qui met l'accent sur les planètes (les « parties »), il apparaîtra au contraire que les lois planétaires (les règles des « sous-systèmes ») laissent peu de place au droit universel.¹⁰⁸

Pierre-Marie Dupuy, pour sa part, a reconnu il y a peu que la réalité de l'ordre juridique, et de son unité, dépend de la perception et de l'interprétation que l'on en fait. Le concept d'ordre juridique, concède Dupuy, « est sans doute [...] le reflet d'une *Weltanschauung*, mêlant à la fois l'idéologie de l'observateur et ses choix méthodologiques personnels ».¹⁰⁹ Penser le droit en termes d'ordre, de système et d'unité, écrit-il, relève d'une « démarche en elle-même subjective et donc nécessairement marquée par les cultures et les idéologies ».¹¹⁰ Pour marquer cette origine mentale, et donc subjective, de l'unité, Pierre-Marie Dupuy fait d'ailleurs état, dans le titre d'un essai, de la « fragmentation du droit international *ou des perceptions qu'on en a* ».¹¹¹ L'emploi du terme « perception » est tout à fait intéressant dans la

¹⁰⁸ Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17 *European Journal of International Law* 483 à la p. 506. Voir également Bruno Simma, « Fragmentation in a Positive Light » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 845 à la p. 847 : « Of course, also here beauty is in the eye of the beholder. To diagnose a process of fragmentation at all logically presupposes that the observer proceeds from a n image of international law constituting a whole, something closed and firm, which now threatens to fall into pieces (...). For [other observers], which dismiss all claims of an organizational or dogmatic unity of international law from the beginning, fragmentation, or more euphemistic *ersatz* terms, denote a false or non-issue ».

¹⁰⁹ Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, à la p. 59.

¹¹⁰ Pierre-Marie Dupuy, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a? » dans Rosario Huesa Vinaixa et Karel Wellens, dir., *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p. 4.

¹¹¹ *Ibid.*; nos italiques.

mesure où il renvoie, selon la définition de Leibniz, à « l'état passager qui enveloppe et représente une multitude dans l'unité ».¹¹²

On retiendra cependant que, passée cette reconnaissance de principe de la nature éphémère et ambivalente du concept¹¹³, la multi dimensionnalité de l'unité n'est jamais complètement consacrée comme hypothèse de travail. Simma et Pulkowski, par exemple, s'ils insistent sur le fait que l'étude des régimes auto-suffisants et de leurs rapports au droit international général dépend du point de vue, interne ou externe, adopté par l'observateur, continuent de définir le débat en termes de « compatibilité normative » et de « conflit entre traités »¹¹⁴, renvoyant ainsi à la dimension matérielle de l'unité du droit international. Pierre-Marie Dupuy, quant à lui, s'il distingue l'unité matérielle de l'unité formelle, et fait état de possibles conflits entre ces deux types d'unité¹¹⁵, disserte principalement de « contradiction de jurisprudence », de « concurrence entre cours et tribunaux internationaux » et de la prétention de certains régimes à fonctionner « en vase clos »¹¹⁶, ce qui renvoie, là encore, à une lecture unidimensionnelle de l'unité, entendue comme cohérence, compatibilité ou continuité normatives.

Voilà qui justifie que l'on poursuive ici notre réflexion. A défaut de considérer sérieusement la complexité et la multi dimensionnalité du concept d'unité, on risque en effet de limiter l'analyse à des remarques quelques peu superficielles et circulaires, voire de nous condamner à un débat stérile, où les internationalistes abordent la question de l'unité du droit depuis des points de vue différents et où les arguments ne se rencontrent donc jamais vraiment sur le même terrain épistémologique.

¹¹² Leibniz, *Discours de métaphysique et Monadologie*, *supra* note 61 à la p. 48 : « L'état passager qui enveloppe et représente une multitude dans l'unité ou dans la substance simple n'est autre chose que ce qu'on appelle la *Perception* ».

¹¹³ Voir également Stefan Oeter, « Unity and Diversity of International Law in the Settlement of International Disputes – Comment by Stefan Oeter » dans Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann eds., *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humbolt, 2006, à la p. 419 : « Is there one 'legal order' of the international community [...] ? There is no logically stringent answer to this question – the answer depends upon basic assumptions on the nature and structure of international law [...]. Admittedly, the unity of the 'legal order' remains a programmatic objective [...] and not a self-evident attribute even in most national legal orders. It does not exist as a kind of genuine prerequisite of a certain State's legal order, but constitutes a construct which a legal order will try to achieve while never putting it into reality completely ».

¹¹⁴ Simma et Pulkowski, « Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law », *supra* note 108 aux pp. 485.

¹¹⁵ Dupuy, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a », *supra* note 110 à la p. 10.

¹¹⁶ *Ibid.* à la p. 2.

Les chapitres qui suivent constituent un premier essai de déconstruction du concept d'unité en droit international, du moins de l'idée quelque peu flottante que l'on s'en fait aujourd'hui. Plutôt que d'énumérer tour à tour, et sans logique d'ensemble, les différents types d'unité du droit international, notre critique procède par séries d'oppositions conceptuelles, successives et descendantes, entre différents niveaux d'analyse théorique. Cette méthode, outre qu'elle autorise une problématisation efficace de la question, a le mérite de mettre en exergue les tensions entre différentes perspectives d'unité, d'identifier les présupposés théoriques et les chaînes de dépendance rationnelle qui sous-tendent chaque niveau de discours sur la fragmentation, et, ce faisant, d'en démontrer un peu mieux la relativité.

Ces oppositions conceptuelles, nous y reviendrons, sont à l'occasion quelque peu arbitraires, et donc contestables. Elles présentent comme distincts les uns des autres, et parfois même comme antithétiques, des concepts ou des faits qui, en réalité, sont interdépendants et résistent donc aux entreprises rigides de différenciation. Mais notre analyse, rappelons-le, n'a nullement comme ambition de proposer une théorie complète de l'unité du droit international (ou de sa fragmentation). Notre objectif est d'avantage d'établir les conditions de possibilité du discours sur l'unité du droit, de remettre en question certaines synthèses toutes faites qui sont admises sans examen, et de démontrer qu'aucune ne vaut spontanément, sans justification. Aussi ces différenciations conceptuelles ne doivent-elles être adoptées que pour ce qu'elles sont : des propositions théoriques momentanées qui doivent servir utilement notre propos. Certainement aurait-on pu en préférer d'autres. L'essentiel demeure encore que celles-ci remplissent leur office efficacement.

Ceci étant, notre approche de l'unité repose sur la différenciation entre trois perspectives fondamentales : la perspective substantielle, la perspective culturelle, et la perspective logique. Plutôt que de perspectives, on pourrait d'ailleurs parler de « familles » d'unité, dans la mesure où chaque perspective, nous y reviendrons, se décline à son tour en une multitude d'unités : l'unité substantielle est tantôt matérielle, tantôt formelle; l'unité culturelle est tantôt mentale, tantôt grammaticale; l'unité logique est tantôt *épistémologique*, tantôt *axiologique*.

Chaque famille d'unité renvoie à une dimension particulière du droit international. L'unité culturelle concerne l'identité du droit international en tant que discipline autonome. L'unité substantielle désigne la cohérence interne du droit international en tant qu'objet formel de cette discipline, autrement dit, en tant qu'ordre normatif. L'unité logique, enfin, se rattache aux éléments extrinsèques et transcendants d'intégrité du droit international en tant que système rationnel (unité épistémologique) ou comme système de valeur (unité axiologique).

On perçoit déjà à ce stade la difficulté de maintenir une séparation stricte entre ces trois niveaux d'analyse. Peut-on maintenir par exemple une séparation stricte entre l'ordre juridique positif (le *Rechtsordnung*) et l'ordre de connaissance qui s'y rapporte (la *Rechtswissenschaft*)? Peut-on affirmer l'autonomie de la forme juridique par rapport au monde social? Le droit international n'est-il pas, au fond, que ce que les juristes en pensent et en font? Le langage juridique est-il simplement le medium au travers duquel s'exprime le droit? Ou le droit n'est-il pas finalement que cela : un discours normatif articulé dans langage convenu? Autrement dit, la différenciation entre unité du discours juridique et unité matérielle du droit n'est-elle pas essentiellement artificielle ou doctrinale?

Ces questions sont importantes et nous renvoient *in fine* à la définition même du droit en tant que structure de communication, système de régulation ou instrument de justice. C'est pourquoi, justement, nous ne nous y attarderons pas ici. Si notre étude n'a pas pour ambition de proposer une théorie de l'unité, il va sans dire qu'elle a moins encore comme objectif de développer une théorie générale du droit. Aussi se contentera-t-on d'affirmer ici qu'il est *possible* d'étudier le droit sous l'angle du discours, des normes ou des valeurs et que chaque niveau d'analyse a ses propres vertus. On ne cherchera aucunement à prouver la supériorité d'une approche par rapport aux autres.¹¹⁷ Ce qui, pour notre démonstration, est déterminant, c'est que chaque perspective génère son propre type d'unité. Il n'est pas dit d'ailleurs que ces différents types d'unité s'excluent mutuellement. Reste qu'ils *sont* différents. Ils

¹¹⁷ Pour une approche plus fermement engagée en faveur des dimensions culturelles et axiologiques de l'unité, voir notre essai : « Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international : à propos d'une utopie paresseuse » (2006) 2 Revue Belge de Droit International 621.

renvoient à divers aspects du droit international, à divers rapports de dépendance et à divers degrés de cohérence.

Avant d'entrer dans le détail des différentes « familles » d'unité, il convient cependant de délimiter notre champ d'investigation et de distinguer la question de l'unité du droit d'un certain nombre de problématiques qui lui sont voisines sans néanmoins se confondre avec elle.

Chapitre 2/ Unité, unification, universalité : délimiter le champ d'investigation

Il est deux notions dont il convient donc de montrer, à titre liminaire, et malgré leur fréquente association à la problématique de l'unité, qu'elles n'en sont pas synonymes : l'unification et l'universalité.¹¹⁸ Dans les paragraphes qui suivent, nous montrons que, si elles sont des problématiques cousines de l'unité, elles ne se superposent jamais complètement avec elle. Par soucis de clarté, nous les excluons donc de notre champ d'analyse.

1. Unité et unification

La première notion, celle d'unification¹¹⁹, est peut-être, bien qu'elle en soit étymologiquement la plus proche, la plus éloignée sémantiquement de la notion d'unité du droit international. D'une certaine façon, elle lui est même antithétique. Littéralement, l'unification signifie en effet le fait d'unifier, de rendre unique et uniforme, *ce qui ne l'est pas*. L'unification peut bien, et c'en est là bien entendu un objectif affiché, engendrer l'unité. Reste qu'elle porte sur un objet qui, par définition, n'est pas unitaire. Parler d'unification du droit des affaires en Afrique, par exemple, ça

¹¹⁸ Sur la confusion des problématiques de l'unité et de l'universalité, voir par exemple Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres, Routledge, 1997, aux pp. 30-33 : « Universality and the challenge to the unity of international law ».

¹¹⁹ Par unification, nous entendons ici l'unification internationale du droit, c'est à dire le rapprochement entre divers systèmes juridiques sur une problématique donnée (vente internationale de marchandises, protection du consommateur ou des biens culturels), et non l'unification nationale, autrement dit la codification, d'un droit étatique particulier. Sur la distinction entre les deux notions, voir Hans Ulrich Jessurun D'Oliveira, « Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence » dans *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique – Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Antwerp/Boston/Londres/Frankfurt, Kluwer Law and Taxation, 1984, aux pp. 117-130.

n'est donc pas en postuler l'unité, ni d'ailleurs se contenter d'en constater la pluralité. C'est désigner plutôt le mouvement de l'une à l'autre.¹²⁰

Si, dans la lettre, l'unification n'est pas synonyme d'unité, il en va de même dans l'esprit. En général, l'expression « unification du droit » recouvre en effet, dans la discipline juridique, autre chose que l'avènement d'un droit commun, d'un système de droit unitaire et englobant. Les grandes entreprises d'unification internationale du droit privé par exemple, qu'il s'agisse de l'unification du droit du commerce, du droit de la famille, du droit de la propriété ou du droit des contrats, répondent à une logique de rapprochement et de compatibilité entre systèmes nationaux, d'avantage qu'à une logique d'unité juridique à proprement parler. Ces grands chantiers trouvent tous leur origine dans l'existence, au sein d'un espace économique donné, de conflits de droit, dont il est entendu qu'ils constituent un obstacle au commerce international. Pour y répondre, on décide d'œuvrer à l'uniformisation du droit¹²¹ et, ce faisant, d'aplatir les difficultés techniques et de fluidifier les échanges.¹²²

¹²⁰ Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, supra note 43, à la p. 31.

¹²¹ Nous utilisons indistinctement les termes d'uniformisation, d'harmonisation et d'unification du droit comme désignant l'effort délibéré pour assurer la coordination entre différents systèmes juridiques (en ce sens, voir Rudolf B. Schlesinger et al., *Comparative Law*, New York, Foundation Press, 6e éd., 1998, aux pp. 37-42). Certains auteurs opèrent une distinction entre uniformisation et unification du droit, arguant du fait que la première emporte l'adoption de normes similaires dans différents systèmes de droit, tandis que la seconde revient à substituer à la pluralité des ordres juridiques un ordre unique (voir Rodolfo Sacco, « Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law » (1991) 39 *American Journal of Comparative Law* 1 à la p. 2 ; ainsi que Camille Mialot et Paul Dima Ehongo, « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variable » dans Mireille Delmas-Marty, dir., *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, 2004, aux pp. 26-28). Mais la différenciation concerne moins la logique que l'objet du procédé de coordination, lequel porte, dans un cas, sur le rapprochement des droits nationaux et, dans l'autre, sur la synthèse d'un droit national particulier. Pour le reste, on pourra bien déceler des nuances dans la modalité et le degré de coordination normative - l'harmonisation désignant normalement l'adoption de normes *équivalentes* et l'unification celle de normes *identiques* - il demeure que l'harmonisation, l'uniformisation et l'unification sont toutes trois animées du même esprit : la recherche d'une mesure commune permettant de communiquer et de commercer, sans exclure la multiplicité des systèmes juridiques nationaux. Voir Antoine Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il? » dans Filali Osman éd., *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, aux pp. 35-55.

¹²² Il est, bien entendu, d'autres principes et valeurs qui sous-tendent le projet d'unification du droit. On parle, souvent, de l'unification comme d'une entreprise qui favorise non seulement la croissance, mais plus largement la liberté, la justice et, *in fine*, la paix dans le monde. Voir Louis Marquis, *International Uniform Commercial Law – Toward a Progressive Consciousness*, Aldershot, Ashgate, 2005, aux pp. 37-57. Voir également, pour une discussion critique de l'idéologie de l'unification, John Linarelli, « The Economics of Private Law Harmonization » (2002) 96 *American Society of International Law Proceedings* 339 ; Paul Stephan, « The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law » (1999) 39 *Virginia Journal of International Law* 743.

L'esprit, et la philosophie, de ces projets n'est pas, néanmoins, la réduction des différents droits nationaux en un droit unique, mais davantage leur rapprochement autour de certains standards communs. Il s'agit essentiellement d'œuvrer à la diffusion d'une attitude juridique conjointe dans certaines matières du droit et d'assurer la coexistence entre différents systèmes de droit.¹²³ L'unification du droit, c'est donc la mise en contact des droits nationaux. C'est la circulation entre eux d'idées et de principes directeurs, cependant que la variation demeure possible, et le juge souverain dans sa manière discrétionnaire d'interpréter le standard.¹²⁴ En somme, et pour reprendre ici une image qui a fait date en droit comparé, l'unification consiste en la transplantation dans les droits nationaux de greffons de droit, que ceux-ci assimilent ensuite avec leurs techniques, leurs concepts et leurs institutions juridiques propres.¹²⁵ L'unification est donc avant tout affaire de contamination des cultures juridiques.¹²⁶

Pour mieux saisir l'esprit d'unification du droit, et la façon dont il se distingue de la notion d'unité, on peut se référer par exemple aux travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), et en particulier à ses principes relatifs aux contrats du commerce international, l'une des initiatives les plus abouties à ce jour dans le domaine du droit du commerce international.¹²⁷ Les principes UNIDROIT, adoptés en 2004 – et qui constituent un élargissement d'une première série de principes adoptée en 1994 – énoncent un ensemble de règles générales relatives à la formation, l'interprétation, l'exécution et la cession des contrats du commerce international. Cependant qu'ils ont vocation à fournir aux opérateurs économiques un cadre de référence apportant des réponses aux questions et aux problématiques jalonnant les différentes phases de l'évolution des contrats internationaux, ces règles n'ont, néanmoins, nullement vocation à s'imposer directement comme le droit commun du commerce international. Elles n'ont qu'une fonction supplétive. Elles ne

¹²³ René David, « The Methods of Unification » (1968) 16 *American Journal of Comparative Law* 13.

¹²⁴ André Tunc, « Standards juridiques et unification du droit » (1970) 22 *Revue Internationale de Droit Comparé* 247, à la p. 251.

¹²⁵ Voir William Ewald, « The Logic of Legal Transplants » (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 489.

¹²⁶ Voir Pier Giuseppe Monateri, « The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures » (2001) 1 *Global Jurist Advances* 1.

¹²⁷ UNIDROIT, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2004*, Rome, Unidroit, 2004 [ci-après *Principes*].

s'appliquent, notamment, que là où les parties ont consenti, directement ou indirectement, à s'y soumettre.¹²⁸

Rajoutons que, là même où les parties font référence aux principes, les juges nationaux considèreront normalement que, si cette référence vaut incorporation des principes dans le contrat, le contrat reste toujours régi par le droit national d'un Etat, applicable en vertu des règles de conflit de lois du for.¹²⁹ Si bien que, même désignés par les parties, les principes n'interviendront généralement qu'en complément du droit national. En réalité, ils ne trouveront application exclusive et principale que dans l'hypothèse où les parties combinent ce choix de droit applicable avec une clause d'arbitrage (encore faudra-t-il qu'ils soient compatibles avec les règles d'ordre public international).¹³⁰

Pour le reste, et c'est là leur utilité première, les principes constituent essentiellement un droit d'appoint dont on use pour interpréter ou compléter le droit international (principalement la Convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises) ou le droit national applicable aux contrats du commerce international.¹³¹

Les principes UNIDROIT constituent donc une sorte de droit intermédiaire entre systèmes juridiques nationaux, un ensemble normatif neutre - parce que détaché de

¹²⁸ *Principes*, préambule : « Les principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat [...] ». On peut, cependant, imaginer l'hypothèse d'une application incidente des principes, où les parties ont choisi comme droit applicable un droit national particulier qui renvoie, par exemple, aux usages du commerce, et où le juge compétent estime que les principes expriment légitimement ces usages.

¹²⁹ Dans la très grande majorité des systèmes nationaux, on désigne toujours une loi *étatique* pour régir le contrat. En France, la Cour de cassation a classiquement énoncé que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat », voir Civ. 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, D. 5.749. En Italie, le Tribunal de Padoue a, dans une décision récente, visé de façon explicite les principes Unidroit et a affirmé que la référence faite par les parties à ce type de principes ne saurait constituer un véritable choix de droit, ces règles étant simplement incorporées au contrat. Voir, en ligne, Tribunale di Padova – Sez. Este, 11 janvier 2005, *Ostoznik Savo c. La Faraona soc. coop. a.r.l.* : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>. Voir également Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Ardsley, Transnational Publishers, 3e éd., 2005, aux pp.180-191.

¹³⁰ *Principes*, préambule [commentaire 4(a)], à la p. 3.

¹³¹ On a recensé, depuis la première publication des principes en 1994, pas moins de 87 sentence arbitrales et décisions de justice faisant référence aux principes Unidroit comme moyen d'interprétation du droit national. Voir, sur ce point, Michael Joachim Bonell, « Unidroit Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contract Adopted by the International Institute for the Unification of Private Law » (2004) 17 *Uniform Law Review* 5 à la p. 36; et *An International Restatement of Contract Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, *supra* note 129, aux pp. 294-300.

tout droit national particulier - et transitoire auquel les opérateurs économiques, les arbitres, les juges et les législateurs nationaux peuvent se référer utilement.¹³² Mais l'existence de ce droit intermédiaire ne réduit en rien l'autonomie des parties, ni la souveraineté du législateur national. Elle ne fait que leur fournir, dans un langage clair et simple, un cadre de référence opératoire et favorise la dissémination de principes communs, élaborés sur la base d'une pratique commune.

Il est des fois, bien entendu, où l'unification du droit emprunte des avenues nettement plus contraignantes. D'avantage qu'à des principes directeurs, à des lois ou à des contrats-type, on impose un droit uniforme par voie de conventions internationales ou par d'autres instruments juridiquement contraignants. L'essentiel de la construction européenne, par exemple, obéit à ce schéma. Mais là encore, l'unification du droit ne signifie point la négation de la diversité des systèmes juridiques. On continue d'unifier par voie de rapprochement des droits. On trouve d'ailleurs cette logique d'unification inscrite en toute lettre au cœur du traité instituant la Communauté européenne. L'article 3(h) du traité CE stipule distinctement que l'action de la Communauté vise « le *rapprochement* des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun » [nous soulignons].¹³³

L'illustration la plus typique de cette mécanique d'« unification par le rapprochement » est sans doute l'institution de la directive. La directive, en effet, ne lie les Etats membres qu'eu égard aux objectifs à atteindre, tandis qu'elle les laisse libres de choisir les moyens juridiques d'y parvenir.¹³⁴ On sait que, durant les années 1980, la Commission a proposé des directives au contenu toujours plus précis et détaillé, ce qui a eu pour conséquence de ne plus guère laisser de marge de manœuvre aux Etats membres. Soucieux, néanmoins, de rétablir l'esprit de directive, les Etats membres ont adopté, en marge du traité d'Amsterdam, un protocole relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans lequel ils appellent les institutions communautaires à ne légiférer que dans la mesure nécessaire et à donner la préférence à des directives, plutôt qu'à des règlements, et à

¹³² Sur la notion de « droit intermédiaire », voir Louis Marquis, *International Uniform Commercial Law – Toward a Progressive Consciousness*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2005, à la p. 11.

¹³³ *Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée)*, 24 décembre 2002, J.O.C. 325 [ci-après *Traité CE*] art. 3(h).

¹³⁴ *Traité CE*, art. 249 : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

des « directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées ». ¹³⁵ Ceci illustre bien la philosophie de l'unification, c'est-à-dire le recours à des principes-cadres, et le maintien, au bénéfice des Etats membres, d'un droit à la différence quant aux moyens et à la forme de l'action.

Dans un autre domaine de la construction européenne, celui des droits de l'homme, on a reconnu également aux Etats le droit à une certaine latitude dans l'application des standards communs. La Cour de Strasbourg a notamment utilisé le concept de « marge nationale d'appréciation » pour juger de la conformité de certaines lois nationales à la Convention européenne des droits de l'homme. ¹³⁶ Cette marge d'appréciation garantit aux Etats membres une certaine liberté pour apprécier souverainement les conditions dans lesquelles il leur est donné de mettre en œuvre les droits et libertés consacrés par la Convention, ou d'en limiter le champ d'application. Un Etat membre pourra par exemple s'opposer à la publication d'un ouvrage dont il estime qu'il est contraire à la moralité publique, quand bien même sa publication serait par ailleurs autorisée dans l'ensemble des autres Etats membres. ¹³⁷ L'Etat, en vertu de la marge d'appréciation, est seul maître de juger des nécessités de moralité publique sur son territoire. Ce jugement, s'il est discrétionnaire, n'est jamais totalement arbitraire. Il s'exerce toujours sous supervision européenne et doit remplir certaines conditions, au fond comme en la forme. ¹³⁸ Il est exigé, notamment, que la restriction soit prévue par la loi, qu'elle poursuive certains objectifs d'ordre public et qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique. Aussi la marge nationale d'appréciation, qui rétrécit à mesure que l'évolution sociale converge, va-t-elle toujours de pair avec la marge européenne de contrôle. Reste néanmoins qu'un espace a été aménagé, dans l'entreprise européenne d'unification des droits de l'homme, pour le maintien d'un certain

¹³⁵ Voir sur ce point Commission des Communautés européennes, *Rapport de la Commission : 'Mieux légiférer' conformément à l'article 9 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, Doc. U.E. COM(2002) 715.

¹³⁶ Voir notamment Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haye/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1996, aux pp. 13-16; Mireille Delmas-Marty & Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalization du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » (2001) 46 *Revue de Droit de McGill* 923; Thomas A. O'Donnell, « The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights » (1982) 4 *Human Rights Quarterly* 474.

¹³⁷ Voir *Handyside c. Royaume-Uni* (1976), 24 *Cour Eur. D.H. (Sér. A)* 30.

¹³⁸ Voir, entre autres, Oren Gross & Fionnuala Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights » (2001) 23 *Human Rights Quarterly* 625.

pluralisme juridique, en faisant place simultanément à deux ordres juridiques (droit interne et droit européen) qui, constate Mireille Delmas Marty, « ne sont ni totalement indépendants, ni totalement subordonnés l'un par rapport à l'autre ». ¹³⁹

L'unification, on le réalise, répond à un souci d'uniformisation et d'harmonisation des solutions apportées, dans différents systèmes de droit, à des problèmes communs. Elle relève donc, pour l'essentiel, d'une logique de convergence et de conjugaison des droits. ¹⁴⁰ L'objectif est avant tout d'assurer une équivalence fonctionnelle entre différents systèmes de droit, c'est-à-dire de travailler à une plus grande cohérence dans l'appréhension de certaines questions et de parvenir, *in fine*, aux mêmes solutions, dans un espace politique ou économique commun. ¹⁴¹

L'unification, c'est en ce sens l'édification de ponts entre différents systèmes de droit. L'entreprise est d'abord animée par un esprit de *proximité* et de *compatibilité* entre ordres juridiques distincts. C'est, en somme, une technique qui vise à éviter la contradiction et à ordonner juridiquement le multiple (ordonner, *a priori*, par l'accord sur des principes communs ; ordonner, *a posteriori*, par le contrôle des déviations nationales). De ce point de vue, l'unification c'est donc – en même temps que l'entrecroisement, le rapprochement et l'hybridation des droits – la reconnaissance, la gestion et même, dans une certaine mesure, la culture de leur pluralité. ¹⁴² Dans la lettre, comme dans l'esprit, l'unification internationale *des* droits ne se confond donc pas avec l'unité *du* droit international.

¹³⁹ Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Editions du Seuil, 1994, aux pp. 112-113.

¹⁴⁰ International Academy of Comparative Law, *Convergence of Legal Systems in the 21st Century*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Voir également Rodolfo Sacco, « Diversity and Uniformity in the Law » (2001) 49 *American Journal of Comparative Law* 171.

¹⁴¹ Sur la notion d'« équivalence fonctionnelle », voir Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, aux pp. 253-257.

¹⁴² Sur la distinction entre l'unité du droit et la compatibilité des droits, voir Andreas Fischer-Lescano et Gunther Teubner, « Regime-Collisions : the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 999 aux pp. 1045-1046.

2. Unité et universalité

La seconde notion qu'il convient d'écarter d'emblée de notre analyse est celle de l'universalité du droit. Que l'on comprenne l'universalité du droit comme désignant son omniprésence, ou comme désignant sa globalité, elle désigne en effet autre chose que l'unité.

2.1 L'universalité en tant qu'omniprésence

Entendue comme omniprésence, l'universalité du droit signifie sa présence en tous temps, et en tous points du globe, au sein des communautés humaines. C'est cette universalité là que traduit la maxime *ubi societas, ibi jus* : là où les hommes vivent en société, il y a du droit. Mais il n'est ici d'universalité que celle du *phénomène juridique*, ou d'un phénomène juridique particulier (on parlera, par exemple, de l'universalité du droit spontané pour désigner la présence, dans tous les systèmes juridiques, de règles de droit qui naissent d'elles-mêmes et ne sont le produit d'aucune procédure reconnue¹⁴³). Dire du droit qu'il est universel, c'est simplement faire le constat que toute communauté génère son propre système de droit et qu'aucune société n'est soustraite à son emprise. C'est donc parler de l'invariabilité et de l'inéluctabilité du droit en tant qu'institution sociale. Clairement, il s'agit là d'autre chose que d'unité.

2.2. L'universalité en tant que globalité

Entendue comme globalité, l'universalité désigne cette fois la vocation du droit à régir l'ensemble des collectivités humaines sur la planète et à appréhender l'intégralité de leurs rapports sociaux. Cette question là, à dire vrai, ne concerne que le droit international. Les droits nationaux sont en effet, et par définition, limités à un territoire. Ils n'ont pas vocation à l'universalité, même si, on le sait, certains Etats montrent à l'occasion certaines velléités universalisantes quand ils appliquent leur

¹⁴³ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Paris, Economica, aux pp. 7-15.

droit de façon extraterritoriale (on pense notamment aux lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, où encore aux législations pénales nationales prévoyant l'exercice d'une compétence universelle). Limitée au seul domaine du droit international, la distinction n'en n'est pas moins nécessaire cependant.

L'universalité du droit, dans cette seconde déclinaison, désigne en effet l'emprise du droit international sur l'intégralité de l'espace physique et politique mondial. Emprise sur l'intégralité de l'espace *physique* tout d'abord, en ce sens que le droit a prise sur tous les continents – habités comme inhabités (Antarctique) – sur toutes les mers et tous les océans, et sur tous les niveaux du globe, des fonds marins jusqu'à l'espace atmosphérique.¹⁴⁴ Emprise sur l'intégralité de l'espace *politique* également, puisque le droit international a prétention à s'appliquer à la totalité des Etats souverains, sans égards pour leur situation géographique, leur régime politique ou leur niveau de « civilisation ». Émancipé des anciennes divisions entre droit international européen et droit international américain, droit international bourgeois et droit international socialiste, le droit international est qualifié d'universel en ce sens qu'il est un droit de la totalité, un droit fait par et pour l'ensemble des Etats ; un « club », en somme, au sein duquel tous les membres de la collectivité internationale sont en théorie admissibles.¹⁴⁵

L'universalité du droit est donc avant tout affaire de « membership » et, plus largement, d'ouverture et de totalité du champ juridique. Or cette question là ne préjuge en rien de l'unité du droit. Elle n'a trait qu'à la qualité du champ juridique – à sa *superficie* en somme, et non à la qualité de son contenu.

¹⁴⁴ Manfred Lachs, « International Law in a Multicultural World » dans Artle Grahl-Madsen et Jiri Toman eds., *The Spirit of Uppsala – Joint UNITAR-Uppsala University Seminar on International Law and Organization for a New World Order*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1984, à la p. 194.

¹⁴⁵ Voir, en ce sens, Emmanuelle Jouannet, « Universalism and Imperialism : The True-False Paradox of International Law ? » (2007) 18 *European Journal of International Law* 379 aux pp. 385-386 [qui considère néanmoins qu'à cette approche formaliste de l'universalité, on peut opposer une approche substantielle qui, elle, a trait au contenu normatif du droit et à la prescription de certains standards universels de justice].

2. 3 L'universalité fragmentaire

Du point de vue du contenu normatif, on constate en pratique que si l'universalité – entendue comme ouverture du champ juridique international – peut être une condition nécessaire à l'unité, elle n'en est jamais une condition suffisante. Ceci est vrai, tout d'abord, parce que le droit international n'est jamais universel que par fragments. Le droit international est d'abord un droit particulier, un droit régional, voire local.¹⁴⁶ La pratique conventionnelle, qui constitue – même s'il peut paraître banal de le rappeler – l'essentiel du droit international contemporain, l'illustre à merveille. On observe en effet que l'écrasante majorité des traités est composée de traités bilatéraux, tandis que les traités multilatéraux, fussent-ils parfaitement ouverts, ne parviennent qu'exceptionnellement à l'universalité.¹⁴⁷ La Charte des Nations unies, ratifiée par la totalité des Etats, est sans doute l'exception, magistrale, qui confirme la règle. Elle est une exception néanmoins. Et s'il est bien entendu d'autres exemples de conventions universelles ou quasi-universelles¹⁴⁸, ils ne constituent au fond que des îlots d'universalité. L'essentiel du droit international continue de se développer dans les espaces régionaux, là où l'individualité géographique, historique, culturelle, politique et économique est favorable à l'accord.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Voir Wladyslaw Czaplinski, « Universalism, Regionalism and Localism in the Age of Globalization » dans Ronald St. John Macdonald & Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism – Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, aux pp. 255-271.

¹⁴⁷ Le rapport entre traités multilatéraux et traités bilatéraux varie du simple au double. La France, par exemple, est partie à 1961 traités multilatéraux pour 4437 traités bilatéraux (voir, en ligne, <<http://www.doc.diplomatie.fr/pacte/index.html>>). Par ailleurs, on estime qu'environ 30% des traités multilatéraux sont ouverts à la participation de tous les Etats. Voir Charlotte Ku, « Global Governance and the Changing Face of International Law » (2001) 2 ACUN Keynote Papers 1 à la p. 45. D'un point de vue purement quantitatif, qui ne préjuge en rien de la qualité ni de l'efficacité du droit international, seul 10%, environ, du droit international conventionnel a donc vocation universelle.

¹⁴⁸ On pense à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961;184 parties), la Convention de Vienne sur les relations consulaires (1963;170), la Convention de New York relative à l'élimination de toute forme de discrimination raciale (1966; 172), la Convention de New York relative à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes (1979; 184), la Convention de New York sur les droits de l'enfant (1989; 192), la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone (1985; 190), la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (1992, 190), la Convention de Rio sur la biodiversité (1992; 199).

¹⁴⁹ Nous utilisons ici le terme de « régionalisme » dans son sens le plus large, comme désignant le régionalisme géographique (intégration européenne), mais également le régionalisme économique (OCDE), politique (non alignés), militaire (OTAN), historique (Commonwealth), confessionnel (Organisation de la conférence islamique), voire linguistique (francophonie). Voir sur ce point Dietrich Schindler, « Regional International Law » dans *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam/New York/Oxford, North-Holland, 1984, aux pp. 404-405; Jean-Claude Gautron, « Le fait

Nous n'émettons ici aucun jugement de valeur sur le régionalisme. Certainement le régionalisme peut-il être un facteur d'émiettement comme une vertu dynamisante du droit international.¹⁵⁰ Il n'est pas dit non plus que le régional exclue l'universel, ni ne le contredise nécessairement. D'une certaine manière, les deux phénomènes sont même inextricables puisque à mesure qu'une norme devient universelle, elle gagne en généralité ce qu'elle perd en détermination. Si bien que la construction d'un universel juridique appelle souvent le développement d'un régionalisme d'appoint, donnant au droit une texture plus concrète et plus opératoire, ainsi qu'une efficacité accrue. C'est là, par exemple, tout l'esprit du chapitre VIII de la Charte des Nations Unies qui prévoit et organise juridiquement la possibilité d'actions conjointes entre le Conseil de sécurité et des organismes régionaux capables de l'assister dans sa mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'universel et le régional s'articulent alors dans un rapport mutuel d'approfondissement et d'application, et non pas nécessairement de contradiction.¹⁵¹

Reste que ça n'est, à ce jour, que par petites touches que se construit l'universalité du droit international, sur certains segments seulement du spectre juridique. Il n'y a là, bien entendu, aucune fatalité. Rien n'indique qu'il doive toujours en aller ainsi et certains observateurs voient aujourd'hui dans la mondialisation de l'économie, mais aussi dans celle des risques (sanitaires, environnementaux, sécuritaires), un facteur irrésistible de mondialisation du droit.¹⁵² L'universalité, cependant, demeure un « challenge » posé au droit international, une « visée » davantage qu'une réalité empirique généralisée.¹⁵³

régional dans la société internationale » dans Société Française de Droit International, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Paris, Pedone, 1977, aux pp. 3-44.

¹⁵⁰ Voir, par exemple, le point de vue de Roman A. Kolodkin, « Fragmentation of International Law ? A View from Russia » dans Ronald St. John Macdonald & Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism – Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, aux pp. 238-239.

¹⁵¹ Voir Haro van Panhuys, « Regional or General International Law? A Misleading Dilemma » (1961) 8 *Netherlands Journal of International Law* aux pp. 146 et s.

¹⁵² Sur la globalisation des risques comme comme vecteur d'une universalisation « involontaire » (mais bien réelle) du droit, voir Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle : le bicentenaire d'une idée Kantienne*, Paris, Editions du Cerf, 1996, à la p. 74.

¹⁵³ Voir « The Challenge of Universality » (1989) 83 *Proceedings of the American Society of International Law* 547; Antony D'Amato, « Consent, Estoppel, and Reasonableness : Three Challenges to Universal International Law » (1969) 10 *Virginia Journal of International Law* 1; Georges Abi-Saab, « International Law and the International Community : the Long Road to Universality » dans Ronald St. John Macdonald éd., *Essays in Honor of Wang Tieya*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, aux pp. 31 et

Notons encore que, si l'universel se construit *par* fragments, il se réalise bien souvent *grâce* à la fragmentation. L'universalité, en effet, est affaire de compromis. L'établissement d'une communauté juridique globale implique nécessairement, en même temps que l'accord sur des objectifs et des principes communs, une certaine souplesse et la possibilité d'un désaccord marginal sur certains impératifs périphériques. L'universalité implique donc l'accord sur l'essentiel, en même temps que la possibilité de déroger à l'accessoire.

Le mécanisme des réserves en droit des traités n'est pas autre chose que l'illustration, en droit positif, de ce principe général. Considérant que, pour qu'une convention multilatérale soit utile, il faut qu'elle reçoive une application aussi large que possible, le droit des traités tolère que des parties portent sensiblement atteinte à l'intégrité du traité en excluant ou en modifiant à leur égard l'effet de certaines dispositions. Dans la mesure où la réserve est compatible avec l'objet et le but du traité¹⁵⁴, c'est-à-dire si elle ne vide pas le dispositif conventionnel de sa substance et de sa raison d'être, on accepte que le traité accède à l'existence juridique alors même que l'accord entre les parties, cheville ouvrière du traité¹⁵⁵, n'est pas complet ni intégral. C'est donc en effectuant un compromis sur le terrain de l'intégrité du lien juridique, le terrain, en d'autres termes, de l'unité du corpus conventionnel, que l'on progresse sur celui de son universalité.¹⁵⁶

s. Kurt Wilk, « International Law and Ideological Realignment : Universality Reexamined » (1978) 10 New York University Journal of International Law & Policy 463 à la p. 464;

¹⁵⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mars 1969, article 19 : « un Etat, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins : a) que la réserve ne soit interdite par le traité; b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées parmi lesquelles ne figure par la réserve en question, peuvent être faites ou c) que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a) et b), la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité ».

¹⁵⁵ *Ibid.*, article 1: « Aux fins de la présente Convention: a) l'expression 'traité' s'entend d'un *accord* international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international » [nos italiques]. Voir, sur ce point, Kelvin Widdows, « What is an Agreement in International Law? » (1979) British Yearbook of International Law 117; Michel Virally, « Sur la notion d'accord » dans *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980.

¹⁵⁶ Sur la tension entre universalité et intégrité du traité, voir Catherine Redgwell, « Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties » (1993) 64 British Yearbook of International Law 245.

2. 4 Les conflits d'universalité

Notons enfin que, à considérer même l'hypothèse d'un espace juridique véritablement universel, c'est-à-dire d'un droit débarrassé de ses variantes régionales, locales, ou bilatérales, l'universalité n'est encore pas synonyme d'unité. Ceci est du, notamment, à la possibilité de *conflits d'universalités*, c'est-à-dire d'incompatibilités, voire d'antagonismes, entre régimes universels ou universalisables, leur rationalités, leurs « éthiques » propres et les droits et obligations qu'ils prescrivent.¹⁵⁷ Cette situation est loin d'être simplement hypothétique. Elle se pose même de façon très concrète aujourd'hui, dans le cadre par exemple du droit de l'OMC et de son articulation avec d'autres branches du droit international. On a relevé, en particulier, des tensions entre l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers (GATT) et certains accords environnementaux multilatéraux (AEM), une tension qui, d'une certaine manière, est inéluctable dans la mesure où le GATT est tout entier tendu vers l'idéal du libre échange, tandis que les AEM ont pour objet de pallier aux déficiences du marché et de contrôler le commerce, là où il potentiellement dommageable à l'environnement.¹⁵⁸

Juridiquement, cette tension entre le droit de l'OMC et les AEM peut même aboutir, nous y reviendrons largement dans cette étude, à des situations où il est strictement impossible pour les parties de se conformer simultanément aux obligations découlant des différents accords. L'un des exemples les plus commentés est sans doute celui de la *Convention sur le commerce international des espèces menacées d'extinction* (CITES), qui prohibe ou règlemente de façon stricte le commerce de certaines espèces animales et végétales.¹⁵⁹ On pense également au *Protocole de Montréal* sur la couche d'ozone, qui interdit explicitement l'importation de certaines substances

¹⁵⁷ Sur les diverses formes de conflit entre traités, voir *infra* chapitre 3.

¹⁵⁸ Sur la tension inhérente entre droit de l'OMC et AEM, voir Prost, *D'abord les moyens, les besoins viendront après – Commerce et environnement dans la 'jurisprudence' du GATT et de l'OMC*, *supra* note 30, aux pp. 191-197. Sur l'articulation juridique entre GATT et AEM, voir Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction : The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties » (2001) 35 *Journal of World Trade* 1081; Ryan L. Winter, « Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can We Have Our Cake and Eat It Too? » (2000) 11 *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy* 223; Charles Fletcher, « Greening World Trade: Reconciling GATT and MEAs within the Existing World Trade Regime » (1996) 5 *Journal of Transnational Law & Policy* 341.

¹⁵⁹ *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, R.T. Can. 1975 n°32 art. III-V.

réglementées.¹⁶⁰ Dans un cas comme dans l'autre, les dispositions de l'AEM sont incompatibles avec le GATT, qui proscrie toute forme de prohibition ou de restriction aux importations autres que les droits de douane, les taxes et les impositions.¹⁶¹ On est donc dans une situation où le droit est à peu de choses près universel – puisque les trois accords totalisent respectivement 153 (GATT), 173 (CITES) et 193 parties (Protocole de Montréal) – mais où il est contradictoire et ne forme pas un tout cohérent.

2.5 Universalisation et complexification du paysage juridique : l'affaire MOX

Le champ juridique s'ouvre. Il s'internationalise, se mondialise. Mais le mouvement se fait au hasard de stratégies dispersées. Le droit se développe simultanément sur plusieurs échelles (locales, nationales, régionales, mondiales), sans véritable plan d'ensemble.¹⁶² A considérer même la seule échelle universelle, on constate que la mondialisation du droit est marquée par des écarts importants de vitesse entre différents secteurs de l'activité humaine ou sociale. On a souligné, notamment, le contraste flagrant entre le tempo lent de l'universalisme des droits de l'homme et le tempo rapide de la globalisation du droit économique.¹⁶³

D'une échelle à une autre, d'un secteur à un autre, d'une rationalité à une autre, le droit subi des distorsions, dans le temps et l'espace. Tandis qu'il s'universalise, le paysage juridique se complexifie, au point, dirons certains, qu'il devient un véritable « marché du droit ».¹⁶⁴

L'affaire de l'usine MOX est venue illustrer récemment les problèmes de coexistence et de concurrence entre différentes sphères de droit – tantôt nationales, tantôt

¹⁶⁰ *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3. art. 2-4.

¹⁶¹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 art. XI.

¹⁶² Sur la notion d' « échelle » en droit, voir Boaventura de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit » (1988) 10 *Droit et Société* 379 aux pp. 389-395.

¹⁶³ Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, *supra* note 141, aux pp. 210-220.

¹⁶⁴ Yves Dezalay, *Vers une sociologie de l'internationalisation du champ de l'expertise : du marché du droit à la politique du droit*, Paris, Centre de Recherche Interdisciplinaire, 1994.

régionales, tantôt universelles – applicables à un même différend.¹⁶⁵ Le contentieux, pour mémoire, oppose l'Irlande au Royaume-Uni et concerne la mise en service d'une unité de fabrication de combustible nucléaire sur le site de Sellafield, situé sur la côte occidentale de l'Angleterre, à moins de 200km des côtes irlandaises. Soucieuse des retombées écologiques et sanitaires du projet MOX (et ne jouissant pas de ses retombées économiques), l'Irlande s'oppose très tôt, mais sans succès, à l'octroi par les autorités britanniques des autorisations administratives nécessaires pour la construction et la mise en service de l'usine. Tandis que des associations écologistes tentent en vain d'obtenir l'annulation des autorisations administratives devant les tribunaux britanniques, l'Irlande exprime ses craintes publiquement et réclame que toutes les informations pertinentes concernant l'impact environnemental du projet lui soient fournies. Après épuisement des voies de recours diplomatiques, et arguant du refus persistant du Royaume-Uni de communiquer et de coopérer efficacement, l'Irlande engage en 2001 une offensive judiciaire sur plusieurs fronts.

A propos d'un seul et même contentieux, et outre les procédures engagées devant les juridictions britanniques par les associations écologistes, ce sont pas moins de 4 tribunaux internationaux qui sont saisis :

1) Un tribunal arbitral est tout d'abord constitué sur la base de la clause compromissoire de la Convention OSPAR [tribunal OSPAR], pour connaître des demandes irlandaises relatives au droit d'accès à l'information en matière environnementale, consacré à l'article 9 de la Convention.¹⁶⁶

2) Un second tribunal arbitral est constitué en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer [tribunal UNCLOS], pour connaître cette fois

¹⁶⁵ Voir sur cette affaire Nikolaos Lavranos, « The MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter? » (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 223; Yann Kerbrat, « Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni): connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale » (2004) 50 *Annuaire Français de Droit International* 607; Maki Tanaka, « Lessons from the Protracted MOX Plant Dispute: a Proposed Protocol on Marine Environmental Impact Assessment to the United Nations Convention on the Law of the Sea » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 337; Pierre-Michel Eisemann, « L'environnement entre terre et mer. Observations sur l'instrumentalisation tactique du Tribunal de Hambourg » dans *La mer et son droit – Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, aux pp. 221 et s.

¹⁶⁶ *Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est*, 22 septembre 1992, 32 I.L.M. 1069 [anglais], en ligne [français] : <<http://www.ospar.org/fr/html/welcome.html>> [ci-après *Convention OSPAR*].

des violations alléguées des dispositions de la Convention relatives à la protection et à la préservation du milieu marin.¹⁶⁷

3) Estimant que la procédure engagée devant le tribunal UNCLOS serait futile s'il devait être permis que l'usine MOX commence ses opérations avant que le tribunal ne se prononce sur le fond de la plainte, l'Irlande soumet dans le même temps au Tribunal international du droit de la mer [TIDM] une demande en indication de mesures conservatoires visant à obtenir que le Royaume-Uni suspende immédiatement l'autorisation d'exploitation de l'usine MOX.

4) Considérant, enfin, que l'affaire relève du droit communautaire, la Commission européenne saisit la Cour européenne de Justice [CEJ] d'un recours en manquement contre l'Irlande, dont elle estime qu'elle a méconnu la compétence exclusive de la Cour pour connaître des différends relatifs à l'interprétation et à l'application du droit communautaire.

Les mêmes faits se voient donc couverts simultanément par 3 régimes conventionnels, à l'échelle micro-régionale (la convention OSPAR), à l'échelle macro-régionale (le droit communautaire) et à l'échelle universelle ou quasi-universelle (Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).

Comme pour rajouter à la complexité juridique de l'affaire, on constate que les différents tribunaux ont adopté des attitudes fort dissemblables à l'égard des problèmes posés par l'enchevêtrement des espaces normatifs :

1) Le tribunal OSPAR reconnaît que la situation ne relève pas de la seule Convention OSPAR. Il concède notamment que la CEJ pourrait être compétente pour connaître du litige, le droit communautaire prescrivant aux Etats membres des obligations similaires en matière d'accès à l'information en matière environnementale.¹⁶⁸ Le tribunal estime cependant que la Convention institue un régime « auto-suffisant » de

¹⁶⁷ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3.

¹⁶⁸ *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)* (2003) [ci-après *Sentence OSPAR*], 42 I.L.M. 1118 au para. 142 (Cour Permanente d'Arbitrage): « Each of the OSPAR Convention and Directive 90/313 is an independent legal source that establishes a distinct legal regime and provides for different legal remedies ».

règlement des différends et ne voit dans l'hypothétique compétence de la Cour européenne aucun obstacle à sa propre compétence.¹⁶⁹ Au fond, le tribunal n'écarte pas, en principe, la possibilité de faire application, à des fins d'interprétation, d'autres instruments internationaux, ainsi d'ailleurs que de règles coutumières.¹⁷⁰ Pour rejeter la demande irlandaise, le tribunal se fonde toutefois sur une interprétation strictement littérale, et par ailleurs tout à fait contestable, de la Convention OSPAR.¹⁷¹

2) Le TIDM, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires, fait montre d'une attitude sensiblement plus modérée, ou du moins plus ambiguë. Il prend note de la procédure engagée par l'Irlande sur la base de la Convention OSPAR et du fait que la CEJ pourrait être compétente, à titre exclusif, pour connaître de certains aspects du différend relevant du droit communautaire.¹⁷² Il considère néanmoins que, si la Convention OSPAR et le droit communautaire contiennent des droits et obligations similaires à la Convention de Montego Bay, ces régimes « ont une

¹⁶⁹ *Ibid.*, au para. 143: « the OSPAR Convention contains a particular and *self-contained* dispute resolution mechanism [...] The similar language of the two legal instruments [...] does not limit a Contracting Party's choice of a legal forum to only one of the two available, i.e. either the ECJ or an OSPAR tribunal. [It does not] create precedence of one set of legal remedies over the other » [nos italiques].

¹⁷⁰ *Ibid.*, au para. 84: « It should go without saying that the first duty of the Tribunal is to apply the OSPAR Convention. An international tribunal, such as this Tribunal, will also apply customary international law and general principles, unless and to the extent that the Parties have created a *lex specialis* ».

¹⁷¹ *Ibid.*, au para. 175: « The adverb 'adversely' qualifies both existing and prospective activities and measures and raises the threshold of inclusion, as does the adverb 'likely'. Even were the Tribunal to accept, *arguendo*, Ireland's submission of inclusive causality, the submission would founder on the adverbs 'adversely' and 'likely'. Had the adverbs 'adversely' and 'likely' not been inserted in the provision, the scope of that part of article 9(2) would have included any present or prospective activity or measure having *any* on the maritime area and might, as a result, have indicated an intention of inclusive causality. By including those two adverbs, the drafters have excluded from the scope of the obligation of Article 9 current activities or measures that affected or were likely to affect the maritime area, but did not affect it *adversely* and prospective activities that were not likely to affect *adversely* the maritime area ».

Si cette interprétation littérale est tout à fait contestable, c'est que le tribunal arbitral fonde l'intégralité de son raisonnement sur la seule présence, dans le texte de la Convention OSPAR, de l'adverbe « adversely ». Le tribunal va jusqu'à affirmer que, si les rédacteurs de la Convention n'avaient pas recouru à cet adverbe dans l'article 9(2), les demandes irlandaises auraient été fondées. Or, il se trouve que l'adverbe 'adversely' n'est utilisé que dans la seule version anglaise de la Convention. La version française qui, en vertu de l'article 34, fait également foi, ne fait nullement référence à un effet « défavorable » sur l'état de la zone maritime. Si bien que l'analyse strictement littérale de la Convention ne permet pas de se prononcer de façon définitive sur l'intention des Parties. Le tribunal aurait du en prendre acte et, en application de la Convention de Vienne sur le droit des traités (article 33.4), adopter le sens qui « compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux [les] deux textes ».

¹⁷² *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni) – Demande en prescription de mesures conservatoires* (2001), Affaire n. 10 (Tribunal International du Droit de la Mer), [2002] 41 I.L.M. 405 [anglais], en ligne [français]: TIDM <http://www.itlos.org/start2_fr.html> (date d'accès: 7 novembre 2006), aux para. 40-42.

existence propre, différente de celle des droits et obligations énoncés dans la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer] ». ¹⁷³ Sans jamais parler de « régimes auto-suffisants », le TIDM reconnaît la spécificité de chacun des régimes, compte tenu, notamment, « des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs ». ¹⁷⁴ Le différend soumis au tribunal étant relatif à l'interprétation et à l'application de la Convention de Montego Bay, le TIDM conclut que « seules les procédures de règlement des différends prévues dans la Convention sont pertinentes pour ce différend ». ¹⁷⁵ Aussi le TIDM se déclare-t-il compétent, en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, pour prescrire des mesures conservatoires. ¹⁷⁶

3) La position adoptée par le tribunal UNCLOS est diamétralement opposée à celle de ces deux prédécesseurs. Si le tribunal ne voit aucune raison de remettre en cause le prononcé du TIDM quant à sa compétence *prima facie* ¹⁷⁷, il doit, avant de se prononcer sur le fond du différend, établir définitivement sa compétence, au regard notamment de la procédure concurrente engagée devant le tribunal OSPAR et du risque de conflit de compétence avec la CEJ. Sur le premier point, le tribunal UNCLOS considère que la procédure OSPAR ne fait pas obstacle à sa compétence, dans la mesure où elle ne porte pas sur des questions d'interprétation et d'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. ¹⁷⁸ Le tribunal juge, en revanche, que les questions posées par l'« interrelation » du droit de la mer et du droit communautaire sont bien plus problématiques. ¹⁷⁹ Du fait, remarque le tribunal, que tous les Etats membres, ainsi que la Communauté européenne, ont respectivement ratifié et approuvé la Convention de Montego Bay, il existe une « possibilité réelle »

¹⁷³ *Ibid.*, au para. 50.

¹⁷⁴ *Ibid.*, au para. 51.

¹⁷⁵ *Ibid.*, au para. 52.

¹⁷⁶ *Ibid.*, aux para. 81-89. Le tribunal a jugé que l'urgence de la situation n'exigeait pas la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande, à savoir, principalement, la suspension immédiate de l'autorisation administrative accordée à l'usine MOX. Le tribunal a cependant jugé utile d'indiquer des mesures conservatoires différentes de celles sollicitées par l'Irlande et a prescrit une obligation générale de coopérer et de procéder à des consultations afin de prévenir une pollution du milieu marin.

¹⁷⁷ *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom) – Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures* (2003), Order n° 3 (UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal), 42 I.L.M. 1187 au para. 14.

¹⁷⁸ *Ibid.*, au para. 18. Le tribunal reconnaît toutefois que la Convention OSPAR est pertinente à l'égard de certains aspects du différend et que, si certains aspects de la demande irlandaise devaient relever à titre principal d'un autre instrument que la Convention de Montego Bay, ils pourraient être déclarés inadmissibles; voir para. 19.

¹⁷⁹ *Ibid.*, au para 20.

qu'un transfert de compétence ait été opéré au bénéfice de la Communauté.¹⁸⁰ Aussi le différend pose-t-il certaines questions qui, de l'aveu du tribunal, relèvent essentiellement du « fonctionnement interne d'un ordre juridique distinct (l'ordre juridique communautaire) », et doivent en conséquence être réglées dans le cadre institutionnel de la Communauté, en particulier par la CEJ.¹⁸¹ Dans pareilles circonstances, le tribunal UNCLOS, soucieux d'éviter un conflit de jurisprudence préjudiciable au règlement pacifique du différend, déclare qu'il serait peu prudent de se prononcer de façon définitive sur sa compétence, tant que la CEJ n'a pas éclairci au préalable la situation au regard du droit communautaire. Aussi, tandis qu'il confirme les mesures provisoires ordonnées par le TIDM¹⁸², le tribunal UNCLOS décide-t-il, en vertu des principes de respect mutuel et de courtoisie (*comity*) entre institutions judiciaires, de suspendre la procédure jusqu'à ce que la CEJ se prononce sur sa propre compétence.¹⁸³

4) Invitée, finalement, par la Commission européenne à se prononcer sur l'existence, la nature et l'étendue de sa compétence, la CEJ a opté, pour sa part, pour une posture que l'on pourrait qualifier d'hégémoniste. Dans son arrêt du 30 mai 2006¹⁸⁴, la Cour rappelle en premier lieu qu'en vertu d'une jurisprudence constante, les traités internationaux approuvés par la Communauté européenne font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire.¹⁸⁵ La Convention de Montego Bay, néanmoins, est un accord mixte, c'est-à-dire un accord conclu par la Communauté et ses membres en vertu d'une compétence *partagée*.¹⁸⁶ Si bien qu'une partie seulement de ses dispositions relève des compétences propres de la Communauté (et donc de la CEJ¹⁸⁷),

¹⁸⁰ *Ibid.*, au para. 21.

¹⁸¹ *Ibid.*, aux para. 24-26.

¹⁸² *Ibid.*, aux para. 66-67.

¹⁸³ *Ibid.*, aux para. 28-29. La suspension, d'abord prononcée pour une durée de 5 mois, sera commutée en suspension *sine die*, après que la Commission a effectivement décidé de saisir la CEJ d'un recours en manquement contre l'Irlande. Voir *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom) – Further Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits* (2003), Order n° 4 (Cour Permanente d'Arbitrage), en ligne: CPA <<http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/MOX/MOX%20Order%20No4.pdf>> (date d'accès: 7 novembre 2006).

¹⁸⁴ *Commission c. Irlande*, C-459/03, [2006] E.C.R. I-04635 [ci-après *Commission c. Irlande*].

¹⁸⁵ *Ibid.* au para. 82.

¹⁸⁶ Sur le statut des accords mixtes en droit communautaire, et les questions de partage des compétences, voir Joni Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2001; ainsi que David O'Keefe & Henry Schermers, eds., *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983.

¹⁸⁷ En vertu du traité instituant la Communauté européenne, la CEJ a compétence exclusive pour connaître de tous les différends relevant du droit communautaire. Voir *Traité CE*, art. 292: « les États

les autres demeurant du ressort des Etats membres (et des mécanismes de règlement des différends qu'ils jugeront appropriés). Aussi s'agit-il pour la Cour, en l'espèce, de déterminer si les dispositions spécifiques invoquées par l'Irlande devant le Tribunal UNCLOS relèvent de celles-ci ou de celles-là.¹⁸⁸ Pour ce faire, et finalement déclarer que le différend relève exclusivement de sa compétence, la Cour opère une interprétation particulièrement extensive de la déclaration de compétences de la Communauté. Cette déclaration, annexée à l'instrument de confirmation formelle de la Communauté (ratification), précise l'étendue et la nature des compétences transférées par les Etats membres à la Communauté dans les matières dont traite la Convention de Montego Bay. Elle stipule qu'en matière de protection du milieu marin, ça n'est que si et dans la mesure où elle a adopté, au préalable et au niveau interne, des règles communes *susceptibles d'être affectées* par la Convention que la Communauté est réputée avoir agi en sa compétence propre en devenant partie.¹⁸⁹ En d'autres termes, ça n'est que dans la mesure où la Communauté est devenue, dans les faits, l'acteur de droit commun en matière de protection du milieu marin, lorsque le processus d'intégration communautaire est suffisamment avancé, que l'on va considérer que les parties correspondantes de la Convention de Montego Bay relèvent de sa compétence.¹⁹⁰ Si, à l'inverse, l'investissement communautaire est demeuré minimal,

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 ceux prévus par celui-ci ».

¹⁸⁸ *Commission c. Irlande*, *supra* note 184 au para. 86.

¹⁸⁹ CE, Décision 98/392 du Conseil du 23 mars 1998 concernant la conclusion par la Communauté européenne de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de ladite convention, [1998] J.O.L. 179 annexe II (déclaration de compétences):

- « 2. Domaines pour lesquels la Communauté a une compétence partagée avec ses Etats membres:
- En ce qui concerne la pêche, un certain nombre de domaines ne relevant pas directement de la conservation et de la gestion des ressources de la pêche maritime sont de compétence partagée, comme par exemple la recherche, le développement technologique et la coopération au développement.
 - En ce qui concerne les dispositions relatives au transport maritime et à la sécurité du trafic maritime et à la prévention de la pollution marine figurant *inter alia* dans les parties II, III, V et VII et XII de la convention, la Communauté détient une compétence exclusive seulement dans la mesure où ces dispositions de la convention ou les instruments juridiques adoptés en exécution de celle-ci affectent des règles communautaires existantes. Lorsque des règles communautaires existent, mais ne sont pas affectées, notamment en cas de dispositions communautaires ne fixant que des normes minimales, les États membres ont compétence sans préjudice de celle de la Communauté à agir dans ce domaine. Dans les autres cas, la compétence relève de ces derniers. »

¹⁹⁰ Voir Robin Churchill & Joanne Scott, « The MOX Plant Litigation : the First Half-Life » (2004) 53 *International and Comparative Law Quarterly* 643 aux pp. 664-666.

les Etats doivent être considérés comme les dépositaires naturels, les responsables à titre principal, de cette partie du droit de la mer.¹⁹¹

En dépit de la nature relativement claire et précise de cette disposition, la Cour décide que la Convention opère un transfert de compétences partagées, « *y compris en l'absence d'affectation des règles communautaires concernées* ». ¹⁹² La Cour se satisfait de l'existence, dans les matières dont relèvent les dispositions de la Convention concernées, de règles communautaires, même minimales, pour conclure que les dispositions invoquées par l'Irlande à l'appui de sa demande ont intégré l'ordre juridique communautaire et ne peuvent donc être soumises à un mode de règlement autre que celui prévu au traité instituant la Communauté européenne. ¹⁹³ Hégémoniste, la position de la Cour l'est donc en ce sens qu'elle affirme, sans considération pour la nature et l'étendue de l' « investissement communautaire » en la matière, que certaines dispositions de la Convention de Montego Bay ne sont justiciables que devant elle. Autrement dit, la CEJ « communautarise » de façon artificielle une partie du droit de la mer et fait prévaloir de façon absolue l'autonomie du système juridique communautaire sur celle du régime universel des Nations Unies. ¹⁹⁴

Que retenir, en définitive, de l'affaire de l'usine MOX? En premier lieu, que, malgré l'universalisation du champ juridique dans des matières telles le droit de la mer et le droit de l'environnement, le même différend peut donner lieu à cinq procédures parallèles faisant intervenir pas moins de quatre espaces normatifs, à trois échelles différentes, dont les rapports mutuels ne relèvent d'aucune loi d'ensemble, d'aucun principe général d'organisation.

¹⁹¹ Cela ne signifie pas que les Etats ont compétence exclusive en la matière, mais simplement qu'ils ont compétence principale, jusqu'à ce que la Communauté réglemente d'avantage et devienne, à son tour, le décideur principal. C'est ce qu'indique clairement la déclaration de compétences lorsqu'elle stipule que, dans pareille situation, « les Etats membres ont compétence *sans préjudice de celle de la Communauté à agir dans ce domaine* » [nos italiques].

¹⁹² *Commission c. Irlande*, supra note 184 au para. 105.

¹⁹³ *Ibid.* au para. 108: « le constat d'un transfert de compétences partagées à la Communauté est subordonné à l'existence, dans les matières dont relèvent les dispositions de la Convention concernées, de règles communautaires, *quelles qu'en soient du reste la portée et la nature* » [nos italiques].

¹⁹⁴ Cette prévalence de la « raison communautaire » transparait en plusieurs endroits de l'arrêt. Voir en particulier para. 123: « un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire »; et para. 154: « l'engagement et la poursuite d'une procédure devant le Tribunal arbitral [UNCLOS] [...] comportent un risque manifeste d'atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire ».

En second lieu, que, confrontés à ces questions d'enchevêtrement des espaces normatifs, les juges et arbitres internationaux adoptent des comportements différents, les uns prêchant l'auto suffisance et l'autonomie – tantôt relative, tantôt absolue – des régimes, les autres insistant sur leur interdépendance.

En dernier lieu, que, à considérer même le seul droit de la mer, et la seule échelle universelle (celle de la Convention de Montego Bay), les dynamiques d'intégration régionale introduisent un élément important de modulation normative. La « communautarisation » du droit de la mer, c'est-à-dire son « internalisation » dans l'ordre juridique communautaire, affecte en effet la nature, la texture et la justiciabilité des obligations entre Etats membres de la Communauté :

- Elle en affecte la nature, tout d'abord, puisque les dispositions de la Convention de Montego Bay qui intègrent l'ordre juridique communautaire deviennent, au même titre que l'ensemble du droit communautaire, directement obligatoires dans le territoire des Etats membres, sans n'être jamais subordonnées à une forme quelconque de réception ou de transformation.¹⁹⁵

- Elle en affecte la « texture » ou la « coloration » également, dans la mesure où les obligations « internalisées » sont dorénavant appliquées et interprétées à la lumière des objectifs, des axiomes et des principes généraux qui donnent leur identité propre à la Communauté et à son droit.¹⁹⁶

- La communautarisation du droit de la mer en affecte finalement la justiciabilité. L'ordre juridique communautaire jouit en effet d'un système contentieux tout à fait singulier et largement plus développé que celui instauré par la Convention de Montego

¹⁹⁵ Sur l'effet direct des conventions internationales liant la Communauté, voir Gerhard Bebr, « Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect » (1983) 20 Common Market Law Review 35; Jacques Bourgeois, « Effects of International Agreements in European Community Law : Are the Dice Cast? » (1984) 82 Michigan Law Review 1250; Antonio Caeiros, « L'effet direct des accords internationaux conclus par la CEE » (1984) Revue du Marché Commun 526;

¹⁹⁶ Sur les méthodes d'interprétation téléologique en droit communautaire, voir par exemple Ian McLeod, « Literal and Purposive Techniques of Legislative interpretation : Some European Community and English Common Law Perspectives » (2003) 29 Brooklyn Journal of International Law 1109.

Bay. La juridiction communautaire est obligatoire, exclusive et contraignante.¹⁹⁷ Elle est plus accessible, également, puisque le système contentieux communautaire ouvre une série de voies de recours accessible de plein droit aux Etats membres, mais également au Parlement, au Conseil, à la Commission européenne (gardienne des traités) et même, dans certains cas, aux personnes physiques ou morales.¹⁹⁸

On rappellera enfin, élément ultime de complexification, que ça n'est que dans la mesure où la Communauté a préalablement exercé sa compétence que le droit de la mer est communautarisé. Si bien que, même entre Etats membres de l'Union, le régime est loin d'être homogène puisqu'une partie seulement du droit de la mer relève de l'ordre juridique communautaire, l'autre continuant de relever du régime général et universel de la Convention UNCLLOS.

On constate, en définitive, que l'universalisation du droit s'accompagne dans une large mesure d'une complexification du paysage juridique. Elle aboutit à des mélanges irréguliers et instables d'objets juridiques épars, d'avantage qu'à une unification du droit international. Le mouvement n'est pas irréversible, bien entendu. A mesure qu'il s'internationalise et connaît des problèmes d'enchevêtrement des espaces normatifs, le droit international se dote de règles d'interprétation et d'articulation qui, bien que très imparfaites, autorisent tantôt à harmoniser les obligations contradictoires, tantôt à donner priorité à l'un ou l'autre régime.¹⁹⁹ Reste que l'universalité, c'est aussi la compétition de différentes sphères de droit qui, cloisonnées, gardent chacune leur cohérence propre sans nécessairement communiquer avec les autres, et dont les rapports mutuels sont à certains égards analogues à ceux de systèmes de droit interne séparés.²⁰⁰ De sorte que, concurrencée sur le terrain du régionalisme, ou terrain elle-

¹⁹⁷ *Traité CE*, art. 292 [compétence exclusive] ; art. 244 et 256 [compétence obligatoire et force exécutoire des décisions de la Cour]. Voir sur ce point Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, aux pp. 480-484.

¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 230 : « Toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ».

¹⁹⁹ Voir Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, [tout entier dédié aux règles d'interprétation et aux principes d'articulation des régimes concurrents]. Voir également Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction : The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties » (2001) 35 *Journal of World Trade* 1081.

²⁰⁰ Wilfried Jenks, « The Conflict of Law-Making Treaties » (1953) 30 *British Yearbook of International Law* 400, à la p. 403.

même de conflits d'universalités, l'universalité, seule, n'est jamais synonyme d'unité du droit.

Chapitre 3/ L'unité matérielle

Le cadre est planté. Nous avons établi, dans les chapitres précédents, deux choses essentielles pour l'analyse de l'unité du droit international. Nous avons montré, d'abord, que le concept d'unité est parfaitement ambivalent, qu'il s'appréhende de différentes manières, à différents niveaux, et qu'il n'existe en la matière point de perspective ayant pour elle le poids de l'évidence. Il existe donc, en droit comme en toute chose, plusieurs façons d'être « un ». On peut préférer une perspective et considérer qu'elle est d'avantage pertinente dans notre compréhension du phénomène juridique, à l'échelle nationale comme à l'échelle internationale. Mais on ne peut ignorer complètement qu'il existe une multitude de façons d'envisager la question, et que traiter de l'unité du point de vue substantif n'est pas la même chose que d'en traiter du point de vue générique, téléologique ou axiologique. Le droit international, nous y reviendrons tout au long de cette étude, peut être tantôt unitaire tantôt fragmenté, selon le point de vue privilégié.

Avant d'explorer plus en avant cette ambivalence conceptuelle et de considérer quelques unes de ses manifestations dans le domaine du droit international, il nous est apparu utile également d'exclure de notre champ d'investigation deux problématiques dont nous avons vu que, si elles sont voisines de la question de l'unité, elles n'en sont pas moins distinctes. Parler d'unité du droit, sous-entendu d'un ordre, d'un système ou d'un espace juridique particulier, n'est pas la même chose que de parler du processus d'unification ou d'harmonisation entre une pluralité de systèmes de droit. Parler d'unité n'est pas non plus la même chose que de parler d'universalité, l'universalité renvoyant en effet au degré d'ouverture et de totalité du champ juridique, et non à sa cohérence interne. Cette étude, donc, ne traitera que de la question de l'unité du droit international. Cela ne signifie pas qu'unification et universalité ne sont pas dignes d'une analyse doctrinale. Simplement elles renvoient toutes deux à des aspects

différents du phénomène juridique. Il n'y sera donc fait mention qu'à titre accessoire ou secondaire.

Le sens général de notre démarche étant spécifié et le champ de notre analyse délimité, il convient de prendre l'hypothèse de l'unité complexe au sérieux, et d'envisager dans les chapitres qui suivent les principales façons dont on peut dire du droit international qu'il constitue un système, un ensemble, un espace ou un champ unitaire. L'accent est mis, dans un premier temps, sur l'unité substantielle du droit international, qui informe l'essentiel des discussions actuelles sur la fragmentation. Le choix de parler ici d'unité substantielle se justifie du fait que l'on juge de la cohérence de l'ordre juridique du point de vue interne, c'est-à-dire du point de vue de son contenu normatif, de sa substance juridique. Ce qui importe dans cette perspective, ce sont les principes et les règles de droit en tant que tels, et leur agencement harmonieux, sans égard à la technique normative, à la pensée juridique, la « science » du droit, la doctrine ou à tout autre activité cognitive qui s'y rapporte. Ce qui compte, en d'autres termes, ce n'est point, pour reprendre l'image de Montesquieu, l'« âme » ou l'« esprit » des lois, mais d'avantage le « corps » du droit positif.

Ceci étant, il est plusieurs façon d'envisager l'unité substantielle du droit international, selon, notamment, que l'on considère l'ordre juridique du point de vue de ses règles primaires ou de ses règles secondaires. Dans le premier cas, l'unité du droit va répondre à une logique d'identité du contenu matériel des normes juridiques prises individuellement, des éléments derniers dont le système juridique se compose. Dans la seconde hypothèse, l'unité désigne non pas l'identité des éléments derniers du système dans leur individualité mais les processus dans lesquels les opérations de l'ordre juridique combinent ces éléments. L'unité répond alors à une logique de commune appartenance des règles à un système formel de reconnaissance, de modification et de jugement du droit.²⁰¹ On parlera, dans le premier cas, d'unité matérielle du droit et, dans le second, d'unité formelle.²⁰² Ce chapitre est consacré à la première, le prochain à la seconde.

²⁰¹ Pour une analyse similaire, fondée sur la distinction entre unité des règles primaires et unité des règles secondaires, voir notamment Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34. Voir également Gerhard Hafner, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law » (2004) 25 Michigan Journal of International Law 849 aux pp. 856-858.

²⁰² Joseph Raz, « The Identity of Legal Systems » (1971) 59 California Law Review 795 à la p. 796.

1. L'unité du droit comme absence de conflits normatifs

La première façon d'envisager l'unité substantielle du droit – celle qui, intuitivement et spontanément, vient à l'esprit du juriste – est de considérer l'uniformité des règles de fond qui composent l'ordre juridique. L'attention est portée ici sur les règles *primaires*, entendues comme les règles qui, concrètement, régulent les comportements, prescrivent une attitude déterminée, définissent et créent des obligations, dictent des actions ou des abstentions aux membres de la communauté juridique.²⁰³

Envisager l'unité substantielle du droit c'est donc, dans cette perspective, considérer l'harmonie régulatrice entre règles primaires qui forment la matière, la substance normative élémentaire, de l'ordre juridique. L'unité, en ce sens, c'est l'uniformité des règles du point de vue de leur *contenu*, c'est-à-dire l'identité des solutions qu'elles appliquent à des situations identiques.²⁰⁴

En règle générale, cette forme d'unité est endossée par les juristes de façon quelque peu spontanée, instinctive ou irréfléchie. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à écrire qu'elle peut être « tenue pour évidente » et qu'elle est « à peine démontrable car elle est d'abord tautologique ».²⁰⁵ Parce qu'elle est tenue pour évidente, cette forme d'unité n'est que rarement articulée de façon claire et précise, et encore moins théorisée. Souvent, on se contente de formules vagues qui, au fond, ne font que décliner à tous les temps et dans toutes ses formes le thème général, et un peu vague on en conviendra, de l'uniformité et de la cohérence. On dira par exemple qu'il y a unité du droit « lorsqu'une législation uniforme a été mise en vigueur ».²⁰⁶ D'autres écriront que l'unité du droit appelle « une certaine homogénéité de l'interprétation et de

²⁰³ Sur la définition des règles primaires en tant que prescriptions de « devoirs » (duties), voir H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, aux pp. 79-80.

²⁰⁴ En ce sens, voir Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, à la p. 49. Batiffol parle des règles comme « formant des ensembles à raison de leur contenu ».

²⁰⁵ Georges Vedel, « Aspects généraux et théoriques » dans Jean-Bernard Auby et al., *L'unité du droit – Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, aux pp. 2 et 5.

²⁰⁶ Blaise Knapp, « Fédéralisme et unité du droit » (1986) *Annales de Droit de Louvain* 309 à la p. 315.

l'application des normes ». ²⁰⁷ On lit également que l'unité du droit provient de ce qu'il « traite de la même manière tous les sujets de droit ». ²⁰⁸

Les internationalistes, qui parlent abondamment d'unité et de fragmentation du droit, ne sont pas plus précis dans leur définition de l'unité matérielle du droit. Là encore, on dit simplement de l'unité qu'elle signifie la « cohérence des règles du droit international » ²⁰⁹. Et par cohérence, on entend généralement l'existence de règles « identiques ou comparables » ²¹⁰, le « développement uniforme de la jurisprudence » ²¹¹ ou l'« harmonie judiciaire ». ²¹²

Les juges, enfin, qui sont naturellement amenés à se prononcer sur l'unité du droit dans la mesure où, d'une certaine façon, ils en sont les gardiens ²¹³, ne sont pas moins elliptiques : un tribunal américain mentionne la « symétrie » et l'« harmonie » des lois ²¹⁴; la Haute Cour d'Australie renvoie à « l'identité des règles substantielles applicables » ²¹⁵; le juge Cançado Trindade, dans une opinion individuelle sous un arrêt de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme, parle de l'aptitude à « réguler les

²⁰⁷ Denise Bindschedler, « Le règlement des différends relatif au statut d'un organisme international » (1969) Recueil des Cours 453 à la p. 507.

²⁰⁸ Jean-Michel Lemoyne de Forges, « Le juriste arrive toujours plus tard » dans Jean-Bernard Auby et al., *L'unité du droit – Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, à la p. 485.

²⁰⁹ Stephan Wittich, « Domestic Implementation and the Unity of International Law » dans Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann, édés., *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2006, à la p. 345.

²¹⁰ Beate Rudolf, « Unity and Diversity of International Law in the Settlement of International Disputes » dans Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann, édés., *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2006, à la p. 398.

²¹¹ Shigeru Oda, « Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea » (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 863 à la p. 864.

²¹² Pemmaraju Sreenivasa Rao, « Multiple International Judicial Forums : a Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation? » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 929 à la p. 961.

²¹³ De dire que les juges sont les gardiens de l'unité du droit n'est pas sans paradoxe. L'office du juge, en effet, est d'abord de trancher des problèmes circonstanciels, plutôt que d'élaborer des synthèses normatives. Reste que le juge, confronté aux intérêts antagonistes des parties et à leurs interprétations divergentes du droit, tranche et transcende la trivialité des intérêts rivaux. Ce faisant, il met en forme juridique des prétentions articulées en fait et contribue à la systématisation du droit. Voir, sur ce point, Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, aux pp. 132-135.

²¹⁴ *Ex parte Mode* (1915) 77 Tex. Crim. 432 à la p. 462: « where two enactments separately made are read *in pari materia*, they are treated as having formed in the minds of the enacting body parts of a connected whole [...]. Such a principle is in harmony with the actual practice of legislative bodies, and is essential to give unity to laws, and connect them in a symmetrical system ».

²¹⁵ *McKain v. R.W. Miller & Co. (South Australia) Pty Ltd.*; High Court of Australia; 19 dec. 1991; 104 A.L.R. 257: où la Haute Cour australienne conçoit la constitution comme source de résolution des conflits de lois et consacre le principe de « Unity of the law of this country and the consistency and predictability of the identity of applicable substantive rules under that national legal system ».

relations juridiques dans des contextes différents à niveau égal et avec la même efficacité ». ²¹⁶

Uniformité, homogénéité, harmonie, symétrie ou continuité : on reste, on le constate, dans un certain flou théorique. Pour mieux comprendre, il convient peut-être de chercher le sens de l'expression du côté des définitions négatives de l'unité matérielle. Comme souvent avec les concepts flous, elles permettent en effet d'affiner l'analyse et d'en mieux cerner le sens général. Les juristes, à ce propos, définissent généralement l'unité du droit comme l'absence de normes déviantes, d'interprétations contradictoires ou d'autres éléments d'hétérogénéité qui peuvent amener à se demander, dans une situation déterminée, quelle est la règle de droit applicable. ²¹⁷ On définit, en d'autres termes, l'unité comme l'*absence de conflit* dans le droit. Cette façon d'envisager l'unité substantielle du droit est particulièrement évidente dans les travaux de la Commission du droit international sur la fragmentation. Dans son rapport définitif, la Commission conceptualise en effet la fragmentation en termes de « conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnels », lesquels, précise-t-elle, posent des « problèmes de cohérence en droit international [...], au détriment de l'unité du droit ». ²¹⁸

C'est sûrement chez Kelsen, et notamment dans sa *Théorie pure du droit* et sa *Théorie générale des normes*, que cette approche de l'unité est articulée de la façon la plus explicite et la plus compréhensive. La doctrine de l'unité du droit développée par Kelsen, nous y reviendrons, n'est pas sans ambiguïtés. Ceci est vrai notamment du fait qu'il présente tantôt une théorie stricte de l'unité, en vertu de laquelle les lois valides forment *nécessairement* un système unitaire, tantôt une théorie souple de l'unité, lorsqu'il se contente de constater que, dans les faits, les lois valides forment un système unitaire et ne sont point conflictuelles. Entre postulat épistémologique et réalité empiriquement vérifiable, l'unité du droit est donc, chez Kelsen, un sujet aussi

²¹⁶ *Caesar v. Trinidad and Tobago (Petition no. 12.147)*, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme [2005] 21 BHRC 305, au para. 46: « The unity of public international law itself is measured rather by its aptitude to regulate legal relations in distinct contexts with equal adequacy and effectiveness ».

²¹⁷ Joost Pauwelyn, « Europe, America and the Unity of International Law » (2006) Duke Law School Legal Studies Paper N° 103.

²¹⁸ Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 14-15.

central qu'ambivalent.²¹⁹ Reste que la question du conflit de normes, si elle ne l'épuise pas, est un élément essentiel de la théorie kelsénienne de l'unité du droit.

Dans la première édition de sa théorie pure du droit, Kelsen écrit par exemple que « le critère négatif [de] l'unité est l'absence de contradiction [...]. On ne saurait affirmer la validité simultanée d'une norme de contenu A et d'une norme de contenu non-A [...]. On ne peut pas affirmer à la fois : 'A doit être et non-A doit être', pas plus qu'on ne peut affirmer à la fois : 'A est et non-A est' ». ²²⁰ Dans la seconde édition de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen confirme que l'unité du droit « s'exprime dans le fait qu'un ordre juridique peut être décrit en propositions de droit qui ne se contredisent pas ». Et il précise qu'il y a conflit de normes « lorsqu'une de ces normes dispose qu'une certaine conduite doit avoir lieu, alors que l'autre dispose que doit avoir lieu une conduite inconciliable avec la première. Si, par exemple, la première de ces normes disposait que l'adultère doit être puni, et la seconde, que l'adultère ne doit pas être puni; ou si la première disposait que le vol doit être puni de mort, la seconde que le vol doit être puni de prison ». ²²¹

De définir l'unité matérielle du droit en terme d'absence de conflit de normes, on le devine déjà à la lecture de ce passage, ne résout qu'à moitié le problème. La question se pose, en effet, de savoir ce qui, juridiquement, constitue un conflit. La question peut paraître évidente lorsqu'existe une contradiction entre une norme qui prescrit, en matière de circulation automobile, la priorité à droite, et une autre qui prescrit la priorité à gauche. De même le conflit apparaît-il manifeste entre une norme qui rend obligatoire l'enseignement religieux dans les écoles publiques, et une autre qui l'interdit. Mais peut-on dire de la même manière qu'il y a conflit entre une norme qui autorise le dépassement par la gauche et une norme qui autorise le dépassement par la droite? De même, y-a-t-il nécessairement un conflit juridique entre une norme qui prévoit une durée de protection des droits d'auteur de 40 ans et une autre qui prescrit une durée minimale de 50 ans? A ces questions, il n'est pas de réponse simple et les définitions du conflit normatif varient, en théorie du droit comme en pratique.

²¹⁹ Voir H.L.A. Hart, « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law » dans Howard E. Kiefer et Milton K. Munitz eds., *Ethics and Social Justice*, Albany, State University of New York Press, 1968, aux pp. 171-172.

²²⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, pp. 168-169.

²²¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, à la p. 274.

2. La définition du conflit

L'objet de cette section est de mettre en évidence la diversité des perspectives disponibles théoriquement en matière de conflits normatifs. Nous identifions trois approches fondamentales de la notion de conflit qui, nous le verrons, comportent chacune un nombre important de déclinaisons possibles. Le conflit *stricto sensu*, ou antinomie déontique, désigne l'existence de plusieurs normes qui sont intrinsèquement et mécaniquement exclusives les unes des autres. La catégorie des conflits *medio sensu*, tandis qu'elle répond à une logique similaire d'incompatibilité normative, comprend néanmoins les conflits potentiels, c'est-à-dire la contradiction entre une norme qui prohibe un certain comportement et une autre qui l'autorise. Les conflits *lato sensu*, enfin, désignent non pas la stricte incompatibilité entre normes contradictoires, mais la divergence entre normes qui poursuivent des objectifs différents et se nuisent mutuellement.

Avant de procéder à l'examen de ces différentes formes de conflit, il convient cependant d'effectuer ici deux remarques préliminaires. La première concerne le fait que, si l'on s'oppose sur la définition et la logique du conflit normatif, on s'oppose également, et à un niveau plus fondamental encore, sur son objet, autrement dit sur les éléments qui entrent en jeu dans la problématique générale du conflit. Si la plupart des auteurs est d'avis, par exemple, que les conflits de jurisprudence constituent des conflits normatifs à part entière, qui affectent la cohérence et l'unité du droit international²²², certains considèrent à l'inverse que conflits de jurisprudence et conflits de normes sont deux questions différentes.

²²² Gilbert Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? » (2003) 55 *Revue Internationale de Droit Comparé* 23 ; Dupuy, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *supra* note 40 ; Nele Matz-Lück, « Promoting the Unity of International Law : Standard-Setting by International Tribunals » dans Doris König et al, éd., *International Law Today : New Challenges and the Need for Reform ?*, Berlin, Springer, 2008. Même les auteurs qui considèrent que le risque de fragmentation posé par la multiplication des juridictions internationales est exagéré ou simplement virtuel s'accordent à dire que des décisions contradictoires peuvent créer un problème de conflit normatif affectant la cohérence et l'unité du système. Voir notamment Jonathan Charney, « Is International Law Threatened by Multiple International Law Tribunals ? » (1998) 271 *Recueil des Cours* 101 à la p. 134 : « decisions reaching

Joost Pauwelyn, notamment, est d'avis que les décisions de justice internationales n'entrent pas en ligne de compte dans la question des conflits de normes.²²³ Ces décisions là ne sont pas, d'après lui, des normes à proprement parler, mais des instances particulières de mise en œuvre des normes, dans le contexte limité du contentieux entre deux parties. Il insiste également sur le fait que, pour parler d'un conflit, il faut établir au préalable l'existence d'un chevauchement entre normes ou ensembles normatifs. Il doit exister entre les deux un point de contact à la fois subjectif (les normes doivent s'appliquer aux mêmes sujets) et objectif (les normes doivent traiter de la même matière).²²⁴ Or Pauwelyn considère qu'il n'existe entre décisions judiciaires point de chevauchement véritable : les faits, la cause et les parties ne sont jamais tout à fait les mêmes d'une instance à une autre.

La seconde remarque concerne le fait que, inversement, là où il y a chevauchement, il n'y a pas nécessairement conflit. Les normes peuvent interagir sur une même matière de diverses façons. Une norme peut, par exemple, en confirmer une autre. L'article 5 du traité instituant la Communauté européenne par exemple – qui pose le principe dit d'« attribution » en vertu duquel la Communauté ne peut agir que dans les limites des compétences conférées par le traité – cet article là, donc, ne fait que reprendre dans le contexte communautaire un principe bien établi du droit des organisations internationales (i.e. le principe dit de « spécialité »).²²⁵

different conclusions on the same international law subject by a variety of tribunals may undermine the appearance, if not the fact, of a unitary international legal system ».

²²³ Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Rules Relate to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, aux pp. 109-110 ; « since [...] judicial decisions [are not], in and of themselves, norms of international law, they cannot be at play in conflict of norms ».

²²⁴ *Ibid.* à la p. 165. Voir également, en ce sens, Francesco Capotorti, « Interférences dans l'ordre juridique interne entre la Convention et d'autres accords internationaux » dans Walter Van der Meersch, éd., *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, à la p. 123 : « pour qu'il y ait interférence entre deux accords, il faut qu'ils aient au moins un point de contact subjectif et un point de contact objectif ; subjectif en ce sens qu'un ou plusieurs Etats sont parties à ces deux accords ; objectif en ce sens qu'une même matière ou des matières connexes sont réglées, dans les deux accords, par une ou plusieurs dispositions » ; ainsi que Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction : The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties » (2001) 35 *Journal of World Trade* 1081 à la p. 1084.

²²⁵ Pour une formulation classique du principe de spécialité, voir *Compétence de la Commission européenne du Danube*, (1927) C.P.J.I. (sér. B) n°14 à la p. 64: « Comme la Commission européenne n'est pas un Etat, mais une institution internationale pourvue d'un objet spécial, elle n'a que les attributions que lui confère le Statut définitif, pour lui permettre de remplir cet objet ; mais elle a compétence pour exercer ces fonctions dans leur plénitude, pour autant que le Statut ne lui impose pas de restrictions ». Voir également *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un*

Une norme peut, également, rajouter simplement des droits ou des obligations à ceux déjà posés par une autre. On peut dire par exemple d'une norme réglementant le commerce des services qu'elle « complète » les règles sur le commerce de marchandises. Il y a bien contact entre les deux normes, dans la mesure où toutes deux ont vocation à régir le commerce international. Mais elles ne se contredisent pas. Il y a là un phénomène d'accumulation, d'avantage que de contradiction.²²⁶

On pense enfin à l'hypothèse où une norme pose un principe général (e.g. article XI du GATT – prohibition des restrictions quantitatives²²⁷) tandis qu'une autre, s'y référant explicitement, introduit une exception au principe (e.g. art. XX (b) du GATT – exceptions sanitaires et phytosanitaires²²⁸). La référence explicite à la première norme dans la seconde établit un rapport d'articulation réciproque. L'interaction, là encore, n'est donc pas conflictuelle. Dans toutes ces situations où une norme sert simplement à appliquer, à préciser, à mettre à jour ou à modifier une autre norme, il n'y a pas à proprement parler de conflit. Les différentes normes sont appliquées conjointement.²²⁹

Là où les normes ne sont point agencées dans un rapport d'accumulation ou d'exception, il peut y avoir conflit néanmoins. Il faut alors opérer un choix entre ces normes. Cependant que l'on s'accorde à peu près sur ce point, on remarque que la définition de ce qui constitue, à proprement parler, un conflit normatif n'a fait l'objet que de peu d'attention doctrinale. La plupart des auteurs traitant de la question de

conflit armé, [1996] C.I.J. Rec. 66 au para. 25: « les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des Etats, de compétences générales. 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 fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir [...]. Les compétences conférées aux organisations internationales font normalement l'objet d'une formulation expresse dans leur act constitutif ».

²²⁶ Sur les phénomènes d'accumulation des normes, voir Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law*, supra note 223, aux pp. 161-164.

²²⁷ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, supra note 161, art. XI : « Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation [...], à l'exportation ou à la vente pour l'exportation [...] de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions ».

²²⁸ *Ibid.*, art. XX(b) : « rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante de mesures [...] nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ».

²²⁹ Sur la distinction entre les relations d'interprétation et les relations de conflit, voir la position de la Commission du Droit international dans *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*, Doc. NU A/61/10, au para. 2 [ci-après *Conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation*].

l'interaction ou de la hiérarchie entre normes de droit international ne fournit même pas de définition.²³⁰ Dans pareille situation, on est bien souvent amené à deviner ce que ces auteurs considèrent relever du conflit normatif en s'appuyant simplement sur les exemples fournis à l'appui de leur analyse. Ce faisant, on aboutit généralement à des visions relativement extensives du conflit de normes. Là par contre où l'on définit de façon explicite la notion, on opte souvent pour vision plus restrictive du conflit. On débutera notre analyse par cette définition explicite et étroite.

2.1 Le conflit *stricto sensu*

La définition étroite ou stricte du conflit renvoie à l'impossibilité logique de mettre en œuvre deux normes simultanément. On dit qu'il y a conflit lorsque deux normes ne peuvent *d'aucune façon* s'appliquer ensemble au point de vue pratique et opérationnel. Concrètement, ce type de conflits complets et irrésolubles, qu'Alf Ross nomme *antinomies déontiques*²³¹, n'aura lieu que dans trois hypothèses :

- Lorsque la première norme prescrit l'exact opposé de ce que prescrit la seconde. C'est le cas le plus évident de conflit, comme par exemple entre une norme qui prescrit, en matière de circulation routière, la priorité à droite et une seconde norme qui prescrit la priorité à gauche; ou encore entre une norme prévoyant, en cas de divorce, que la garde de l'enfant sera confiée au père, et une seconde norme disposant que la garde sera confiée à la mère.
- Lorsque la première norme prescrit une obligation, non pas nécessairement symétriquement opposée, mais matériellement inconciliable avec la seconde. Il y aura par exemple conflit entre une norme imposant à Mr. Dupont de se rendre Lundi matin à 9h au tribunal de Bobigny et une seconde norme lui imposant de se présenter le même jour, et à la même heure, dans son

²³⁰ Voir par exemple Michael Akehurst, « The Hierarchy of the Sources of International Law » (1974) 47 *British Yearbook of International Law* 273 ; Vladimir Degan, *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997 ; Nguyen Quoc Dinh, « Evolution de la Jurisprudence de la Cour Internationale de La Haye Relative au Problème de la Hiérarchie des Normes Conventionnelles » dans *Le Juge et le Droit Public – Mélanges Offerts à Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974.

²³¹ Alf Ross, *Directives and Norms*, New York, Humanities Press, 1968, aux pp. 168-174. Ross parle, à propos de ces antinomies déontiques, de « pur non sens directif ».

commissariat de quartier; ou encore dans l'hypothèse où une même créance est soumise à deux ordres de collocation différents.

- Lorsque la première norme prescrit ce que la seconde interdit. C'est le cas, par exemple, entre une norme rendant obligatoire l'enseignement religieux à l'école et une seconde norme l'interdisant.²³²

Cette définition du conflit est restrictive dans la mesure où elle ne vise que les situations où deux normes sont *réellement, mutuellement et nécessairement* exclusives. Elle ne vise donc ni les conflits potentiels, ni les conflits apparents :

- Elle ne vise pas l'hypothèse des conflits simplement potentiels, à savoir les conflits entre une obligation positive (une prescription ou une interdiction) et une permission (un droit). C'est le cas, par exemple, entre une norme A qui prescrit l'élimination générale des restrictions quantitatives aux commerce de marchandises et une norme B qui autorise l'adoption de mesures restrictives visant certaines marchandises (produits dangereux ou espèces menacées par exemple). Dans pareille situation, on dira que le conflit n'est que potentiel dans la mesure où il ne va se matérialiser que si le droit, la permission ou le privilège octroyé dans la deuxième norme est *effectivement exercé*. Les deux normes, bien que potentiellement incompatibles, ne s'excluent donc pas *nécessairement ou automatiquement*.
- Elle ne vise pas non plus les conflits apparents, c'est-à-dire la situation où deux normes sont différentes mais ne s'excluent pas mutuellement. C'est le cas, en premier lieu, des situations où deux obligations régissent la même matière et que l'une des normes est plus stricte que l'autre. On peut imaginer l'hypothèse d'une norme A imposant une limitation de vitesse de 120 km/h tandis qu'une norme B impose une limite de 100 km/h. Certainement, les normes A et B

²³² Voir, en ce sens, Chaïm Perelman éd., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965. Dans un autre ouvrage, Perelman définit le conflit comme la situation où existent « deux directives incompatibles, auxquelles on ne peut pas se conformer simultanément, soit parce qu'elles imposent deux obligations en sens opposés, soit parce que l'une interdit ce que l'autre permet, et qu'il n'y a donc pas moyen de se conformer à l'une sans violer d'autre », *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, à la p. 39.

sont-elles différentes. Et cette différence là crée un certain nombre de difficultés du point de vu du destinataire des normes. Le conducteur se demandera, dans notre hypothèse, laquelle des deux normes il est censé respecter. On dira pourtant que le conflit n'est qu'apparent dans la mesure où la divergence entre la norme A et la norme B peut être résolue en se conformant à la norme la plus stricte (en conduisant en-deçà de 100km/h). Il y a conflit apparent également dans la situation où l'incompatibilité *prima facie* entre deux normes peut être levée par une interprétation conciliatrice. C'est le cas, par exemple, entre une norme A qui interdit l'usage des véhicules dans le parc, et une norme B qui prévoit l'organisation de courses de bicyclettes dans le parc le dimanche. Là encore, il semble y avoir contradiction entre les deux normes. Mais le conflit n'est qu'apparent dans la mesure où la contradiction peut être évitée ou dépassée en interprétant l'interdiction des véhicules comme ne visant pas les bicyclettes. Dans pareilles situations, on dira qu'il n'existe pas de conflit *stricto sensu* puisqu'existe, entre les deux normes, une marge de compatibilité.

Cette interprétation restrictive du conflit de normes, qui ne comprend que les conflits *réels* et *nécessaires*, prévaut largement, en droit interne comme en droit international. On la trouve notamment à l'œuvre dans certains systèmes fédéraux, où l'articulation entre lois fédérales et lois étatiques conduit nécessairement à s'interroger sur la définition du concept de conflit de normes. En droit constitutionnel canadien, par exemple, le partage de compétence entre les deux ordres de gouvernement (fédéral et provincial) obéit au principe dit de la « prépondérance fédérale », en vertu duquel, en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, la première a prépondérance sur la seconde, laquelle devient inopérante.²³³ La doctrine de la prépondérance fédérale, cependant, ne trouve à s'appliquer que dans les cas où 1) la loi fédérale et la loi provinciale sont toutes deux valides et 2) elles sont incompatibles.²³⁴ Les tribunaux canadiens ont adopté, à cet égard, une interprétation restrictive du critère de l'incompatibilité, considérant que seuls les cas de contradiction expresse ou de conflit explicite sont couverts par le principe de prépondérance. La Cour suprême, en

²³³ W.R. Lederman, « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963) 9 McGill Law Journal 185; Luanne A. Walton, « Paramouncy : a Distinctly Canadian Solution? » (2004) 15 National Journal of Constitutional Law 335.

²³⁴ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 3^e éd., 1992, à la p. 419.

particulier, a traditionnellement opté pour une interprétation étroite du conflit de normes, le limitant aux cas où « l'obéissance à une loi implique la désobéissance à l'autre ». ²³⁵ Si, nous y reviendrons, un certain assouplissement est perceptible dans la jurisprudence récente de la Cour, le critère classique demeure celui de l'impossibilité de se conformer aux deux normes. ²³⁶ Il y a conflit, pour reprendre la formule du juge Dickson de la Cour suprême dans l'affaire *Multiple Access*, « lorsqu'une loi dit 'oui' et que l'autre dit 'non' ». ²³⁷

Dans le domaine du droit international, c'est également l'approche restrictive qui, dans l'ensemble, est retenue. Wilfried Jenks, dans un article classique sur la question du conflit entre traités-lois, définit le conflit, au sens strict du terme, comme la situation où un État partie à deux traités « ne peut pas se conformer simultanément à ses obligations en vertu des deux traités ». ²³⁸ Jenks ne reconnaît pas les autres types de divergence comme relevant du conflit de normes *stricto sensu*, même lorsqu'ils frustrent l'objet et le but de l'un ou l'autre des instruments divergents. Il concède que de pareilles divergences peuvent sérieusement compromettre l'importance pratique de l'un ou l'autre instrument, voire des deux. Mais il maintient qu'il n'y a pas nécessairement conflit lorsqu'un instrument élimine les exceptions ou, à l'inverse, assouplit les exigences d'un autre instrument. ²³⁹ Dans la lignée de Jenks, la plupart des auteurs a adopté cette définition classique et étroite du conflit. Wolfram Karl, par exemple, définit le conflit comme la situation où « deux traités (ou plus) contiennent des obligations auxquelles il n'est pas possible de se conformer simultanément ». ²⁴⁰ Il précise lui aussi que les simples divergences ne constituent que des « conflits *prima facie* » et que l'incompatibilité véritable du contenu des traités demeure une condition essentielle du conflit. ²⁴¹ Czaplinski et Danilenko parlent pour leur part de conflit « là où un traité oblige la partie A à adopter le comportement X, tandis qu'un autre traité stipule que A doit adopter le comportement Y, et que X est incompatible avec Y ». ²⁴²

²³⁵ *Smith v. The Queen* [1960] S.C.R. 776, 800.

²³⁶ François Chevette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel – Notes et jurisprudence*, Montreal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, aux pp. 311-340.

²³⁷ *Multiple Access v. McCutcheon* [1982] 2 S.C.R. 161, 191.

²³⁸ Jenks, « The Conflict of Law-Making Treaties », *supra* note 200, à la p. 426; notre traduction.

²³⁹ *Ibid.* aux pp. 426-427.

²⁴⁰ Wolfram Karl, « Conflicts Between Treaties » dans Rudolf Bernhardt éd., *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, 1992, Volume IV, à la p. 936; notre traduction.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² W. Czaplinski et G. Danilenko, « Conflicts of Norms in International Law » (1990) 21 *Netherlands Yearbook of International Law* 3 à la p. 12.

Plus récemment, Gabrielle Marceau, tout en reconnaissant que le conflit peut être défini de façon stricte ou de façon large, dépendamment de notre conception de l'ordre juridique international, prône une approche restrictive du conflit comme la situation où les dispositions de deux traités « imposent des obligations mutuellement exclusives ».²⁴³

On peut tenter d'expliquer cette vision étroite du conflit de plusieurs façons. La raison principale tient sans aucun doute au fait que l'on considère généralement le conflit comme une anomalie juridique. Le conflit, aux yeux de la plupart des juristes, a une consonance négative et doit donc, dans la mesure du possible, être évité. De définir le conflit étroitement représente, dans cette optique, une façon de réduire ce problème là à un nombre restreint de cas-limites. On résout donc une partie du problème des conflits en l'ignorant ou en l'évacuant simplement d'emblée.²⁴⁴

On peut voir également dans cette définition étroite du conflit la marque d'une vision « domestique » des rapports et des hiérarchies entre normes juridiques. Il est en effet acquis, en droit interne, que les prohibitions et les prescriptions imposées par la loi prévalent toujours sur les droits individuels (à l'exception des droits et libertés fondamentaux). Un contrat dont l'objet est contraire à la loi est considéré comme nul et non avenue. Les conflits entre prescriptions publiques et droits individuels sont donc d'emblée résolus par la stricte hiérarchie interne des normes. C'est pourquoi on tend à considérer que les contradictions entre prescriptions/prohibitions et simples droits/permissions (i.e. les conflits potentiels) ne relèvent pas à proprement parler du conflit normatif.

Cependant que pareille hiérarchie des normes est absente du droit international public, on constate que la vision étroite du conflit continue de prévaloir non seulement en doctrine, mais dans la jurisprudence internationale également, et notamment dans le droit de l'OMC. Dans l'affaire *Indonésie – Automobile* par exemple, une plainte a été

²⁴³ Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties » (2001) 6 *Journal of World Trade* 1081 aux pp. 1083-1086; notre traduction. Voir également Jean Salmon, « Les antinomies en droit international public » dans Chaïm Perelman éd., *Les antinomies en droit*, *supra* note 232 à la p. 285 : « Par 'antinomies' nous entendons l'existence, dans un système juridique déterminé, de règles de droit incompatibles; de telle sorte que l'interprète ne peut appliquer les deux règles en même temps, qu'il doit choisir ».

²⁴⁴ Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* note 223, à la p. 171.

déposée par le Japon, les Communautés européennes et les États-Unis au sujet du programme national pour le secteur automobile de l'Indonésie. Les plaignants alléguaient, entre autres choses, du fait que les exonérations fiscales et tarifaires prévues pour les véhicules dits d'origine nationale étaient contraires aux obligations de l'Indonésie au titre des articles Ier et III du GATT (clause de la nation la plus favorisée et principe du traitement national). Pour sa part, l'Indonésie faisait valoir que, en tant que pays en voie de développement, elle était en droit d'adopter des mesures dérogatoires au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), lequel constituait, à ses yeux, une *lex specialis*, et devait donc prévaloir sur les dispositions générales du GATT. Au moment d'examiner l'argument de l'Indonésie, le Groupe spécial a retenu une définition stricte du conflit :

« En droit international, pour qu'il y ait conflit entre deux traités [...] les dispositions doivent être en conflit, en ce sens que les dispositions doivent imposer des obligations s'excluant mutuellement. [...] Théoriquement, il y a conflit lorsque deux traités (ou plus) contiennent des obligations qui ne peuvent être respectées simultanément ».²⁴⁵

En application de cette définition, le Groupe spécial a conclu qu'il n'y avait aucun conflit général entre le GATT et l'accord SMC. Il a estimé que les deux accords imposaient des types d'obligation différents mais complémentaires, le premier *interdisant* la discrimination entre produits nationaux et produits importés (obligation de ne pas faire), le second *autorisant* l'octroi de subventions aux entreprises (permission de faire).²⁴⁶ En l'absence de conflit entre les deux instruments, le Groupe spécial a refusé de faire prévaloir l'Accord SMC au titre de la *lex specialis* et a rejeté la défense indonésienne. Le Groupe spécial a considéré qu'il existait une marge de compatibilité entre les deux accords : l'Indonésie, à ses yeux, aurait simplement dû se conformer à la norme la plus stricte.²⁴⁷

L'année suivante, un autre Groupe spécial confirmait cette interprétation dans l'affaire *Turquie – Textiles*, déclarant notamment, en citant Jenks, qu'il n'y a pas de conflit « si les obligations découlant d'un instrument sont plus rigoureuses que celles qui résultent

²⁴⁵ *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plaintes du Japon, des Communautés européennes et des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R au para. 14.28 (Rapport du Groupe spécial).

²⁴⁶ *Ibid.* aux paras. 14.33 – 14.36.

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 14.99.

d'un autre, sans être incompatible avec celles-ci, ou s'il est possible de s'acquitter des obligations découlant d'un instrument en s'abstenant d'exercer un privilège ou un pouvoir discrétionnaire conférés par un autre ».²⁴⁸

2.2 Le conflit *medio sensu*

Bien que largement adoptée en doctrine comme en pratique, la définition restrictive du conflit de normes n'est pas exclusive. D'autres définitions, plus souples, font place à des formes plus variées d'incompatibilités. Une première définition extensive du conflit considère par exemple les conflits dits « potentiels » comme constitutifs, à part entière, d'un conflit de normes. Cette position est notamment défendue, en théorie du droit, par Kelsen.

Kelsen a, dans un premier temps, donné du conflit de normes une définition plutôt conventionnelle, voisine de l'approche restrictive considérée plus haut. Dans la *Théorie pure du droit* par exemple, il considère classiquement qu'un conflit existe lorsqu'une norme « ordonne » une conduite donnée tandis qu'une autre la « défend », de telle façon que les deux normes « ne peuvent être suivies ou être appliquées toutes les deux simultanément ».²⁴⁹ Kelsen, cependant, a développé sa théorie du droit sur une période longue de près de 60 ans. Aussi, et bien qu'il ait été radicalement attaché à la cohérence et à la pureté de sa théorie, Kelsen a-t-il à l'occasion changé d'avis sur certaines questions. La théorie de l'unité du droit de Kelsen est, à cet égard, tout à fait exemplaire des variations, tantôt sensibles, tantôt radicales, de sa doctrine selon les différentes « périodes » de sa théorie générale du droit.²⁵⁰ Kelsen a, tout d'abord, changé d'opinion sur la *possibilité* même d'un conflit entre deux normes valides appartenant au même système. Dans la *Théorie pure du droit*, il considère que l'hypothèse d'un conflit de normes est *logiquement impossible* (Kelsen parle même

²⁴⁸ *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements (Plainte de l'Inde)* (1999), OMC Doc. WT/DS34/R au para. 9.92 (Rapport du Groupe spécial).

²⁴⁹ Kelsen, *Théorie pure du droit*, *supra* note 221 à la p. 36.

²⁵⁰ Sur la « périodisation » de la doctrine de Kelsen, voir notamment Stanley L. Paulson, « Toward a Periodization of the Pure Theory of Law » dans Letizia Gianformaggio éd., *Hans Kelsen's Legal Theory: a Diachronic Point of View*, Turin, Giappichelli, 1990, aux pp. 11-47; « Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization » (1998) 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 153. Voir également Jörg Kammerhofer, « Kelsen – Which Kelsen ? Kelsen the Theorician and Kelsen the International Lawyer – a Tentative Re-Application of the Pure Theory to International Law » dans Iain Scobbie et Akbar Rasulov éd., *International Legal Positivism*, à paraître.

d'absurdité).²⁵¹ Les normes d'un même système étant reliées entre elles par une chaîne unique et continue de validité, si deux normes sont contradictoires, cela ne peut vouloir dire qu'une seule chose : que l'une des deux normes est en réalité non-valable (ou du moins susceptible d'être invalidée).²⁵² Plus tard, il reconnaîtra cependant la possibilité logique d'un conflit entre deux normes valides appartenant à un même système. A propos de l'existence de tels conflits de normes, Kelsen dira même qu'elle ne fait aucun doute : « un conflit de normes, écrit-il, est une hypothèse indésirable, mais c'est une hypothèse possible qui n'est pas du tout rare ». ²⁵³

Kelsen va également changer d'avis sur la définition du conflit. Tandis qu'il le définit dans un premier temps, nous l'évoquions plus haut, comme la *stricte impossibilité* d'appliquer deux normes (un ordre et une interdiction) simultanément, il va, plus tard, élargir sa définition de manière à inclure les conflits potentiels, c'est-à-dire les conflits entre, d'une part, une obligation ou une interdiction et, d'autre part, une permission. Dans la *Théorie générale des normes*, Kelsen écrit que le conflit peut surgir entre le « commandement » et la « permission », et qu'il est parfaitement envisageable, et même indéniable, que « ces deux fonctions normatives différentes [...], l'être-permis et l'être-commandé [,] s'excluent mutuellement ». ²⁵⁴ Plus loin, il confirme qu'« un conflit entre deux normes existe quand ce que l'une pose comme obligatoire est incompatible avec ce que l'autre pose comme obligatoire, et quand donc l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique de façon nécessaire *ou possible* la violation de l'autre ». ²⁵⁵ Et Kelsen de préciser que « le conflit peut être bilatéral ou unilatéral. Il est bilatéral quand l'obéissance ou l'application de chacune des deux normes implique de façon nécessaire *ou possible* la violation de l'autre. Il est

²⁵¹ Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *supra* note 221 à la p. 274.

²⁵² *Ibid.* aux pp. 274-277. Kelsen écrit que lorsque deux normes se contredisent l'une l'autre, « on ne peut considérer comme objectivement valable qu'une seule d'entre elles » (p. 274). Voir également, en ce sens, Ronald Dworkin, « The Model of Rules » (1967) 35 *University of Chicago Law Review* 14 à la p. 40 : « If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule ». Dworkin, cependant qu'il estime qu'un conflit entre deux règles est logiquement impossible, reconnaît que les « principes » juridiques peuvent se contredire. Voir, sur ce point, Ronald Dworkin, « Is Law a System of Rules ? » dans Ronald Dworkin, éd., *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, à la p. 48.

²⁵³ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, à la p. 163.

²⁵⁴ *Ibid.* à la p. 129.

²⁵⁵ *Ibid.* à la p. 161.

unilatéral quand l'obéissance ou l'application de l'une seule des deux normes implique de façon nécessaire *ou possible* la violation de l'autre ». ²⁵⁶

D'autres auteurs ont retenu cette définition plus extensive, qui élargit l'univers des normes comprises dans la notion de conflit pour comprendre, notamment, les permissions, et non seulement les prescriptions et les interdictions. ²⁵⁷ C'est le cas, par exemple, de Karl Engisch, pour qui il y a conflit de normes « si une conduite d'un certain type est à la fois prohibée *et permise*, ou prohibée et prescrite, ou encore prescrite et non prescrite dans un ordre juridique donné ». ²⁵⁸ Hart estime également que la notion de conflit de normes, bien qu'elle doive être limitée aux cas où il est logiquement impossible de se conformer simultanément à deux normes, comprend les contradictions entre commandements et permissions : « si une règle, écrit Hart, prohibe et une autre autorise la même action par la même personne au même moment, la conformité conjointe est logiquement impossible et les deux règles sont en conflit ». ²⁵⁹

En droit international, on trouve quelques auteurs qui défendent cette définition du conflit de normes. C'est le cas, notamment, de Pauwelyn, qui définit le conflit comme la situation où une norme « conduit, a conduit, *ou pourrait conduire* à la violation d'une autre norme ». ²⁶⁰ Un conflit, écrit Pauwelyn, « n'intervient pas seulement lorsque deux *obligations* (prescription ou prohibition) s'excluent mutuellement. Il peut y avoir conflit entre l'obligation de faire X en vertu d'une première norme (par exemple : libéraliser le commerce) et le droit explicite de faire – X en vertu d'une

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Certains auteurs, mais ils sont peu nombreux, ont été jusqu'à affirmer qu'un conflit peut intervenir, non pas seulement entre une obligation positive et une permission, mais entre deux permissions. Voir, notamment, Stephen Munzer, « Validity and Legal Conflicts » (1973) 82 *Yale Law Journal* 1140 aux pp. 1145-1147; ainsi que H. Hamner Hill, « A Functional Taxonomy of Normative Conflict » (1987) 6 *Law and Philosophy* 227 aux pp. 234-236.

²⁵⁸ Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935, à la p. 46; notre traduction.

²⁵⁹ Hart, « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », *supra* note 219, à la p. 185; notre traduction. Voir également, pour un exemple plus récent, Carlos E. González, « The Logic of Legal Conflict : the Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal norms » (2001) 80 *Oregon Law Review* 447 à la p. 457 [qui considère que des normes juridiques « sont dans une posture de conflit juridique véritable lorsqu'une norme requiert *ou autorise* ce qu'une autre interdit, ou à l'inverse lorsqu'elle interdit ce qu'une autre requiert *ou autorise* » ; notre traduction].

²⁶⁰ Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International law*, *supra* note 223, aux pp. 175-176; notre traduction.

seconde (par exemple : l'autorisation de certaines restrictions aux importations en application d'un accord environnemental) ».²⁶¹

Cette définition élargie du conflit de normes a été reçue également dans la jurisprudence internationale, mais de façon de façon souvent implicite et partielle. Dans l'affaire *Lockerbie*, la Cour internationale de Justice a laissé entendre par exemple que l'incompatibilité entre une obligation positive et un droit pouvait relever du conflit de normes. Dans cette affaire, la Libye invoquait à l'appui de ses prétentions la Convention de Montréal et le droit que celle-ci lui conférait de conserver sur son territoire, afin de les y juger, les deux ressortissants libyens inculpés pour avoir participé à l'attentat de Lockerbie.²⁶² Les Etats-Unis et le Royaume-Uni, pour leur part, opposaient à la Libye deux résolutions du Conseil de Sécurité imposant à la Libye d'extrader ses deux ressortissants afin qu'ils soient jugés devant les tribunaux américains et britanniques.²⁶³ Sans s'étendre sur la notion de conflit, la Cour, dans son

²⁶¹ Joost Pauwelyn, « Unity and Fragmentation in International Law – Introductory Report on the Word Trade Organization » dans Rosario H. Vinaixa et Karel Wellens dir., *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, à la p. 117; notre traduction. Voir également Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, aux pp. 5-6 [qui définit le conflit de normes comme la situation où il est impossible de se conformer à deux normes simultanément, avant de préciser que l'expression « se conformer à » est utilisée au sens large comme incluant « non seulement l'obéissance à une obligation, mais également le fait de faire usage d'une permission » ; notre traduction] ; ainsi que Erich Vranes, « The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory » (2006) 17 *European Journal of International Law* 395 à la p. 418 [qui est d'avis qu'« il existe un conflit de normes, dont l'une peut être permissive, si en obéissant ou en mettant en œuvre une norme, l'autre est nécessairement ou potentiellement violée » ; notre traduction].

²⁶² *Convention pour la repression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, 23 septembre 1971, R.T. Can. 1973 n° 6, art. 5: « Tout Etat contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions prévues [dans cette Convention], dans le cas où l'auteur présumé de l'une d'elles se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas [...] la présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales » ; art. 7 : « l'Etat contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'une des infractions est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire [...] à ses autorités compétentes pour l'exercice d'une action pénale ».

²⁶³ *Questions concernant la Jamahiriya Arabe Libyenne*, Rés. CS 731/1992, Doc. off. CS NU, 3033^e séance, 54 : « *Le Conseil de sécurité*, [...] *profondément préoccupé* par ce qui résulte des enquêtes impliquant des fonctionnaires du Gouvernement libyen et qui est mentionné dans les documents du Conseil de sécurité qui font état des demandes adressées aux autorités libyennes par les Etats-Unis d'Amérique, la France et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, liées aux procédures judiciaires concernant les attentats perpétrés contre les vols de la Pan American et de l'Union des transports aériens, [...] 2. *Déplore vivement* le fait que le Gouvernement libyen n'ait pas répondu effectivement à ce jour aux demandes ci-dessus [...] 3. *Demande instamment* aux autorités libyennes d'apporter immédiatement une réponse complète et effective à ces demandes afin de contribuer à l'élimination du terrorisme international » ; Rés. CS 748/1992, Doc. off. CS NU, 3063^e séance, 55 : « *Le Conseil de sécurité*, [...] *gravement préoccupé* de ce que le Gouvernement libyen n'ait pas encore donné une réponse complète et effective aux demandes contenues dans sa résolution 731 (1992), [...] *Agissant* en vertu du Chapitre VII de la Charte, 1. *Décide* que le Gouvernement libyen doit désormais appliquer sans le moindre délai le paragraphe 3 de la résolution 731 (1992) concernant les

ordonnance en indication de mesures conservatoires, a considéré que « conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties [contenues dans la résolution 748] prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la convention de Montréal ». ²⁶⁴ Or ça n'est qu' « en cas de conflit » entre les obligations contenues dans la Charte et celles découlant d'un autre instrument international que l'article 103 trouve à s'appliquer. ²⁶⁵ Pour parvenir à ses conclusions, la Cour a donc du considérer que la contradiction entre une *obligation* (d'extrader les deux ressortissants libyens en vertu des résolutions du Conseil de sécurité) et un *droit* (de ne pas les extrader s'ils sont jugés en Libye en application de la Convention de Montréal) constituait un conflit.

Dans le cadre de l'OMC cette fois, cette définition élargie du conflit de normes a été reçue dans l'affaire *Bananes III*, sans néanmoins que cette décision ne fasse jurisprudence. Dans cette affaire, une plainte a été déposée par l'Equateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique et les Etats-Unis à l'encontre des Communautés européennes. ²⁶⁶ Les plaignants alléguaient que le régime communautaire applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes ACP (Afrique-Caraïbes-Pacifique) était incompatible, *inter alia*, avec certaines dispositions du GATT, de l'Accord sur les procédures de licences d'importation, ainsi que de l'Accord sur les mesures concernant les investissements liés au commerce (MIC). Pour régler le différend, le Groupe spécial était amené à examiner les liens existant entre, d'une part, le GATT de 1994 et, d'autre part, l'Accord sur les licences et l'Accord sur les MIC. Prenant note de ce que l'accord instituant l'OMC stipule, en cas de conflit, que les accords spéciaux prévalent sur l'Accord général ²⁶⁷, le panel s'est penché à titre liminaire sur la définition du conflit. Ce faisant, il a estimé que la notion de conflit

demandes adressées aux autorités libyennes par les Etats-Unis d'Amérique, la France et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ».

²⁶⁴ *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 14 avril 1992, [1992] C.I.J. Rec. 114 au para. 42.

²⁶⁵ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7, art. 103: « 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 ».

²⁶⁶ *Communautés européennes – Bananes III (Plainte de l'Equateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des Etats-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/R (Rapport du Groupe spécial).

²⁶⁷ *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1144, note interprétative générale relative à l'annexe 1A : « En cas de conflit entre une disposition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et une disposition d'un autre accord figurant à

« vise les cas i) où il y aurait conflit entre des obligations découlant du GATT de 1994 et des obligations contenues dans des accords [spéciaux], parce que ces obligations s'excluent mutuellement, en ce sens qu'un Membre ne peut pas s'acquitter simultanément des unes et des autres, et ii) où un règle énoncée dans un accord interdit ce qu'*autorise* expressément une règle énoncée dans un autre ». ²⁶⁸

Là encore, la notion de conflit est donc étendue et concerne, au même titre que les obligations (de faire ou de ne pas faire), les simples permissions. ²⁶⁹

Cette première définition extensive du conflit, cependant qu'elle fait place aux conflits potentiels, continue néanmoins de conditionner l'existence du conflit à une antinomie véritable, que celle-ci soit effectivement réalisée ou simplement potentielle. Il est néanmoins une définition plus souple encore qui, non seulement élargit la constellation des normes susceptibles d'entrer en conflit (obligations et permissions), mais modifie plus radicalement le *critère* du conflit. Plutôt que de limiter le conflit aux antinomies déontiques, c'est-à-dire aux situations où il est impossible de mettre en œuvre deux normes simultanément, cette troisième définition intègre les simples divergences entre normes juridiques valides, c'est-à-dire la situation où deux normes, sans être nécessairement et strictement incompatibles, répondent à des objectifs juridiques différents. On parlera ici de conflit *lato sensu*.

l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce [...], la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit ».

²⁶⁸ *Communautés européennes – Bananes III*, *supra* note 266 au para. 7.159 [nos italiques]. Notons que le Groupe spécial, s'il étend la notion de conflit aux conflits potentiels, estime cependant que la notion ne couvre pas les conflits simplement apparents, c'est-à-dire les conflits qui peuvent être résolus par voie d'interprétation. Il considère notamment que « la notion de 'conflit' énoncée dans la Note interprétative générale ne vise pas les cas dans lesquels des règles contenues dans l'un des accords [spéciaux] imposent des obligations différentes ou complémentaires de celles qui découlent du GATT de 1994. Il est alors possible de s'acquitter simultanément des unes et des autres sans qu'il soit nécessaire de renoncer à des droits ou à des autorisations explicites » ; *Ibid.* au para. 7.160. En l'espèce, le panel a considéré qu'il n'existait aucun conflit réel entre les trois accords invoqués par les parties au différend, et a donc conclu qu'ils devaient tous trois s'appliquer aux procédures de licences d'importation de la CE applicables aux bananes ; *Ibid.* au para. 7.163.

²⁶⁹ Voir Vranes, « The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory », *supra* note 261, aux pp. 401 et 406. Voir également Gabrielle Marceau, « Balance and Coherence by the WTO Appellate Body : Who Could do Better? » dans Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich et Jan Bohanes eds., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, aux pp. 343-347.

2.3 Le conflit *lato sensu*

On trouve trace de cette définition du conflit en droit interne comme en droit international. En droit interne, on la trouve notamment à l'œuvre dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. La position classique de la Cour suprême, nous l'évoquons plus haut, a été de limiter, dans le cadre de la doctrine de la prépondérance fédérale, les conflits aux contradictions expresses, c'est-à-dire aux situations où l'obéissance à une loi implique nécessairement la désobéissance à l'autre.²⁷⁰ Dans deux décisions rendues en 1990 et en 2001, la Cour suprême a cependant étendu le critère du conflit pour comprendre, en plus des conflits explicites, les situations où l'application d'une loi provinciale risquerait de frustrer l'objet et le but de la loi fédérale.

La première affaire, *Banque de Montréal c. Hall*, concerne un agriculteur de la Saskatchewan qui, pour développer son activité agricole, contracte plusieurs prêts avec la Banque de Montréal.²⁷¹ A titre de garantie, l'agriculteur accorde à la banque deux hypothèques sur ses biens immobiliers, ainsi qu'une sûreté sur l'une de ses faucheuses, conformément à la loi fédérale sur les banques. Suite au défaut de paiement de l'intimé, la banque saisit la faucheuse et entreprend de faire exécuter le contrat de prêt hypothécaire. En défense des procédures de forclusion, l'agriculteur allègue que la banque ne lui a pas signifié l'avis d'intention de saisir la faucheuse, tel que prévu dans la loi provinciale de la Saskatchewan. Il demande le rejet des procédures de forclusion. La banque réplique, pour sa part, qu'elle s'est conformée à la loi fédérale sur les banques et qu'elle n'est pas tenue de se conformer à la loi provinciale.²⁷² La question qui se pose à la Cour suprême est donc de savoir laquelle de la loi fédérale ou de la loi provinciale est applicable au contrat de sûreté. Pour y répondre, la Cour est amenée, à titre liminaire, à déterminer s'il existe un conflit entre les deux lois, lequel actionnera le cas échéant le principe de la prépondérance fédérale.

Tout en prenant note de la solution de principe dégagée dans l'arrêt *Multiple Access*, en vertu de laquelle la prépondérance fédérale n'a lieu de s'appliquer qu'en cas de conflit explicite entre deux lois, la Cour suprême décide d'élargir l'examen à la

²⁷⁰ *Supra* notes 234-237 et texte correspondant.

²⁷¹ *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

²⁷² *Ibid.* au para. 3.

question dite du « conflit réel d'application ».²⁷³ Plutôt que de se demander si l'obéissance à la première loi entraîne nécessairement la désobéissance à la seconde, le juge La Forest estime, dans son opinion concurrente, que l'examen doit porter sur la question plus large de savoir « si l'application de la loi provinciale est *compatible avec l'objet* de la loi fédérale ».²⁷⁴ Dans cette perspective, le critère déterminant n'est donc plus celui de la contradiction littérale entre les deux textes de loi. Pour conclure à l'existence d'un conflit, il convient d'avantage de mesurer à quel point les lois diffèrent « dans leur façon d'aborder le problème ».²⁷⁵

En l'espèce, la Cour considère que l'objectif général de la loi fédérale sur les banques est de faciliter l'obtention de crédits pour les producteurs de produits de base et, en contrepartie, d'uniformiser les mécanismes de sûreté et permettre aux banques de réaliser plus facilement leurs sûretés accessoires. Obliger les banques à se conformer à toutes les particularités et aux variables des divers régimes provinciaux reviendrait, aux yeux du juge Laforest, à « ignorer l'objet même » du régime fédéral des sûretés.²⁷⁶ L'application de la loi provinciale, dans ce contexte, aurait tout simplement pour effet de « déjouer l'intention du Parlement ».²⁷⁷ Aussi la Cour conclue-t-elle que les dispositions visées de la loi provinciale de la Saskatchewan « entrent en conflit » avec la Loi sur les banques et, en application du principe de la prépondérance fédérale, sont donc inopérantes.²⁷⁸

La Cour suprême a, depuis l'affaire *Banque de Montréal*, confirmé son approche extensive du conflit dans plusieurs arrêts, et notamment en l'affaire *Law Society of British Columbia c. Mangat*.²⁷⁹ Dans cette affaire, la Law Society de la Colombie Britannique (CB) contestait le droit d'un consultant en immigration, non membre du barreau, à comparaître à titre de conseil ou d'avocat pour le compte d'étrangers devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Toute la difficulté tenait à ce que cette pratique, si elle était prohibée par la loi provinciale de la CB sur les professions juridiques, était autorisée par la loi fédérale sur l'immigration. Comme en

²⁷³ *Ibid.* aux para. 54-56.

²⁷⁴ *Ibid.* au para. 64.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Ibid.* au para. 63.

²⁷⁷ *Ibid.* au para. 62.

²⁷⁸ *Ibid.* au para. 66.

²⁷⁹ *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

l'affaire *Banque de Montréal*, la Cour était donc appelée à se pencher sur la potentialité d'un conflit entre les deux lois afin de déterminer si le principe de la prépondérance fédérale trouve à s'appliquer.

Malgré l'existence d'une fenêtre de compatibilité entre les deux lois (l'obéissance à la loi provinciale, plus stricte, n'entraînant nullement la désobéissance à la loi fédérale), la Cour suprême s'est, à nouveau, fondée sur l'analyse de l'objet des législations visées pour conclure à l'existence d'un conflit de normes. Il y a conflit, décide le juge Gonthier, « lorsque l'application de la loi provinciale a pour *effet* de déjouer *l'intention* du Parlement ». ²⁸⁰ Il importe peu que la conformité aux deux lois soit possible « a première vue ». Il faut dépasser la seule lettre des textes de lois et intégrer dans l'analyse du conflit l'« objectif légitime » des dispositions législatives visées. ²⁸¹

En l'espèce, le juge Gonthier estime que l'objet de la loi fédérale est, dans la continuité de la « tradition humanitaire du pays », de faciliter la représentation des personnes requérant le statut de réfugié au Canada. ²⁸² Il souligne que les non-avocats rendent un service utile aux personnes faisant l'objet d'une procédure devant la CISR dans la mesure où il peut parfois s'avérer difficile de trouver des avocats parlant plusieurs langues et aptes à connaître les différentes cultures impliquées. Dans cette perspective, poursuit le juge Gonthier, le dispositif fédéral permet une procédure allégée, plus accessible et rapide. ²⁸³ Dès lors, opposer la loi provinciale - qui interdit aux non-avocats de comparaître au titre de procureurs rémunérés - à la loi fédérale habilitante reviendrait à « contrecarrer » l'objectif poursuivi par le Parlement. ²⁸⁴ Aussi le conflit de normes, bien que non explicite, est-il bien réel.

Ces deux affaires illustrent bien le contraste entre le critère restrictif et le critère extensif du conflit de normes. L'approche traditionnelle et restrictive du conflit met l'accent sur les contradictions fermes et directes entre obligations, sur l'impossibilité matérielle pour les sujets du droit de se conformer simultanément à deux normes. L'approche plus souple privilégiée par la Cour suprême dans sa jurisprudence récente,

²⁸⁰ *Ibid.* para. 69.

²⁸¹ *Ibid.* para. 72.

²⁸² *Ibid.* para. 60.

²⁸³ *Ibid.* para. 72.

²⁸⁴ *Ibid.* para. 5.

définit pour sa part le conflit, non plus en termes d'antinomie ou de contradiction logique, mais en termes de distance entre l'objectif légitime de chacune des dispositions législatives. L'analyse se déplace donc du terrain de la lettre vers celui du *telos* des lois. Ce qui importe n'est plus tant la marge de compatibilité littérale entre normes contradictoires, mais d'avantage, pour reprendre l'expression de la Cour dans l'affaire *Banque de Montréal*, la divergence dans la « façon d'aborder le problème ». ²⁸⁵

Nous avons donc affaire à une approche non plus strictement déontique, c'est-à-dire basée sur la possibilité d'une « mise en œuvre conjointe » des normes, mais d'avantage fonctionnelle, où l'accent est mis sur le but poursuivi par la norme, sur sa fonction générale au sein de l'ordre juridique, et l'objectif qui la sous-tend. ²⁸⁶ Le cœur du conflit normatif réside, dans cette perspective, dans le fait que l'interaction des normes affecte leur fonctionnement respectif. Il y a conflit, en d'autres termes, lorsque deux normes « se nuisent mutuellement » (*get in each other's way*), c'est-à-dire lorsqu'une norme produit un résultat qui est incompatible ou hostile au résultat ou à l'objectif poursuivi par une autre norme. ²⁸⁷ On dira, par exemple, qu'une loi prévoyant l'octroi de crédits d'impôt foncier pour les foyers effectuant des aménagements visant à réduire leur consommation d'énergie entre en conflit avec une autre loi prévoyant la déréglementation de l'industrie gazière. La contradiction n'est pas déontique : la première loi ne prescrit en rien le contraire de la seconde. Mais il y a bien conflit d'objectifs : la seconde loi, qui a pour effet de faire baisser les prix du gaz et, *in fine*, d'augmenter la consommation d'énergie, vient frustrer l'objet et le but de la première loi, dont l'objectif affiché est de réduire la consommation d'énergie des foyers. Il y a conflit dans la mesure où une norme encourage un certain comportement qu'une autre est censée décourager.

Le conflit, entendu comme ici dans son sens le plus large, couvre donc un nombre beaucoup plus étendu de situations où les normes, sans nécessairement prescrire des droits ou obligations mutuellement exclusifs, « s'accordent mal », en ce sens qu'elles

²⁸⁵ *Supra* note 275.

²⁸⁶ Hamner Hill, « A Functional Taxonomy of Normative Conflict », *supra* note 257, à la p. 237.

²⁸⁷ *Ibid.* à la p. 239.

traduisent des finalités ou des « valeurs de fond » divergentes.²⁸⁸ De l'analyse du conflit comme antinomie, on passe à l'analyse du conflit comme nuisance réciproque.

Kelsen, nous l'évoquions plus haut, a traditionnellement analysé le conflit normatif en termes d'impossibilité de mise en œuvre simultanée. Il fait place néanmoins, dans ses derniers écrits, à cette dimension fonctionnelle du conflit. S'il n'abandonne pas complètement la définition du conflit comme incompatibilité déontique, il observe dans sa *Théorie générale des normes* qu'un conflit de normes provient de ce que « deux forces agissent sur un même point dans deux directions différentes ».²⁸⁹ La formule est, certes, quelque peu elliptique. Mais elle reflète un glissement progressif d'une logique de conflit explicite et inhérent vers une logique de conflit de forces.

Dans la doctrine internationaliste, où l'on analyse classiquement le conflit de normes en termes d'antinomies déontiques, on observe également un glissement progressif du conflit *stricto sensu* vers le conflit *lato sensu*, incluant les problèmes d'interférence fonctionnelle ou d'hostilité entre normes ou ensembles normatifs. Le plus souvent, on retrouve cette approche fonctionnelle du conflit de normes de façon implicite. Certains auteurs parlent par exemple d'un « conflit » entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme, conflit qui trouverait sa source dans le fait que ces deux ensembles normatifs se disputent le même domaine d'application, mais ont des racines historiques « complètement différentes » et poursuivent des objectifs distincts.²⁹⁰ Le conflit, ici, n'est nullement assimilé à une contradiction immédiate dans la lettre du droit positif. Il désigne plutôt la divergence entre deux branches du droit dont on perçoit qu'elles répondent, en des termes différents, à des besoins similaires. D'autres, à propos cette fois des rapports entre la Convention de Stockholm sur les organismes polluants et le droit de l'OMC, parlent également de conflits normatifs potentiels, du

²⁸⁸ Lars Lindahl, « Conflicts in Systems of Legal Norms : a Logical Point of View » dans Bob Brouwer et al. (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1992, à la p. 39.

²⁸⁹ Kelsen, *Théorie générale des normes*, *supra* note 253, à la p. 163.

²⁹⁰ Voir Heike Krieger, « A Conflict of Norms : the Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study » (2006) 11 *Journal of Conflict and Security Law* 265 aux pp. 266 et 268. Voir également, dans le même sens, Anthony Cassimatis, « International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law » (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 623. Pour une vision non conflictuelle des rapports entre droits de l'homme et droit humanitaire, voir René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, aux pp. 1-5 [qui considère que les deux domaines sont « apparentés mais distincts », et préfère définir leur relation réciproque en termes de « fertilisation croisée » d'avantage qu'en termes de conflit].

fait de la tension entre les « besoins » et les « objectifs » du droit du commerce, d'une part, et ceux du droit de l'environnement, d'autre part.²⁹¹ Là encore, on semble définir le conflit, bien qu'implicitement, en termes d'approches et de finalités juridiques potentiellement divergentes.

Implicite chez la plupart des auteurs, l'analyse du conflit en tant que conflit d'objectifs est articulée de façon beaucoup plus explicite chez d'autres. Christopher Borgen par exemple, dans son étude sur la résolution des conflits entre traités, adopte d'emblée une définition extensive du conflit. Il est d'avis que les définitions restrictives habituellement retenues sont trop restrictives et passent sous silence des causes possibles de fragmentation, comme les situations où deux traités se nuisent mutuellement sans pour autant prescrire des obligations strictement incompatibles.²⁹² Il juge nécessaire de concevoir le conflit entre traités de la façon la plus large possible, comme la situation où « un Etat est partie à deux traités, et la simple existence de l'un des traités, ou sa mise en œuvre effective, vient contrecarrer l'objectif de l'autre traité ».²⁹³ Aussi Borgen considère-t-il par exemple qu'on peut parler en droit international, d'une manière générale, d'un conflit structurel inhérent entre les traités de libéralisation des échanges – qui visent la dérégulation généralisée du commerce mondial – et les accords non-commerciaux qui, dans des buts non-marchands (santé, environnement, diversité culturelle), visent au contraire à « re-réglementer » les échanges commerciaux.²⁹⁴

Rüdiger Wolfrum et Nele Matz considèrent également qu'il convient de prendre en compte la « variété de formes » des conflits et des contradictions entre traités, y compris « celles qui n'ont pas traditionnellement été considérées comme des conflits au sens juridique du terme ».²⁹⁵ Les deux auteurs sont d'avis que les « collisions », entendues au sens large, peuvent avoir les mêmes effets néfastes sur la légitimité et l'efficacité du droit international que les conflits *stricto sensu*. Aussi Wolfrum et Matz

²⁹¹ Voir par exemple Dean Batchelder, « An Analysis of Potential Conflicts Between the Stockholm Convention and Its Parties' WTO Obligations » (2006) 28 Michigan Journal of International Law 157 à la p. 173.

²⁹² Christopher Borgen, « Resolving Treaty Conflicts » (2005) 37 George Washington International Law Review 573 à la p. 575.

²⁹³ *Ibid.*; notre traduction.

²⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 580.

²⁹⁵ Rüdiger Wolfrum & Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin, Springer-Verlag, 2003, à la p. 6; notre traduction.

envisagent-ils, dans le contexte de leur étude sur les conflits en droit international de l'environnement, différentes catégories de conflits normatifs, par-delà les seules antinomies déontiques. Parmi elles, on retiendra essentiellement ce que les auteurs appellent les « conflits conceptuels » et les « conflits d'objectifs ».

La première forme de conflit découle de différences dans l'approche conceptuelle, voire philosophique, d'une même question par plusieurs instruments conventionnels.²⁹⁶ Les auteurs estiment par exemple qu'existe, en matière de protection du milieu marin, un conflit entre la *Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique* et la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, la première poursuivant une approche dite « éco systémique », où le milieu marin est envisagé de façon holistique²⁹⁷, tandis que la seconde répond à une approche économique ou utilitariste, où l'environnement marin est défini en termes de ressources biologiques, d'espèces exploitées et de « rendement constant maximum ».²⁹⁸

La seconde forme de conflit, pour sa part, reflète non pas les différences dans l'approche philosophique ou la sensibilité qui préside à la réglementation d'une même matière dans divers instruments conventionnels, mais plutôt le fait que des traités poursuivent des objectifs divergents, voire contradictoires.²⁹⁹ L'exemple le plus évident, que les deux auteurs utilisent pour illustrer leur propos, est bien entendu le conflit entre les traités environnementaux, qui cherchent à réglementer les activités

²⁹⁶ *Ibid.* aux pp. 7-8.

²⁹⁷ *Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique*, 20 mai 1980, 1329 R.T.N.U. 59, art. Premier: « 1. La présente Convention s'applique aux ressources marines vivantes de la zone située au sud du 60^{ème} degré de latitude Sud et aux ressources marines vivantes de la zone comprise entre cette latitude et la convergence antarctique qui font partie de l'écosystème marin antarctique. [...] 3. L'expression 'écosystème marin antarctique' désigne l'ensemble des rapports de ces ressources marines vivantes de l'Antarctique entre elles et avec leur milieu physique ».

²⁹⁸ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3, art. 119-1: « Lorsqu'ils fixent le volume admissible des captures et prennent d'autres mesures en vue de la conservation des ressources biologiques en haute mer, les Etats : a) s'attachent, en se fondant sur les données scientifiques les plus fiables dont ils disposent, à maintenir ou rétablir les stocks des espèces exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents ». Certainement convient-il de modérer quelque peu l'opposition établie par Wolfrum et Matz entre les deux traités. La Convention sur le droit de la mer fait certes la part belle aux aspects économiques de la protection du milieu marin. Mais elle enjoint également aux Etats parties de prendre en considération « les effets [des mesures de conservation] sur les espèces associées aux espèces exploitées ou dépendantes de celles-ci, afin de maintenir ou de rétablir les stocks de ces espèces associées ou dépendantes à un niveau tel que leur reproduction ne risque pas d'être sérieusement compromise » (art. 119-2).

²⁹⁹ Wolfrum & Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, supra note 295, à la p. 8.

humaines (en particulier le commerce) afin de préserver l'environnement naturel, et les traités commerciaux, dont l'objectif est de supprimer les obstacles, et en particulier les obstacles réglementaires, au commerce international.³⁰⁰ Là encore, le conflit ne désigne point la stricte incompatibilité entre deux obligations positives. Par conflit, on entend d'avantage la tension entre deux ou plusieurs « politiques juridiques ».

On notera, enfin, que la Commission du droit international a fait sienne cette approche particulièrement extensive du conflit de normes. Dans son rapport définitif, Martti Koskenniemi consacre une section entière à la définition du conflit. On y lit notamment – et la formule n'est pas sans nous rappeler celle de Kelsen – qu'il existe un conflit lorsque « deux règles ou ensembles de règles différents sont invoqués par rapport à la même matière » et que « les traités pertinents semblent *pointer dans des directions différentes* ». ³⁰¹ Plus loin, Koskenniemi s'interroge : « que faut-il entendre par 'pointer dans des directions différentes' ? ». Tout en prenant note de l'interprétation littérale qu'il est d'usage de donner de la notion de conflit, il estime que cette expression doit s'entendre dans son sens le plus large. La définition adoptée dans le rapport définitif mérite d'être reproduite dans son intégralité. Elle résume mieux que toute autre peut-être l'interprétation extensive et fonctionnelle du conflit de normes :

« Un traité peut parfois frustrer les buts d'un autre traité sans qu'il y ait à strictement parler incompatibilité entre leurs dispositions. Deux traités ou ensembles de règles peuvent posséder des justifications différentes, découler de politiques législatives différentes ou viser des buts différents. Le droit de l'immunité des Etats et le droit des droits de l'homme par exemple illustrent deux ensembles de règles aux objectifs très différents. Le droit commercial et le droit de l'environnement découlent là aussi de différents types de politique, ce qui peut avoir des incidences sur la façon dont les règles pertinentes sont interprétées ou appliquées. Si de tels « conflits de politique » ne débouchent pas sur des incompatibilités logiques entre les obligations qui incombent à une partie, ils peuvent néanmoins expliquer la fragmentation. Le présent rapport adopte une interprétation assez large du conflit dans lequel il voit une situation où deux règles ou principes suggèrent de traiter un problème à l'aide de moyens différents » ³⁰²

³⁰⁰ *Ibid.*, à la p. 9.

³⁰¹ Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 23.

³⁰² *Ibid.*, aux para. 24-25.

3. Conclusions intermédiaires : les rameaux opposites du conflit

« Un même fait porte des rameaux opposites et le malheur qu'il engendre annule le bonheur qu'il avait causé »

Marcel Proust, *A l'ombre des jeunes filles en fleurs*³⁰³

A ce stade de notre étude, il apparaît déjà clairement, à ne considérer même que l'unité matérielle du droit international, c'est-à-dire la cohérence interne du droit du point de vue de sa substance normative primaire ou élémentaire, qu'on a affaire à une question complexe, qui ne se laisse pas saisir facilement et qu'on peut prendre par plusieurs bouts. Si l'on semble s'accorder à peu près sur le fait que l'unité matérielle du droit international renvoie à l'absence de conflits entre règles ou ensembles de règles, on réalise en revanche que la nature, l'objet et les critères du conflit s'interprètent de façons diverses et variées. Les pistes sont nombreuses. Pour bien comprendre, nous les avons ramenées à trois perspectives fondamentales, trois façons d'aborder et d'interpréter le concept de conflit en droit, dont aucune ne fait l'unanimité, ni en pratique, ni en doctrine :

- *Le conflit stricto sensu* : dans sa version la plus stricte, que l'on a rapportée ici à la notion d'antinomie déontique, le conflit désigne la situation où il est impossible de mettre en œuvre deux normes simultanément. Une règle dit « oui » tandis que l'autre dit « non ». Et l'obéissance à la première entraîne *nécessairement* la désobéissance à la seconde. Cette définition est doublement restrictive : elle ne concerne que les contradictions réelles et nécessaires et ne vise que les obligations positives applicables aux mêmes sujets, au même moment, dans la même situation juridique.
- *Le conflit medio sensu* : dans sa version intermédiaire, le conflit repose toujours sur le même critère (l'impossibilité de mettre en œuvre conjointement), mais l'univers des normes pouvant entrer en conflit est sensiblement élargi. Tandis que le conflit répond toujours à une logique d'antinomie déontique, il concerne en effet, au même titre que les obligations

³⁰³ Proust, *A la recherche du temps perdu*, supra note 54, à la p. 712.

positives (prescriptions et interdictions), les permissions (de faire ou de ne pas faire).

- *Le conflit lato sensu* : dans sa version extensive, le conflit répond cette fois à une logique différente. D'avantage que d'antinomies directes et littérales entre règles applicables à la même situation juridique, le conflit relève de divergences dans la « façon d'aborder les problèmes », d'incompatibilités entre différents ensembles normatifs qui « se nuisent mutuellement », de frustration réciproque entre régimes qui découlent de politiques juridiques différentes et poursuivent des objectifs distincts. On ne parle plus de stricte incompatibilité entre prescriptions, mais de tensions entre normes ou ensembles de normes, et leurs *telos* respectifs.

Cette ambivalence dans la notion de conflit soulève un certain nombre de questions, à la fois pratiques et théoriques. D'un point de vue pratique, le choix d'une perspective particulière sur le conflit normatif peut avoir des conséquences tout à fait immédiates en termes de droit applicable et peut déterminer, à lui seul, l'issue d'un contentieux. Un certain nombre de principes d'articulation entre normes concurrentes – tels les principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior* ou l'article 103 de la Charte – ne trouvent en effet à s'appliquer que dans la mesure où l'on peut établir au préalable l'existence d'un conflit nécessitant résolution.³⁰⁴ On n'écartera donc une norme au bénéfice d'une autre qu'à la condition de démontrer qu'il y a, entre les deux, un conflit avéré.

L'affaire *Indonésie – taxes automobiles* illustre mieux que tout autre peut-être l'incidence de la définition du conflit sur l'issue d'un différend. On se souvient que l'Indonésie arguait dans cette affaire, pour déroger aux règles générales du GATT, que l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) – ouvrant aux pays en voie de développement le droit d'adopter des mesures dérogatoires – l'emportait sur les dispositions générales GATT au titre de *lex specialis*.³⁰⁵ Le groupe spécial, retenant une définition stricte du conflit, a conclu cependant qu'il n'existait pas de conflit à proprement parler entre les deux Accords. L'Indonésie pouvait faire

³⁰⁴ Voir *Conclusions du groupe d'étude sur la fragmentation*, *supra* note 229, aux para. 5 et 24.

³⁰⁵ *Supra* note 245 et texte correspondant.

valoir ses droits en vertu de l'Accord SMC sans nécessairement violer les dispositions du GATT. Il y avait entre les deux accords une marge de compatibilité, si bien que le principe de la *lex specialis* ne trouvait pas à s'appliquer et ne pouvait justifier que l'on écarte l'Accord général au bénéfice de l'Accord SMC.

C'est bien, on le constate, la définition du conflit (i.e. pas de conflit *stricto sensu* entre une obligation et une simple permission) qui détermine le droit applicable (les dispositions du GATT en tant que normes les plus strictes) et, *in fine*, l'issue du litige. Si le groupe spécial avait usé d'une définition plus large du conflit, et accepté notamment l'hypothèse d'un conflit entre une obligation et un droit, le principe de la *lex specialis* aurait joué, ouvrant la voie à une légitimation des mesures dérogatoires adoptées sur le fondement de l'Accord SMC. On peut estimer en d'autres termes que l'adoption d'une définition différente du conflit aurait sans doute donné gain de cause à l'Indonésie, ne serait-ce que sur cet aspect du différend qui l'opposait au Japon.³⁰⁶

L'ambivalence de la notion de conflit pose également un certain nombre de questions théoriques et informe notamment en grande partie la façon dont on juge de l'unité du droit international. Si l'on conçoit l'unité comme le fait pour le droit international de n'être pas sujet aux phénomènes d'incohérence normative, entendus comme les situations où plusieurs normes ou groupes de normes sont en conflit, alors notre compréhension du conflit normatif devient tout à fait centrale et déterminante dans notre interprétation des phénomènes de fragmentation.

Considérons l'hypothèse fictive où deux cours régionales, la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, rendent deux décisions contraires quant à la possibilité pour un Etat d'extrader un individu suspecté d'activités terroristes vers un pays tiers où il risque la torture. On peut imaginer par exemple que l'une des deux cours autorise l'extradition, jugeant qu'il convient de mettre en balance le risque de torture et les risques pesant sur la sécurité publique, tandis que l'autre interdit l'extradition, arguant de ce que la prohibition de la torture est absolue et ne peut en aucun cas être mise en balance avec d'autres droits et obligations. A la question de savoir si la contrariété entre ces deux décisions affecte l'unité du droit international, la

³⁰⁶ Pour une analyse similaire, voir Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* note 223, aux pp. 193-194.

réponse va dépendre en grande partie de la définition du conflit retenue. On peut imaginer au moins 4 interprétations différentes :

- Les décisions de justice n'entrent pas en considération dans la question des conflits normatifs. La divergence entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine est d'emblée exclue du champ d'analyse de la fragmentation. Elle crée sans doute des problèmes de lisibilité et de prévisibilité. Peut-être empêche-t-elle également qu'une règle coutumière n'émerge à l'échelle globale. Mais elle n'affecte pas, en tant que telle, l'unité matérielle du droit international.
- La jurisprudence internationale peut constituer le terrain de conflits normatifs. Encore faut-il qu'il y ait entre les différentes décisions un double chevauchement *ratione materiae* et *ratione personae*. Les décisions rendues par les deux cours traitent ici de la même matière, mais il n'existe aucun point de contact subjectif entre elles : elles s'adressent à deux cercles de destinataires parfaitement distincts. Il n'y a donc pas de conflit normatif à proprement parler mais simplement, sur une même question, l'expression de deux variantes régionales dans le domaine du droit international des droits de l'homme.
- Le fait qu'il n'existe, entre les deux décisions et les deux systèmes régionaux de promotion et de protection des droits de l'homme, qu'un chevauchement partiel n'élimine pas, en soi, l'hypothèse d'un conflit normatif. Mais il faut encore établir l'existence d'un conflit à proprement parler entre les deux jurisprudences. Or nous sommes confrontés, d'une part, à une obligation (de ne pas extradier vers un pays pratiquant la torture) et, d'autre part, à une simple permission (d'extrader un individu pour motifs de sécurité publique). On peut considérer qu'il existe, entre les deux normes, une marge de compatibilité. Il suffit, pour résoudre la contradiction apparente, de ne pas se prévaloir du droit ou de la permission (i.e. de ne pas extradier). Il n'y a donc pas d'antinomie véritable. L'unité matérielle du droit international n'est pas directement compromise.

- Il importe peu que nous n'ayons affaire ici qu'à un conflit potentiel (entre une obligation et une simple permission). Nous sommes confrontés, sur une même question juridique, à deux réponses contradictoires. Une cour dit « oui » et l'autre dit « non ». Sur une question aussi fondamentale que le caractère – absolu ou relatif – de la prohibition de la torture, deux normes (ou deux versions de la même norme) coexistent dans l'ordre juridique international, qui « pointent dans des directions différentes ». Nous avons là un conflit de forces entre deux ensembles normatifs qui se nuisent mutuellement. Cela compromet, à lui seul, la cohérence et l'unité matérielle du droit international.

Nous pourrions continuer à l'envi et appliquer le même type de raisonnement aux tensions entre droit du commerce et droit de l'environnement, droit des immunités et droits de l'homme, *Nicaragua* et *Tadic*.³⁰⁷ L'essentiel cependant est déjà établi. A ne considérer même que le niveau d'analyse le plus basique, à savoir celui des conflits entre normes primaires, nulle perspective ne s'impose d'elle-même. L'unité matérielle du droit se dit, se pense et s'apprécie de diverses manières selon la façon dont interprète le conflit, sa nature, son objet et ses critères. Là où les uns voient de simples accumulations de normes, les autres voient du conflit. Dans le chapitre qui suit, nous montrons que ce qui est vrai pour l'unité matérielle l'est également, et même plus encore, pour l'unité formelle du droit international.

³⁰⁷ Sur les différentes lectures possibles de *Tadic*, voir *infra* Conclusion générale.

Chapitre 4/ L'unité formelle

L'unité matérielle du droit constitue la forme la plus élémentaire et immédiate d'unité du droit. Il y a unité du droit lorsqu'il y a unité du sens. Le droit est ici considéré comme un ensemble de directives. Et la cohérence interne du droit provient, dans cette perspective matérielle, de ce que ces directives pointent, on nous pardonnera la tautologie, dans la même direction. Nous avons vu dans le chapitre précédent qu'il existe pas moins de trois façons d'envisager l'écart directif (le conflit) entre normes. Il demeure que l'unité matérielle signifie l'identité du sens, le sens étant entendu à la fois comme la *signification littérale* et comme *l'orientation normative* des règles de droit.

A considérer toujours le droit du point de vue substantif, c'est-à-dire du point de vue des normes, il est toutefois une seconde façon d'en concevoir l'unité. D'avantage qu'aux normes prises individuellement, c'est à leur agencement mutuel, à leur ordonnancement dynamique que cette seconde forme d'unité renvoie. L'accent est mis ici non pas sur les parties composantes mais sur le « tout », et sa structure interne, qui permettent l'appréhension de l'objet complexe d'un point de vue unitaire. On considère, en somme, la « forme » de l'ordre juridique, c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie d'Aristote, l'arrangement déterminé de ses parties composantes (i.e. de ses normes). Aussi parle-t-on, à propos de ces principes de structuration dynamique du système normatif, d'unité *formelle* du droit.

De l'analyse des normes, on passe donc à celle de l'ordre ou du système juridique.³⁰⁸

La question se pose alors de savoir ce qui constitue la structure et la dynamique

³⁰⁸ Nous utilisons ici les termes « ordre » et « système » indifféremment, comme renvoyant l'un et l'autre à l'existence d'une « structure » unitaire au sein de laquelle sont intégrés les différents éléments du système et qui permet de dépasser l'analyse du droit comme simple ensemble ou collection de normes. En ce sens, voir Van de Kerchove et Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *supra*

propres, l'identité et la logique internes du droit en tant qu'ensemble complexe de normes constituant un tout opérant. C'est là une question éminemment difficile à laquelle il n'existe point de réponse évidente ni univoque. Disons-le d'emblée : l'objet de cette section n'est pas de rajouter une ligne à la longue liste de contributions doctrinales traitant du paradigme systémique, en théorie générale du droit³⁰⁹ comme en droit international.³¹⁰ L'esprit de cette étude, rappelons-le, est de faire la lumière sur les conditions de possibilité du discours sur l'unité du droit international, en insistant sur la complexité, la diversité et la multi dimensionnalité de cette question. Aussi la visée de notre analyse n'est-elle pas ici de développer une approche cohérente de l'unité formelle du droit international, mais plutôt de déconstruire le discours doctrinal conventionnel, afin, notamment, d'en montrer les limites, les incohérences et les insuffisances. Notre argument, dans cette perspective, est double.

Dans un premier temps, et dans une démarche similaire au chapitre précédent, nous montrons qu'il existe, à propos de l'unité formelle du droit, une pluralité d'approches théoriques possibles, plusieurs façons d'envisager la manière dont les normes juridiques sont agencées de manière à constituer un tout opérant. La *forme* de l'ordre juridique, nous le verrons, s'appréhende à différents niveaux qui, chacun, repose sur une loi d'unité particulière, sur un « prédicat catégorial » propre, pour reprendre ici l'expression d'Husserl.³¹¹ Chaque type d'unité formelle fait intervenir un rapport causal singulier entre les diverses parties constituantes de l'ordre juridique : un rapport d'autorité entre les règles de droit et l'institution sociale structurante dans la perspective institutionnaliste ; un rapport de validation entre différents types de règles dans la perspective normativiste ; un rapport herméneutique entre l'interprète et la

note 213, aux pp. 22-25. Voir également Christophe Grzegorzcyk, « Ordre juridique comme réalité » (2002) 35 Droits 103.

³⁰⁹ Voir, entre autres, Christophe Grzegorzcyk, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit » (1986) 31 Archives de Philosophie du Droit 286; J. Chevallier, « L'ordre juridique » dans J. Chevallier et al., eds., *Le droit en procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, aux pp. 7 et s.; J-L. Vullierme, « Descriptions systémiques du droit » (1988) 33 Archives de Philosophie du Droit 159; R. Vernengo, « Le droit est-il un système? » (1991) 36 Archives de Philosophie du Droit 255; Michel Van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, supra note 213; Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970.

³¹⁰ Voir Serge Sur, « Système juridique international et utopie » (1987) 32 Archives de Philosophie du Droit 35; Joe Verhoeven, « L'Etat et l'ordre juridique international » (1978) 82 Revue Générale de Droit International Public 751; Jean Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système? » (1986) 31 Archives de Philosophie du Droit 85; Eric Wyler, « Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab » dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas (eds.), *L'Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, aux pp. 23-49.

³¹¹ *Supra* note 91 et texte correspondant.

norme dans la perspective post-normativiste. L'objet de la première section est de souligner le contraste flagrant entre la complexité et la multiplicité sémantico-conceptuelles de la notion d'unité de système et la lecture unidimensionnelle que l'on en fait, dans le contexte notamment du débat sur la fragmentation du droit international.

Dans un second temps, nous nous arrêtons sur la perspective hartienne de l'ordre juridique, non pas parce qu'elle nous paraît constituer la « bonne » façon d'envisager l'unité formelle du droit international, mais parce que, à quelques rares exceptions près, elle est celle qui informe aujourd'hui l'intégralité des débats sur la fragmentation du droit international. Notre objectif est de montrer ici que l'on fait dans l'ensemble une lecture un peu courte, voire mutilante, de la théorie de Hart. Passée la référence quasi-incantatoire à la catégorie des normes secondaires, on omet en particulier d'examiner sérieusement les conditions, de déterminabilité et d'acceptation notamment, dont Hart affirme pourtant de façon claire et explicite qu'elles sont nécessaires à l'existence d'un système juridique unitaire.

Après avoir succinctement (ré)introduit les notions de déterminabilité et d'acceptation et leur place décisive dans la théorie de Hart, nous montrons, à travers une série d'exemples concrets, les difficultés particulières qu'elles sont susceptibles de soulever dans le domaine du droit international. Notre intention n'est nullement, ce faisant, de tirer des conclusions définitives quant au degré actuel d'unité formelle de l'ordre juridique international. Il s'agit simplement de prendre Hart au sérieux, d'indiquer à *quelles conditions* on peut user de sa théorie du droit comme paradigme d'unité formelle du droit international, et de reconsidérer l'espèce d'évidence avec laquelle on assume aujourd'hui cette unité formelle.

L'essentiel de notre discussion, on le constatera, se déroule (du moins dans la seconde partie de ce chapitre) dans les paramètres hartiens du débat, et donc en des termes positivistes. Il ne faut pas y voir un signe d'endossement ou d'adhésion à la théorie positiviste du droit, ni, nous le mentionnions plus haut, une indication que la théorie de Hart constitue la perspective la plus juste en matière d'unité du droit international. Nous faisons simplement le constat que c'est en ces termes là que l'essentiel du débat est mené et que, à ne considérer même que ce terrain là, le discours conventionnel sur

l'unité du droit international affiche déjà un certain nombre de limites qui en affectent, croyons nous, la validité et l'intérêt théorique. C'est pourquoi il nous est apparu utile de nous attarder ici sur le terrain même du positivisme hartien avant, dans les chapitres suivants, d'élargir la discussion de façon beaucoup plus franche et de délaissier la seule perspective normativiste pour proposer deux conceptions originales de l'unité du droit international.

1. Trois conceptions de l'ordre juridique

L'un des grands enseignements du positivisme a été de démontrer que le droit ne peut, de façon satisfaisante, être réduit à un simple empilage de normes, à la seule somme de ses parties constitutives. L'ordre juridique n'est pas une simple collection d'objets disparates mais un ensemble organisé d'éléments interdépendants.³¹² L'identité propre du droit, nous dit on, doit donc s'entendre dans sa systématique, c'est-à-dire dans le fait qu'existe entre les divers éléments de l'ordre juridique un ensemble complexe de relations mutuelles qui répondent à certains principes généraux d'organisation. Les normes, en somme, n'existent jamais de façon isolée et autonome.³¹³ Il existe, entre elles, une certaine architecture qui garantit au système juridique le maintien de son intégrité et de son identité propres, malgré le tiraillement perpétuel du droit entre forces centrifuges et forces centripètes, et l'incessante oscillation du système entre ordre et désordre.

Ceci étant, si le fait que le droit moderne se présente sous la forme d'un système est une évidence difficilement réfutable³¹⁴, du moins dans le contexte des Etats libéraux occidentaux, en quel sens précis le droit est-il système ? Les modèles ne manquent pas qui entendent rendre compte de la systématique du droit : « système-calcul »,

³¹² Charles Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique » (2001) 33 Droits 19 à la p. 20.

³¹³ Voir, par exemple, Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997, aux pp. 244-247.

³¹⁴ Au point que certains auteurs n'hésitent pas à déclarer que « la systématique du droit s'offre à la raison comme un fait », voir Stéphane Rials, « Supraconstitutionnalité et systématique du droit » (1986) 31 Archives de Philosophie du Droit 57 à la p. 75.

« système-machine », « système-organisme »³¹⁵, système « ouvert »³¹⁶, « autonome » voire « autopoïétique ».³¹⁷ La logique est tantôt « statique » tantôt « dynamique »³¹⁸, parfois « duale » voire « mélodique ».³¹⁹ Les angles d'approches varient presque à l'infini.

Dans ce foisonnement de perspectives doctrinales, on peut cependant opposer trois grands types d'analyse : l'analyse institutionnelle, qui fonde l'unité du système dans l'existence d'un ordre social organisé ; l'analyse normativiste, qui considère que la structure du système est affaire d'enchaînement entre différents types de normes ; et l'analyse post-normativiste, qui consiste essentiellement en une synthèse des deux approches précédentes. Dans les paragraphes qui suivent, nous évoquons dans leurs grandes lignes ces trois perspectives théoriques afin, non pas d'en exposer les éléments constitutifs de façon systématique et exhaustive, mais plutôt d'en souligner la diversité et d'en marquer les aspects distinctifs. Cette démarche vise, dans la continuité du chapitre précédent, à démontrer qu'il existe, à propos de l'unité formelle du droit, plusieurs lois d'organisation possibles, et à montrer, donc, que le discours conventionnel sur l'unité du droit international est à ce jour quelque peu simplifiant ou simplificateur dans la mesure où il réduit cette question complexe à la seule interaction entre normes primaires et normes secondaires, passant largement sous silence l'extrême quantité et la grande diversité d'interactions et d'interférences possibles entre les différents éléments constitutifs du système. Le discours conventionnel sur l'unité a donc quelque chose d'insatisfaisant et même, dans une certaine mesure, d'handicapant puisqu'il traite de la systématité du droit comme d'un phénomène monocausal et ignore largement la complexité organisationnelle du droit, c'est-à-dire le fait que l'unité du droit, comme celle de tout système, ne repose jamais sur une loi d'organisation unique mais sur un entrelacs complexe de phénomènes ou de dynamiques d'unité.

³¹⁵ Grzegorzczuk, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *supra* note 309, aux pp. 284-285; François Ost et Michel van de Kerchove, « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique? » (1993) 30 *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 191.

³¹⁶ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, aux pp. 152-154.

³¹⁷ Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

³¹⁸ Voir Van de Kerchove et Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *supra* note 213, aux pp. 54-63.

³¹⁹ Paul Amssek, « Réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique » (1978) *Revue du Droit Public* 5.

1.1 L'analyse institutionnaliste

Santi Romano est l'un des premiers juristes à avoir défendu l'idée selon laquelle l'essence du droit ne réside pas dans la norme mais dans l'ordre juridique (*ordinamento giuridico*). La définition courante du droit sous le seul angle des normes, entendues comme règles de conduite, n'est point inexacte. Mais Santi Romano la juge « inadéquate et insuffisante ». ³²⁰ Le droit existe autrement que comme norme. Comprendre le droit, c'est, estime Santi Romano, atteindre la caractéristique, la nature et la structure du système en tant que tout, et ne point s'arrêter à la somme arithmétique de ses différentes parties. L'analyse du droit appelle donc à considérer l'ordre juridique dans son unité. ³²¹

De dire que les normes ne constituent que l'objet et l'instrument de l'ordre juridique, cependant, ne suffit pas à faire la lumière sur l'essence même de l'ordre juridique. Ça n'est là au fond qu'un lieu commun de la théorie du droit. Pour apprécier la nature particulière de l'ordre juridique, il convient, selon Santi Romano, d'intégrer un ensemble d'éléments qui ne sont point des règles, mais des « mécanismes et engrenages multiples, des rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci ». ³²²

Ce qui, chez Santi Romano, distingue les normes juridiques de certaines normes voisines (en particulier les normes morales), c'est le fait qu'elles possèdent toutes un certain nombre de caractères formels, qui font du droit un système véritablement obligatoire. Le premier est l'objectivité, c'est-à-dire le fait que le droit « transcende et domine » la subjectivité et l'individualité de ses sujets. ³²³ A défaut d'être détaché des consciences et intérêts individuels, le droit ne peut en effet jouer son rôle de « conscience sociale supérieure », de médiateur dans les rapports qu'entretiennent les

³²⁰ Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975, à la p. 2.

³²¹ *Ibid.*, à la p. 7.

³²² *Ibid.*, à la p. 10.

³²³ *Ibid.*, à la p. 12.

sujets de l'ordre social entre eux. Aussi le droit doit-il demeurer le « règne de l'objectivité ».³²⁴

L'autre élément formel du droit, qui fonde la distinction entre le juridique et le non-juridique, est celui de la sanction, dont Santi Romano affirme qu'il pourrait même en constituer « le seul élément formel caractéristique ».³²⁵ Santi Romano se fait de la sanction une idée assez large, qu'il n'associe pas, comme d'autres, à la coercition ou à la contrainte. L'idée de sanction couvre selon lui toute « garantie, directe ou indirecte, médiate ou immédiate, préventive ou répressive, assurée ou seulement probable ».³²⁶ Mais ce qui est déterminant, c'est encore chez Santi Romano qu'une norme juridique ne peut dépendre, pour sa sanction, d'une autre norme portant sanction de la première. Si tel était le cas, on ne verrait jamais le bout du droit, la seconde norme ayant à son tour besoin d'une troisième norme pour la garantir, et ainsi de suite, ce qui interdirait de résoudre le problème de l'essence et de la nature spécifique du droit.

De ces deux caractères formels, Santi Romano tire une conclusion essentielle : les normes ne sont jamais – ni ne peuvent être – auto-suffisantes. Elles dépendent toujours de l'existence d'un pouvoir structuré et structurant capable d'incarner le *moi* social, d'en fixer et d'en exprimer les modalités de fonctionnement. C'est cela que Santi Romano désigne sous le nom d'institution, qu'il entend non pas nécessairement au sens de structure organique, mais comme une unité sociale concrète, stable et permanente. L'unité formelle du droit, *in fine*, renvoie à l'organisation, la structure et l'attitude de la société dans laquelle il est en vigueur, et qui lui assigne son identité propre. Tout ordre juridique, conclue Santi Romano, est une institution, et inversement toute institution est un ordre juridique : « il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue ».³²⁷

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*, à la p. 15.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*, à la p. 19.

1.2 L'analyse normativiste

- Kelsen

Kelsen, plus que Santi Romano peut-être, a fermement contribué à asseoir la vision du droit comme système au cours du XXe siècle. Comme Santi Romano, Kelsen estime que le droit n'a de sens que lorsqu'il est considéré en tant qu'ordre juridique, c'est-à-dire en tant que système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement.³²⁸ Les normes juridiques, estime Kelsen, sont non-indépendantes. Elles n'existent pas simplement « les unes à côté des autres ».³²⁹ Une norme donnée n'est juridique qu'« en tant qu'elle appartient à un ordre juridique ».³³⁰ Aussi faut-il « comprendre tout ce qui est droit en un système, c'est-à-dire le comprendre d'un seul et même point de vue comme constituant un tout refermé sur lui-même ».³³¹

En parlant de système fermé, Kelsen marque sa différence avec Santi Romano. Chez ce dernier, en effet, le système est ouvert. Le droit n'est jamais auto-suffisant et il ne s'explique que dans son rapport avec un ordre social organisé (une institution). Chez Kelsen, à l'inverse, la systémativité du droit n'est affaire que de normes, reliées entre elles par des liens ascendants de validité. Les éléments du système se ramènent tous à des normes. Kelsen ne nie pas l'importance des institutions, et en particulier de l'Etat. Mais il rejette tout bonnement la distinction entre ordre juridique et institution. Il considère, notamment, que l'Etat n'est au fond qu'un ordre juridique centralisé. Le droit, affirme Kelsen, « règle lui-même sa propre création et sa propre application ».³³² Non pas qu'il soit parfaitement imperméable et cliniquement isolé de son environnement (y compris de son environnement institutionnel). Mais l'identité et la validité de l'ordre juridique positif est indépendante de sa conformité à un système

³²⁸ Du moins est-ce là l'un des principes d'unité avancé par Kelsen. Rappelons que la théorie de l'unité du droit de Kelsen est loin d'être cohérente. Si l'unité est un élément essentiel de la doctrine Kelsenienne, elle se décline en bien des versions différentes, signifiant tantôt l'absence de conflit entre normes valides, tantôt l'ordonnancement hiérarchique des normes au sein d'un même système, tantôt un fait empiriquement vérifiable, tantôt un simple postulat de théorie de la connaissance.

³²⁹ Kelsen, *Théorie pure du droit*, *supra* note 221, à la p. 266.

³³⁰ *Ibid.*, à la p. 43.

³³¹ *Ibid.*, à la p. 430.

³³² *Ibid.*, à la p. 96.

moral ou social. Seule compte l'existence effective d'un « ordre de contrainte », c'est-à-dire le doublement de la prescription par la sanction, immanente ou socialement organisée.³³³

Ceci étant, quels sont les principes d'unité des systèmes normatifs ? Kelsen en distingue deux.³³⁴ Selon le premier principe, principe statique, les normes dérivent les unes des autres en vertu d'une opération de déduction : de la norme supérieure se déduit le contenu de la norme inférieure. Ce principe d'organisation caractérise essentiellement les ordres normatifs moraux. Les systèmes juridiques, en revanche, répondent à un principe de structuration dynamique. Le principe d'organisation du droit repose sur l'existence de chaînons hiérarchisés de validité formelle : chaque norme trouve son fondement dans une norme supérieure, laquelle trouve son fondement dans une autre norme supérieure, et ainsi de suite jusqu'à une norme fondamentale ou *Grundnorm*, principe hypothético-transcendantal qui confère simultanément l'unité, la non contradiction et le fondement de la validité à l'ensemble des normes du système. Les normes s'articulent ainsi dans une structure pyramidale au sommet de laquelle trône la norme fondamentale, véritable « base d'enracinement » de l'ordre juridique qui convertit la légitimité sociale en validité juridique selon des critères exclusivement internes au système.³³⁵

L'ordonnancement entre les éléments de l'ordre juridique est ici purement formel, en ce sens que la norme supérieure ne dit rien du contenu substantiel de la norme inférieure. Elle ne fait que l'« habilitier », c'est-à-dire qu'elle en fixe les conditions d'existence spécifique et en pose les conditions d'appartenance au système. L'unité formelle du droit chez Kelsen est donc une unité de fondement ou, pour reprendre l'expression d'Husserl, une unité de « fondation ».³³⁶ Elle s'articule autour de deux idées maîtresses : 1) toutes les normes du système sont dépendantes les unes des autres et sont liées entre elles par des chaînes de validité³³⁷ ; et 2) tous ces chaînons ou

³³³ *Ibid.*, aux pp. 46-48.

³³⁴ *Ibid.*, à la p. 258.

³³⁵ Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public » (1987) 207 Recueil des Cours 9 à la p. 109.

³³⁶ *Supra* note 101.

³³⁷ Sur la notion de « chaîne de validité », voir Raz, *The Concept of a Legal System*, *supra* note 309, aux pp. 105-109.

chemins de validité mènent, non pas à Rome, mais à la Grundnorm, agent cristallisant des normes juridiques et point archimédien du système.

- Hart

Les théories de Kelsen et de Hart possèdent un certain nombre de points communs. Parmi eux, on retiendra notamment le fait que les deux auteurs articulent leur vision du droit autour de la façon dont certaines normes sont reconnues et gérées par d'autres normes. Ces similarités, néanmoins, ne doivent pas masquer les divergences réelles entre les deux théoriciens du droit. La doctrine de Hart est loin de n'être, comme on a pu l'écrire, qu'un « dérivé » de Kelsen, articulé seulement dans un langage plus clair est moins ambigu.³³⁸ A bien des égards, le positivisme analytique de Hart diffère de la théorie pure du droit.³³⁹

Premier point de divergence, et non des moindres : Hart rejette la proposition, centrale chez Kelsen, selon laquelle il convient d'assimiler tout ordre juridique à un ordre de contrainte. Cette formulation lui paraît être une distorsion intenable de la réalité qui rend mal compte de la façon dont le droit opère, du point de vue interne, dans la conscience des acteurs du système, « autorités officielles » (*officials*) ou simples citoyens.³⁴⁰ Plutôt que de définir l'ordre juridique en termes de prescription/sanction, la sociologie descriptive de Hart s'articule autour de la différenciation entre deux catégories de normes, les unes primaires, les autres secondaires. Les normes primaires constituent des ordres, elles prescrivent certains devoirs (*duties*) et règlent la conduite des sujets de la communauté juridique. Les règles du droit pénal, qui nous interdisent de voler ou de conduire trop vite, en constituent de bons exemples. Les normes secondaires, pour leur part, ne créent pas d'obligations, mais attribuent des pouvoirs (qu'il s'agisse de pouvoirs conférés aux autorités officielles du système ou de pouvoirs délégués aux citoyens, comme le pouvoir de « créer » du droit par voie de contrat).³⁴¹ Leur caractéristique principale est de n'avoir pas pour objet la conduite des sujets mais

³³⁸ Jeffrie G. Murphy et Jules L. Coleman, *Philosophy of Law – An Introduction to Jurisprudence*, San Francisco, Westview Press, 1990, à la p. 27

³³⁹ Voir Stanley L. Paulson, « Continental Positivism and Its British Counterpart : How Different Are They? » (1993) 6 *Ratio Juris* 227.

³⁴⁰ Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 203, aux pp. 55-58. Sur l'importance du « internal point of view » dans la théorie analytique de Hart, voir Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence – An Introduction to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005, aux pp. 82-83.

³⁴¹ Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 203, aux pp. 78-79.

les règles primaires elles-mêmes, dont elles régissent le cycle de vie et la mise en œuvre. Ces normes secondaires, véritables « règles du jeu » ou « règles sur les règles », ont pour Hart trois fonctions essentielles : celle de reconnaissance, celle de changement et celle d'adjudication des normes primaires. Cette nomenclature est bien connue. Aussi se contentera-t-on d'en rappeler ici les grandes lignes : les règles de reconnaissance (*rules of recognition*) permettent aux organes d'un ordre juridique d'identifier les normes appartenant à l'ordre juridique en question et non à un autre; les règles de changement (*rules of change*) ont pour objet les procédures à suivre pour créer et modifier les règles primaires; et les règles d'adjudication (*rules of adjudication*), enfin, portent sur les procédures d'application du droit par les organes du système, administratifs ou judiciaires.³⁴²

Le principe d'unité dans la théorie Hartienne du droit consiste en *l'union* des normes primaires et des normes secondaires. Hart n'exclut pas l'existence d'ensembles de normes composés uniquement de normes primaires (c'est le cas, pour Hart, du droit international).³⁴³ Mais ces ensembles là ne constituent pas des systèmes juridiques à proprement parler. Ce ne sont que des ensembles primitifs et disparates de standards qui sont imparfaits dans la mesure où, privés de normes secondaires, ils tendent à demeurer incertains, statiques et inefficaces.³⁴⁴ L'existence du droit en tant que système unitaire dépend donc, dans la théorie de Hart, de trois conditions nécessaires et suffisantes : 1) les règles valides du système doivent être globalement respectées ; 2) l'identification et la mise en œuvre des règles primaires doivent être prédéterminées par un ensemble de règles secondaires ; et 3) cette union de règles primaires et de règles secondaires doit trouver idéalement son fondement dans une règle ultime de reconnaissance, critère suprême de validité accepté en tant que tel par les autorités officielles du système.³⁴⁵

On perçoit ici la similarité entre les théories de Hart et celles de Kelsen: la règle ultime de reconnaissance comme la Grundnorm reposent sur l'idée de chaînes de validité. Une norme juridique particulière n'est valide que dans la mesure où elle a été autorisée (Kelsen dirait « habilitée ») par une norme supérieure plus générale. Et cette

³⁴² *Ibid.*, aux pp. 92-96.

³⁴³ Voir le dernier chapitre du *Concept of Law* consacré au droit international, *Ibid.*, aux pp. 213-237.

³⁴⁴ *Ibid.*, aux pp. 89-91.

³⁴⁵ *Ibid.*, aux pp. 102-104.

chaîne de validité doit nécessairement s'arrêter quelque part, avec une norme fondatrice qu'il n'est pas possible de justifier par une autre norme. Mais il existe, là encore, une différence sensible entre les deux auteurs. Hart, en premier lieu, ne fait pas de cette norme fondamentale une condition *nécessaire* de l'existence du droit. La règle ultime de reconnaissance, écrit Hart, « n'est pas une nécessité, mais un luxe », que l'on trouve dans les systèmes de droit les plus avancés et les plus sophistiqués.³⁴⁶

Hart diffère également de Kelsen quant à la nature de la norme fondamentale : tandis qu'elle constitue chez Kelsen un présupposé logico-transcendantal, une hypothèse dernière indémontrable, la règle ultime de reconnaissance constitue, chez Hart, un principe d'unité *socialement constitué*, dans la mesure où il doit être effectivement « accepté » par les autorités officielles du système. Cette notion d'acceptation, nous y reviendrons dans un instant, est extrêmement ambiguë et Hart n'est jamais vraiment parvenu à en éclairer le sens précis. Reste qu'elle est un élément tout à fait déterminant de la doctrine de Hart, et de son « point de vue interne », qui illustre l'originalité de sa pensée, non seulement par rapport aux positivistes classiques (Austin en particulier), mais également par rapport au normativisme Kelsenien.³⁴⁷

³⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 235 : « It is [...] a mistake to suppose that a basic rule or rule of recognition is a generally necessary condition of the existence of rules of obligation or 'binding' rules. This is not a necessity, but a luxury, found in advanced social systems whose members not merely come to accept separate rules piecemeal, but are committed to the acceptance in advance of general classes of rule, marked out by general criteria of validity ».

³⁴⁷ Voir Richard Holton, « Positivism and the Internal Point of View » (1998) 17 *Law and Philosophy* 597 aux pp. 600-601.

1.3 Les analyses post-normativistes

Les théories de Hart et de Kelsen, cependant qu'elles divergent à certains égards, partagent un trait commun : toutes deux considèrent que les ordres juridiques sont uniquement des ensembles de normes. C'est cela précisément que rejettent, partiellement ou radicalement, les théories post-normativistes, et en particulier celles de Joseph Raz et Ronald Dworkin.

- Raz

La doctrine de Joseph Raz s'inscrit dans une large mesure dans la continuité de celle de Kelsen, qu'il ambitionne de perfectionner en la débarrassant d'un certain nombre d'éléments insatisfaisants³⁴⁸, et de Hart, dont il fut le disciple à Oxford mais dont il estime qu'il n'a pas été assez loin dans sa critique du positivisme classique. Dans son *Concept of a Legal System*, Raz postule, comme Hart et Kelsen avant lui, que la nature du droit ne peut être appréhendée qu'à l'échelle du système. Comprendre le droit, écrit-il, c'est comprendre la structure interne des systèmes juridiques et, en particulier, les relations complexes que chaque type de lois entretient avec d'autres lois.³⁴⁹ Le droit, en somme, ne se limite jamais à l'accumulation aléatoire de règles. Il constitue une structure complexe et relativement bien organisée de lois interconnectées.³⁵⁰

Ceci étant, la théorie de Raz diffère de celle de Kelsen et de Hart à deux égards au moins. En premier lieu, Raz considère qu'un système juridique ne se compose pas exclusivement de normes. Raz reprend à son compte, dans les grandes lignes, la distinction opérée par Hart entre normes primaires et normes secondaires. Sans adhérer complètement à la terminologie Hartienne, il maintient qu'existe, dans tout système juridique, deux classes fondamentales de lois : les lois imposant des obligations (*duty-imposing laws* ou lois-D), d'une part, et les lois conférant des pouvoirs (*power-conferring laws* ou lois-P), d'autre part.³⁵¹ Raz estime que la

³⁴⁸ Raz, *The Concept of a Legal System*, *supra* note 309, à la p. 121.

³⁴⁹ *Ibid.*, aux pp. 121-122 et 140-141.

³⁵⁰ *Ibid.*, à la p. 183.

³⁵¹ *Ibid.*, aux pp. 147-166.

structure de tout système juridique dépend avant toute chose des rapports « génétiques » et « opératoires » entre ces différentes catégories de lois, c'est-à-dire, pour l'essentiel, de la façon dont les unes règlent l'existence des autres (i.e. leur création, leur changement et leur sanction).³⁵²

S'il concède volontiers que les lois-D et les lois-P sont les deux seules variétés de normes composant un système juridique, Raz suggère qu'il existe dans tout système juridique d'autres types de lois (*other types of laws*) qui ne sont pas à proprement parler des normes. Bentham, Austin et Hart sont tous d'accords sur une chose : toute loi est une norme. Raz, pour sa part, estime que si la normativité est certainement un aspect primordial des lois, il en existe pourtant qui ne répondent pas à la définition d'une norme, en ce sens qu'elle n'ont point pour objet de guider le comportement humain, c'est-à-dire de prescrire une certaine ligne de conduite.³⁵³ Parmi elles, il cite par exemple les lois instituant des droits (*laws instituting rights*), dont il estime qu'elles ne sauraient être assimilées ni à une loi prescrivant une obligation, ni à une loi conférant un pouvoir. Une loi prévoyant le transfert de la propriété d'un bien à l'héritier du propriétaire, par exemple, n'est pas une norme : elle ne prescrit pas de conduite. Elle remplit uniquement une fonction de constitution ou de stipulation de rapports juridiques.³⁵⁴ Raz cite également, dans la deuxième édition de son *Concept of a Legal System*, les règles de qualification (*categorizing rules*) qui permettent de traduire des actions, des événements et autres faits en catégories juridiques, ainsi que les règles qui énoncent les domaines d'application d'autres règles (*rules of scope*).³⁵⁵ Ces lois là, estime Raz, sont juridiques, en ce qu'elles sont constitutives de relations juridiques ou qu'elles se rapportent à d'autres lois, normatives celles-ci. Mais, bien que juridiques, elles ne sont pas à proprement parler des normes.³⁵⁶

Post-normativiste, la théorie de Raz l'est également dans la mesure où le principe d'unité du système réside, selon lui, non pas dans une norme mais dans un *fait institutionnel de reconnaissance*. D'une certaine façon, Raz rejette l'idée même d'une norme ultime de reconnaissance. Il considère qu'il n'est pas nécessaire qu'un système

³⁵² *Ibid.*, aux pp. 183-186.

³⁵³ *Ibid.*, à la p. 168.

³⁵⁴ *Ibid.*, aux pp. 180-183.

³⁵⁵ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System – An Introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd., 1980, aux pp. 224-225.

³⁵⁶ Raz, *The Concept of a Legal System*, *supra* note 309, aux pp. 180-183.

juridique soit doté d'une telle norme fondamentale.³⁵⁷ L'identité et la clôture du système dépendent, chez Raz, du fait (qui appelle une constatation empirique) que les lois du système sont acceptées par les organes d'application du droit (*law-applying organs*). L'unité du système, en d'autres termes, provient de l'existence d'un appareil juridictionnel capable de déterminer, à un instant *t*, les frontières précises du système juridique sur la base de critères communs d'appartenance (Raz parle de *criteria of membership*), reconnus, si ce n'est par l'ensemble des organes du système, du moins par ses « organes primaires ».³⁵⁸ En ce sens, la théorie de Raz, et lui-même la définit en ces termes, est une théorie du droit en tant que système institutionnalisé de lois.³⁵⁹

- Dworkin

Bien plus que celle de Raz, la théorie de Dworkin s'inscrit en rupture avec le positivisme, et notamment avec la théorie analytique de Hart.³⁶⁰ Dworkin partage cependant avec Raz la conviction que l'identité d'un système juridique ne dépend pas d'une règle maîtresse, test ultime permettant d'individualiser le droit et de le différencier des autres standards sociaux en vigueur au sein d'une communauté donnée.³⁶¹ Chez Dworkin, l'identité et la clôture du système juridique dépendent, bien

³⁵⁷ *Ibid.*, aux pp. 100-105.

³⁵⁸ *Ibid.*, aux pp. 189-197. La position de Raz en ce qui concerne la définition de ces organes primaires d'application du droit est quelque peu indéterminée et ambiguë. Dans la première édition de son *Concept of a Legal System*, Raz définit ces organes primaires comme les institutions qui sont investies du « pouvoir de déterminer si l'emploi de la force dans certaines circonstances est prohibé ou autorisé » (p. 192). La formule, au-delà même de son caractère quelque peu elliptique, paraît indument restrictive. Elle exclut en effet certains organes qui, tandis qu'ils ne sont pas investis du pouvoir de se prononcer sur l'usage légitime de la force, jouent un rôle déterminant dans l'individuation du système juridique. On songera par exemple au Conseil Constitutionnel français qui, par le biais de ses prononcés sur la valeur juridique et l'articulation de certains textes (préambule de la constitution, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Constitution Européenne) et son contrôle de constitutionnalité des lois, exerce une fonction essentielle de démarcation du « territoire juridique » français. Plus tard, Raz va cependant largement réviser sa définition pour inclure toute institution ayant autorité pour rendre ou pour prendre des décisions obligatoires en droit (*the authority to make binding applicative determinations*). Cette définition recouvre essentiellement les cours, tribunaux, et autres instances judiciaires. Mais elle inclut également d'autres organes officiels, tels les officiers de police. Voir Joseph Raz, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, à la p. 110.

³⁵⁹ Raz, *Practical Reason and Norms*, *supra* note 316, à la p. 154.

³⁶⁰ Voir Philip Soper, « Legal Theory and the Obligation of a Judge : the Hart/Dworkin Dispute » (1977) 75 *Michigan Law Review* 473 ; Michael Mandel, « Dworkin, Hart, and the Problem of Theoretical Perspective » (1979) 14 *Law and Society Review* 57 ; Michael Bayles, « Hart vs. Dworkin » (1991) 10 *Law and Philosophy* 349.

³⁶¹ Ronald Dworkin, « The Model of Rules » (1967) 35 *University of Chicago Law Review* 14 à la p. 45. Notons cependant que Dworkin insiste largement sur les passerelles entre le droit et d'autres standards sociaux (notamment la morale politique) tandis que Raz, pour sa part, et dans la continuité de Hart, insiste sur la nécessité d'identifier et de maintenir hermétiquement les « limites » du droit. Voir Joseph Raz, « Legal Principles and the Limits of Law » (1972) 81 *Yale Law Journal* 823.

plus que d'un test de pedigree, d'un concept clé – le principe – et de son interprétation par une figure centrale : le juge.

Derrière les règles d'un système juridique particulier, et c'est en cela qu'il est post-normativiste, Dworkin considère qu'existent un certain nombre de standards « autres que les règles », qui sont tantôt des « principes » (*principles*), tantôt des « politiques » (*policies*).³⁶² Par « politique », Dworkin désigne les standards qui déterminent un but à atteindre, un progrès pour la collectivité.³⁶³ Ce progrès là peut être de nature économique (e.g. le plein emploi), sociale (e.g. l'accès au logement) ou politique (e.g. la parité homme/femme). Mais dans les trois hypothèses, il représente un objectif jugé désirable pour la société. Par « principe », Dworkin désigne un standard qui doit être observé, non pas parce qu'il permettrait d'atteindre une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il constitue une exigence de la justice ou de l'équité.³⁶⁴ Le standard qui prescrit qu'il faut réduire le nombre d'accidents de la route ou l'échec scolaire est, dans cette perspective, une politique, tandis que le standard selon lequel nul ne peut tirer profit du mal qu'il a commis est un principe.

La différenciation essentielle opérée par Dworkin demeure, cependant, celle entre principes et règles juridiques. Tandis que ces deux types de standards permettent d'aboutir à des décisions particulières dans des circonstances particulières, Dworkin estime qu'ils se distinguent de part la nature de l'indication qu'ils fournissent. Les règles, écrit-il, sont applicables ou ne le sont pas. Si les faits qui sont prévus par la règle sont effectivement réunis (un vol ou une infraction au code de la route par exemple), alors la solution qui en découle (la peine associée au délit ou à l'infraction) doit être appliquée. C'est là ce que Dworkin appelle le caractère « tout-ou-rien » (*all-or-nothing*) de la règle.³⁶⁵

Toute autre est la manière dont fonctionnent les principes. Les principes ne prévoient pas les conséquences juridiques qui doivent nécessairement découler de la réalisation des conditions prévues dans la règle. Un principe n'énonce pas les conditions qui

³⁶² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, à la p. 22.

³⁶³ *Ibid.*, aux pp. 22 et 82.

³⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 90.

³⁶⁵ *Ibid.*, à la p. 24.

rendent son application nécessaire. Il énonce plutôt une raison qui milite en faveur d'une orientation générale sans pour autant prescrire une décision particulière dans une circonstance particulière.³⁶⁶ Le principe selon lequel les fabricants d'automobiles sont soumis à un certain nombre d'obligations liées à la production et à la vente de leurs véhicules ne prescrit pas de devoirs spécifiques ni ne définit les droits qui en résultent pour les consommateurs. Il se contente d'énoncer que les fabricants d'automobiles doivent être soumis à des exigences plus élevées que les autres fabricants et qu'ils ne sauraient se libérer de ces exigences sur le seul fondement de la liberté contractuelle.

Chez Dworkin, l'unité de l'ordre juridique ne provient ni de l'absence de contradictions entre règles valides – il considère qu'un tel conflit est logiquement impossible³⁶⁷ – ni de l'existence de règles secondaires prédéterminant les conditions de validité et de mise en œuvre des règles. L'unité du droit repose sur l'activité du juge informée par les principes de droit. L'essentiel du raisonnement de Dworkin, et cela en constitue d'ailleurs une limite certaine, porte sur la question des « cas difficiles » (*hard cases*), c'est-à-dire des cas qui soulèvent des questions si inédites qu'ils ne peuvent être décidés par simple application ou réinterprétation des règles existantes.³⁶⁸ A propos des cas difficiles, Dworkin s'oppose aux positivistes, et notamment à Hart, qui estiment qu'en cas de silence du droit, les juges ont le pouvoir de développer eux-mêmes, et de façon discrétionnaire, la règle dont ils supposent qu'elle aurait été adoptée par le législateur s'il avait été saisi du problème. Dworkin réfute cette hypothèse, ou plutôt, il la qualifie. Le pouvoir discrétionnaire du juge, écrit-il, est comme le trou dans le gruyère : « il n'existe pas, si ce n'est dans un espace laissé vide par les limites qui l'entourent ».³⁶⁹ Il est inexact de dire du juge qu'il n'est lié par aucun standard. Ce dernier est toujours lié, *a minima*, par les principes, explicites ou en germe, qui contrôlent les décisions qu'il prend à propos des droits subjectifs et des obligations. Si le juge était libre de choisir parmi une multitude de standards celui qui soutient le mieux sa décision, aucune règle ne serait plus sûre.³⁷⁰

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ *Supra* note 252.

³⁶⁸ Ronald Dworkin, « Hard Cases » (1975) 88 Harvard Law Review 1057 à la p. 1058.

³⁶⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 362, à la p. 31; notre traduction.

³⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 127.

Le principe d'unité est donc avant tout chez Dworkin un *principe de décision* en vertu duquel les juges doivent lire et comprendre les normes comme si elles étaient l'œuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception de la justice et de l'équité.³⁷¹ Dworkin illustre ce principe de clôture du système par la métaphore du roman à la chaîne. Les juges, écrit-il, sont engagés dans l'activité d'application du droit tels un groupe d'écrivains dans un projet de roman à la chaîne. Chaque écrivain rédige un chapitre du roman, dans la continuité du chapitre précédent. Ce faisant, il est investi d'une double tâche : « il doit à la fois interpréter et créer, car, avant d'écrire un seul mot, il doit décider de ce que l'œuvre est déjà devenue. Il doit définir quelle sont la véritable nature des personnages et la nature de leurs motivations, quel est le thème principal du roman en préparation, dans quelle mesure l'usage inconscient ou non de telle figure de style contribuer à l'effet recherché, il doit savoir si cet effet doit être prolongé, ou rendu plus subtil, ou abandonné pour mener le roman dans une direction nouvelle ».³⁷²

Tout se passe donc comme si le juge devait réaliser le meilleur roman possible à partir du matériau qui lui est donné (les précédents), de ce qu'il y rajoute (son interprétation) ainsi, dans la mesure où il en a la maîtrise, de ce que ses successeurs y rajouteront. Pour y parvenir, le rôle du juge est de découvrir les principes qui maintiennent ou soutiennent le système (et par lesquels lui, donc, est tenu) à force de questionnement et d'interrogations sur l'ordre juridique et la réalité sociale dans laquelle il s'inscrit. Cette découverte herméneutique n'a, pour Dworkin, rien à voir avec l'arbitraire, dans la mesure où elle obéit à certaines règles qui pèsent sur l'interprète lui-même, la première étant, bien entendu, la prise en compte des interprétations antérieures.

L'unité formelle du droit, on le réalise, n'est pas affaire chez Dworkin de chaînes de validité mais bien de chaînes d'interprétation.³⁷³ Dans cette perspective, il importe peu finalement que plusieurs juges parviennent à des interprétations différentes sur des questions de droit identiques ou connexes. La clôture du système est maintenue dès lors que chaque juge participe d'un effort collectif pour lire ou relire le droit sous son meilleur jour, c'est-à-dire pour donner du droit une explication ou un sens cohérents

³⁷¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, aux pp. 247 (chap. 7).

³⁷² Ronald Dworkin, *Une question de principe*, Paris, Presses Universitaires de France, aux pp. 199-200.

³⁷³ Ronald Dworkin, « Law as Interpretation » (1982) 9 *Critical Inquiry* 179.

dont sa décision n'est au fond qu'une expression particulière. L'unité de l'ordre juridique provient, en définitive, de ce que chaque juge, animé d'un esprit de convenance (*sense of appropriateness*), est guidé par la texture de l'histoire juridique existante vers une « bonne solution » (*right answer*) qui n'est que la traduction de principes qui, sans être nécessairement prédéterminés par la lettre du droit positif, sont en germe dans le système.³⁷⁴

1.4 Le double réductionnisme du discours juridique conventionnel

Ce bref survol doctrinal relatif à la systémativité du droit, et à son unité en tant qu'ordre formel, a permis de mettre en évidence qu'en matière d'unité formelle, comme en matière d'unité matérielle, il est plusieurs façons d'être un, différents principes d'unité, diverses dynamiques d'organisation. La dynamique institutionnaliste repose sur l'existence d'un pouvoir structuré et structurant, fixant et exprimant les modalités de fonctionnement du droit. La dynamique normativiste repose sur une classe particulière de normes gouvernant la validité, ou plus largement le cycle de vie, des autres normes. La dynamique post-normativiste, enfin, repose sur le rapport mutuellement constitutif entre certaines normes, règles ou principes, et les organes de mise en œuvre du droit.

Il est intéressant de noter que l'on tend, en général, à opposer ces différentes perspectives, ou du moins à les considérer en isolation les unes des autres. Pourtant, si ces dynamiques là répondent chacune à une logique propre, elles ne sont en rien mutuellement exclusives. Il n'y a pas de raison pour que le droit ne constitue un tout opérant *que* du fait de l'existence d'une unité sociale structurante, de chaînes ascendantes de validité ou de chaînes collectives d'interprétation des normes. Sans doute ces dynamiques là sont-elles complémentaires et sont-elles conjointement à l'œuvre dans tout système de droit. Juger de l'unité formelle d'un système de droit, c'est au fond juger de l'interaction entre ces différentes dynamiques.

L'unité du droit n'est pas monocausale. Le droit, du moins envisagé comme il l'est dans cette section comme ensemble organisé de normes, est toujours constitué *à la fois*

³⁷⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 362, à la p. 40.

d'un certain nombre de règles, qui sont socialement constituées, et dont le sens et la signification dépendent, en partie au moins, de ce qu'en pensent et en font les communautés interprétatives (et en premier lieu les juges). La complexité du droit, c'est cela précisément : le fait que l'on ne saurait le réduire à l'une seulement de ces trois dimensions. Le droit ne se confond jamais complètement avec les institutions, les règles ou l'activité des juges. Il est toujours tout cela à la fois.

Ne considérer qu'une seule dynamique d'unité, qu'il s'agisse de la dynamique institutionnelle, de la dynamique inter-normative ou de la dynamique interprétative, c'est donc risquer d'enfermer l'analyse dans une logique de disjonction, de réduction et de simplification incapable de rendre compte du fait que tout système de droit est traversé par des forces multiples, tantôt cohésives tantôt pluralisantes, tantôt de continuité tantôt de changement, et que c'est de la tension et de l'équilibre entre ces forces là que naît l'unité du système (si unité il y a).

Or sur ce point, justement, le discours conventionnel sur l'unité du droit international frappe par son caractère doublement réducteur. Tandis, en effet, que l'idée du droit international en tant que système sous-tend l'essentiel de la réflexion sur le sujet, on semble incapable d'en appréhender la systématisme et l'unité formelle dans leur complexité. A dire vrai, et nous l'avons déjà repéré plus haut, la systématisme du droit international, et donc son unité formelle, sont d'avantage assumées que pensées. Mais même lorsqu'un effort de rationalisation est opéré, on constate que l'on pense l'unité formelle du droit international de façon largement monodimensionnelle. Non pas que l'on s'accorde sur le fait que le droit international soit unitaire ou fragmenté. Sur ce point, rappelons-le, les opinions divergent. Mais au-delà de ces divergences, ce qui frappe c'est bien que l'on problématise la question de l'unité en des termes uniformes qui ne renvoient, à quelques rares exceptions près, qu'à la seule dynamique inter-normative d'unité.³⁷⁵

³⁷⁵ Pour deux exceptions notoires, voir William Burke-White, « International Legal Pluralism » (2004) 25 Michigan Journal of International Law 963 [l'un des rares auteurs à considérer que la question de l'unité et de la fragmentation du droit international est affaire d'équilibre entre une pluralité de forces et de « tendances » (il en relève pas moins de 7) dont il estime pour sa part qu'elles sont constitutives d'un système non pas fragmenté mais pluraliste, c'est-à-dire un système où les normes, en tant que telles, divergent et se contredisent même à l'occasion, mais où un certain degré de cohérence est maintenu du fait que ces normes s'inscrivent dans un processus généralisé d'interaction constructive entre opérateurs du système (Etats et juges internationaux notamment)]. Voir également Tomer Broude, « Fragmentation(s) of International Law : On Normative Integration as Authority Allocation » dans

Que l'on disserte de la multiplication des organisations intergouvernementales, de la prolifération des tribunaux ou de l'autonomisation des régimes spéciaux, on ramène en effet, et de façon quasi-systématique, le problème à une question de normes secondaires. La démarche est à peu près partout la même : on constate que le droit se densifie et se complexifie, on considère qu'il y a là une évolution susceptible de poser des problèmes au droit international en tant que système, et, pour juger de l'état du droit international en tant que système, on se penche sur la question de savoir si, par-delà la diversité croissante des règles et institutions de droit international, il existe un noyau stable de règles générales structurantes (i.e. de règles secondaires).³⁷⁶

Nous détaillons un peu plus loin cette structure argumentative. Mais ce qu'il importe de relever ici, c'est la tendance généralisée à recourir, souvent de façon explicite, à la théorie de Hart comme paradigme unique et exclusif d'unité formelle du droit. Le problème n'est pas, bien entendu, que l'on se réfère à Hart, même s'il y a quelque chose de cocasse dans le fait que les internationalistes, pour disserter de l'autonomie de leur droit (et souvent pour la défendre), s'en remettent à un auteur qui n'a jamais fait mystère de ses doutes quant à l'existence du droit international en tant que système juridique à proprement parler.³⁷⁷ Cette référence devient problématique néanmoins dès lors qu'elle est exclusive d'autres logiques d'unité. On réduit alors l'analyse à la question de savoir si le droit international est doté d'un système de règles secondaires *comme si* la présence d'un réseau plus ou moins homogène de règles secondaires épuisait à elle seule la question de l'unité formelle du droit.

Tomer Broude et Yuval Shany, eds., *The Shifting Allocation of Authority in International Law : Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, Hart Publishing, 2008 [qui est d'avis qu'il existe au moins deux formes d'unité – l'unité des normes et l'unité de l'autorité juridique – et que ces deux formes d'unité ne sauraient être analysées indépendamment l'une de l'autre].

³⁷⁶ Voir notamment Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann, eds., *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006 [où la démarche consiste à déterminer si, malgré la diversité et la complexité croissante des régimes internationaux, il demeure un certain nombre de tendances communes en ce qui concerne notamment le droit des traités, la formation de la coutume, le règlement des différends et la responsabilité des Etats]; L.A.N.M. Barnhoorn et Karel Wellens, eds., *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995 [où la démarche consiste à établir dans quelle mesure la logique d'autonomisation des régimes spéciaux a abouti à l'émergence de règles secondaires distinctes et à déterminer si ces déviations sont d'une « gravité » telle qu'elles risquent de compromettre l'unité et l'efficacité du droit international].

³⁷⁷ Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 203, aux pp. 208-231. Voir également John R. Morss, « Sources of Doubt, Sources of Duty : HLA Hart on International Law » (2005) 10 *Deaking Law Review* 698.

Ce faisant, on se coupe d'un nombre important de questions qui se jouent au croisement des dynamiques inter-normatives, institutionnelles et herméneutiques et qui, assurément, ont un impact immédiat sur l'unité du droit international. Comment, par exemple, la dynamique inter-normative s'articule-t-elle en droit international avec la dynamique institutionnelle? On ramène l'unité du droit à l'union des règles primaires et secondaires, mais ces règles là sont-elles assises sur des structures sociales cohérentes? Peut-on parler d'une « société internationale » qui élabore son droit de manière intégrée, de façon à apporter des réponses globales à des enjeux globaux? Ou bien le droit international émerge-t-il aujourd'hui dans le cadre de niches sectorielles, c'est-à-dire de fragments de société (la société des marchands, la société des humanitaires, la société des écologistes) qui développent chacun leur appareil normatif en fonction d'objectifs propres, et selon des partis pris particuliers?³⁷⁸

Comment, par ailleurs, le jeu des normes primaires et des normes secondaires s'articule-t-il avec les dynamiques interprétatives? Peut-on par exemple parler en droit international d'une communauté des juges? Malgré l'absence de système judiciaire formalisé, les juges sont-ils engagés dans une histoire ou une entreprise herméneutique commune? Se réfèrent-ils dans leurs décisions à des principes ou à des standards communs? Communiquent-ils par voie de jurisprudence interposée? Y a-t-il en droit international des phénomènes d'interaction judiciaire ou de « fertilisation croisée »?³⁷⁹

³⁷⁸ Sur ce point, voir Fischer-Lescano et Teubner, « The Vain Search for Legal Unity », *supra* note 142 [l'une des rares contributions dénonçant le « réductionnisme » prévalant dans le discours conventionnel sur la fragmentation du droit international et défendant l'idée selon laquelle l'unité du droit ne se limite pas aux seules questions de cohérence normative mais dépend, plus largement, du degré de cohésion des structures sociétales qui sous-tendent les règles du système, soient-elles primaires ou secondaires. Les deux auteurs sont d'avis que la société globale est aujourd'hui une société « sans centre ni sommet », une société divisée en une multitude de « fragments sociétaux ». Aussi l'unité du droit international est-elle à leurs yeux, et dans ces conditions, une simple chymère doctrinale].

³⁷⁹ Bien qu'elle soit largement ignorée dans le débat général sur la fragmentation, la question du dialogue inter-juridictionnel et de la « fertilisation croisée » fait cependant l'objet depuis quelques années d'une attention particulière dans le domaine des droits de l'homme. Voir Antônio Augusto Cançado Trindade, « The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights » (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 309 ; Paul Tavernier, « L'interaction des jurisprudences des tribunaux pénaux internationaux et des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme » dans Paul Tavernier, dir., *Actualité de la jurisprudence internationale : à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; Francis Jacobs, « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems : the European Court of Justice » (2003) 38 *Texas International Law Journal* 547 ; Thomas Buergenthal, « The European and Inter-American Courts of Human Rights : beneficial interaction » dans Paul Mahoney, éd., *Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Köln, Heymanns, 2000 ; Héctor Gros Espiell, « La Cour Interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme » dans *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Paris, LGDJ, 1995. Pour une réflexion plus générale sur le dialogue judiciaire en droit international, voir Charles Koh, « Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 979 [où l'auteur est d'avis que les

La forme de l'ordre juridique international se dessine donc à plusieurs niveaux, à plusieurs échelles, à plusieurs voix et en plusieurs touches. C'est au croisement de ces questions normatives, institutionnelles et herméneutiques qu'elle se joue. En ne considérant que la question des règles secondaires, on ne raconte qu'une partie de l'histoire, en laissant dans l'ombre des pans entiers de ce qui constitue la systémique du droit international. C'est là une limite évidente du discours conventionnel sur l'unité formelle du droit international.

Elle n'est pas la seule néanmoins. Il est en effet, nous le notions plus haut, un second réductionnisme dans ce discours là. On remarque en effet que, monodimensionnel, il repose également sur une lecture simplificatrice, voire simpliste, de la théorie de Hart. Dans les paragraphes qui suivent, nous détaillons l'usage que font les internationalistes du *Concept of Law* dans le cadre du débat sur la fragmentation. Nous montrons que, souvent, on recourt sans examen à la catégorie générique des règles secondaires, sans prendre le soin de la replacer dans le cadre plus large et, nous le verrons, nettement plus complexe de la théorie de Hart. Ce faisant, on omet en particulier de traiter de deux conditions essentielles de la systémique hartienne : la question de la déterminabilité et la question de l'acceptation des règles secondaires. On pourrait s'en accommoder si, comme en droit interne, la réunion de ces conditions relevait en droit international d'une sorte d'évidence difficilement réfutable. Nous montrons néanmoins à travers des exemples concrets que ces conditions là sont loin d'aller de soi en droit international et qu'elles soulèvent de nombreuses interrogations qui, sans interdire complètement de penser le droit international comme un ordre juridique unitaire, appellent *a minima* à une certaine prudence et rendent nécessaire un réexamen de la question de l'unité formelle à la lumière de ces questions complexes.

tribunaux internationaux (dans son cas, les Cours européennes – CEJ et CEDH) « raisonnent ensemble » et « pensent collectivement » sur un certain nombre de questions communes, y compris lorsqu'elles sont en désaccord sur le fond du droit].

2. Prendre Hart au sérieux : normes secondaires, déterminabilité et acceptation

Que nous dit-on, donc, à propos de Hart, des règles secondaires, et de l'unité formelle du droit international ? Dans la grande majorité des cas³⁸⁰, l'idée que se font les internationalistes de l'unité formelle de leur droit repose sur une lecture un peu courte du paradigme hartien qui, pour l'essentiel, se résume en une formule syllogistique qui ressemble à peu près à ce qui suit :

- 1) il y a unité formelle du droit lorsqu'existent, en sus des règles primaires, des règles secondaires de reconnaissance, de production et de jugement du droit
- 2) il existe des règles secondaires en droit international
- 3) le droit international est donc un système complet et unitaire

C'est sans doute chez Pierre-Marie Dupuy que l'on trouve, articulée de la façon la plus explicite et la plus systématique, cette façon de penser l'unité formelle du droit international. Dans le cadre d'un symposium organisé à la New York University sur la multiplication des juridictions internationales, Dupuy opère, pour la première fois, la distinction fondamentale entre unité formelle et unité matérielle du droit qui, quelques années plus tard, constituera la trame de son Cours général à l'Académie de droit international de La Haye.³⁸¹ A propos de l'unité formelle, Dupuy nous dit qu'elle « se compose essentiellement de ce que Hart appelle les 'normes secondaires' dans son livre sur *Le Concept de Droit* ». ³⁸² Après avoir évacué en un membre de phrase les objections soulevées par Hart quant à la systématisme du droit international, Dupuy

³⁸⁰ On relèvera, comme exception notoire, la position du groupe d'étude de la Commission du Droit International sur la fragmentation qui, sur la question de la systématisme du droit international, s'inspire d'avantage de la dynamique interprétative de Dworkin que de la théorie de Hart. Voir Koskeniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, aux para. 33-35: « On affirme souvent que le droit est un 'système' [...] Cela ne revient pas à réaffirmer quelque chose qui 'existe' déjà avant l'effort systématique. Le droit international n'est pas sous-tendu par une volonté législative unique [...] Si l'on envisage le raisonnement juridique comme une activité *téléologique*, on ne peut pas logiquement le réduire à l'application mécanique de règles, de décisions ou de comportements obéissant apparemment au seul hasard, mais il faut y voir la mise en œuvre d'un tout ordonné aux fins de l'homme [...] L'interprétation juridique, et donc le raisonnement juridique, établissent des rapports systémiques entre les règles et les principes en en faisant des éléments de l'effort humain [...] Aux fins de rationalisation, on parlera d'une *obligation politique* faite à ceux qui appliquent la loi d'épouser dans leurs décisions les préférences et attentes de la communauté dont ils ont pour mission d'administrer le droit ».

³⁸¹ Dupuy, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *supra* note 40.

³⁸² *Ibid.*, à la p. 793 ; notre traduction.

poursuit en affirmant que « le droit international est équipé d'un jeu complet de règles secondaires [...] en particulier de règles de changement, qui lui permettent de créer, de modifier, et de mettre fin aux normes internationales ». ³⁸³ Il affirme ensuite que « ces normes secondaires sont fondamentalement les mêmes peu importe l'objet des règles primaires » et finit par conclure que ce sont bien ces « techniques formelles » qui, en premier lieu, fondent l'unité du droit international. ³⁸⁴

Dans son Cours général à l'Académie de la Haye, tout entier dédié à l'unité de l'ordre juridique international, Dupuy confirme que l'unité formelle du droit international est « essentiellement liée à l'utilisation des mêmes règles secondaires, de reconnaissance, de production et de jugement ». ³⁸⁵ Il affine un peu plus loin sa pensée en précisant que l'unité formelle procède des « modes de formation du droit » et des « conditions d'application du droit international » ³⁸⁶. Mais sa théorie de l'unité formelle, malgré l'importance de l'ouvrage, reste relativement sommaire. Il se contente en effet, après un exposé de la doctrine des sources, de conclure que « le droit international constitue bien un ordre juridique au sens formel parce qu'il est doté d'un système de normes secondaires, et, notamment, de normes secondaires de production ». ³⁸⁷

Cette façon de penser l'unité formelle du droit international se caractérise, on le constate, par le fait que 1) l'on use de la théorie de Hart sans véritablement la mettre en concurrence avec les autres conceptions de l'ordre juridique ni considérer la façon dont elle s'intègre avec d'autres dynamiques d'unité ³⁸⁸ ; et 2) on la réduit à sa plus simple expression, laquelle se résume en bout de compte en une proposition unique et sommaire : l'unité formelle du droit international découle de ce qu'il comporte, pour reprendre les termes mêmes de Dupuy, « *un certain nombre de règles formelles, toutes normes secondaires au sens de H. Hart* ». ³⁸⁹

³⁸³ *Ibid.* ; notre traduction.

³⁸⁴ *Ibid.*, à la p. 794 ; notre traduction.

³⁸⁵ Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, à la p. 39.

³⁸⁶ *Ibid.*, à la p. 94.

³⁸⁷ *Ibid.*, à la p. 119.

³⁸⁸ Il est intéressant de noter que Dupuy, dans son cours général, débute son analyse en précisant qu'il est plusieurs façons d'aborder la question de l'ordre juridique. Après un bref exposé des théories de Santi Romano, de Kelsen et de Hart, il poursuit cependant son examen de l'unité formelle du droit sur des bases exclusivement hartiennes, sans véritablement justifier ce choix là.

³⁸⁹ Pierre-Marie Dupuy, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international » (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 1 à la p. 18. Voir également, dans le même sens, Oriol Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff

Le problème avec cette proposition n'est pas, bien entendu, qu'elle s'articule autour de la différenciation entre normes primaires et normes secondaires. Après tout, Hart et l'un des philosophes du droit les plus influents du XXe siècle et sa théorie des normes secondaires a, de longue date, imprégné l'analyse du droit international, comme en témoignent par exemple les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats.³⁹⁰ Le problème, en revanche, provient de ce que cette proposition passe sous silence un pan entier de la systémique hartienne et qu'elle fait notamment de l'existence de certaines règles secondaires une finalité en soi, alors que Hart lui-même n'en fait qu'un point de départ de sa réflexion sur l'unité du droit.

Hart précise en toutes lettres que, passé le constat d'une union entre règles primaires et règles secondaires, un certain nombre de questions « nouvelles », « complexes » et « difficiles » se posent, à propos desquelles on ne saurait faire l'économie d'une réflexion.³⁹¹ Parmi ces questions difficiles, nous n'en retiendrons ici que deux : la question de la déterminabilité et la question de l'acceptation des règles secondaires. Ce choix là n'est pas fait au hasard. Il résulte du fait que, tandis qu'elles posent des difficultés toutes particulières dans le domaine du droit international, ces deux questions sont virtuellement ignorées dans le débat d'aujourd'hui sur la fragmentation du droit international.³⁹²

Publishers, 2001, à la p. 249: « Public international law is a legal system the unity of which derives, in the first place, from the structure maintained between the rules which make it up : primary rules and secondary rules. Primary rules directly regulate the behaviour of subjects and establish obligations to do or refrain from doing certain things. Secondary rules are the rules of identification and application, the rules of normative change and the rules on the consequences of breaches and the settlement of disputes ».

³⁹⁰ La distinction entre règles primaires et règles secondaires de responsabilité a été explicitement adoptée par la Commission comme proposition théorique fondamentale dans son travail de codification du droit de la responsabilité des Etats pour acte internationalement illicite. Voir James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, aux pp. 14-16.

³⁹¹ Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 203, à la p. 107.

³⁹² La situation, d'ailleurs, ne manque pas d'ironie dans la mesure où les internationalistes, qui font aujourd'hui une lecture un peu courte de la théorie de Hart, ont eux-mêmes longtemps reproché à Hart sa lecture simplificatrice du droit international. Voir notamment Ian Brownlie, « The Reality and Efficacy of International Law » (1981) 52 *British Yearbook of International Law* 1 aux pp. 5-8 [où l'auteur dénonce l'analyse « simplificatrice », « abstraite » et « caricaturale » que fait Hart du droit international].

2.1 La « déterminabilité » (determinacy) des règles secondaires

La théorie du droit de Hart est basée sur une prémisse simple mais fondamentale : la fonction du droit est de guider et de contrôler le comportement de ses sujets (citoyens et officiels) en établissant un certain nombre de standards et de règles de conduite. Hart, il convient de le souligner, ne s'attarde pas sur cette question. Son *Concept of Law* poursuit un objectif foncièrement descriptif : il s'agit, pour l'essentiel, de s'interroger sur ce que *sont* les règles, et sur les relations entre différents types de règles.³⁹³ L'entreprise n'est donc pas une entreprise de justification du droit, mais d'avantage une entreprise de description analytique.³⁹⁴ Cependant qu'elle est succincte, la position de Hart sur la fonction du droit en tant que mécanisme de « contrôle social » demeure relativement claire : l'objet principal du droit est d'indiquer aux individus (ou à des classes d'individus) un comportement à suivre, ou de désigner certaines catégories de comportement qui sont socialement indésirables.³⁹⁵

Le droit, donc, est un guide. Il limite et restreint le choix de ses sujets. Certains comportements, autrement dit, sont rendus « non-optionnels », c'est-à-dire, en un sens, obligatoires.³⁹⁶ De là découle une conséquence importante dans la théorie de Hart : afin de remplir leur rôle de « contrôleurs sociaux », il importe que les règles soient déterminées, ou du moins déterminables par les simples citoyens, sans intervention ni directive particulière des autorités officielles du système. A défaut d'indiquer, avec un minimum de certitude et de prédictibilité, les standards de conduite à suivre, les règles risquent en effet de perdre leur raison d'être et, précise Hart, « rien de ce que nous reconnaissons aujourd'hui comme relevant du droit ne pourrait exister ».³⁹⁷

Hart, en même temps qu'il souligne l'importance de la déterminabilité des règles, reconnaît la persistance inévitable d'une certaine marge de doute ou d'imprécision

³⁹³ Hart insiste sur ce point dans sa « postface » à la seconde édition de son livre. Voir Herbert Hart, *The Concept of Law*, 2nd éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, aux pp. 239-240 : « My aim in this book was to provide a theory of what law is that is both general and descriptive. [...] My account is descriptive in that it is morally neutral and has no justificatory aims : it does not seek to justify or commend on moral or other grounds the forms and structures which appear in my general account of law ».

³⁹⁴ Voir Steven Walt, « Hart and the Claims of Analytical Jurisprudence » (1996) 15 *Law and Philosophy* 387 aux pp. 388-389.

³⁹⁵ Hart, *Concept of Law*, *supra* note 203, aux pp. 27 et 38.

³⁹⁶ *Ibid.*, aux pp. 6 et 80.

³⁹⁷ *Ibid.*, à la p. 121; notre traduction.

dans tout système juridique. En réponse, notamment, aux critiques formulées par l'école réaliste américaine³⁹⁸, Hart fait droit à l'idée que toute règle possède, dans une certaine mesure, une « texture ouverte » (*open texture*), c'est-à-dire qu'il existe toujours des cas-limites où la question se pose de savoir si la règle générale trouve à s'appliquer dans un cas particulier. Aucune règle de droit n'est donc complètement soustraite à la spéculation. Ceci, explique Hart, est du au fait que le droit est le produit des hommes. Or l'homme n'est pas Dieu : il n'est pas omnipotent et n'est donc pas capable de prédire l'avenir. Immanquablement, le futur réserve certaines combinaisons circonstancielle qui ne correspondent qu'imparfaitement aux schèmes classificatoires auxquels le législateur a recours.³⁹⁹ La « texture ouverte », dans toute forme de communication, est le prix à payer pour l'usage de termes généraux. Il existe toujours des situations particulières que le législateur n'a pas, ou ne peut avoir, à l'esprit au moment d'élaborer la règle générale.⁴⁰⁰

Hart, cependant qu'il admet l'inévitabilité d'une « lisière d'incertitude »⁴⁰¹ dans tout système de droit, maintient néanmoins que le droit ne peut fonctionner efficacement qu'à la condition que cette incertitude demeure marginale et que les règles continuent de posséder un « noyau dur » de signification incontestée.⁴⁰² Le génie propre du droit, selon Hart, est sa capacité à accommoder deux besoins sociaux contradictoires : le besoin de certitude dans le contenu normatif des règles, de sorte que le droit puisse remplir sa fonction de « contrôle social », et le besoin d'adaptabilité du droit, lequel doit pouvoir être interprété de façon à couvrir les exigences changeantes de la société.⁴⁰³

C'est donc là une première limite au caractère ouvert du droit : ca n'est qu'à la marge que s'exprime la nature incertaine et indéterminée des règles. Pour l'essentiel, les

³⁹⁸ Le *Concept of Law* est en grande partie une réponse au « rule scepticism » des auteurs américains de l'école réaliste, comme l'indique d'ailleurs Hart en première page de son ouvrage, qu'il introduit comme une réponse aux « perplexités » et aux « paradoxes » des théories de Llewellyn et de Holmes notamment.

³⁹⁹ *Ibid.*, à la p. 125.

⁴⁰⁰ Sur ce point, la théorie de Hart s'inscrit, dans une large mesure, dans la continuité des théories de Wittgenstein sur la nature ouverte du langage. Voir Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, aux pp. 7-35.

⁴⁰¹ « A fringe of vagueness » ; Hart, *Concept of Law*, *supra* note 203, à la p. 120.

⁴⁰² *Ibid.*, à la p. 119 : « Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules ».

⁴⁰³ *Ibid.*, à la p. 127.

règles conservent, car c'est là leur raison d'être, un noyau directif déterminé. Mais il est une autre limite, également, à la question de l'ouverture du droit. Hart précise en effet que la « texture ouverte » du droit n'est un élément acceptable et souhaitable que dans la mesure où l'indéterminabilité marginale des règles primaires s'inscrit dans un ensemble stable et non-contesté de règles secondaires. Il y va, précise-t-il, de la systématicité et de la légitimité du droit. Ce qui rend socialement tolérable la part d'incertitude dans les règles primaires et la part de discrétion qu'exerce le juge lorsqu'il se prononce sur les règles incertaines, c'est le fait que ces règles et ces jugements discrétionnaires sont soutenus par une infrastructure bien établie de règles secondaires déterminées. L'indéterminabilité du droit est donc relative, en ce sens qu'elle est *contrôlée par le droit lui-même*.⁴⁰⁴

Pour mieux comprendre l'insistance de Hart sur la déterminabilité des règles secondaires, il convient de rappeler ici que ces règles remplissent, dans sa théorie du droit, une fonction particulière. Les règles secondaires sont en effet des *remèdes* aux maux qui affectent les systèmes de droit primitifs, c'est-à-dire les systèmes composés exclusivement de règles primaires. Ces systèmes primitifs, selon Hart, sont en effet déficients à trois égards : ils sont incertains, statiques et inefficaces.⁴⁰⁵ Les règles secondaires n'ont d'autre fonction que de corriger ces défauts. Elles apportent une solution au problème de l'inefficacité en investissant certains individus du pouvoir de déterminer si une violation des règles primaires a eu lieu, et d'en tirer les conséquences juridiques (règles d'adjudication).⁴⁰⁶ Elles apportent une solution au caractère statique des régimes primitifs en définissant les procédures par lesquelles les règles primaires peuvent être amendées, supprimées ou remplacées, pour répondre aux besoins changeants de la société (règles de changement).⁴⁰⁷ Elles apportent enfin, et c'est là l'élément déterminant pour notre analyse, un remède au problème de l'incertitude, en définissant les conditions de validité et d'appartenance des règles primaires au système (règles de reconnaissance).

⁴⁰⁴ Hart, *The Concept of Law*, 2e éd., *supra* note 393, aux pp. 272-276. Voir également, dans le domaine du droit international, Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, aux pp. 34-35.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, aux pp. 89-91.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, aux pp. 94-95.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, aux pp. 93-94.

Les règles secondaires sont donc avant tout un moyen de *disposer des doutes* quant à l'existence des règles primaires.⁴⁰⁸ Elles doivent permettre d'identifier de façon décisive et définitive les règles primaires du système. Si, donc, il existe toujours un certain degré d'incertitude dans le droit, cette incertitude s'arrête avec les règles secondaires. Ces règles là constituent, en quelque sorte, des « règles-limites »⁴⁰⁹, des « règles de dernier recours »⁴¹⁰ qui, d'une certaine façon, constituent la réponse systémique à l'« ouverture » des règles primaires. Pour « fermer » le système, il importe donc que les règles secondaires soient, dans une large mesure, déterminées et qu'elles ne soient point sujettes au doute et à la spéculation. C'est là, et dans les termes de Hart, une condition « nécessaire » et « cruciale » pour pouvoir parler d'un système unitaire.⁴¹¹

2.2 L'acceptation uniforme et généralisée des règles secondaires

La question de la déterminabilité des règles secondaires n'est pas, cependant, la seule « question difficile » qui se pose à propos des règles secondaires. Parmi les autres questions, que Hart soulève lui-même dans le *Concept of Law*, on trouve en bonne position la question de l'« acceptation » (*acceptance*) des normes secondaires par les agents officiels (*officials*) du système. De quoi s'agit-il exactement ? Hart, nous l'évoquions plus haut, insiste lourdement sur le fait que la simple existence de règles d'un genre particulier, les règles secondaires, qui gouvernent le cycle de vie des règles primaires, ne suffit pas à conclure à l'existence effective d'un système juridique. L'existence et l'identité d'un système juridique appelle selon lui un certain « rapport au droit ». Et ce rapport là exige, notamment, l'« internalisation » des règles secondaires de la part des agents officiels du système.⁴¹² Ce qui est crucial, poursuit Hart, c'est que soit démontrée la présence d'une « acceptation officielle unifiée et partagée de la règle de reconnaissance définissant les critères de validité du système ».⁴¹³

⁴⁰⁸ *Ibid.*, à la p. 92.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, à la p. 102.

⁴¹⁰ *Ibid.*, à la p. 107.

⁴¹¹ *Ibid.*, aux pp. 92 et 147-148.

⁴¹² *Ibid.*, à la p. 111.

⁴¹³ *Ibid.* ; notre traduction.

Le concept d'acceptation des règles secondaires est tout à fait central dans la théorie de Hart et la distingue, plus que toute autre notion peut-être, de celle de ses prédécesseurs (Bentham et Austin notamment).⁴¹⁴ Ce concept là est ambigu cependant et les développements de Hart à ce propos ne sont pas toujours éclairants. S'il ne définit pas ce concept-clé de façon positive, Hart insiste néanmoins sur le fait que l'acceptation couvre une diversité d' « attitudes » par rapport aux règles secondaires qui : 1) ne se confondent jamais avec la simple notion d'obéissance généralisée ; mais 2) n'équivalent pas pour autant à une adhésion morale totale et complète au système.

Le premier élément de définition concerne la distinction entre l'acceptation et les simples habitudes d'obéissance. Hart, on le sait, n'ignore pas l'importance de l'obéissance générale aux règles. Il en fait même une condition minimale d'existence des systèmes de droit. Il estime, cependant, qu'on ne saurait confondre le rapport des « simples citoyens » aux règles primaires et celui des officiels aux règles secondaires. Les simples citoyens sont en effet dans un rapport « externe » avec le droit. Ils ne s'y plient, dans l'ensemble, que parce qu'ils sont capables d'anticiper que sa violation entraînera des conséquences sociales négatives (des sanctions, entendues au sens large). L'obéissance aux règles primaires n'implique normalement aucun jugement de valeur de la part du sujet obéissant quant à la légitimité ou la justesse de la règle, pour lui-même ou pour les autres. Cela n'empêche pas le sujet obéissant d'avoir et d'exprimer un point de vue sur la légitimité ou l'utilité d'une règle particulière (Hart considère d'ailleurs qu'un système juridique est d'autant plus sain que les citoyens ne sont pas dans une posture totalement passive vis-à-vis de leur droit). Mais l'*obéissance* à la règle n'est, en principe, pas fonction de ce jugement là.⁴¹⁵

Ce rapport externe d'obéissance au droit, cependant, est fondamentalement différent de celui qu'entretiennent ou doivent entretenir les « officiels », dans leur opération du système juridique, avec les règles secondaires. Si les officiels, et notamment les juges, ne mettaient en œuvre le droit que de façon passive, n'obéissant aux règles secondaires que par peur des sanctions ou que parce que, au fond, c'est ce pour quoi ils sont payés, alors, écrit Hart, « l'unité caractéristique et la continuité du système juridique

⁴¹⁴ Voir Scott Shapiro, « What is the Internal Point of View ? » (2006) 75 Fordham Law Review 1157.

⁴¹⁵ Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 203, à la p. 112.

disparaîtraient ». ⁴¹⁶ L'existence, l'unité et la continuité du système appellent donc, de la part des officiels, une « attitude de réflexion critique » ⁴¹⁷, c'est-à-dire l'*adhésion*, et non seulement la soumission ou l'observance habituelle, aux règles secondaires. C'est là ce que Hart appelle le « point de vue interne », le sentiment qu'une règle doit être respectée, non pas seulement parce qu'elle est valide et obligatoire, mais parce qu'elle constitue un standard officiel et légitime de comportement. L'acceptation, en somme, c'est l'idée qu'il existe des raisons (de *bonnes* raisons) de mettre en œuvre les règles secondaires, qui en fondent, *in fine*, le caractère obligatoire. Hart, il convient de le souligner, précise que la raison qui sous-tend l'acceptation est, au fond, relativement indifférente. L'adhésion au système peut être motivée par l'intérêt perçu de la collectivité, la tradition ou encore la volonté de se conformer à ce que font les autres. ⁴¹⁸ Ce qui compte, c'est encore qu'il y ait allégeance volontaire au système.

Hart, cependant qu'il parle d'allégeance, de légitimité et de « bonnes » raisons d'adhérer au système, refuse de faire de son point de vue interne un point de vue moral. Ceux, dit-il, qui acceptent l'autorité du système juridique du point de vue interne n'expriment pas un jugement moral selon lequel il est moralement juste de faire ce que le droit requiert. Un juge peut bien, par exemple, estimer qu'il n'est pas juste moralement de faire application d'une règle secondaire particulière, et, pour d'autres raisons, continuer de l'appliquer. ⁴¹⁹ C'est-là, certainement, l'une des facettes les plus contradictoires ou, du moins, les plus ambiguës de la théorie de Hart. Si, en effet, d'« accepter » les règles secondaires c'est penser qu'elles sont justifiées, comment peut-on considérer, du point de vue interne, que le droit n'est moralement pas acceptable, et, en même temps, y adhérer en pratique ? ⁴²⁰ Contradictoire, il reste que la notion d'acceptation chez Hart couvre, en principe, un ensemble d'attitudes qui sont *plus* que de simples pratiques habituelles d'obéissance, mais *moins* qu'une véritable ratification morale. Et, de même que pour la question de la déterminabilité des règles secondaires, ce rapport particulier au droit représente « une condition nécessaire pour pouvoir parler de l'existence d'un système juridique unitaire ». ⁴²¹

⁴¹⁶ *Ibid.*, à la p. 113; notre traduction.

⁴¹⁷ *Ibid.*, à la p. 56.

⁴¹⁸ Hart, *The Concept of Law*, 2^e éd., *supra* note 393, à la p. 198.

⁴¹⁹ *Ibid.*, à la p. 199.

⁴²⁰ Voir, sur cette contradiction, Richard Holton, « Positivism and the Internal Point of View » (1998) 17 *Law and Philosophy* 597 aux pp. 600-606.

⁴²¹ Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 203, aux pp. 112-113 ; notre traduction.

2.3 Deux conditions inexplorées

Que retenir de ce qui précède dans le contexte du débat sur la fragmentation du droit international ? Pour l'essentiel, que la structure argumentative sur laquelle repose la doctrine de l'unité formelle du droit international est, en comparaison à la complexité et à l'ambivalence du paradigme hartien, un peu courte, du fait notamment que les conditions de déterminabilité et d'acceptation des règles secondaires, dont Hart précise pourtant qu'elles sont « nécessaires » à l'unité du système, demeurent pour ainsi dire inexplorées.

On se contente, en premier lieu, de dire que le droit international est formellement unitaire dans la mesure où il existe « un certain nombre » de règles secondaires de production et de mises en œuvre du droit. En l'état, l'argument est insuffisant puisqu'il n'est que *quantitatif*. Il ne dit rien sur le fait que c'est d'abord de par leur *qualité particulière* en tant que normes de dernier recours que les normes secondaires sont capables de transformer un ensemble primitif et inorganisé d'obligations éparses en système cohérent et autonome. C'est là une première limite du discours conventionnel sur l'unité formelle du droit international.

Mais limité, ce discours là l'est également dans la mesure où il laisse largement inexplorée la question de l'acceptation, c'est-à-dire de l'internalisation des règles secondaires par les opérateurs ou agents du système. On prétend en effet démontrer l'unité formelle du droit international en affirmant simplement qu'il existe, entre différentes branches du droit international, un « dénominateur commun », ou que les régimes spéciaux « révèlent généralement la même structure ».⁴²² Partout, donc, on nous dit qu'il y a unité formelle du droit international dans la mesure où les mêmes

⁴²² Voir, pour un exemple caractéristique, James Crawford, *International Law as an Open System : Selected Essays*, Londres, Cameron May, 2002, aux pp. 5-37 [qui considère que le droit international, malgré de profondes transformations et des développements inédits, reste relativement unitaire du fait d'un certain nombre *d'invariants*, qui le définissent en tant que « système ouvert ». Parmi ces invariants, Crawford parle notamment des « mêmes vieux concepts » (*same old concepts*) de consentement, de traité et d'autorité ; ainsi que des « mêmes vieilles techniques » (*same old techniques*) de cumul, d'aggrégation, de dérogation et d'interprétation].

techniques normatives sont utilisées dans des conditions relativement similaires dans différents domaines de réglementation.

Le problème avec cet argument n'est pas qu'il est empiriquement faux (même si nous verrons qu'il est loin d'être évident qu'il soit empiriquement vrai). Simplement, il ne nous dit rien de l'attitude qu'entretiennent les agents internationaux, juges et Etats notamment, vis-à-vis des règles secondaires du droit international public. Y'a-t-il véritablement acceptation officielle, unifiée et partagée d'un ensemble stable de règles secondaires, ou bien n'avons-nous affaire qu'à de simples habitudes d'obéissance convergentes ? La question est importante dans la mesure où quiconque se place à un niveau d'abstraction suffisamment élevé peut toujours déceler dans le droit des « tendances générales » et conclure que différents régimes fonctionnent, *grosso modo*, sur la base des mêmes principes. Mais le simple constat de convergences ne suffit pas à prouver l'existence d'un système clos et unitaire. Ou si unité il y a, c'est d'abord une *unité générique*, c'est-à-dire une unité fondée sur la ressemblance des différents domaines du droit, et leur commune appartenance à un même *genre* normatif (le droit international, par opposition au droit interne), auquel cas nous avons affaire à autre chose qu'à un système formel à proprement parler.

Raisonnons, un instant, par l'absurde. En grossissant légèrement le trait, on pourrait dire de tous les droit nationaux qu'ils révèlent, eux aussi, la même structure et fonctionnent, dans l'ensemble, de la même manière : tous les systèmes juridiques étatiques reposent sur la division du travail juridique entre le gouvernement, le législateur et le juge. Tous, également, utilisent, pour créer le droit, la même technologie normative : lois, décrets, règlements, coutumes et précédents judiciaires. Et tous, enfin, attachent à la violation du droit le même type de conséquences : restitution, réparation et sanction (symbolique, pécuniaire ou physique). Est-ce à dire qu'il n'existe, au fond, qu'un Droit, dont tous les systèmes juridiques nationaux ne sont que des variantes, des sous-systèmes ? L'argument, on en conviendra, paraît pour le moins curieux. Il a le mérite, cependant, de mettre en évidence que d'identifier des « tendances » ou des « structures identiques » n'est pas la même chose que de démontrer l'existence d'un système formel, clos et unitaire.

On réalise en définitive que, passée la référence incantatoire à Hart, on s'arrête là où les vraies questions commencent. On disserte de la doctrine des sources et du droit de la responsabilité mais on évite soigneusement d'en considérer la déterminabilité, c'est-à-dire la qualité intrinsèque de certitude nécessaire pour clore le système.⁴²³ On repère des tendances générales et des structures communes entre différents régimes mais on laisse totalement ouverte la question de savoir s'il ne s'agit là que de simples habitudes convergentes ou bien s'il s'agit de phénomènes reflétant une acceptation uniforme et généralisée de la part des agents officiels du droit international, c'est-à-dire la commune conviction de leur part qu'ils font partie d'un même système juridique.

Tout cela ne porterait pas à conséquence si, comme en droit interne, ces questions là relevaient d'une sorte d'évidence incontestable. Mais le droit international, c'est un fait bien connu, est largement dépourvu des structures hiérarchisées et intégrantes (constitution écrite, gouvernement, législateur, Cour suprême) qui donnent à l'unité du droit étatique une immédiateté et une matérialité sensible indéniables. Le droit international est un droit désincarné, un droit sans milieu ni sommet. Dans ce système là, l'allocation de l'autorité normative (l'autorité de faire, de défaire et de mettre en œuvre le droit) est incertaine, changeante et contestée.⁴²⁴ Cela n'est pas nécessairement un obstacle définitif à l'émergence d'un système juridique opératoire, cohérent et formellement unitaire. Mais c'est là certainement un élément qui interdit d'assumer sans examen la déterminabilité et l'acceptation uniforme et généralisée des règles secondaires du droit international public. En l'absence de « signes extérieurs d'unité », nous sommes confrontés ici à un ensemble de questions éminemment complexes qui ne connaissent de réponse facile ni évidente. L'objet des paragraphes qui suivent est de montrer cela justement, et de reconsidérer l'espèce de légèreté et de facilité avec laquelle on présume aujourd'hui l'unité formelle du droit international. A travers deux exemples concrets, nous témoignons du fait que, s'il ne fait aucun doute

⁴²³ Certains auteurs se sont intéressés de près à la question de la déterminabilité en droit international. Mais c'est généralement la déterminabilité des règles *primaires* qui est envisagée, et comme facteur non pas d'unité formelle de l'ordre juridique, mais de légitimité et d'efficacité des normes. Voir notamment Thomas Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, aux pp. 50-66 [qui est d'avis que des normes claires et précises sont d'avantage susceptibles d'être intégrées par les Etats comme des règles légitimes et engendrent donc une « incitation à se conformer » (*compliance pull*) supérieure].

⁴²⁴ Tomer Brode et Yuval Shany, eds., *The Shifting Allocation of Authority in International Law : Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

aujourd'hui que le droit international comprend un certain nombre de règles secondaires au sens où l'entend Hart, leur déterminabilité et leur acceptation demeurent des questions largement ouvertes, polémiques et problématiques.

3. Problèmes de déterminabilité : Les sources du droit international en question(s)

Considérons en premier lieu la question des sources du droit international, dont on nous dit, rappelons-le, qu'elle constitue le ferment premier d'unité formelle du droit international.⁴²⁵ Cette question là n'est pas, bien entendu, un problème nouveau. Sans doute est-elle même l'une des questions les plus récurrentes de la discipline du droit international, au point certainement d'en devenir une question proprement constitutive.⁴²⁶ Que cette question là soit ancienne et récurrente ne doit pas, cependant, nous prévenir de l'aborder ici. Au contraire, le fait que la question des sources soit encore, de nos jours, débattue, est un indicateur fiable du fait que, précisément, il y a là un sujet mouvant, incertain, contesté et, dans une certaine mesure, *indéterminé*.

Notre ambition dans ce paragraphe n'est pas de dissenter du concept même de source, ni d'entrer dans le détail du droit des traités ou du processus coutumier. Nous entendons plutôt poser un ensemble de questions simples et élémentaires : dispose-t-on vraiment, comme on l'affirme à peu près partout en doctrine, d'une infrastructure cohérente de règles secondaires de reconnaissance ? La question est-elle suffisamment bien réglée pour constituer ce « noyau de certitude » nécessaire à la constitution d'un système formel unitaire ? Que sait-on vraiment, en définitive, des procédés d'élaboration et des critères de validité du droit international ? A cet ensemble de questions simples, notre réponse se présente en forme de paradoxe : nous en savons beaucoup et peu à la fois.

⁴²⁵ *Supra* note 387 et texte correspondant.

⁴²⁶ Voir Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public » (1992) 237 Recueil des Cours 9 à la p. 133 : « le débat sur les sources du droit international [...] continue, génération après génération, à fasciner les juristes et à figurer au premier rang de leurs préoccupations. Le problème des sources est au carrefour de toutes les grandes controverses du droit international, quintessence et révélateur des pensées et des arrière-pensées. Tous les chemins du droit international partent de là, et tous y mènent ».

A celui qui se demande d'où vient le droit international, l'internationaliste est capable de fournir un certain nombre d'éléments de réponse. On sait, par exemple, que le droit international provient, pour l'essentiel, de deux sources fondamentales : le traité, exprimant sous forme écrite l'accord des parties en vue de créer entre elles des obligations mutuelles ; et la coutume, procédé non écrit et spontané⁴²⁷, reflétant une pratique générale acceptée comme étant du droit.⁴²⁸ Sur ce point, pas de doute : on s'accorde, à une exception historique près⁴²⁹, pour dire que traité et coutume constituent les deux structures principales, régulières et élémentaires du droit international.⁴³⁰

Là n'est pas tout bien entendu. Nous en savons d'avantage. Cela est particulièrement évident en ce qui concerne la question des traités. La Convention de Vienne sur le droit des traités, fruit d'un effort de codification de près de deux décennies, fournit notamment des réponses précises, détaillées et, dans l'ensemble, déterminées à des questions aussi variées que la capacité des Etats à conclure des traités, les pleins pouvoirs des plénipotentiaires, la signature des traités et ses effets juridiques, les modes d'expression du consentement à être lié par un traité, les conditions de validité et d'entrée en vigueur ainsi que les conditions de dénonciation, d'abrogation ou de modification des traités.⁴³¹ Un certain nombre de questions, bien entendu, restent posées. C'est le cas, par exemple, des effets de la guerre sur les traités⁴³² ou des

⁴²⁷ Sur la nature spontanée du droit coutumier, voir Roberto Ago, « Science juridique et droit international » (1956) 90 Recueil des Cours 851 à la p. 929.

⁴²⁸ *Statut de la Cour internationale de Justice*, art. 38.

⁴²⁹ La doctrine socialiste (ou soviétique) du droit international a, un temps, défendu l'idée selon laquelle la coutume n'est pas une source autonome du droit international mais simplement une forme tacite d'accord entre Etats; voir Grigorii Tunkin, *Theory of International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1974, à la p. 133. Voir également, pour une doctrine similaire, mais non soviétique, Karl Strupp, « Les règles générales du droit de la paix » (1934) 47 Recueil des Cours 258 aux pp. 302-303.

⁴³⁰ Vaughan Lowe, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, à la p. 34 ; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6^e éd., 2003, à la p. 5 ; Hugh Thirlway, « The Sources of International Law » dans Malcolm Evans, éd., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd éd., 2006, à la p. 129 ; Robert Jennings et Arthur Watts, éd., *Oppenheim's International Law*, Londres, Longman, vol. 1, 1996, à la p. 24 ; Elihu Lauterpacht, *International Law – Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. I, 1970, à la p. 53 ; George Finch, *The Sources of Modern International Law*, New York, Johnson Reprint, 1971, à la p. 59 ; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd éd., 2005, aux pp. 153-155.

⁴³¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 154.

⁴³² *Ibid.*, art. 73 : « Les dispositions de la présente Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité [en raison] de l'ouverture d'hostilités entre Etats ». La question des effets des conflits armés sur les traités a été inscrite au programme de travail en cours de la Commission du droit international en 2004, sous la responsabilité du rapporteur spécial Ian Brownlie. Voir, sur cette question, le deuxième rapport du Rapporteur spécial (Doc. NU A/CN.4/570) ainsi que l'étude du

conditions d'admissibilité de certaines réserves.⁴³³ Reste que, passées ces quelques questions persistantes, la Convention de Vienne sur le droit des traités représente un ensemble précis, cohérent et complet de règles gouvernant les aspects les plus significatifs - soient-ils formels, substantiels ou procéduraux – du traité.⁴³⁴ De fait, nous avons donc affaire, avec le traité, à une source claire et consistante du droit international, une catégorie universellement acceptée dont les contours sont non-controversés et relativement déterminés.⁴³⁵

Le problème, néanmoins, provient de ce que, passés ces deux points d'accord, la question des sources est un terrain fondamentalement ouvert, mouvant et indéfini. Le désaccord est patent, notamment, en ce qui concerne le répertoire des sources formelles du droit international. Le rituel veut, bien entendu, que l'on se réfère à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme une liste « autorisée » des sources du droit international.⁴³⁶ Mais la constance avec laquelle cette disposition est invoquée cache mal le fait que, partout, on s'y réfère par défaut, faute de mieux. L'article 38 constitue sans aucun doute un point de départ utile, un passage obligé même, dans la mesure où, partie intégrante de la Charte des Nations Unies, il jouit de l'aval de la totalité des Etats du globe. Reste que l'article 38 est avant toute chose une

secrétariat de la Commission intitulée « Effets des conflits armés sur les traités : examen de la doctrine et de la pratique » (Doc. NU A/CN.4/550).

⁴³³ La Commission du droit international, considérant que le régime établi par la Convention de Vienne sur le droit des traités était trop général et ambigu, a décidé d'inscrire en 1993 la question des réserves aux traités à son programme de travail, sous la responsabilité du Rapporteur spécial Alain Pellet. Le Rapporteur spécial a, depuis, produit 12 rapports sur la question des réserves, menant à l'adoption par la Commission d'une série de directives en la matière. Voir *Rapport de la Commission du droit international – Cinquante-neuvième session*, Doc. NU A/62/10 (2007), aux pp. 111 et suivantes.

⁴³⁴ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, à la p. 5 ; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, à la p. 6 ; Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1972, à la p. 25.

⁴³⁵ La seule controverse relative au traité en tant que source formelle a trait à la question de savoir si le traité est source de droit (sous entendu de règles générales applicables à tous les Etats) ou simplement d'obligations « contractuelles » et donc relatives. Sur ce point, voir Gerald Fitzmaurice, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law » dans *Symbolae Verzijl*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1958 [qui est d'avis que les traités ne constituent pas une source de droit à proprement parler mais simplement une source d'obligations] et la réponse de Maurice Mendelson, « Are Treaties Merely a Source of Obligation ? » dans William Butlet, éd., *Perestroika and International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990.

⁴³⁶ Hersch Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix » (1937) 62 Recueil des Cours 95 à la p. 149 : « l'article 38 du Statut de la Cour, contenant une définition autorisée des sources du droit international, a fait beaucoup pour enlever à la controverse la plus grande partie de son intérêt polémique ».

clause de droit applicable.⁴³⁷ Rien n'indique que les rédacteurs du Statut aient eut l'intention de conférer à ce texte une valeur quasi-constitutionnelle, ni d'y définir de façon officielle et définitive les sources du droit international.⁴³⁸

En soi, l'absence d'un texte de nature constitutionnelle définissant à l'avance, et de façon définitive, les sources du droit n'est pas nécessairement un obstacle à l'existence d'un système juridique formel et unitaire. Hart lui-même, cependant que sa théorie du système juridique repose en grande partie sur l'idée d'un ensemble clos de règles secondaires, reconnaît que l'existence d'une constitution est un « luxe » dont ne jouissent que les systèmes de droit les plus développés.⁴³⁹ Il est donc tout à fait concevable, y compris dans une perspective Hartienne, qu'un système juridique autonome et cohérent existe sans constitution. Encore faut-il que l'on soit en présence d'un consensus social minimal sur un ensemble relativement stable et homogène de règles secondaires, et en particulier de sources formelles.⁴⁴⁰

Or sur ce point, justement, on peut douter que pareil consensus ait jamais existé en droit international. Passée la référence incantatoire à l'article 38 et aux catégories reines du traité et de la coutume, l'incertitude est grande. La seule chose sur laquelle on s'accorde à peu près, c'est encore qu'il existe d' « autres sources », pour reprendre

⁴³⁷ Voir Alain Pellet, « Article 38 » dans Andreas Zimmermann et al., eds., *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, aux pp. 693-735.

⁴³⁸ Robert Jennings, « General Course on Principles of International Law » (1967) 121 Recueil des Cours 9 aux pp. 323 et 330 ; Fitzmaurice, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », *supra* note 435, à la p. 160. Voir néanmoins Gennadii Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, aux pp. 40-42 [qui parle d'une « forte présomption » selon laquelle l'article 38 constitue une liste complète et exhaustive des sources du droit international]. Voir également, dans une moindre mesure, Jimenez de Arechaga, « The Classical 'Sources' of International Law Revisited : Custom » dans Antonio Cassese et Joseph Weiler, eds., *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, à la p. 1 [qui considère que l'article 38 du Statut constitue une règle secondaire au sens où l'entend Hart].

⁴³⁹ *Supra* note 346 et texte correspondant.

⁴⁴⁰ Michel Virally, « The Source of International Law » dans Max Sorensen, éd., *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin Press, 1968, aux pp. 119-120 [considérant que l'émergence d'un système stable de règles secondaires peut intervenir de façon plus ou moins spontanée, à partir de la pratique communale des acteurs du système] ; H. Meijers, « How is International Law Made ? The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules » (1978) 9 *Netherlands Yearbook of International Law* 3 [considérant que les règles constitutionnelles du droit international sont de nature coutumière].

la formule désormais classique des manuels de droit international. L'accord s'estompe bien vite, cependant, dès qu'il s'agit d'identifier et d'énumérer ces sources là.⁴⁴¹

A ne considérer même que l'article 38, on observe déjà de larges dissensions quant au statut des autres catégories référencées. C'est le cas, par exemple, à propos des principes généraux.⁴⁴² Pour les uns, les principes généraux constituent une troisième source formelle qui répond à une logique autonome : lorsqu'une règle est consacrée *in foro domestico* dans tous les systèmes de droit contemporains, et qu'elle est transposable dans l'ordre international, alors elle est une règle valide du droit international qui peut être invoquée directement par les parties à un différend, sans recourir à un traité ou à la coutume.⁴⁴³ Mais d'autres, on le sait, sont d'avis que les principes généraux ne sont pas un procédé formel autonome. Certains considèrent par exemple que les principes généraux ne sont au fond que l'expression de principes coutumiers universels, qui sont tellement bien établis et acceptés par la communauté interprétative (gouvernements, juges, doctrine) qu'ils en deviennent en quelque sorte évidents et inhérents au système juridique international.⁴⁴⁴ Les principes généraux, dans cette perspective, ne constituent pas un procédé de formation du droit, mais simplement un ensemble de coutumes indéniables, des coutumes cardinales en quelque sorte.⁴⁴⁵ D'autres ne voient dans la référence aux principes généraux à l'article 38 du Statut qu'un mandat donné à la Cour pour combler les lacunes du droit

⁴⁴¹ Myres McDougal et Michael Reisman, « The Prescribing Function in World Constitutive Process : How International Law is Made » (1980) 6 *Yale Studies in World Public Order* 249 aux pp. 259-261.

⁴⁴² Voir, sur le statut contesté des principes généraux, Vladimir Degan, *Sources of International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, aux pp. 14-17 ; Béla Vitanyi, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux reconnus par les nations civilisées' » (1982) 86 *Revue Generale de Droit International Public* 46.

⁴⁴³ Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, *supra* note 2 ; Lord McNair, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) *British Yearbook of International Law* 1 ; Paul Guggenheim, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens » (1958) 94 *Recueil des Cours* 1 à la p. 78 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, *supra* note 430, à la p. 29 ; Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 1999, aux pp. 284-290. Voir également *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (Portugal c. Inde)*, [1960] C.I.J. Rec. 6 à la p. 15 [où le Portugal fait appel, à l'appui de ses prétentions, aux principes généraux entendus comme « principe[s] se dégageant [...] manifestement de la pratique universelle des Etats *in foro domestico* et répondant [...] aux exigences de l'article 38 [...] du Statut de la Cour »].

⁴⁴⁴ Thomas Franck, « Non-Treaty Law-Making : When, Where and How ? » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben, éd., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, à la p. 423.

⁴⁴⁵ Bin Cheng, « The Meaning and Scope of Article 31(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice » (1952) 38 *Transactions of the Grotius Society* 125 à la p. 132 ; Virally, « The Source of International Law », *supra* note 440, aux pp. 144-146 ; Georges Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1944, à la p. 400 ; Grigoriï Tunkin, *Droit international public : problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, à la p. 127.

en cas de silence des traités ou de la coutume. Là encore, nous n'avons pas affaire, dans cette perspective, à une source autonome du droit mais simplement à un réservoir de concepts juridiques élémentaires dans lequel le juge, pour trancher un différend, peut venir puiser afin de parer aux déficiences ou aux incertitudes du droit positif (auquel cas, si source il y a, il s'agit d'une source jurisprudentielle).⁴⁴⁶

On retrouve le même type de controverses en ce qui concerne le statut de la jurisprudence en droit international. L'orthodoxie doctrinale en la matière veut que les décisions judiciaires ne génèrent pas elles-mêmes de normes mais servent plutôt de preuve ou d'éclairage de la substance normative produite par d'autres moyens (par la coutume notamment).⁴⁴⁷ La jurisprudence ne constituerait qu'un mode auxiliaire de constatation du droit, une source d'identification ou d'interprétation d'avantage que de création du droit, ce que confirme, dans cette perspective là, le Statut de la Cour internationale de Justice.⁴⁴⁸ Souvent, on reconnaît que le juge n'est pas un simple phonographe récitant de façon mécanique le droit positif et qu'il exerce toujours une certaine autorité, ne serait-ce que minimale, dans le « développement progressif » du droit international, telle une sorte de « sage-femme » juridique aidant les règles en

⁴⁴⁶ Cassese, *International Law*, supra note 430, aux pp. 188-189 ; Robert Kolb, « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) » (2006) 53 *Netherlands International Law Review* 1 [malgré un titre quelque peu trompeur, l'auteur analyse les principes généraux non pas comme un procédé formel de formation du droit, mais comme des « sources-normes », c'est-à-dire comme des principes constituant un réservoir de devoir-être, une zone grise entre *lex feranda* et *lex lata*]. Certains auteurs sont d'avis que ce réservoir de droit est l'expression d'exigences éthiques immédiatement applicables dans les relations internationales, une forme de droit naturel donc. Voir en ce sens Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Vienne, Springer, 1964, aux pp. 147-148 ; Antonio Truyol y Serra, « Théorie du droit international public – Cours général » (1981) 173 *Recueil des Cours* 2 aux pp. 248-252.

⁴⁴⁷ Voir, pour un exemple caractéristique, Georg Schwarzenberger, *International Law – Vol. I: International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 3e éd., 1957, aux pp. 26-28 [opérant une distinction conceptuelle entre les modes de production et les modes de détermination du droit international, la jurisprudence relevant selon lui des seconds]. Voir également Degan, *Sources of International Law*, supra note 442, aux pp. 192-194; Godefridus van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer Law, 1983, aux pp. 169-172; Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, aux pp. 314-315; Jennings & Watts, *Oppenheim's International Law*, supra note 430 à la p. 25.

⁴⁴⁸ *Statut de la Cour internationale de Justice*, supra note 428, art. 38: « sous réserve de la disposition de l'Article 59, [la Cour applique] les décisions judiciaires [...] comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » ; art. 59 : « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Voir le commentaire de l'article 59 dans Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Christian Tams et Tobias Thienel, eds., *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, à la p. 1233 [soulignant que cette disposition a pour objet de rappeler que le rôle de la Cour n'est pas de créer le droit, mais simplement de le dire].

latence à voir le jour.⁴⁴⁹ Mais l'on maintient en général que, formellement, sa décision n'a d'effet qu'entre les parties au litige et qu'elle ne devient du droit que dans la mesure où elle est subséquemment acceptée par les Etats.⁴⁵⁰

A cette position classique, une partie de la doctrine objecte cependant que les décisions judiciaires opèrent, en pratique, comme des sources autonomes de création du droit international, et non seulement comme des modes subsidiaires de détermination des règles coutumières ou conventionnelles. Le juge international, nous dit-on, n'adopte jamais une pure solution d'espèce. Il règle toujours ses pas sur ceux des juges qui ont statué avant lui et fait, concrètement, œuvre de jurisprudence. Pour soutenir cette position, on relève que les tribunaux internationaux font constamment référence à leurs décisions passées ainsi, d'ailleurs, qu'à celles d'autres juridictions, comme à autant de « précédents ».⁴⁵¹ On souligne également que les Etats se réfèrent de façon routinière aux décisions judiciaires comme à des éléments du droit positif, ce qui suggère que les jugements internationaux ont une portée qui dépasse toujours l'affaire en cours et les parties en cause.⁴⁵² Dans un système dépourvu de législateur capable de dire le droit au nom de la communauté internationale dans son ensemble, le droit jurisprudentiel occuperait en définitive une place considérable dépassant très largement la lettre de l'article 38. En dépit d'une certaine mystification de la part de la doctrine conventionnelle, la jurisprudence représenterait une source fondamentale du droit international, capable de *créer* le droit, et non seulement de le révéler, dans des domaines notamment où coutumes et traités sont silencieux.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *supra* note 335, aux pp. 133-134 ; Truyol y Serra, « Théorie du droit international public – Cours général », *supra* note 446, à la p. 253 ; Virally, « The Source of International Law », *supra* note 440, aux pp.149-152.

⁴⁵⁰ Louis Henkin, *International Law : Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, à la p. 123 ; Gennadii Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, à la p. 253 ; Daillier & Pellet, *Droit international public*, *supra* note 443, aux pp. 394-395 ; Carreau, *Droit international*, *supra* note 443, aux pp. 305-307.

⁴⁵¹ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, aux pp. 2-3, Brownlie, *Principles of Public International Law*, *supra* note 430, aux pp. 19-23 [qui souligne que, s'ils n'observent pas à strictement parler la doctrine du précédent, les tribunaux internationaux s'appuient largement sur leurs décisions antérieures pour motiver leurs jugements].

⁴⁵² Thirlway, « The Sources of International Law », *supra* note 430, aux pp. 129-130 ; Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons, 1958, à la p. 5 ; Rosalyn Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1993, à la p. 202.

⁴⁵³ Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, aux pp. 266-269 ; Tom Ginsburg, « Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking » (2005) 45 *Virginia Journal of International Law* 631 ; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, *supra* note 118, à la p. 51 ; Lauterpacht, *International Law – Collected Papers*, *supra* note 430, aux pp. 78-80 ; Maarten Bos, « The Recognized Manifestations of

Nous pourrions encore faire état des débats concernant la place de la doctrine en tant que mode d'élaboration du droit international⁴⁵⁴, les uns limitant son rôle à une simple fonction de révélation, de diffusion ou de digestion du droit positif⁴⁵⁵, les autres considérant au contraire que, dans les domaines notamment où les Etats n'ont pas « légiféré » par voie de traité, un ouvrage de référence fait toujours, dans les chancelleries notamment, office de bon droit.⁴⁵⁶ L'essentiel, cependant, est déjà établi : à ne considérer même que l'article 38, la question des sources du droit international est loin d'être réglée. Si l'on s'accorde à peu près pour dire que traités et coutume constituent les deux sources élémentaires du droit international, une question aussi fondamentale que celle de l'autorité du juge et de ses décisions demeure aujourd'hui en suspens, aucun consensus n'ayant jamais émergé, ni en doctrine, ni dans la pratique des Etats et autres acteurs du droit international.

Les choses se compliquent un peu plus encore dès lors que l'on considère la question des « autres sources », c'est-à-dire des procédés d'élaboration du droit international qui ne figurent pas à l'article 38 du Statut. D'une question relativement indéterminée, on passe en effet à une question radicalement ouverte où les candidats au statut de source du droit sont aussi nombreux que variés. La liste est longue des actes potentiellement normatifs dont la qualité en tant que source du droit fait débat. On pense bien entendu aux « classiques » du genre que constituent les actes unilatéraux des Etats et les résolutions d'organisations internationales. Dans un cas comme dans l'autre, les internationalistes sont irréconciliables. Les uns considèrent qu'actes unilatéraux et

International Law » (1977) 20 *German Yearbook of International Law* 9 à la p. 59 ; James Brierly, « The Judicial Settlement of International Disputes » (1925) 4 *Journal of the British Institute of International Affairs* 227 à la p. 232.

⁴⁵⁴ Voir, en général, Anthony Carty, « A Renewed Place for Doctrine as the Source of International Law in a Time of Fragmentation » dans Huesa Vinaixa et Wellens, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, supra note 110 ; André Oraison, « Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnement juridique international contemporain » (2001) 79 *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques* 91 ; Robert Jennings, « Teachings and Teaching in International Law » dans Jerzy Makarczik, éd., *Essays in Honour of Judge Manfred Lachs*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984 ;

⁴⁵⁵ Sur la fonction de « révélation » de la doctrine, voir René-Jean Dupuy, « La contribution de l'Académie au développement du droit international » (1973) 138 *Recueil des Cours* 45. Sur la fonction de « digestion » de la doctrine, dans le contexte contemporain de « prolifération » du droit international notamment, voir Mario Prost et Julien Fourret, « La multiplication des juridictions internationales : de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure » (2002) 15 *Revue Québécoise de Droit International* 117 aux pp. 136-138.

⁴⁵⁶ Voir Louis Sohn, « Sources of International Law » (1996) 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 399 aux pp. 399-402.

résolutions n'ont de valeur normative que pour autant qu'ils s'inscrivent dans la logique conventionnelle ou coutumière. On considère que les actes unilatéraux ne produisent du droit que dans la mesure où ils expriment la volonté de l'Etat de s'obliger et lorsque le comportement de leurs destinataires laisse transpirer une réception ou une acceptation tacite de leur part (auquel cas on demeure dans une logique de réciprocité contractuelle).⁴⁵⁷ Quant aux résolutions d'organisations internationales, on estime qu'elles n'ont d'effet juridique qu'un effet extrinsèque de manifestation de la pratique des Etats. Elles donnent simplement un visage plus concret à des coutumes préexistantes ou émergentes.⁴⁵⁸ Les autres voient cependant dans ces actes formels des procédés autonomes de création du droit, répondant à une logique propre : les actes unilatéraux engagent leurs auteurs indépendamment des réactions qu'ils suscitent chez leurs destinataires, en vertu seulement du principe de bonne foi et de l'impératif de sécurité dans les relations interétatiques. Il s'agit d'autre chose, donc, d'une simple mécanique synallagmatique d'arrangement conventionnel.⁴⁵⁹ Quant aux résolutions d'organisations internationales, on dit que leur portée normative dépasse la seule cristallisation du droit coutumier. Dès lors qu'un certain nombre de conditions – de fond, de forme et de procédure – sont remplies, elles créent du droit de façon autonome et, à l'occasion, instantanée.⁴⁶⁰ Dans un cas

⁴⁵⁷ Voir par exemple Virally, « The Source of International Law », *supra* note 440, aux pp. 154-155.

⁴⁵⁸ Jennings & Watts, *Oppenheim's International Law*, *supra* note 430, aux pp. 45-49; Degan, *Sources of International Law*, *supra* note 442, aux pp. 194-200; Blaine Sloan, « General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later) » (1987) 58 *British Yearbook of International Law* 39 à la p. 69 ; Michel Virally, « Unilateral Acts of International Organizations » dans Mohammed Bedjaoui, éd., *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, aux pp. 259-260 ; Krzysztof Skubiszewski, « Resolutions of the General Assembly of the United Nations : Preliminary Expose » (1985) 61 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 29. Voir également *Légalité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, [1996] C.I.J. Rec. 226 aux pp. 254-255 : « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent [...] fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* ».

⁴⁵⁹ Camille Goodman, « Acta Sunt Servanda ? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law » (2004) 25 *Australian Yearbook of International Law* 43 ; Karl Zemanek, « Unilateral Legal Acts Revisited » dans Karel Wellens, éd., *International Law : Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, aux pp. 212-213 ; Higgins, *Problems and Process*, *supra* note 452, aux pp. 35-36. Voir également *Essais Nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. Rec. 253 aux pp. 267-268 : « des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux [...] peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques [...] Un engagement [...] exprimé publiquement et dans l'intention de se lier [...] à un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats [...] La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale [...] Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi ».

⁴⁶⁰ Voir par exemple José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Erika de Wet, « The Security Council as a Law-Maker : the Adoption of

comme dans l'autre, nous aurions donc affaire à des sources nouvelles du droit international.⁴⁶¹

Tout cela est bien connu. Nul besoin, donc, d'entrer ici dans le détail de ces controverses classiques. Soulignons simplement que les actes unilatéraux et les résolutions d'organisations internationales sont loin d'être les seuls actes formels dont la valeur juridique demeure indéfinie. Les mêmes questionnements surgissent périodiquement à propos d'autres catégories, sans que l'on puisse jamais en déterminer de façon définitive le statut en droit international public. On songe par exemple aux contrats d'Etats⁴⁶², aux articles ou autres travaux de la Commission du droit international⁴⁶³, ou à certains rapports d'experts, tels les rapports des « panels » dans le régime de règlement des différends du GATT et de l'OMC.⁴⁶⁴ On songe

(Quasi)-Judicial Decisions » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben, éd., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005 ; Hiram Chodosh, « Neither Treaty nor Custom : The Emergence of Declaratory International Law » (1991) 26 *Texas Journal of International Law* 87.

⁴⁶¹ Krzysztof Skubiszewski, « A New Source of the Law of Nations : Resolutions of International Organizations » dans *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de Droit de Genève, 1968.

⁴⁶² Voir le renouveau du débat sur les contrats d'Etats dans le contexte des développements récents en droit des investissements : Jean-Michel Jacquet, « Voici venu le temps des traités !: quelques réflexions sur l'évolution du droit des contrats d'Etat » dans Marcelo Kohen, éd., *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law – Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007 ; Priscilla Leung et Guiguo Wang, « State Contracts in the Globalized World » (2006) 7 *Journal of World Investment and Trade* 829 ; James Crawford et Anthony Sinclair, « The UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts » (2002) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 57 ; A.F.M. Maniruzzaman, « State Contracts in Contemporary International Law : Monist Versus Dualist Controversies » (2001) 12 *European Journal of International Law* 309 ; Georges Delaume, « The Proper Law of State Contracts Revisited » (1997) 12 *ICSID Review* 1.

⁴⁶³ Voir B.G. Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977, aux pp. 24-26 ; Gerhard Hafner, « The International Law Commission and the Future Codification of International Law » (1992) 2 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 671 aux pp. 673-675 ; Donald McRae, « The International Law Commission : Codification and Progressive Development after Forty Years » (1987) 25 *Canadian Yearbook of International Law* 355 ; André Orain, « La place de la Commission du droit international des Nations Unies au sein de la 'doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » (1998) 76 *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* 271 ; qui sont d'avis que la CDI a une fonction essentiellement doctrinale ou un rôle limité dans la codification et le développement progressif du droit international. *Contra*, arguant du fait que les travaux de la CDI dépassent le simple travail de codification et comprennent toujours un élément, même minimal, de création du droit, voir Oscar Schachter, « Recent Trends in International Law-Making » (1992) 12 *Australian Yearbook of International Law* 1 aux pp. 2-7 ; Arthur Watts, *The International Law Commission : 1949-1998*, Oxford, Oxford University Press, vol. I, 1999, aux pp. 7-9 ; Robert Jennings, « Recent Developments in the International Law Commission : Its Relation to the Sources of International Law » (1964) 18 *International and Comparative Law Quarterly* 385.

⁴⁶⁴ Voir sur ce point David Palmeter et Petros Mavroidis, « The WTO Legal System : Sources of Law » (1998) 92 *American Journal of International Law* 398 aux pp. 400-404 ; Raj Bhala, « The Power of the Past : Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication » (2001) 33 *George Washington International Law Review* 873 ; Lanye Zhu, « The Effects of the WTO Dispute Settlement Panel and Appellate Body Reports : Is the Dispute Settlement Body Resolving Specific Disputes Only or Making

également aux réglementations non-officielles élaborées par les opérateurs économiques dans certains secteurs d'activité transnationaux, qui fonctionnent « comme du droit » (les règles sont mises en œuvre de façon effective par les acteurs et des mécanismes sociaux d'ajustement garantissent la « sanction » des comportements déviants) et finissent souvent par infuser le droit interétatique officiel.⁴⁶⁵ Récemment, un auteur se demandait même si les applaudissements ne pourraient, dans une certaine mesure, être considérés comme source d'obligation pour les Etats.⁴⁶⁶ On peut bien dire de cette proposition qu'elle est curieuse, et considérer qu'elle n'a qu'un intérêt marginal et théorique. Elle a le mérite cependant d'illustrer à quel point la question est ouverte et la doctrine des sources traversée de part en part par des catégories et procédés dont nous sommes incapables de dire avec certitude s'ils constituent, ou non, des modes autonomes de formation du droit international.

A cette incertitude d'ordre quantitatif, portant sur la taxinomie des sources formelles du droit international, s'ajoute une incertitude d'ordre qualitatif cette fois. A considérer même les catégories universellement consacrées, on constate en effet que, passé l'accord sur un certain nombre de concepts généraux, d'importantes controverses persistent quant à la définition et aux critères de validité des différents procédés de formation du droit international. L'exemple le plus significatif à cet égard, et qui illustre le mieux les paradoxes du discours conventionnel sur l'unité formelle du droit international, est sans aucun doute celui du processus coutumier. On dit souvent de la coutume, en effet, qu'elle est une source d'une importance toute particulière en droit international, la seule source capable de générer du droit « général », par opposition au traité, source d'obligations particulières.⁴⁶⁷ La coutume serait donc la

Precedent at the Same Time ? » (2003) 17 Temple International and Comparative Law Journal 221 ; John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO : Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, aux pp. 125-129.

⁴⁶⁵ Janet K. Levit, « Bottom-Up International Law-Making : Reflections on the New Haven School of International Law » (2007) 32 Yale Journal of International Law 393, « A Bottom-Up Approach to International Law-Making : the Tale of Three Trade Finance Instrument » (2005) 30 Yale Journal of International Law 125 ; Eric A. Feldman, « The Tuna Court : Law and Norms in the World's Premier Fish Market » (2006) 94 California Law Review 313.

⁴⁶⁶ Jordi Sellarés Serral, « Applause as Unilateral Act (Is an Image Worth a Thousand Words ?) » (2006) essai présenté à la deuxième Conférence biennale de la Société Européenne de Droit International, en ligne : <http://www.esil-sedi.eu/english/paris_agora_papers.html>.

⁴⁶⁷ Jonathan Charney, « Universal International Law » (1993) 87 American Journal of International Law 529 ; Josef Kunz, « The Nature of Customary International Law » (1953) 47 American Journal of International Law 662 ; *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 3 au para. 63 : « [les règles coutumières] par

seule forme de « législation » en droit international, une source à part qui, au cœur de l'ordre juridique international, incarne et sous-tend l'idée d'un droit général, global et uniforme.⁴⁶⁸

Cependant qu'elle paraît constituer ce ferment d'unité, la coutume représente pourtant l'un des mystères les plus difficiles à percer en droit international. S'il est parfaitement acquis que la coutume est l'une des deux sources principales d'obligation en droit international, on continue en effet de s'interroger sur la règle de reconnaissance qui préside à l'émergence de la norme coutumière. On sait bien que la règle coutumière est différente du traité : elle n'est pas « posée » par voie d'accord réciproque entre Etats contractants, mais émerge de façon diffuse et spontanée d'un ensemble d'actes et de faits disparates qui, convergents dans le temps et l'espace, finissent par constituer une régularité comportementale juridiquement obligatoire. Mais où, quand et comment passe-t-on de la régularité à la règle, de ce qui « est » à ce qui « doit être » ? C'est là une question parfaitement énigmatique à laquelle la science du droit international n'est jamais parvenue à fournir de réponse univoque. Plus de trois siècles après que Suarez a, le premier, reconnu son importance comme source d'obligation en droit international, la coutume demeure indispensable et insondable à la fois.⁴⁶⁹

L'orthodoxie doctrinale veut bien entendu que l'on dise de la coutume qu'elle fait intervenir deux éléments constitutifs : l'un, matériel, renvoyant à l'existence d'une pratique générale et uniforme ; l'autre, subjectif ou psychologique, désignant la conviction qu'un comportement donné est rendu obligatoire par l'existence d'une règle de droit.⁴⁷⁰ Passée l'orthodoxie des deux éléments constitutifs cependant, la

nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement ».

⁴⁶⁸ Brigitte Stern, « Custom at the Heart of International Law » (2001) 11 *Duke Journal of Comparative and International Law* 89 ; Reuter, *Introduction au droit des traités*, *supra* note 434, à la p. 38 ; Michael Reisman, « The Cult of Custom in the Late 20th Century » (1987) 17 *California Western International Law Journal* 133.

⁴⁶⁹ Jack Goldschmidt et Eric Posner, « A Theory of Customary International Law » (1999) 66 *University of Chicago Law Review* 1113 ; David Filder, « Challenging the Classical Concept of Custom : Perspectives on the Future of Customary International Law », (1997) 39 *German Yearbook of International Law* 198.

⁴⁷⁰ *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 3 au para. 77 : « non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité d'une pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis* » ; *Affaire du Plateau Continental (Jamahiriya Arabe*

coutume demeure le terrain de controverses récurrentes et largement irréductibles.⁴⁷¹ Qu'est-ce par exemple que la « pratique » des Etats ? S'agit-il simplement des actes matériels, c'est-à-dire de la conduite effective des Etats⁴⁷², ou bien l'expression recouvre-t-elle les déclarations et autres actes verbaux ?⁴⁷³ Matériels ou verbaux, les actes étatiques comprennent-ils les abstentions et les omissions ?⁴⁷⁴ Les actes *contra legem* peuvent-ils constituer la base matérielle d'une nouvelle coutume ?⁴⁷⁵ Quel est le degré de généralité, de continuité et de cohérence requis pour conclure à l'émergence d'une norme coutumière ? On parle d'une pratique constante et uniforme, émanant d'une majorité active et représentative. Mais de combien de précédents a-t-on besoin, de la part de combien d'Etats, et pendant combien de temps ?⁴⁷⁶ Dans l'établissement

Libyenne c. Malte), [1985] C.I.J. Rec. 13 au para. 27 : « il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats ». Voir, pour une analyse critique de la théorie des deux éléments constitutifs, Peter Hagggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 *Revue Générale de Droit International Public* 5 [qui considère que les deux éléments n'ont en réalité aucune individualité propre et constituent les deux facettes, l'une matérielle, l'autre psychologique, d'un seul élément complexe].

⁴⁷¹ Maurice Mendelson, « The Formation of Customary International Law » (1999) 272 *Recueil des Cours* 165 aux pp. 170-172.

⁴⁷² Voir Anthony d'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, aux pp. 88-89 [qui est d'avis que les déclarations et autres actes verbaux ne peuvent constituer l'élément matériel de la coutume du fait, notamment, qu'ils peuvent être contradictoires, tandis qu'un Etat ne peut agir concrètement que d'une façon à la fois à un moment donné]. Voir, dans le même sens, Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, Sijthoff, 1972, à la p. 58 ; Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2^e éd., 1993, aux pp. 42-43.

⁴⁷³ Voir Michael Akehurst, « Custom as a Source of International Law » (1977) 47 *British Yearbook of International Law* 1 à la p. 3 [qui considère qu'il est artificiel d'opérer la distinction entre ce que l'Etat *fait* et ce que l'Etat *dit*, et qui souligne que les agissements concrets d'un Etat (entre différents ministères ou départements par exemple) peuvent, tout comme ses déclarations, être contradictoires]. Voir également Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *supra* note 471, aux pp. 204-207 ; Mark Villiger, *Customary International Law and Treaties*, La Haye, Kluwer Law International, 2^e éd., 1997, aux pp. 20-21.

⁴⁷⁴ Les auteurs sont, pour la plupart, d'avis que la pratique comprend, au moins dans certaines situations, les omissions et autres comportements passifs. Voir Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *supra* note 473, à la p. 10 ; Rudolf Bernhardt, « Customary International Law » dans Rudolf Bernhardt, éd., *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, Vol. I, 1992, à la p. 900 ; Josef Kunz, « The Nature of Customary International Law » (1953) 47 *American Journal of International Law* 662 à la p. 666 ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, *supra* note 472, à la p. 61.

⁴⁷⁵ Voir, pour une réponse affirmative, Thirlway, *International Customary Law and Codification*, *supra* note 472, à la p. 98. *Contra* Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, *supra* note 447, à la p. 277.

⁴⁷⁶ Sur ce point, on s'accorde simplement à dire qu'il n'existe en droit international aucune « durée légale » requise officiellement pour la formation d'une règle coutumière et que la « densité » de la pratique compte d'avantage que sa durée. Voir *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas)*, *supra* note 470, au para. 74 : « bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier [...] il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquent et pratiquement uniforme dans le sens de la

de cette pratique générale et uniforme, le comportement de certains Etats compte-t-il plus que celui d'autres ?⁴⁷⁷ Qu'en est-il de la pratique des acteurs non-étatiques (organisations internationales, organisations non-gouvernementales, individus) ?⁴⁷⁸ A toutes ces questions, il n'existe point de réponse définitive.

Polémique et paradoxale, la coutume l'est tout autant eu égard à l'*opinio juris*. Qu'est-ce en effet que cet élément subjectif ? S'agit-il d'un acte conscient et intentionnel de volonté, ou bien s'agit-il d'une conviction ou d'une croyance plus diffuse en l'existence et/ou en la nécessité d'une règle ?⁴⁷⁹ Si l'*opinio juris* est affaire de consentement, le silence vaut-il consentement implicite ?⁴⁸⁰ Peut-on déduire l'acceptation de la pratique consistante de l'Etat ou de simples déclarations ?⁴⁸¹ Cela veut-il dire également que l'on peut objecter à l'émergence d'une coutume ?⁴⁸² En tout

disposition invoquée ». Sur la « densité » de la pratique, voir Humphrey Waldock, « General Course on Public International Law » (1962) 106 Recueil des Cours 9 à la p. 44.

⁴⁷⁷ Voir Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

⁴⁷⁸ Pour une discussion critique du rôle des entités non-étatiques, voir Christiana Ochoa, « The Individual and Customary International Law Formation » (2007) 48 Virginia Journal of International Law 119 ; Jan Klabbers, « International Organizations in the Formation of Customary International Law » dans Enzo Cannizzaro et Paolo Palchetti, éd., *Customary International Law on the Use of Force: a Methodological Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

⁴⁷⁹ Sur l'*opinio juris* comme manifestation du consentement de l'Etat, voir Olufemi Elias, « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law » (1995) 44 International and Comparative Law Quarterly 501 ; Danilenko, *Law-Making in the International Community*, *supra* note 450, aux pp. 98-103 ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, *supra* note 472, aux pp. 111-113. Sur l'*opinio juris* comme croyance ou conviction, voir Degan, *Sources of International Law*, *supra* note 442, aux pp. 162-164 ; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, *supra* note 118, aux pp. 44-45 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, *supra* note 430, aux pp. 27-29.

⁴⁸⁰ Voir, en ce sens, Villiger, *Customary International Law and Treaties*, *supra* note 473, aux pp. 19-21 ; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, *supra* note 447, aux pp. 219-220 ; I. C. MacGibbon, « Customary International Law and Acquiescence » (1957) 33 British Yearbook of International Law 115. *Contra* Anthea Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : a Reconciliation » (2001) 95 American Journal of International Law 757 à la p. 778 ; Georges Abi-Saab, « The Democratization of Contemporary International Law-Making – Comment » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben, éd., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, à la p. 36.

⁴⁸¹ En ce sens, voir Hagggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la jurisprudence de la Cour internationale », *supra* note 470 ; Brownlie, *Principles of Public International Law*, *supra* note 430, aux pp. 131-133. *Contra* Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *supra* note 473, à la p. 50.

⁴⁸² Une partie de la doctrine est d'avis qu'une objection suffisamment persistente de la part d'un Etat durant la période de formation d'une règle coutumière la lui rend inopposable (Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *supra* note 471, aux pp. 227-244 ; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, *supra* note 473, aux pp. 33-37 ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, *supra* note 472, aux pp. 66-67 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, *supra* note 430, à la p. 29). Voir cependant *contra* D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, *supra* note 472, aux pp. 233-263 ; Ted Stein, « The Approach of a Different Drummer : the Principle of the Persistent Objector in International Law » (1985) 26 Harvard International Law Journal 457 ; Jonathan Charney, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » (1985) 56 British Yearbook of International Law 1.

état de cause, l'*opinio juris* est-elle un élément accessoire, nécessaire ou suffisant de la coutume ?⁴⁸³ Là encore, le droit international demeure, sur ces nombreuses questions, en suspens.

La coutume, on le réalise, est cernée de paradoxes et de controverses. En même temps qu'elle séduit par sa souplesse et par les possibilités théoriques qu'elle offre de créer du droit de façon autonome et objective (i.e. sans passer par les rigidités du consentement formel des Etats), la coutume est l'exemple-type du « flou juridique » dont parle Mireille Delmas-Marty, c'est-à-dire de ces concepts qui, derrière certaines formules universelles, demeurent indéterminés ou sous-déterminés dans leur contenu.⁴⁸⁴ Cependant que l'on sait *parler* de la coutume, on peine à la connaître vraiment et à l'apprivoiser dans un savoir juridique déterminé et cohérent. Malgré les efforts périodiques déployés par les internationalistes pour « refonder » la théorie de la coutume, pour la « sauver » et la sortir de la « crise identitaire » dans laquelle elle paraît irrémédiablement plongée⁴⁸⁵, on continue de n'avoir affaire qu'à un ensemble disparate et contradictoire de propositions doctrinales.

Dans pareilles conditions, et en l'absence de méthode et de critères universellement reconnus, « trouver » la coutume demeure une entreprise incertaine, aléatoire, et dans une certaine mesure instinctive. Elle est en tous les cas invariablement *controversée*. A chaque fois, ou presque, qu'un juge ou toute autre institution internationale prend position sur le terrain du droit coutumier, les mêmes polémiques resurgissent. On songe par exemple aux réactions qu'a suscitées la décision de la Cour internationale de

⁴⁸³ Sur l'*opinio juris* comme élément accessoire, voir Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *supra* note 471 et Byers, *Custom, Power and the Power of Rules : International Relations and Customary International Law*, *supra* note 477 [qui sont d'avis qu'une pratique générale suffit et que l'*opinio juris* sert simplement à disqualifier certains comportements ne constituant pas des « précédents » coutumiers]. Sur l'*opinio juris* comme élément suffisant, voir notamment Bin Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space : 'Instant' International Customary Law ? » (1965) 5 *Indian Journal of International Law* 23 à la p. 36 : « international law has in reality only one constitutive element, the *opinio juris* ».

⁴⁸⁴ Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd., 2004.

⁴⁸⁵ Parmi les tentatives les plus récentes, voir Andrew Guzman, « Saving Customary International Law » (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 115 ; Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : a Reconciliation », *supra* note 480 ; Posner et Goldschmidt, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 469 ; Edward Swaine, « Rational Custom » (2002) 52 *Duke Law Journal* 559 ; George Norman et Joel Trachtman, « The Customary International Law Game » (2005) 99 *American Journal of International Law* 541.

Justice dans l'affaire *Nicaragua*.⁴⁸⁶ Malgré l'importance de la décision au fond, beaucoup n'ont en effet retenu de l'arrêt que la façon dont la Cour fait usage des sources du droit international, et la manière qu'elle a notamment d'établir la positivité du principe coutumier de non-intervention.⁴⁸⁷ On a reproché à la Cour son attitude révisionniste et une certaine confusion des genres, traitant de certains actes comme relevant à la fois de la pratique et de l'*opinio juris*.⁴⁸⁸ D'autres, plus sévères, ont accusé la Cour de n'avoir « rien compris » à la coutume, et d'en « détruire » les fondements théoriques établis.⁴⁸⁹ Dans tous les cas, ce qui fait débat est l'essence et les critères de validité de la coutume en tant que catégorie formelle, d'avantage que la substance de la règle coutumière individuelle.

Plus récemment, la publication par le CICR de son étude sur le droit international humanitaire coutumier a suscité le même type de réactions.⁴⁹⁰ Fruit d'un effort de codification de près de dix années, l'étude identifie pas moins de 161 règles de droit international humanitaire relevant du droit coutumier, et étant par conséquent applicables à toutes les parties à un conflit, que celles-ci aient ratifié ou non les grandes conventions du droit de la guerre (La Haye, Genève, Protocoles additionnels etc.). Là encore, malgré l'importance de l'étude et de la matière codifiée, les commentaires ont à ce jour porté, pour l'essentiel, non pas sur la matière du droit coutumier codifié, ni même sur l'exactitude des conclusions du CICR au regard de la pratique des Etats, mais sur les définitions et méthodes retenues pour établir le caractère coutumier des 161 règles droit des conflits armés.⁴⁹¹

On a reproché à l'étude de simplifier le concept de coutume, de le réduire à la définition mécanique qu'en donne l'article 38 du Statut ou encore d'adopter une

⁴⁸⁶ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14.

⁴⁸⁷ Voir par exemple Wladislaw Czaplinski, « Sources of international law in the Nicaragua case » (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 151.

⁴⁸⁸ Hillary Charlesworth, « Customary International Law and the Nicaragua Case » (1991) 11 *Australian Yearbook of International Law* 1; P.P. Rijpkema, « Customary International Law in the Nicaragua Case » (1989) 20 *Netherlands Yearbook of International Law* 91.

⁴⁸⁹ Anthony D'Amato, « Trashing Customary International Law » (1987) 81 *American Journal of International Law* 101.

⁴⁹⁰ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, eds., *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

⁴⁹¹ Pour une analyse du contenu normatif de l'étude, voir néanmoins Elizabeth Wilmshurst et Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

position ambiguë voir tendancielle à l'égard des questions difficiles qui ont un impact sur la formation du droit coutumier (*persistent objector*, pratiques contradictoires ou discordantes, rôle des résolutions d'organisations internationales et de la jurisprudence etc.).⁴⁹² La polémique ne se situe donc pas au niveau des règles, de leur contenu, ou de la recevabilité des éléments de preuves avancés pour en démontrer la positivité. Elle continue de se situer invariablement au niveau bien plus fondamental de la règle de reconnaissance déterminant les critères de validité de la coutume.

Basdevant écrivait en 1936 que « les idées des juristes sur le caractère de la coutume n'ont atteint ni l'unité ni la clarté ».⁴⁹³ Force est de constater que, 70 ans plus tard, l'incertitude épistémologique règne toujours à tous les niveaux du processus coutumier. Cette incertitude là est tellement persistante d'ailleurs que certains en viennent à se demander s'il est opportun de continuer de se référer à la coutume comme à une source de droit international à proprement parler.⁴⁹⁴ Nous ne prendrons pas position ici sur cette question, si ce n'est pour insister sur le fait que, malgré la permanence de certains thèmes ou concepts (pratique, *opinio juris*, *persistent objector*) et de certains standards (généralité, continuité ou densité de la pratique), la coutume

⁴⁹² Claude Emanuelli, « L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier : la coutume en question » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 435 ; Yoram Dinstein, « The ICRC Customary International Humanitarian Law Study » (2006) 36 *Israel Yearbook on Human Rights* 1 ; John Bellinger et William Haynes, « A US Government Response to the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law » (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 443 ; Michael Cowling, « International Lawmaking in Action : the 2005 Customary International Humanitarian Law Study and Non-International Armed Conflicts » (2006) *African Yearbook on International Humanitarian Law* 65 ; Robert Cryer, « Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel : the Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study » (2006) 11 *Journal of Conflict and Security Law* 239. Voir également, en réponse à ces critiques et défendant l'approche et la méthodologie adoptées par le CICR, Jean-Marie Henckaerts, « Study on Customary International Humanitarian Law – A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflicts » (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175 ; « Customary International Humanitarian Law : a Rejoinder to Judge Aldrich » (2006) 76 *British Yearbook of International Law* 525 ; Theodor Meron, « Revival of Customary Humanitarian Law » (2005) 99 *American Journal of International Law* 817 ; François Bugnion, « Droit international humanitaire coutumier » (2007) 17 *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* 165.

⁴⁹³ Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix » (1936) 58 *Recueil des Cours* 471 à la p. 508.

⁴⁹⁴ Voir notamment Patrick Kelly, « The Twilight of Customary International Law » (2000) 40 *Virginia Journal of International Law* 449 [qui plaide pour l'élimination pure et simple de la coutume comme source d'obligations internationales et préconise le recours à la catégorie plus large des 'procédés consensuels' d'élaboration du droit]. Voir également Charles De Visscher, *Théories et réalités du droit international*, Paris, Pédone, 1970, à la p. 190 [qui est d'avis qu'il ne *peut pas* exister de règle générale de reconnaissance de la coutume : « ni les données de fait à utiliser (nombre, spécificité), ni la direction dans laquelle ces données s'enchaîneront pour prendre un jour forme et figure de 'précédents' constitutifs de la coutume ne sauraient être l'objet de généralisations dans une théorie de la coutume »].

est toujours à la recherche de sa règle de reconnaissance. De la coutume, en définitive, nous connaissons les ingrédients, mais non la recette.

La question des sources, comme en témoignent les paragraphes qui précèdent, constitue un terrain mouvant et largement contesté, où les poches de cohérence (définition et droit des traités notamment) peinent à masquer la persistance de désaccords profonds et largement irréconciliables, portant aussi bien sur la taxinomie des sources, autrement dit sur la liste des actes générateurs de droits et d'obligations, que sur le test de validité définissant chacun des procédés formels de production du droit. D'avantage qu'à un système opérant de règles secondaires, nous avons donc affaire à une prolifération de propositions et de contre-propositions doctrinales qui, si elles reposent sur un appareil conceptuel relativement stable (traité, coutume, consentement, pratique générale, *opinio juris*, acte unilatéral, précédent, codification, développement progressif etc.), sont loin de constituer un discours normatif autonome et cohérent.

On peut repérer bien entendu, dans ce désordre doctrinal, des récurrences argumentatives qui structurent le discours juridique, des lignes discursives maîtresses auxquelles tous les internationalistes ont recours, d'une façon ou d'une autre, lorsqu'ils dissertent de la question de sources. La doctrine des sources est structurée notamment autour de la tension entre une ligne « hard » ou « apologétique », d'une part, qui rattache le caractère obligatoire du droit international à la notion de « consentement » de l'Etat, et une ligne « soft » ou « utopique », d'autre part, où la validité du droit est démontrée en relation aux notions extra-consensuelles de justice et de sécurité juridique.⁴⁹⁵ Toute doctrine sur les sources du droit international constitue, d'une certaine manière, une tentative de médiation entre ces deux pôles argumentatifs mutuellement exclusifs. On affirme que la coutume naît de la pratique générale et continue des Etats (argument « soft ») *mais* on reconnaît en même temps que l'objection persistante d'un Etat la lui rend inopposable (argument « hard »). D'autres insistent sur le fait que la coutume requiert l'*opinio juris*, c'est-à-dire l'intention de

⁴⁹⁵ Sur cette tension entre arguments « soft » et arguments « hard » dans la doctrine des sources, voir David Kennedy, « The Sources of International Law » (1987) 2 American University Journal of International Law and Policy 1. Sur l'oscillation entre pôle « apologétique » et pôle « utopique », voir Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Cambridge Cambridge University Press, 2^e éd., 2005, aux pp. 303-387.

s'obliger (argument « hard ») *mais* on tempère en admettant que cette intention n'est pas requise de la totalité des Etats et peut, en tout état de cause, être déduite de la pratique (argument « soft »). A propos des traités, on dit qu'ils sont l'émanation de volontés concordantes (argument « hard ») *mais* que les Etats, une fois liés, ne peuvent revenir sur leur consentement, sous peine de compromettre la sécurité juridique et la confiance légitime entre acteurs internationaux (argument « soft »).

En un sens, cette tension dialectique entre stratégies argumentatives contradictoires donne à la doctrine des sources une certaine structure dynamique interne, i.e. une certaine forme. Cet ordre du discours, cependant, ne signifie pas l'existence d'un système stable de règles secondaires. Si même l'on pense ces régularités dialectiques en termes d'« unité », il s'agit d'abord d'une unité de champ disciplinaire.⁴⁹⁶ Le territoire argumentatif est certes « borné » par les pôles apologétiques et utopiques. La production du discours juridique est contrôlée et policée par l'existence d'un nombre fini de stratégies rhétoriques. La pratique argumentative sur la question des sources du droit international est donc *disciplinée*. Mais l'objet et le contenu de cette pratique argumentative disciplinée demeurent, pour leur part, largement indéterminés. Le problème de la validité des normes de droit international n'est en rien « réglé » par ces dynamiques discursives, aussi récurrentes soient-elles. Le mouvement régulier de la doctrine des sources entre Etat et communauté, entre consentement et justice, entre normativité et concrétude, crée un sentiment de clôture et de finitude. L'image est trompeuse, néanmoins. Le « qui », le « quoi », le « pourquoi » et le « comment » de la production des normes demeurent, en droit international, des questions en suspens, sans réponses univoques ni définitives. Il ne peut en aller autrement d'ailleurs, dans la mesure où quiconque arrête une position définitive sur la question des sources s'expose inmanquablement à la critique de l'autre bord du spectre argumentatif. Une doctrine des sources qui se rattache exclusivement au consentement de l'Etat sera rejetée comme apologétique. Une doctrine des sources qui se rattache exclusivement aux standards normatifs a priori de justice ou de confiance légitime sera rejetée comme utopique. Aussi, pour être acceptable, tout argument sur les sources du droit international est-il condamné à demeurer ouvert et indéterminé, et à se mouvoir en

⁴⁹⁶ Voir *infra* notes 701-709 et texte correspondant.

permanence le long du continuum consentement-justice. Le consentement doit toujours être justifié en termes de justice, et la justice en termes de consentement.⁴⁹⁷

Le droit international se caractérise donc par l'absence de critères formels permettant de discriminer de façon objective et définitive le monde de la potentialité normative du monde de la positivité juridique. Il n'existe, pour reprendre la formule désormais classique, point de seuil déterminé (ni déterminable) de normativité en droit international.⁴⁹⁸ Cette indéterminabilité fondamentale est d'ailleurs tellement consubstantielle au droit international que les juristes – soucieux qu'ils sont comme toujours de nomenclaturer, de classer et d'ordonner le monde qui les entoure dans des catégories juridiques bien définies – ont fini par lui donner un nom. Pour désigner cette zone grise de normativité entre ce qui, incontestablement, n'est pas du droit et ce qui, assurément, relève du droit en vigueur, les internationalistes ont, les premiers, inventé le concept de « soft law ».⁴⁹⁹ Il est inutile de nous attarder ici sur ce concept largement commenté ailleurs.⁵⁰⁰ On retiendra simplement qu'il est, en droit international, un nombre tellement important d'actes et de pratiques dont le statut normatif demeure indéterminé qu'il est apparu nécessaire, pour en discuter, de développer un appareil conceptuel autonome.

Tout ceci nous ramène en définitive à notre proposition initiale. A propos des sources, nous disions à titre liminaire que nous en savons beaucoup et peu à la fois. Cela se vérifie, nous venons de l'établir, à tous les niveaux du problème. Sans doute le droit des traités constitue-t-il un noyau dur de certitude auquel la Convention de Vienne donne le visage d'une règle secondaire en bonne et due forme. Mais l'arbre

⁴⁹⁷ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, supra note 495, à la p. 387.

⁴⁹⁸ Voir Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international » (1982) 86 *Revue Générale de Droit International Public* 5. Pour une analyse critique de la notion de « seuil de normativité » défendue par Weil, voir notamment John Tasioulas, « In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case » (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 85.

⁴⁹⁹ Sur l'histoire intellectuelle de la soft law et sa dissémination hors du terreau originel du droit international, voir Anna di Robilant, « Genealogies of Soft Law » (2006) 54 *American Journal of Comparative Law* 499.

⁵⁰⁰ Voir notamment Richard Baxter, « International Law in 'Her Infinite Variety' » (1980) 29 *International and Comparative Law Quarterly* 549 ; Christin Chinkin, « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law » (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850 ; Pierre-Marie Dupuy, « Soft Law and the International Law of the Environment » (1991) 12 *Michigan Journal of International Law* 420 ; Jan Klabbers, « The Undesirability of Soft Law » (1998) 67 *Nordic Journal of International Law* 381 ; Alan Boyle, « Soft Law » dans Malcolm Evans, éd., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd éd., 2006 ; Isabelle Duplessis, « Le vertige et la *Soft Law*: réactions doctrinales en droit international » (2007) 18 *Revue Québécoise de Droit International* 245.

conventionnel cache mal la forêt d'incertitudes qui entoure la question de la validité en droit international (la validité étant entendue au sens large, comme le fait pour une norme de faire partie de l'ordre juridique). Il n'y a pas là, comme certains l'ont affirmé, une pathologie grave qui menace fatalement le droit international et le condamne à une lente mais irrépressible dilution.⁵⁰¹ L'absence d'un code binaire valide/invalide, d'un système rigide et prédéterminé de règles secondaires de production, soulève bien entendu un certain nombre de difficultés, du point de vue notamment des « consommateurs » du droit international. Cette indéterminabilité des méta-règles de production du droit rend notamment plus aléatoire l'exercice de prédiction qui consiste pour ces sujets là à deviner les conséquences juridiques qui s'attachent à leurs actes.⁵⁰² Reste que les Etats continuent de communiquer, de commercer et de régler leurs différends sous l'empire du droit international. S'il est une seule évidence aujourd'hui, c'est précisément que les Etats, loin de se détourner d'un droit « malade de ses normes », en usent et, diront certains, en abusent, multipliant les règles, institutions et tribunaux, de toutes sortes et à tous les niveaux de gouvernance (national, bilatéral, régional, international et global). Bien qu'il ne soit pas uniforme et varie d'un domaine de réglementation à un autre, ce phénomène de « légalisation » des relations internationales démontre bien que les Etats, principaux consommateurs de droit international, s'accommodent largement des difficultés pratiques liées à l'indéterminabilité des méta-règles de production du droit international.⁵⁰³

Cependant qu'elle ne soulève pas de difficultés pratiques insurmontables, l'indéterminabilité des règles secondaires du droit international pose en revanche d'importantes questions théoriques. On réalise en particulier toute la difficulté qu'il y a à dire du droit international qu'il constitue un ordre juridique unitaire « parce qu'il est doté d'un système de normes secondaires, et notamment de normes secondaires de

⁵⁰¹ Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *supra* note 498.

⁵⁰² Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* note 223, aux pp. 91-93; Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, aux pp. 204-205 ; Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 495, aux pp. 564-565.

⁵⁰³ Sur le phénomène de « légalisation » dans les relations internationales, voir le numéro spécial d'*International Organization* paru à l'été 2000, et notamment Judith Goldstein, Miles Kahler, Robert Keohane, Anne-Marie Slaughter, « Legalization and World Politics » (2000) 54 *International Organization* 385. Voir également, pour une lecture critique de la conception étroite du droit retenue dans la littérature sur la « légalisation », Martha Finnemore et Stephen Toope, « Alternatives to 'Legalization' : Richer Views of Law and Politics » (2001) 55 *International Organization* 743.

production ». ⁵⁰⁴ On sait que la certitude et la sécurité juridique sont toujours affaire de degré et de compromis. Hart lui-même le concède lorsque il admet qu'une « lisière d'incertitude » est inévitable, et en un sens désirable, dans tout système de droit. ⁵⁰⁵ Reste que, dans la perspective Hartienne, on ne parlera d'un système cohérent de règles secondaires qu'à la condition que cette incertitude demeure marginale et que les normes secondaires, et notamment les règles de reconnaissance, apportent des réponses claires et précises à la question de la validité des règles primaires. Or ce qui ressort des pages précédentes, c'est que l'incertitude est *au cœur* de la mécanique de production du droit international. On continue, en 2007, de se demander « d'où vient le droit international et comment l'on en apporte la preuve ». ⁵⁰⁶ Il existe bien une certaine architecture dans la doctrine des sources, mais elle repose, pour l'essentiel, sur les dynamiques fluides du discours juridique (i.e. de la doctrine), et non sur la stabilité ou l'immutabilité de son objet (i.e. des sources). Ces structures internes au discours juridique constituent, nous le verrons dans notre prochain chapitre, des éléments importants de l'unité *culturelle* du droit international, c'est-à-dire de l'unité du droit international en tant que pratique argumentative. Mais il s'agit d'autre chose que d'unité formelle au sens Hartien du terme.

Notre propos ne vise pas ici à disqualifier l'hypothèse d'un système stable et cohérent de règles secondaires en droit international en tant que telle, ni même à émettre un avis définitif sur la question. Peut-être parviendra-t-on un jour au même degré de déterminabilité dans le domaine de la coutume, des actes unilatéraux ou des principes généraux que dans le domaine des traités. Peut-être, également, le droit des traités est-il au fond suffisamment central et important pour constituer, seul, une source décisive d'unité formelle du droit international.

Mais c'est en ces termes là que la question doit être débattue. On ne peut se contenter de postuler comme une espèce d'évidence l'existence d'une infrastructure cohérente de règles secondaires. Ou bien il convient de la présenter non pas comme une réalité empirique, mais comme un postulat de théorie de la connaissance, comme une condition logique de l'intelligence juridique imposant que l'on interprète un ensemble

⁵⁰⁴ *Supra* note 387.

⁵⁰⁵ *Supra* note 401.

⁵⁰⁶ « Where Does International Law Come From and How is It Proved ? », présentation d'Anthony d'Amato à l'Université Oxford, 14 septembre 2007.

inorganisé de normes dans une perspective systémale, *comme si* elles faisaient partie d'un même ordre juridique. Mais nous avons affaire alors à un *principe d'interprétation*, et ce principe d'interprétation concoure à ce que, dans le chapitre 5, nous appelons l'unité *logique* du droit. Là encore, il s'agit d'autre chose que de l'unité formelle au sens où l'entend Hart.

User de la théorie de Hart pour justifier l'unité formelle du droit engage donc nécessairement à considérer la question de la déterminabilité des règles secondaires, *a fortiori* en droit international où cette question là est éminemment complexe, ouverte, équivoque et polémique. On ne peut se contenter d'évacuer, comme on nous y invite, les controverses doctrinales relatives aux sources comme de simples « querelles d'école qui, à propos de l'analyse de la production des normes [...], ont longtemps entravé la réflexion ». ⁵⁰⁷ Ces controverses sont constitutives de la doctrine des sources. Ignorer ces querelles, c'est ignorer la question elle-même.

4. Problèmes d'acceptation : la Cour internationale islamique de Justice et la Charia comme règle ultime de reconnaissance

On se souvient que la déterminabilité n'est pas la seule question difficile que Hart rattache à sa théorie des règles secondaires. A considérer même qu'un ordre juridique est doté d'un appareil relativement stable de règles de reconnaissance, de changement et d'adjudication, l'unité du droit implique que ces règles là fassent l'objet d'une acceptation uniforme et généralisée de la part des agents officiels du système. Là encore, on ne peut se contenter d'assumer sans examen cet élément d'acceptation dans le domaine du droit international, du moins pas dans les mêmes termes qu'en droit interne.

Non pas que l'acceptation des règles secondaires tombe nécessairement sous le sens en droit interne. Mais les signes extérieurs d'adhésion aux règles secondaires sont nombreux et donnent à l'unité et à la continuité du système une forme de matérialité sensible, une sorte d'évidence. Lorsque que le Président américain, pour user d'un

⁵⁰⁷ Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, à la p. 119.

exemple notoire, entre en fonctions, il est tenu par la Constitution des Etats-Unis de prêter serment et, ce faisant, « jure solennellement de remplir fidèlement les fonctions de Président des Etats-Unis et, dans toute la mesure de [s]es moyens, de sauvegarder, protéger et défendre la Constitution des Etats-Unis ». ⁵⁰⁸ De même les juges américains s'engagent-ils à administrer la justice « dans le respect de la Constitution et des lois des Etats-Unis, [à] promouvoir la Constitution des Etats-Unis et la défendre contres ses ennemis de l'intérieur ou de l'extérieur, et [à] lui être loyal et fidèle ». ⁵⁰⁹ On pense également, pour prendre un exemple plus proche de nous, au Québec, où tout nouveau membre de l'Assemblée nationale s'engage à rester « loyal envers le peuple du Québec et [à exercer ses] fonctions de député avec honnêteté et justice dans le respect de la Constitution du Québec ». ⁵¹⁰

« Fidélité », « loyauté » et « allégeance » : la prestation de serment exprime, ne serait-ce que de façon symbolique, ponctuelle et ritualisée, l'adhésion des agents – gouvernants, législateurs et juges – à la Constitution (à toute la Constitution), et donc leur acceptation des règles secondaires fondamentales du système juridique en tant que standards officiels et légitimes. La situation est nettement plus incertaine dans le contexte de l'ordre juridique international. Le droit international connaît, bien sûr, son lot d'assermentations. Les hauts fonctionnaires et les juges internationaux, comme leurs homologues nationaux, prêtent normalement serment au moment d'entrer en fonction. Mais ces serments là sont loin de refléter, au même niveau que les serments nationaux, une adhésion à un système de droit et à ses règles secondaires. Bien souvent, le serment ne fait que souligner l'indépendance du fonctionnaire ou du magistrat et contient les clauses habituelles d'impartialité, de discrétion et de confidentialité. ⁵¹¹ Lorsque le fonctionnaire ou le magistrat jure loyauté, il le fait

⁵⁰⁸ Voir en ligne : <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constfr.htm>> ; art. II, section 1.

⁵⁰⁹ Voir en ligne : <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode10a/usc_sec_10a_00000003----000-.html>.

⁵¹⁰ *Loi sur l'Assemblée Nationale*, (1982) L.R.Q. ch. A.23.1, annexe I.

⁵¹¹ *Règlement de la Cour internationale de Justice*, 14 avril 1978, art. 4 : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en plein et parfaite impartialité et en toute conscience » ; *Cour pénale internationale* : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge de la Cour pénale internationale en tout honneur et dévouement, en toute impartialité et en toute conscience, et que je respecterai le caractère confidentiel des enquêtes et des poursuites, et le secret des délibérations », en ligne : <<http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/50.html&l=fr>> ; Cour de Justice des Communautés européennes, *Règles de la cour*, art. 3.1 : « Je jure d'exercer mes fonctions en plein impartialité et en toute conscience ; je jure de ne rien divulguer du secret des délibérations » ; Cour européenne des droits de l'homme, *Règlement de la Cour*, article 3 : « 'Je jure' – ou 'je déclare solennellement' – que

généralement, comme dans le cas du secrétaire général des Nations Unies, à l'institution dont il devient un agent, et non à l'ordre juridique international.⁵¹²

La question de l'acceptation dépasse, bien entendu, le simple rituel du serment. C'est avant tout dans l'attitude qu'entretiennent les agents officiels du droit vis-à-vis des normes secondaires (sous entendu l'attitude *continue* et pas seulement la posture adoptée par eux le jour de leur entrée en fonction) que l'on peut juger de leur adhésion à un ordre juridique unitaire, ou à une pluralité de régimes distincts. Or la situation est, là encore, loin d'être simple en droit international. Passée, même, la difficulté particulière que pose l'absence de division officielle du travail juridique, l'existence d'une acceptation commune et générale des règles secondaires du droit international public ne va pas de soi. On peut bien dire des autorités du droit international qu'elles parlent, pour l'essentiel, le même langage, celui de la souveraineté et des compétences, de la volonté et de la validité, des traités et des coutumes. Mais cet appareil conceptuel et grammatical commun exprime-t-il nécessairement une acceptation, non pas seulement officielle, mais également unifiée des règles secondaires d'un droit international proprement universel et véritablement unitaire ?

C'est là une question éminemment difficile qui, pour être traitée sérieusement, appellerait un examen minutieux et systématique de la pratique des acteurs internationaux. Cet examen ne peut, bien entendu, être mené dans le cadre limité de cette étude. Cette section a pour objet cependant de montrer que, s'il existe de nombreux signes de réception des règles secondaires du droit international, il existe également des signaux périodiques de défiance, de contestation, ou simplement de distanciation de certains acteurs vis-à-vis du droit international « général » et de ses règles secondaires. La question de savoir si ces signaux empêchent de penser le droit international comme un système juridique unitaire reste sans doute soumise à l'appréciation de chacun. Mais ces signaux là ne peuvent être passés complètement

j'exercerai mes fonctions de juge avec honneur, indépendance et impartialité, et que j'observerai le secret des délibérations ».

⁵¹² Voir la prestation de serment de Ban Ki Moon en date du 14 décembre 2006 : « I, Ban Ki-Moon, solemnly swear to exercise in all loyalty, discretion and conscience, the functions entrusted to me as Secretary General of the United Nations, to discharge these functions and regulate my conduct with the interests of the United Nations only in view, and not to seek or accept instructions in regard to the performance of my duties from any government or other authority external to the organization », en ligne : < <http://www.youtube.com/watch?v=CbhV6gUy7wc>>.

sous silence, sous peine de développer un discours simplifiant, mutilant, voire proprement hégémonique.

Nous avons choisi, pour illustrer notre propos, d'aborder ici une question peu médiatisée et qui, à une exception près, n'a fait l'objet d'aucun commentaire doctrinal : la constitution d'une Cour internationale islamique de Justice (CiiJ).⁵¹³ La relative indifférence de la doctrine à l'égard de ce nouveau tribunal provient sans doute de ce qu'il n'a pas encore été mis sur pied. On peut d'ailleurs, nous y reviendrons, prédire sans trop prendre de risque que cette Cour ne verra pas le jour, du moins pas dans un futur proche, en raison notamment des contradictions qui minent l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI), institution mère de la CiiJ. Bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, le Statut de la Cour exprime cependant une tendance et une posture particulières vis-à-vis du droit international et de ses règles secondaires (en l'espèce, de ses sources). En effet, il y est dit, entre autres choses, que la source suprême de validité des obligations internationales réside dans la *Charia*, ou loi islamique. Si les conséquences pratiques de cette disposition restent encore à déterminer, il y a là un symbole fort de différenciation par rapport à l'approche séculaire qui informe le développement du droit international moderne. La création de la Cour pourrait bien sceller l'avènement, ne serait-ce qu'au niveau symbolique, d'une nouvelle sphère de normativité, d'un droit international islamique, applicable dans les relations entre Etats musulmans, distinct du droit international public au sens où nous l'entendons aujourd'hui. Pour mieux comprendre, replaçons la genèse de cette cour dans son contexte historique, politique et juridique.

5.1 Modernité et sécularité du droit international

La question des rapports entre le droit international et la religion n'a fait l'objet que de peu d'attention en doctrine. Ce manque d'intérêt s'explique principalement du fait de l'influence durable qu'a exercée sur la discipline le positivisme classique, aux 19^e et 20^e siècles. L'objet principal du positivisme, pour reprendre la formule célèbre de Kelsen, est de débarrasser le droit de toutes ses « impuretés » et, ce faisant, de l'élever

⁵¹³ A notre connaissance, le seul essai, descriptif bien plus qu'analytique d'ailleurs, consacré à la CiiJ est celui de Michele Lombardini, « The International Islamic Court of Justice : Towards an International Islamic Legal System ? » (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 665.

au rang d'une « science » véritable.⁵¹⁴ Pour beaucoup, faire de du droit de façon « scientifique » a signifié dépolitiser le droit. Et cette dépolitisation, souvent, a conduit à l'élimination complète des questions morales, et *a fortiori* religieuses, de la discipline du droit, en général, et du droit international, en particulier.⁵¹⁵

Mais ce manque d'intérêt s'explique également du fait que, dans une large mesure, l'histoire *moderne* du droit international, comme celle de la plupart des grands systèmes de droit, est celle de son divorce d'avec la religion.⁵¹⁶ Pendant longtemps, et c'est là un fait peu contesté en doctrine, l'histoire du droit international a d'abord été celle de l'Europe chrétienne. Non pas que l'on ne trouve trace de droit international auparavant. La découverte des papyrus d'Egypte, des tablettes de Babylone et d'Assyrie, ou encore des lois d'Hammurabi⁵¹⁷, suffit à établir que toutes les civilisations ont connu des relations avec le monde extérieur et que, en conséquence, toutes ont développé certaines règles de conduites, certaines coutumes et certains usages réglant leurs relations internationales (sainteté du contrat international, protection des ambassadeurs et envoyés, extradition des réfugiés politiques).⁵¹⁸ Le droit international a émergé partout où des communautés humaines ont établi une forme d'organisation politique et se sont définies comme des entités distinctes des communautés voisines. *Ubi societas, ibi jus gentium* : le droit international est au fond une institution sociale aussi primitive et élémentaire que le droit.

Malgré l'existence en tout temps et au sein de toutes les civilisations de certaines règles et de certains usages internationaux, on s'accorde cependant à dire que l'origine

⁵¹⁴ Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1992) 22 *Droit & Société* 551 à la p. 555.

⁵¹⁵ Mark Janis, « Preface » dans Mark Janis, éd., *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, à la p. ix.

⁵¹⁶ En ce sens, voir par exemple Leo Gross, *Essays in International Law and Organization*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, aux pp. 9-12. Sur les rapports entre droit et religion, en général, voir Stephen Feldman, éd., *Law and Religion – A Critical Anthology*, New York, New York University Press, 2000 ; Harold Berman, *The Interaction of Law and Religion*, Nashville, Abingdon Press, 1974.

⁵¹⁷ Le code d'Hammurabi constitue l'une des plus anciennes lois écrites jamais trouvée. Cette stèle gravée dans un bloc de basalte fut réalisée sur l'initiative d'Hammurabi, roi de Babylone, en 1750 avant J-C. Elle recense sous une forme impersonnelle les décisions de justice rendues par le roi pendant les 55 années de son règne. Parmi les 282 articles du code d'Hammurabi, on trouve certaines dispositions relatives au commerce international, et notamment certaines règles applicables à l'échange d'esclaves avec des marchands étrangers. Voir Pierre Cruveilhier, *Introduction au code d'Hammurabi*, Paris, Leroux, 1937 ; Martha Roth, « Mesopotamian Legal Traditions and the Laws of Hammurabi » (1995) 71 *Chicago-Kent Law Review* 13.

⁵¹⁸ Voir Serge Koff, « Introduction à l'histoire du droit international » (1923) 1 *Recueil des Cours* 5 ; David Bederman, « Religion and the Sources of International Law in Antiquity » dans Mark Janis, éd., *The Influence of Religion on the Development of International Law*, *supra* note 515.

de presque toutes les institutions internationales modernes doit être recherchée dans la seconde moitié du Moyen âge, dans l'Europe chrétienne donc.⁵¹⁹ Dans cette période fondatrice, le droit international se développe sous l'influence durable de l'Eglise catholique et des théories jus naturalistes. Le discours juridique est avant tout un discours religieux. Les « pères » du droit international, Suarez et Vitoria, sont d'ailleurs tous deux théologiens.⁵²⁰ Et même Grotius, dont on dit souvent (et un peu rapidement) qu'il a sécularisé la discipline, continue au début du 17^e siècle de fonder son droit de la nature et des gens sur des sources religieuses, bien qu'il fût diplomate et juriste de carrière.⁵²¹ Traditionnellement, le droit international est donc affaire de canonistes et de théologiens. Il est perçu avant toute chose comme instrument de l'unification chrétienne. On y recourt également pour régler les relations entre la chrétienté (les nations civilisées) et le reste du monde (les barbares). Mais dans un cas comme dans l'autre, la religion constitue la source – d'inspiration, de validité et de sanction – principale du droit international. On considère par exemple que les traités ont force obligatoire du fait qu'ils sont conclus sous serment, la violation duquel expose son auteur à la vengeance divine.⁵²²

⁵¹⁹ Ernest Nys, *Les origines du droit international*, Paris, Thorin, 1894. Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1968, à la p. 444.

⁵²⁰ Voir Yves de la Brière, éd., *Vitoria et Suarez : contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939 ; Albert Geouffre de la Pradelle, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, Paris, Editions internationales, 1950.

⁵²¹ Si Grotius se distingue de ses prédécesseurs de par la diversité des sources – philosophes grecs, poètes, juristes romains, historiens – dont il use à l'appui de ses thèses, il ne s'inscrit nullement en rupture franche avec la tradition jusnaturaliste des 16^e et 17^e siècles. Sur bon nombre de questions essentielles, il fait appel à des sources ainsi qu'à des raisonnements théologiques. Sur la question du fondement du caractère obligatoire du droit international, il écrit par exemple : « nous devons obéir sans réserve à cet Etre Souverain, comme à notre créateur, auquel nous sommes redevables de ce que nous sommes, et de tout ce que nous avons, d'autant plus qu'il a déployé en diverses manières sa Bonté et sa Puissance infinies ; d'où nous avons lieu de conclure, qu'il peut donner à ceux qui lui obéiront des récompenses très grandes, et même éternelles [...] et nous devons même croire qu'il le veut [...] comme nous autres Chrétiens en sommes convaincus par des témoignages et des preuves incontestables » (Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984, à la p. 9). Commandement divin et promesse de salut sont donc sources du droit international et fondent l'obligation. Grotius considère également que la sociabilité de l'homme, et son besoin de sécurité, fondent le droit. Mais cette sociabilité là, à nouveau, est fruit de la volonté divine : « l'Auteur de la Nature a voulu que chaque personne en particulier fût faible par elle-même et dans l'indigence de plusieurs choses nécessaires pour vivre commodément, afin que nous fussions portés avec plus d'ardeur à entretenir la Société » (*Ibid.*, à la p. 12). Sur la persistance de la rationalité théologique dans les travaux de Grotius, voir Charles Edward, *Hugo Grotius : The Miracle of Holland : A Study in Political and Legal Thought*, Chicago, Nelson-Hall, 1981, chap. 3. Voir également William George, « Grotius, Theology, and International Law : Overcoming Textbook Bias » (1999) 14 *Journal of Law and Religion* 605.

⁵²² Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, *supra* note 521 aux pp. 442-443 : « les parjures doivent s'attendre à quelque grande punition. [...] le serment cause beaucoup de maux aux hommes lorsqu'ils le parjurent volontairement. [...] Là-dessus, l'historien rapporte des vers de la *Pythienne* [...] dans lesquels il est dit que le Dieu, qui préside aux serments, a un fils sans nom, qui n'a ni pieds, ni mains,

Le droit international tel qu'on le connaît aujourd'hui constitue autre chose, cependant, que ce droit de la chrétienté. Bien que l'on continue de s'opposer sur la définition exacte du droit international, on s'accorde à peu près pour dire que l'expression « droit international » recouvre essentiellement, bien que non exclusivement, les relations juridiques entre Etats, entendus comme entités politiques unitaires, indépendantes et souveraines. Au cœur de la conception moderne du droit international réside l'idée que les Etats se reconnaissent mutuellement comme voisins, partenaires, et membres à part entière d'une société interétatique ouverte, et traitent les uns avec les autres sur un pied d'égalité, sans égard pour leurs structures politiques, économiques, sociales ou religieuses.⁵²³

L'entrée du droit international dans cette ère post-médiévale doit beaucoup aux traités de Westphalie qui, en 1648, mettent fin aux dernières grandes guerres de religion en Europe.⁵²⁴ Les traités d'Osnabrück et de Münster consacrent trois principes cardinaux qui précipitent les relations internationales dans la modernité : la séparation entre sphère interne et sphère internationale ; l'égalité des Etats et le libre exercice de la souveraineté territoriale.⁵²⁵ La modernité du droit international s'écrit donc, pour l'essentiel, en contrepoint de son passé médiéval. D'une certaine façon, elle s'écrit

mais qui vient fondre tout d'un coup sur les parjures, et ravage toute leur famille et toute leur race. [...] Du reste, j'approuve la définition que Cicéron donne du serment, dans le même endroit, lorsqu'il dit que c'est une affirmation religieuse, et qu'on doit tenir exactement ce que l'on a ainsi promis en prenant à témoin la divinité ».

⁵²³ On retrouve ce principe en bonne place dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. Off. AG NU, 25^e sess., Doc. NU A/8082 (1970) 121 : « 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 ».

⁵²⁴ On a beaucoup critiqué l'orthodoxie doctrinale qui octroie aux traités de Westphalie le statut d'« acte de naissance » du droit international moderne [Andreas Osiander, « Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth » (2001) 55 *International Organization* 251 ; Stephen Krasner, « Westphalia and All That » dans Judith Goldstein et Robert Keohane, eds., *Ideas and Foreign Policy : Beliefs, Institutions and Political Change*, Ithaca, Cornell University Press, 1993]. La critique n'est pas infondée. Des traités plus anciens, tel le traité de paix d'Augsbourg de 1555, contenaient déjà en germe les principes de Westphalie. Mais à défaut d'en constituer véritablement l'acte de naissance, les traités de Westphalie incarnent sans aucun doute la renaissance du droit international. Ils cristallisent un certain nombre de développements jusque là épars et diffus, qui vont modifier en profondeur la nature et l'essence du droit international.

⁵²⁵ Pour l'intégralité du texte des traités d'Osnabrück et de Münster en latin, anglais et français, voir en ligne le projet *Acta Pacis Westphalicae* : <<http://www.pax-westphalica.de/index.html>>. Sur les traités de Westphalie en tant que porte d'entrée du droit international dans la modernité, voir Richard Falk, *Law in an Emerging Global Village : A Post-Westphalian Perspective*, Ardsley, Transnational Publishers, 1998, à la p. 4.

même contre lui. On fait le constat en 1648 que l'organisation politique qui prévaut en Europe est conflictogène. L'idée qui prévaut alors est que d'introduire la religion dans la vie publique internationale entraîne intolérance, guerre, dévastation et, *in fine*, l'effondrement de l'ordre international. Il faut, pense-t-on, refonder la société de façon à ce qu'elle s'organise en dehors de la dépendance religieuse. Le nouveau *modus operandi* consistera essentiellement à désolidariser les relations internationales des deux piliers que constituent la papauté et l'empire. Non pas que ces deux piliers là soient complètement défaits en 1648.⁵²⁶ Mais pour libérer les relations internationales des anciennes structures médiévales, on consacre une nouvelle entité fondamentale : l'Etat nation. Et on la dote d'un attribut essentiel : la souveraineté, c'est-à-dire la soustraction à toute forme d'autorité suprême (y compris religieuse).

Les relations internationales opèrent donc dorénavant de façon horizontale entre Etats égaux dans leur souveraineté, indépendamment de leur constitution intérieure.⁵²⁷ Sont placées sur un pied d'égalité parfait les monarchies absolues comme les monarchies représentatives, les républiques unitaires comme les républiques fédératives. On renonce à la domination pour œuvrer, par la délibération, à l'équilibre des puissances.⁵²⁸ A la suprématie succède donc la diplomatie.⁵²⁹ Enfin, et c'est là sûrement l'essentiel pour notre étude, on ne conçoit plus le droit international comme

⁵²⁶ Sur la persistance d'un système de gouvernement à plusieurs niveaux après 1648, voir Stéphane Beaulac, « The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality ? » (2000) 2 *Journal of the History of International Law* 148.

⁵²⁷ Voir *Traité d'Osnabrück*, en ligne <www.pax-westphalica.de/ipmipo/indexfr.html>, art. V(1): « la transaction [...] et la paix de religion [...] sera maintenue en sa force et vigueur, et observée saintement et inbiolablement en tous ses points et articles, accordés et conclus du consentement unanime de l'Empereur et des électeurs, princes et Etats de deux religions [...] Pour toutes les autres choses, il y aura une égalité exacte et réciproque entre tous les électeurs, princes et Etats de l'une et de l'autre religion [...] en sorte que ce qui est juste à une partie le soit aussi à l'autre ; toute violence et voie de fait étant pour jamais interdite entre les deux Parties » ; art. VIII(1) : « afin de pourvoir à ce que dorénavant il ne naisse plus de différends dans l'état politique, tous et chacun des électeurs, princes et Etats de l'Empire Romain seront tellement établis et confirmés en leurs anciens droits, prérogatives, libertés, privilèges, libre exercice du droit territorial, tant au spirituel qu'au temporel [...] qu'ils ne puissent jamais y être troublés de fait par qui que ce soit, sous quelque prétexte que ce puisse être ».

⁵²⁸ Voir Lassa Oppenheim, *International Law: a Treatise*, 4e éd., Londres, Longmans, 1928, à la p. 99 [sur le principe d'équilibre entre Etats nations comme condition nécessaire à l'émergence du droit international]. Notons que, en 1648, les grandes puissances européennes renoncent d'autant plus volontiers à la suprématie qu'elles disposent en pratique d'un espace ouvert à l'expansion coloniale sur toute la terre hors d'Europe. Pour une analyse critique des liens consubstantiels entre la notion de souveraineté et le projet colonialiste, voir notamment Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁵²⁹ *Traité d'Osnabrück*, *supra* note 527, art IV(46) : « les contrats, échanges, transactions, obligations et promesses illicitement extorquées par violence ou par menace, soit des Etats, soit de leurs sujets [...] seront abolis et annulés ».

un ensemble de dispositions naturelles de source divine, mais comme un ensemble de pratiques et d'obligations librement contractées par les Etats eux-mêmes.⁵³⁰

Partant de là, le droit international se réinvente sur des bases rationnelles et séculaires. Le changement n'est pas, bien entendu, instantané, ni ne signifie l'éviction complète de la question religieuse des relations internationales. Mais la religion est renvoyée dans la sphère interne des Etats nations.⁵³¹ Le droit international cesse d'être appréhendé comme l'expression sur terre de principes universels et immuables de droit divin. Il devient le vocabulaire professionnel d'une diplomatie organisant la réciprocité et la sécurité des rapports entre nations, c'est-à-dire entre des entités non plus religieuses mais territoriales.⁵³²

Le droit international, bien entendu, continue de s'occuper de religion. On trouve par exemple, dans le droit international moderne, un certain nombre d'instruments qui traitent de la liberté de religion.⁵³³ Certainement peut-on trouver également des « restes de religion », des traces indélébiles – principes ou visions – du passé religieux du droit international.⁵³⁴ Mais la religion n'est plus appréhendée comme source et

⁵³⁰ *Ibid.*, art. VIII(2): « le droit de faire entre eux et avec les étrangers des alliances [...] sera exercé librement et à perpétuité par les uns et les autres des Etats, pourvu [...] qu'elles se fassent sans préjudice, en toutes choses, du serment, dont chacun est lié ».

⁵³¹ Les traités de Westphalie consacrent le libre exercice du culte religieux, Catholique ou Protestant, sur le territoire des Etats européens. Voir *Traité d'Osnabrück*, *supra* note 527, art IV(19) : « ceux de la Confession d'Ausbourg [...] seront conservés dans l'Etat Ecclésiastique de l'année 1624 et il sera libre aux autres, qui le désireront, de pratiquer l'exercice de la Confession d'Ausbourg, tant en public dans des églises aux heures arrêtées, qu'en particulier dans leurs propres maisons ».

⁵³² Sur la centralité du concept de territorialité dans l'évolution des relations internationales modernes, voir John Ruggie, « Territoriality and Beyond : Problematizing Modernity in International Relations » (1993) 47 *International Organization* 139.

⁵³³ Voir *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., Doc. NU A/810 (1948) 71, art. 18 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. AG 2200A (XXI), Doc. Off. AG NU, 21^e sess., Doc. NU A/6316 (1966) art. 18 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Rés. AG 2200A (XXI), Doc. Off. AG NU, 21^e sess., Doc. NU A/6316 (1966) art. 2 ; *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 art. 1 & 4 ; *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 222 art. 9 ; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123 art. 12 ; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 217 art. 8 ; *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, Rés. AG 36/55, Doc. Off. AG NU, 36^e sess., Doc. NU A/RES/36/55 (1981).

⁵³⁴ On pense par exemple au Pacte de la Société des Nations, qui mentionnait le bien être et le développement des peuples « non encore capables de se diriger eux-mêmes » comme relevant d'une « mission sacrée de civilisation » [*Pacte de la Société des Nations*, 28 juin 1919, 112 B.T.S. 13 art. 22]. On pense également à la Charte des Nations Unies proclamant la « foi » des membres fondateurs dans la dignité et la valeur de la personne humaine [*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7, préambule].

fondement du droit. On dénote bien ci et là quelques sursauts des théories jusnaturalistes.⁵³⁵ Mais dans l'ensemble, on ne fait plus référence à la religion que de façon tout à fait ponctuelle, et souvent de manière anecdotique, comme référence secondaire lorsque le droit positif est lacunaire, ou comme pour rajouter un supplément d'âme à un droit international dont on considère parfois que le succès écrasant du positivisme et un formalisme excessif l'en ont dépouillé.⁵³⁶

L'histoire du droit international est donc en (grande) partie celle de son « désenchantement », pour reprendre la formule de Marcel Gauchet (et, avant lui, de Max Weber).⁵³⁷ Longtemps considérée comme fondement ultime du droit, comme explication totalisante du monde juridique, la religion, comme en tous les domaines des sciences sociales, a fini par être marginalisée et trivialisée, pour n'être plus considérée que comme un simple héritage, un élément historique, préliminaire et périphérique. Le droit international n'est plus affaire de canonistes et de théologiens, mais de diplomates et de juristes. Il ne constitue pas une branche du droit naturel, mais un produit conscient, généré par l'opération indépendante de la volonté humaine. On peut bien entendu critiquer cette façon de réciter l'histoire du droit international et relever que, au fond, la sacralisation du droit international comme pur produit de la volonté/raison n'est pas autre chose qu'une théologie qui ne dit pas son nom.⁵³⁸ Reste que cette sortie de la religion est largement constitutive de la discipline moderne du droit international. Elle a intégré durablement la conscience collective des internationalistes et fonde en grande partie l'image et la représentation qu'ils se font de leur droit.

⁵³⁵ Voir par exemple Joseph Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Duchemin, Chauny et Quinsac, 1927 ; Christian Dominicé, « Le grand retour du droit naturel en droit des gens » dans *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1992.

⁵³⁶ Voir par exemple *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, Opinion individuelle de M. Weeramantry – Vice-Président, [1997] C.I.J. Rec. 88 aux pp. 96-110 [où le juge Weeramantry se réfère à différentes traditions philosophiques, religieuses et culturelles comme sources d'inspiration pour fonder la positivité, en droit coutumier, du principe de développement durable et où il dénonce les « attitudes formalistes » qui empêchent trop souvent d'user de ces « source[s] légitime[s] d'enrichissement du droit international »].

⁵³⁷ Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde – Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.

⁵³⁸ Voir David Kennedy, « Images of Religion in International Legal Theory » dans Mark Janis, éd., *The Influence of Religion on the Development of International Law*, *supra* note 515, aux pp. 137-146.

5.2 Homme précaire, homme sans gravité : postmodernité et résurgence du religieux

En droit, comme dans la plupart des sciences sociales, on a sûrement oublié un peu vite, cependant, la question de la religion. Porté notamment par les grands théoriciens de la modernité qui, tous ou presque, ont prophétisé la disparition progressive de la religion, du moins dans les sociétés industrialisées, on a cru que la sécularisation des affaires publiques était un phénomène irrépressible et irréversible de la modernité.⁵³⁹ On réalise cependant aujourd'hui que, négligée, la religion est loin d'avoir disparu. Bien au contraire, une littérature abondante bourgeoise depuis quelques années, qui décrit un phénomène de « résurgence » du religieux dans la sphère publique, nationale comme internationale.⁵⁴⁰

On observe cette résurgence globale du religieux à tous les niveaux de la société, et sur les cinq continents : rôle crucial de l'église catholique dans la « troisième vague » de démocratisation en Europe de l'Est, en Amérique latine et en Afrique; révolution iranienne de 1979 et impact croissant des mouvements islamistes dans le monde arabo-musulman; rôle de la nouvelle droite chrétienne aux Etats-Unis ; succès spectaculaire des mouvements évangélistes en Amérique du Sud ; radicalisme Hindou et Sikh en Inde ; extrémisme juif en Israël ; islamisation du nationalisme Palestinien ; assassinat de Théo Van Gogh au Pays-Bas ; affaire des caricatures de Mahomet. La résurgence du religieux ne se manifeste pas nécessairement sous la forme de conflits. Elle est parfois reconnue et normalisée par les pouvoirs séculaires comme un élément intégral du processus politique. On pense à cet égard à la question des accommodements raisonnables au Canada. A l'occasion, elle se manifeste même de

⁵³⁹ Voltaire, Nietzsche, Comte, Durkheim, Weber, Marx ou Freud avaient tous en commun de croire au fait que, dans l'âge des lumières, la raison allait remplacer la religion comme base d'entendement et de gouvernement du monde.

⁵⁴⁰ Scott Thomas, *The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Relations: the Struggle for the Soul of the Twenty-First Century*, New York, Palgrave Macmillan, 2005; David Zeidan, *The Resurgence of Religion : A Comparative Study of Selected Themes in Christian and Islamic Fundamentalist Discourse*, Leiden, Brill, 2003 ; Jonathan Fox et Shmuel Sandler, *Bringing Religion Into International Relations*, New York, Palgrave Macmillan, 2006 ; Fabio Petito et Pavlos Hatzopoulos, éd., *Religion in International Relations : The Return From Exile*, New York, Palgrave Macmillan, 2003 ; David Westerlund, éd., *Questioning the Secular State : the Worldwide Resurgence of Religion in Politics*, Londres, Hurst & Co., 1996 ; Emile Sahliyah, éd., *Religious Resurgence and Politics in the Contemporary World*, New York, State University of New York Press, 1990 ; Martin Riesebrodt, « Fundamentalism and the Resurgence of Religion » (2000) 47 *Numen* 266 ; James Rinehart, « Religion in World Politics : Why the Resurgence ? » (2004) 6 *International Studies Review* 271.

façon plus positive, dans la résolution de certaines crises par exemple : rôle de Desmond Tutu dans le processus paix et réconciliation en Afrique du Sud ; médiation papale dans certains différends internationaux (affaire Beagle chanel) ; rôle des moines bonzes dans l'opposition démocratique contre la junte militaire en Birmanie.

Ces exemples, bien que divers et hétérogènes, indiquent tous à leur manière le refus des mouvements religieux de voir leur rôle cantonné à la seule sphère privée, aux questions pastorales et spirituelles. La résurgence du religieux, bien que n'étant pas, loin s'en faut, un mouvement uniforme, désigne cette volonté de réaffirmer l'importance sociale de la religion, de réinvestir l'espace public et de réviser les lignes de partage entre moralité privée et moralité publique. Qu'il s'agisse là d'un mouvement véritablement inédit, ou simplement de la manifestation la plus récente d'un mouvement cyclique, on assiste donc à une sorte de « déprivatisation » des religions⁵⁴¹, une « désécularisation » du monde.⁵⁴² Les conséquences à l'échelle planétaire de cette tendance sont difficiles à prévoir. Rien n'indique, notamment, que l'on assiste à une reconfiguration complète des relations internationales autour d'enjeux non plus idéologiques, mais culturels, lesquels aboutiraient, selon la formule célèbre de Samuel Huntington, à un « choc des civilisations ».⁵⁴³ Force est de constater, néanmoins, que la sécularisation n'est un mouvement ni irrépessible ni irréversible, que les enjeux culturels comptent, et que parmi eux, la religion occupe une place déterminante.

On a beaucoup débattu, et on continue de le faire, des causes générant cette résurgence du religieux. Certains privilégient les causes économiques et démographiques.⁵⁴⁴ D'autres estiment que le religieux n'a jamais cessé d'exercer une influence sur les relations internationales, et que le sentiment de résurgence du religieux ne provient, au

⁵⁴¹ José Casanova, *Public Religions in the Modern World*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, aux pp. 211-269.

⁵⁴² Peter Berger, éd., *The Desecularization of the World : Resurgent Religion and World Politics*, Grand Rapids, Eerdmans Publishing, 1999.

⁵⁴³ Samuel Huntington, « The Clash of Civilizations ? » (1993) 72 *Foreign Affairs* 21.

⁵⁴⁴ Pippa Norris et Ronald Inglehart, *Sacred and Secular – Religion and Politics Worldwide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 [qui observent que les sociétés les plus développées continuent de se séculariser tandis que le monde, en général, devient d'avantage religieux].

fond, que de la prise de conscience, au sein de la doctrine occidentale notamment, des limites du paradigme Westphalien et des théories sociales de la modernité séculaire.⁵⁴⁵

Certainement s'agit-il de raisons valables. Mais elles n'expliquent pas tout. L'argument économique, en particulier, rend mal compte du fait que le retour du religieux ne se limite aucunement aux pays sous-développés. Il y a dans cette résurgence quelque chose qui, ironiquement, relève de la modernité elle-même, de ses limites et de ses désillusions. On pense, tout d'abord, aux conséquences psychologiques, voire métaphysiques, du désenchantement libéral. Le libéralisme a produit une hypersubjectivisation de l'espace social, qui se manifeste par la perte d'une certaine saisie du collectif et une difficulté croissante à appréhender nos sociétés comme des ensembles cohérents et transcendants. La montée des communautarismes, y compris dans des sociétés telle la société française, où l'idéologie républicaine a traditionnellement transcendé les particularismes culturels (notamment ethniques et religieux), en témoigne.⁵⁴⁶ L'idéologie libérale, en sacralisant l'individu, a fini par le dégager des révérences hiérarchiques et des liens d'obédience envers l'autorité, même consentie. Si bien que, en même temps qu'elle donne aux individus les pleins pouvoirs sur eux-mêmes, la modernité produit des hommes précaires, pour reprendre l'expression de Malraux, c'est-à-dire des hommes informes qui, dans un monde invertébré, cessent de se construire en rapport à ce qui les dépasse.⁵⁴⁷

Le capitalisme, de façon plus diffuse peut-être, concourt également à cette perte de but et de sens. L'intériorisation par les individus de la logique du marché a créé ce que Charles Melman appelle une « nouvelle économie psychique », qui nous fait passer d'une économie organisée autour du désir, et de son refoulement, à une économie organisée autour de la jouissance, souvent immédiate, et de son exhibition.⁵⁴⁸ Les lumières avaient substitué à la quête du salut la recherche du bonheur. Le libéralisme capitaliste, lui, proclame le droit non plus au bonheur mais à la jouissance, réelle ou virtuelle, mais toujours immédiate, et si possible dévoilée. Le moteur psychique de

⁵⁴⁵ Jonathan Fow et Shmuel Sandler, *Bringing Religion Into International Relations*, New York, Palgrave Macmillan, 2006 [considérant que la religion fait figure de grande oubliée des relations internationales du fait de la nature quasi-exclusivement occidentale de la discipline]

⁵⁴⁶ Voir Dominique Schnapper, « La République face aux communautarismes » (2004) 400 *Etudes* 177 ; Pierre-André Taguieff, *La république enlisée : pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Syrtes, 2005.

⁵⁴⁷ André Malraux, *L'homme précaire et la littérature*, Paris, Gallimard, 1977.

⁵⁴⁸ Charles Melman, *L'homme sans gravité – Jouir à tout prix*, Paris, Denoël, 2002.

l'homme, machine désirante, finit par n'être plus le désir, lequel se construit toujours en référence à un support idéal, mais l'envie, qui n'a d'autre objet que la possession des signes (le plus souvent des signes extérieurs) de jouissance.⁵⁴⁹ Machine envieuse, donc, l'individu navigue à vue. Sans boussole, sans lest, il est moins citoyen que consommateur. Sommé, en quelque sorte, de jouir, il devient un « homme sans gravité ».

Sans doute la résurgence du religieux est-elle liée à ces dérives dislocantes et désorientantes de la modernité. Dans des sociétés où il n'existe plus ni autorité ni savoir qui fasse référence pour tous, on se tourne vers la religion comme réponse possible aux insécurités et aux demandes identitaires. Tel est bien le sens de la phrase controversée de Malraux : « le 21^e siècle sera religieux ou ne sera pas ». ⁵⁵⁰ Réintégrer les dieux dans le ciel vide de la modernité, c'est une façon de retrouver un sens, une raison, une certaine vision de l'homme, que la civilisation des sciences et des machines est incapable de produire. Que ce retour au religieux se fasse souvent au profit de mouvements sectaires ou évangélistes, marqués par l'influence de figures centrales charismatiques, gourous ou prédicateurs, confirme d'ailleurs l'étroite corrélation entre résurgence de la religion et demande de sens et, d'une certaine façon, d'autorité.

Il est une cause plus politique également à la résurgence du religieux. Celle là résulte d'avantage de l'incapacité de l'Etat moderne séculaire à produire du développement et de la démocratie dans le Tiers-Monde. A l'aube de leur émancipation, bon nombre d'Etats nouvellement indépendants se sont retrouvés confrontés à un dilemme : fallait-il, pour parvenir à une égalité politique avec les puissances occidentales, copier et adopter leurs structures politiques, économiques et sociales ? Ou bien fallait-il, au contraire, affirmer leurs valeurs propres et leurs traditions, au prix même d'un certain retard matériel ? Ce dilemme de l'identité et du développement a, souvent, été résolu par l'adoption du modèle occidental. Les premières élites tiers-mondistes, dans l'Inde

⁵⁴⁹ Charles Melman, *L'homme sans gravité*, supra note 548, aux pp. 42-46.

⁵⁵⁰ Malraux n'a jamais publié ni laissé publier cette phrase telle quelle. Certains commentateurs estiment d'ailleurs que cette phrase ne peut pas être de Malraux, qu'elle ne lui ressemble pas. Malraux lui-même a d'ailleurs nié l'avoir jamais prononcée. On sait, cependant, que Malraux a prononcé cette phrase sous des formes légèrement différentes, et ce à plusieurs reprises. Voir, sur ce point, Brian Thompson, « Le XXI^e siècle sera religieux ou ne sera pas : le sens de cette phrase prononcée, démentie, controversée », en ligne : <<http://www.andremalraux.com/malraux/articles/21emesiecle.pdf>>.

de Nerhu, l’Égypte de Nasser, l’Indonésie de Sukarno, ont largement embrassé la mythologie modernisante héritée des anciennes puissances coloniales, fondée sur les notions de démocratie, de sécularité et, souvent, de socialisme. Ces élites ont cru qu’un Etat fort « à l’occidentale » permettrait de garantir la stabilité politique et la prospérité économique, et que les considérations de religion, d’ethnicité ou de caste risquaient de compromettre ce processus de développement.⁵⁵¹

L’incapacité des nationalismes séculaires à générer un développement durable, cependant, a provoqué un large mécontentement, puis un rejet du projet d’Etat séculaire postcolonial. A cela, il convient de rajouter que, dans de nombreux cas, les régimes postcoloniaux ont sombré dans l’autoritarisme et la corruption généralisée. A l’échec du développement vient donc se superposer une crise de légitimité des nationalismes séculaires. Cette double crise des régimes postcoloniaux séculaires produit un repli identitaire et une volonté affichée de se libérer des schèmes culturels occidentaux. Dans ce contexte, ce sont souvent les mouvements religieux qui catalysent le mécontentement des populations. La religion, alors, se politise. Elle devient une alternative, souvent la seule alternative – en particulier après la chute du communisme – au modèle occidental de développement.⁵⁵² C’est dans ces conditions, notamment, que prospèrent les mouvements islamistes, perçus de plus en plus par les populations comme forces légitimes d’opposition et de résistance. La résurgence du religieux, dans ce contexte, représente une forme d’indigénisation ou de déprovincialisation de la modernité, sorte de contre-projet aux efforts passés, et largement infructueux, de modernisation des sociétés traditionnelles non-occidentales.⁵⁵³

⁵⁵¹ Ernest Gellner, *Postmodernism, Reason, and Religion*, Londres, Routledge, 1992, aux pp. 18-20.

⁵⁵² Voir Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992, à la p. 45 [qui considère que l’Islam est sans doute devenu le seul modèle alternatif viable au modèle libéral occidental].

⁵⁵³ Sur la résurgence « politique » du religieux, voir Mark Juergensmeyer, *The New Cold War : Religious Nationalism Confronts the Secular State*, Berkeley, University of California Press, 1993 ; Jeff Haynes, *Religion in Third World Politics*, Londres, Open University Press, 1994 ; David Westerlund, éd., *Questioning the Secular State : The Worldwide Resurgence of Religion in Politics*, Londres, Hurst & Cie, 1996 ; Scott Thomas, « Taking Religious and Cultural Pluralism Seriously : The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Society » (2000) 29 Millennium : Journal of International Studies 815 aux pp. 816-819.

5.3 Résurgence du religieux et droit international : l'OCI et la Cijj

On constate depuis un certain temps l'influence qu'exerce la résurgence du religieux dans le domaine juridique. L'exemple le plus médiatisé, parce que le plus spectaculaire, est sans doute la multiplication, à partir des années 1970, de constitutions nationales consacrant la Charia islamique comme source principale de la législation. On pense, par exemple, aux constitutions d'Égypte⁵⁵⁴, d'Iran⁵⁵⁵, du Pakistan⁵⁵⁶, du Soudan⁵⁵⁷, d'Arabie Saoudite⁵⁵⁸, du Yémen⁵⁵⁹, du Koweït⁵⁶⁰ ou du Qatar.⁵⁶¹ On pense également aux nouvelles constitutions afghane⁵⁶² et iraquienne⁵⁶³ - adoptées toutes deux avec la bénédiction de la communauté internationale – ou encore

⁵⁵⁴ *Constitution de la République arabe d'Égypte*, 11 septembre 1971 (amendée le 22 mai 1980), en ligne : <<http://droit.francophonie.org/df-web/displayDocument.do?id=15659>>, art. 2 : « L'Islam est la religion de l'Etat dont la langue officielle est l'arabe ; les principes de la loi islamique constituent la source principale de législation ».

⁵⁵⁵ *Constitution de la République islamique d'Iran*, 24 octobre 1979 (révisée le 28 juillet 1989), en ligne [traduction non-officielle] : <http://www.jurispolis.com/dt/mat/dr_ir_constit1979/dt_ir_constit1979_index.htm>, principe 4 : « L'ensemble des Lois et règlements civils, pénaux, financiers, économiques, administratifs, culturels, militaires, politiques et autres doit être basé sur les préceptes islamiques. Ce principe prime sur le caractère général et absolu de tous les principes de la Loi constitutionnelle et des autres Lois et règlements, l'appréciation de cette prescription incombe aux jurisconsultes religieux du Conseil des Gardiens ».

⁵⁵⁶ *Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*, 12 avril 1973, en ligne : <http://www.pakistanconstitution-law.com/theconst_1973.asp>, art. 227 : « All existing laws shall be brought in conformity with the Injunctions of Islam as laid down in the Holy Quran and Sunnah, in this Part referred to as the Injunctions of Islam, and no law shall be enacted which is repugnant to such Injunctions ».

⁵⁵⁷ *Constitution of the Republic of Sudan*, 1er juillet 1998, en ligne : <<http://www.sudan.net/government/constitution/english.html>>, art. 4 : « God, the creator of all people, is supreme over the State and sovereignty is delegated to the people of Sudan by succession, to be practiced as worship to God, performing his trust, developing the homeland, and spreading justice, freedom and shura in accordance with the Constitution and laws ».

⁵⁵⁸ *Royal Decree No. A/90*, 1 mars 1992, en ligne : <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sa00000_html>, art. 1 : « The Kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic state with Islam as its religion ; God's Book and the Sunnah of His Prophet, God's prayers and peace be upon him, are its constitution, Arabic is its language and Riyadh is its capital ».

⁵⁵⁹ *Constitution of the Republic of Yemen*, 29 septembre 1994, en ligne : <<http://www.al-bab.com/yemen/gov/con94.htm>>, art. 3 : « Islamic Shari'ah is the source of all legislation ».

⁵⁶⁰ *Kuwaiti Constitution*, 1^{er} novembre 1962, en ligne : <http://www.kuwait-info.com/sidepages/state_constitution.asp>, art. 2 : « The religion of the State is Islam, and the Islamic Sharia shall be a main source of legislation ».

⁵⁶¹ *Permanent Constitution of the State of Qatar*, 29 avril 2003, en ligne : <<http://english.mofa.gov.qa/details.cfm?id=80>>, art. 1 : « Qatar is an independent sovereign Arab State. Its religion is Islam and Shari'a law shall be a main source of its legislations ».

⁵⁶² *Constitution of Afghanistan*, 1^{er} janvier 2004, en ligne : <<http://www.mfa.gov.af/Documents/Constitution%20of%20afghanistan.pdf>>, art. 3 : « In Afghanistan, no law can be contrary to the sacred religion of Islam and the values of this Constitution ».

⁵⁶³ *Constitution of Iraq*, 15 octobre 2005, en ligne : <http://portal.unesco.org/ci/en/files/20704/11332732681iraqi_constitution_en.pdf/iraqi_constitution_en.pdf>, art. 2 : « Islam is the official religion of the State and it is a fundamental source of legislation : no law that contradicts the established provisions of Islam may be established ».

au projet de constitution palestinienne.⁵⁶⁴ Les formules varient d'un instrument à l'autre : référence est faite tantôt aux « principes », tantôt aux « préceptes », tantôt aux « injonctions » de la loi islamique. Mais l'esprit, dans ces diverses constitutions, demeure le même : on consacre la Charia en tant que fondement (souvent « le » fondement suprême) du droit positif étatique. Les conséquences pratiques de cette consécration constitutionnelle sont loin d'être uniformes. On observe notamment que, là où les institutions séculaires continuent d'exercer un pouvoir réel, la constitutionnalisation de la Charia n'aboutit généralement qu'à une islamisation marginale de l'ordre juridique. C'est le cas, par exemple, en Egypte, où la Cour constitutionnelle a développé une jurisprudence progressiste conciliant largement droit islamique et Etat de droit libéral.⁵⁶⁵ Reste que l'on a affaire ici à une évolution qui, loin d'être insignifiante, traduit sur le plan juridique le phénomène de résurgence du religieux dans la sphère publique.

Si c'est d'abord dans l'ordre juridique interne, et notamment dans les pays musulmans, que se traduit juridiquement la désécularisation du monde, on en trouve trace également dans l'ordre juridique international. La tendance est, certes, moins marquée

⁵⁶⁴ *Constitution of the State of Palestine – Revised Third Draft*, 4 mai 2003, reproduit dans Nathan Brown, « The Third Draft Constitution for a Palestinian State : Translation and Commentary » (2003) Palestinian Center for Policy and Survey Research, en ligne : <<http://www.pcpsr.org/domestic/2003/nbrowne.pdf>>, art. 7 : « The principles of the Islamic shari'a are a main source for legislation. The followers of the monotheistic religions shall have their personal status and religious affairs organized according to their shari'as and religious denominations within the framework of positive law, while preserving the unity and independence of the Palestinian people ».

⁵⁶⁵ Clark Lombardi et Nathan Brown, « Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights ? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law With the Liberal Rule of Law » (2006) 21 *American University International Law Review* 379 ; Kilian Bälz, « La reconstruction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la 'bataille du voile' dans les écoles publiques » (1998) 39 *Droit et Société* 277. La Haute Cour constitutionnelle, tout en demeurant attachée au contrôle constitutionnel de l'islamité des lois, rejette toute interprétation stricte et immuable de la Charia et lui préfère une approche flexible autorisant l'adaptation du droit islamique aux conditions modernes. Dès lors que la Haute Cour est satisfaite qu'il n'existe, sur un point de droit donné, aucune règle islamique « absolue » et « permanente » (c'est-à-dire une règle à propos de laquelle il n'existe aucun désaccord au sein de la communauté des juristes musulmans), elle considère que le législateur n'est lié par aucune interprétation spécifique et pré-déterminée de la Charia. Une interprétation « mondaine » du droit islamique (*ijtihad*) est possible, fondée non pas sur les écrits classiques des juristes musulmans, mais sur une analyse rationnelle des besoins changeants et évolutifs de la société. Il est simplement exigé du législateur qu'il ne compromette pas les « principes » de la Charia, entendus au sens large comme les standards de « justice » et d'« utilité sociale ». Cette méthodologie utilitariste a permis à la Cour d'intégrer dans sa lecture des « principes » de la Charia des considérations liées aux droits civils et politiques (en particulier aux droits de la femme) et de le faire, notamment, à la lumière d'instruments internationaux sur les droits de la personne. Voir, sur ce point, Megan McMillan, « Egypt's Interpretative Incorporation of Human Rights : The Supreme Constitutional Court's Use of International Sources and Prospects for Its Article 2 Analysis » (2007) 16 *Transnational Law and Contemporary Problems* 1089.

qu'en droit national. Mais les signes sont nombreux qui témoignent d'une volonté d'un certain nombre d'Etats de « ré-enchanter » le droit international. On pense, par exemple, à l'invocation de certains principes ou concepts de droit islamique dans le cadre de procédures contentieuses ou consultatives devant des tribunaux internationaux.⁵⁶⁶ On pense également aux positions défendues par certains Etats musulmans lors de la négociation de traités sur les droits de la personne. Outre les efforts déployés pour obtenir la modification ou la suppression pure et simple de certaines dispositions⁵⁶⁷, ces Etats là ont souvent doublé leur adhésion aux traités sur les droits de la personne de réserves et de déclarations faisant état de l'inapplicabilité des dispositions contraires à la Charia.⁵⁶⁸ Souvent, ces réserves ont fait l'objet d'objections de la part des pays occidentaux, dont beaucoup estiment qu'elles sont trop générales, imprécises et indéfinies. On a également beaucoup disserté, en doctrine, de l'admissibilité de pareilles réserves au regard des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités.⁵⁶⁹ Mais, que ces réserves soient

⁵⁶⁶ Voir notamment *Sahara Occidental*, Avis consultatif, [1975] C.I.J. Rec. 12. Cette affaire concernait le statut du Sahara occidental, territoire que le Maroc et la Mauritanie se disputaient depuis la décolonisation espagnole. Dans ses exposés écrits et oraux, le Maroc a invité la Cour à trancher la question non pas en considérant, en application de sa jurisprudence constante, les actes matériels de souveraineté posés par les Etats intéressés, mais en constatant l'existence d'une communauté de croyants qui, « unifiée dans un même creuset de foi et de fraternité », faisait partie intégrante du *Dar el Islam* (monde ou territoire de l'Islam). Le Maroc est d'avis que la question de la souveraineté doit être appréciée du point de vue de la population. Il considère que les habitants du Sahara occidental sont musulmans et sont soumis à des liens d'allégeance religieuse vis-à-vis du Sultan du Maroc. Le Maroc défend donc une approche islamique du concept de souveraineté, fondée non pas sur l'existence d'une autorité administrative effective sur le territoire, mais sur celle d'une autorité spirituelle continue sur la population (voir « Exposé oral de M. Benjelloun » (12 mai 1975), [1975] C.I.J. Mémoires (vol. 4) 5 à la p. 194). La Cour n'a toutefois pas retenu l'argument marocain. Elle a fondé son avis consultatif sur la notion classique d'autorité politique effective et exclusive et a fini par conclure que ni le Maroc ni la Mauritanie n'exerçaient pareille autorité (*Avis consultatif*, au para. 163). Voir, sur cette affaire, Clark Lombardi, « Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice : an Analysis » (2007) 8 *Chicago Journal of International Law* 85 aux pp. 99-100.

⁵⁶⁷ A propos, par exemple, du Statut de la Cour pénale internationale, les Etats musulmans ont obtenu que les « sanctions légales » soient exclues de la définition de la torture à l'article 7.2.e, de manière à ne pas couvrir les formes de punition retenues dans certains systèmes de droit musulman. Sur ce point, voir Mahnouch Arsanjani, « The Rome Statute of the International Criminal Court » (1999) 93 *American Journal of International Law* 22 à la p. 31.

⁵⁶⁸ Au moment d'adhérer à la *Convention relative aux droits de l'enfant* (20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3), pas moins de 17 Etats ont, par exemple, émis des réserves déclarant l'inapplicabilité des dispositions contraires à la loi islamique. On notera également que le Saint Siège a émis une réserve tout à fait similaire à celles des Etats musulmans, déclarant que l'application de la Convention se doit d'être « compatible en pratique avec la nature particulière de l'Etat de la Cité du Vatican et des sources de son droit objectif ».

⁵⁶⁹ Ineta Ziemele, éd., *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation?*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004; Ryan Goodman, « Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent » (2002) 96 *American Journal of International Law* 531 ; Roberto Baratta, « Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded ? » (2000) 11 *European Journal of International Law* 413 ; Elena Baylis, « General Comment 24 : Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties » (1999) 17 *Berkeley Journal of*

admissibles ou non, elles traduisent, là encore, le phénomène de résurgence du religieux dans la sphère publique internationale.

Ces quelques exemples, cependant qu'ils sont révélateurs d'une tendance réelle, ne dénotent pas nécessairement l'avènement d'un droit international « islamique », différent du droit international public au sens où on l'entend traditionnellement. Après tout, les Etats musulmans ont beau émettre des réserves aux traités sur les droits de la personne, ils continuent de négocier ces traités (et d'y adhérer) sur les bases traditionnelles du droit international public, et dans le respect notamment du droit des traités. Pour en revenir aux paramètres hartien du débat, on peut donc dire que, bien qu'ils s'efforcent de faire valoir un point de vue islamique sur certaines questions juridiques, les Etats musulmans continuent d' « accepter », dans l'ensemble, les règles secondaires du droit international public.⁵⁷⁰

Mais la tendance qui se dessine au sein de l'Organisation de la Conférence islamique, et qui culmine avec la création de la CiiJ, relève d'une logique sensiblement différente. Il ne s'agit plus seulement de réintroduire une dose matérielle de religieux dans le droit international, mais, de façon beaucoup plus significative pour notre sujet, de repenser le droit international, du moins dans les relations entre Etats musulmans, comme un ordre juridique fondé intégralement sur la Charia, sur une « grundnorm islamique » en quelque sorte. Avant d'analyser, sur ce point, le statut de la CiiJ, il convient de dire ici quelques mots sur l'OCI et l'esprit qui l'anime depuis sa création.

L'organisation de la Conférence Islamique est mal connue des internationalistes et ne fait, encore aujourd'hui, l'objet que d'une attention limitée dans la littérature académique.⁵⁷¹ On peut s'en étonner d'ailleurs, dans la mesure où, ne serait-ce que

International Law 277 ; Christine Chinkin, éd., *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out : Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997 ; William Schabas, « Reservations to Human Rights Treaties : Time for Innovation and Reform » (1994) 32 *Canadian Yearbook of International Law* 39.

⁵⁷⁰ En ce sens, voir Yadh Ben Achour, « La civilisation islamique et le droit international » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 19 [considérant que, si certains Etats musulmans éprouvent des difficultés en ce qui concerne la matière ou la substance du droit international, les Etats islamiques adhèrent dans leur ensemble à la structure et aux normes générales du droit international public].

⁵⁷¹ Voir, néanmoins, Taoufik Bouachba, « L'Organisation de la Conférence Islamique » (1982) 28 *Annuaire Français de Droit International* 265 ; Saad S. Khan, *Reasserting International Islam : A Focus on the Organization of the Islamic Conference*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; Noor Ahmad

d'un point de vue quantitatif, l'OCI compte parmi les organisations internationales les plus importantes : ses 57 membres représentent une population totale d'un peu plus de 1.3 milliards d'habitants (soit une population supérieure à celle de l'Europe, des Etats-Unis et de la Russie réunis), répartis sur une surface totale dépassant les 32 millions de kilomètres carrés (environ un quart de la surface totale du globe).

La création de l'OCI a été décidée en 1969 à Rabat, lors d'une Conférence Islamique au Sommet réunie suite à l'incendie criminel perpétré contre la Mosquée Al-Aqsa de Jérusalem, troisième lieu saint de l'Islam. Bien que l'attaque eût été perpétrée par un déséquilibré mental de nationalité australienne, et non, comme on l'a cru un temps, par des entités sionistes⁵⁷², cet incident a été interprété par beaucoup dans le monde musulman comme une preuve de la détermination israélienne à détruire ce lieu saint. Ceci explique en grande partie la vocation défensive de l'OCI, dont les objectifs couvrent, pour l'essentiel, la consolidation de la solidarité islamique entre membres de l'organisation (coopération dans les domaines économiques, sociaux, culturels et scientifiques), la sauvegarde de la dignité, de l'indépendance et des droits nationaux pour tous les peuples musulmans, et le soutien à la cause palestinienne.⁵⁷³

Le bilan matériel de l'organisation reste à ce jour relativement modeste. Les réalisations concrètes de l'OCI se limitent, pour l'essentiel, à la mise en place

Baba, « Organization of the Islamic Conference : Conceptual Framework and Institutional Structure » (1993) 30 *International Studies* 35 ; Shahram Akbarzadeh et Kylie Connor, « The Organization of the Islamic Conference : Sharing an Illusion » (2005) 12 *Middle East Policy* 79.

⁵⁷² Michael Dennis Rohan, membre d'un mouvement évangélique protestant, a admis avoir mis le feu à la mosquée Al-Aqsa afin de permettre la reconstruction du Temple juif de Jérusalem et de précipiter ainsi le retour du Messie en terre sainte. Voir « Australian Is Seized By Israel as Suspect in Arson at Mosque » *New York Times* (23 août 1969). L'OCI, pour sa part, continue d'accuser des « entités sionistes » ; voir, en ligne : <http://www.oic-oci.org/english/main/oic_in_brief.htm>.

⁵⁷³ *Charte de la Conférence Islamique*, 4 mars 1972, 13039 R.T.N.U. 116, art. II: « Les buts de la Conférence Islamique sont les suivants :

- Consolider la solidarité Islamique entre les Etats membres ;
- Renforcer la coopération entre les Etats membres dans les domaines économiques, sociaux, culturels, scientifiques ainsi que dans les autres domaines d'importance vitale et procéder à davantage de consultations entre les pays membres au sein des organisations internationales ;
- Œuvrer à éliminer la discrimination raciale, et le colonialisme sous toutes ses formes ;
- Prendre les mesures nécessaires pour consolider la paix et la sécurité mondiales fondées sur la justice ;
- Coordonner l'action pour sauvegarder les Lieux Saints, soutenir la lutte du peuple palestinien et l'aider à recouvrer ses droits et à libérer ses territoires ;
- Consolider la lutte de tous les peuples musulmans pour la sauvegarde de leur dignité, leur indépendance et leurs droits nationaux ;
- Créer l'atmosphère propre à promouvoir la coopération et compréhension entre les Etats membres et les autres pays ».

d'institutions spécialisées (Banque Islamique de Développement, Chambre Islamique de Commerce et d'Industrie etc.) ; la construction d'universités et de centres culturels afin de disséminer la culture islamique ; l'élaboration d'un certain nombre de conventions internationales dans des domaines aussi variés que la coopération technique et commerciale, la protection des investissements, l'aviation civile ou les télécommunications ; et, plus récemment, à la mise sur pied d'un système de préférence commerciale.⁵⁷⁴

Sur des enjeux aussi essentiels que la guerre Iran-Iraq, la question palestinienne ou la lutte contre le terrorisme, l'Organisation est restée cependant largement incapable d'articuler une politique cohérente. Sans doute faut-il y voir le fruit des contradictions et des oppositions qui, depuis sa création en 1969, minent l'organisation de l'intérieur. Sur ce point, on pense par exemple au fait que l'organisation compte en son sein des alliés (Turquie, Arabie Saoudite) comme des ennemis déclarés des grandes puissances occidentales, et tout particulièrement des Etats Unis (Iran). Sur la question palestinienne, certains membres continuent d'être en Etat de guerre permanent avec Israël (Syrie, Iran) tandis que d'autres ont signé des accords de paix avec l'Etat hébreux (Egypte, Jordanie). On pense enfin aux divergences entre chiisme, sunnisme et wahhabisme (forme rigoriste de l'islam sunnite), qui expliquent pour beaucoup les difficultés qu'a rencontrées l'organisation à faire émerger une approche cohérente de la solidarité et de la justice islamique.⁵⁷⁵

Si le bilan opérationnel de l'OCI est modeste, il n'en demeure pas moins que l'organisation a développé depuis sa création un discours distinctif sur les relations internationales entre communautés musulmanes, et sur les règles devant présider à ces relations. Sur deux points, au moins, le discours développé au sein de l'OCI diffère des structures traditionnelles du droit international public.

Le premier concerne la place, classiquement exclusive, de l'Etat en tant qu'entité fondamentale des relations internationales. Formellement, il convient de le noter, l'OCI est une organisation intergouvernementale, dont le traité constitutif stipule en

⁵⁷⁴ *Déclaration ministérielle*, 24 novembre 2006, Doc. TPS-OIC/TNC-2R/01-06/REP.

⁵⁷⁵ Shahram Akbarzadeh et Kylie Connor, « The Organization of the Islamic Conference : Sharing an Illusion », *supra* note 571 ; Sohail Hashmi, « International Society and Its Islamic Malcontents » (1993) 13 *The Fletcher Forum of World Affairs* 13 à la p. 23.

toutes lettres qu'elle « se compose des *Etats* [...] qui ont signé la présente Charte ». ⁵⁷⁶ On remarque d'ailleurs que, parmi les principes directeurs de l'OCI, on trouve, en bonne place, « le respect de la souveraineté, de l'indépendance et de l'intégrité territoriale de chaque Etat membre ». ⁵⁷⁷ L'OCI, donc, ne s'inscrit nullement en rupture franche avec le *leg westphalien*.

Cependant qu'elle s'inscrit dans la relative continuité du paradigme classique des relations internationales, l'OCI est néanmoins porteuse d'un discours qui consacre, à côté - voire au-delà - de l'Etat, une autre entité, point d'ancrage et de mire de l'organisation : l'*Oummah*. Le concept d'Oummah est loin d'être univoque, et l'on continue de s'interroger aujourd'hui sur l'étymologie et le sens, historique comme contemporain, de cette expression. ⁵⁷⁸ On s'accorde néanmoins pour dire que l'Oummah désigne, globalement, l'idée d'une communauté de croyants, une et indivisible, unie à Dieu par un contrat de soumission (l'Islam) et qui constitue le fondement des relations sociales dans et entre les communautés musulmanes. ⁵⁷⁹ Si la Charte de la Conférence Islamique n'y fait aucune référence explicite, l'Oummah a, très tôt, intégré le vocabulaire institutionnel de l'organisation. Dès la troisième Conférence au Sommet, tenue en Arabie-Saoudite en 1981, les objectifs de l'organisation s'articulent en grande partie autour du concept d'Oummah. La déclaration finale de La Mecque est particulièrement révélatrice à cet égard. Il y est dit notamment que :

« les dirigeants de la Nation Islamique [implorent] le Tout-Puissant de les aider à endosser la lourde responsabilité qui est la leur dans un monde entouré de dangers et de défis, de les conduire sur la voie de la solidarité, de l'entente et de la sagesse ; de les aider à dissiper tout mobile de discorde et de dissensions pour permettre à l'Oummah de redevenir, une fois encore, la Oummah définie par Allah dans son Livre Saint comme la meilleure des Nations que le monde ait connue, incitant au bien et interdisant le mal ; [une Oummah] ne comportant aucune hostilité ni aucune partialité et inaugurant une ère nouvelle susceptible d'assurer à l'être musulman ses aspirations à la dignité et à la gloire et d'assurer à l'humanité la sécurité, la paix et le progrès auxquels elle aspire ». ⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ *Charte de la Conférence Islamique*, supra note 573, art. VIII.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, art. II(3).

⁵⁷⁸ Voir, par exemple, Abdullah al-Ahsan, « The Quranic Concept of Ummah » (1986) 7 *Journal of Muslim Minority Affairs* 606 ; C.A.O. van Nieuwenhuijze, « The Ummah : An Analytic Approach » (1959) 10 *Studia Islamica* 5.

⁵⁷⁹ William Zartman, « Pouvoir et Etat dans l'Islam » (1979) 12 *Pouvoirs* 5 ; Frederic Denny, « The Meaning of Ummah in the Qur'an » (1975) *History of Religions* 34.

⁵⁸⁰ *Déclaration de la Mecque adoptée par la Troisième Conférence Islamique au Sommet*, 28 janvier 1981, aux para. 7-8 ; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/french/conf/is/3/3rd-is-sum.htm>>.

Dans la continuité de la *Déclaration de la Mecque*, on trouve dans tous les textes de l'organisation, qu'il s'agisse de textes programmatiques, politiques ou juridiques, une référence systématique à l'Oummah. Les exemples sont trop nombreux pour les citer tous. Mais l'on parle de la « politique de l'Oummah »⁵⁸¹, de l'« unité, la destinée et la dignité de l'Oummah »⁵⁸², des « progrès »⁵⁸³, la « prospérité »⁵⁸⁴, les « causes » ou « intérêts » de l'Oummah.⁵⁸⁵ D'autres instruments font état d'un « droit inaliénable de l'Oummah islamique de se développer, d'acquérir et de faire usage de la science et de la technologie »⁵⁸⁶ ou de l'importance de « doter l'Oummah d'instruments de communication efficaces afin de faciliter l'expression de son identité et de sa culture ».⁵⁸⁷

Le concept d'Oummah, on le constate aisément à la lecture des déclarations, conventions ou programmes d'actions adoptés par l'OCI, est omniprésent dans le discours de l'organisation. Cela ne signifie nullement que la catégorie de l'Etat a disparu. On continue, sur ce point, de faire référence aux « Etats membres » de l'organisation. Mais tandis que l'on continue de parler des Etats, on constate en même temps une tendance à parler des « dirigeants de l'Oummah islamique »⁵⁸⁸, des « pays de l'Oummah »⁵⁸⁹ ou des « peuples de l'Oummah »⁵⁹⁰ pour désigner les membres de l'OCI.

⁵⁸¹ *Déclaration de Téhéran adoptée par la Huitième Conférence Islamique au Sommet*, 11 décembre 1997, au para. 110 ; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/french/conf/is/8/8th-is-summits.htm#FINAL%20%20COMMUNIQUE>>.

⁵⁸² *Ibid.*, au para. 4.

⁵⁸³ *Déclaration de Casablanca adoptée par la Septième Conférence Islamique au Sommet*, 15 décembre 1994, au para. 23 ; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/french/conf/is/7/7th-is-summit.htm#CASABLANCA%20DECLARATION>>.

⁵⁸⁴ Déclaration d'Islamabad adoptée par la 34ème Session de la Conférence Islamique des Ministres des Affaires Etrangères, Doc. OIC/ICFM-34/2007/ISLAMABAD-DECLARATION, 17 mai 2007, au para. 2.

⁵⁸⁵ Programme d'action décennal pour faire face aux défis auxquels la Oummah islamique se trouve confrontée au 21^e siècle, 8 décembre 2005, au para. 6 ; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/ex-summit/english/10-years-plan.htm>>.

⁵⁸⁶ *Déclaration de Téhéran*, supra note 581, au para. 102.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, au para. 112.

⁵⁸⁸ *Communiqué Final de la 3e Session Extraordinaire de la Conférence Islamique au Sommet*, 8 décembre 2005, préambule; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/ex-summit/french/fc-ex-summit-fr.htm>>.

⁵⁸⁹ *Résolution No. 5/6-C(IS) sur la Coopération en Matière de Jeunesse et de Sports*, 11 décembre 1991, préambule; en ligne : <[http://www.oic-oci.org/french/conf/is/6/6th-is-sum\(cultural\).htm](http://www.oic-oci.org/french/conf/is/6/6th-is-sum(cultural).htm)>.

⁵⁹⁰ *Résolution No. 3/34-E sur les Activités Relatives à l'Assistance Economique aux Etats Membres, aux Pays non Membres de l'OCI et aux Communautés Musulmanes*, 17 mai 2007, au para. 57 ; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/34icfm/french/resolutions/34ICFM-EC-RES-FR.pdf>>.

En même temps qu'elle adhère à la logique séculaire du fonctionnalisme interétatique comme sorte de « fait accompli » des relations internationales, l'OCI est donc fondée, on le constate, sur une prémisse idéologique pan-Islamique qui postule l'existence, au-delà des Etats membres, d'une nation musulmane, l'Oummah, dont le ciment n'est ni territorial, ni ethnique, ni politique, mais religieux.⁵⁹¹ La nation islamique, bien entendu, constitue d'avantage un mythe qu'une réalité positive dans le monde contemporain. Le Secrétaire Général de l'OCI le concède implicitement d'ailleurs, lorsque, dans son programme d'action décennal présenté à la Mecque en 2005, il enjoint les membres de l'organisation à « redonner vie » à l'Oummah, et à lui « rendre son aura et son prestige d'antan ».⁵⁹² Ce mythe fondateur, néanmoins, est, dans la logique de l'organisation, concurrent du mythe de l'Etat souverain. Non pas qu'il soit fondamentalement antithétique de la notion d'Etat territorial. Mais il vient remettre en cause, ne serait-ce qu'à la surface du discours institutionnel, le paradigme westphalien d'une « société anarchique », pour user ici de l'expression d'Hedley Bull, où l'Etat n'a de maître que sa propre volonté souveraine.⁵⁹³ Dans la tradition islamique, seul Dieu, en effet, est souverain. Et l'Etat, comme avant lui le Califat et le Sultanat, n'est qu'une « section de l'Oummah »⁵⁹⁴, une structure temporaire dépositaire d'un pouvoir dérivé.⁵⁹⁵ La notion d'Oummah renvoie donc, *in fine*, à l'idée d'une communauté supranationale de croyants qui n'est pas sans rappeler la *Respublica Christiana*. Sans jamais disqualifier la catégorie de l'Etat nation, le discours de l'OCI consacre, non pas forcément à la place, mais à côté de l'anarchie westphalienne, une certaine idée de hiérarchie divine dans les relations internationales intra-musulmanes. C'est là, d'ores et déjà, un point sur lequel le discours institutionnel de l'OCI diffère des structures modernes du droit international public.

⁵⁹¹ Naveed Sheikh, *The New Politics of Islam: Pan-Islamic Foreign Policy in a World of States*, Londres, Routledge, 2003, aux pp. 20-42.

⁵⁹² *Programme d'action décennal pour faire face aux défis auxquels la Oummah islamique se trouve confrontée au 21^e siècle*, supra note 585, au para. 1.

⁵⁹³ Hedley Bull, *The Anarchical Society – A Study of Order in World Politics*, New York, Columbia University Press, 1977.

⁵⁹⁴ *Déclaration de Dakar adoptée par la Onzième Conférence Islamique au Sommet*, 14 mars 2008, en ligne : <<http://www.oic-oci.org/oicnews/is11/english/DAKAR-DEC-11SUMMIT-E.pdf>>: « Africa's situation [...] has drawn our attention because the problems of poverty besetting the continent should give rise to a solidarity drive among the other sections of the Ummah » [nos italiques].

⁵⁹⁵ Sur la théorie islamique de l'Etat, voir notamment Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1955.

Le second point sur lequel le discours de l'OCI diffère des structures du droit international public concerne, cette fois-ci, la question des sources du droit. Sur ce point, les membres de l'organisation ont en effet exprimé de longue date l'idée selon laquelle la Charia, ou loi islamique, constitue une source, *la* source fondamentale peut-être, du droit international, du moins dans le monde musulman. Quelques-uns des instruments adoptés par l'organisation sont à cet égard tout-à-fait exemplaires. C'est le cas, notamment, de la *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam*, adoptée par la Conférence des Ministres des affaires étrangères le 5 août 1990.⁵⁹⁶

Bien qu'elle ne soit pas juridiquement contraignante⁵⁹⁷, la *Déclaration du Caire*, produit d'une négociation longue de près de deux décennies, constitue sans doute l'expression la plus aboutie de l'approche des Etats islamiques en matière de droits de l'homme.⁵⁹⁸ Non sans avoir réaffirmé à titre liminaire « le rôle civilisateur et historique de l'Oummah islamique », la Déclaration désigne en plusieurs endroits la Charia comme source du droit. Le préambule fait état, par exemple, de ce que « les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la Foi islamique [...], nul n'a, par principe, le droit de les entraver, totalement ou partiellement, de les violer ou les ignorer, *car ces droits sont des commandements divins exécutoires, que Dieu a dictés dans ses Livres révélés [...]* ; leur négation, ou violation, constitue un acte condamnable *au regard de la religion* ».⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam*, 5 août 1990, texte reproduit dans *Vers un système arabe de protection des droits de l'homme : la Charte arabe des droits de l'homme*, Lyon, Institut des Droits de l'Homme, 2002.

⁵⁹⁷ La Charte de la Conférence Islamique est silencieuse sur la valeur juridique des résolutions adoptées par la Conférence des ministres des affaires étrangères. Elle stipule simplement que la Conférence des Ministres des affaires étrangères « prend des décisions sur les questions d'intérêt commun » (*Charte de la Conférence Islamique*, *supra* note 573, art. V(2)). Le langage dont il est fait usage dans la résolution 49/19-P approuvant la Déclaration du Caire laisse cependant transparaître l'intention des membres de l'organisation de ne pas octroyer à la Déclaration de valeur directement et juridiquement contraignante. La résolution fait état, notamment, de « l'importance qu'il y a à émettre un document portant sur les droits de l'homme en Islam et auquel les Etats Membres *se référeront* dans tous les domaines de la vie quotidienne » [nos italiques] et désigne la Déclaration comme un instrument « destin[é] à *servir de référence aux Etats Membres* » [nos italiques], *Résolution No. 49/19-P sur la Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam*, 5 août 1990, préambule.

⁵⁹⁸ A l'occasion de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en 1993, la *Déclaration du Caire* a été présentée par la délégation saoudienne comme constituant le « consensus des nations musulmanes sur les questions de droits de l'homme » ; voir Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights : Tradition and Politics*, Boulder, Westview Press, 1998, à la p. 22.

⁵⁹⁹ *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam*, *supra* note 596, préambule [nos italiques].

Dans la continuité du préambule, la Déclaration décline ce principe général à l'égard d'à peu près tous les droits proclamés dans le texte : l'article 2 stipule que « la vie est un don de Dieu » et que sa préservation constitue « un devoir sacré » ; l'article 7 dispose que « *conformément aux dispositions de la Charia*, les parents ont des droits sur leurs enfants ; les proches ont des droits sur les leurs » ; l'article 8 stipule que « tout homme jouit de la capacité légale *conformément à la Charia* » ; l'article 12 déclare que « tout homme a droit, *dans le cadre de la Charia*, à la liberté de circuler et de choisir son lieu de résidence » ; l'article 22 mentionne « le droit d'ordonner le bien et de proscrire le mal, *conformément aux préceptes de la Charia* » ; l'article 23 prévoit le « droit d'assumer des fonctions publiques *conformément aux dispositions de la Charia* ». ⁶⁰⁰

La loi islamique ne constitue pas simplement, on le constate, un référent culturel ou un arrière-plan spirituel pour les droits de l'homme. La Charia est proprement constitutive des droits et des obligations contenus dans la Déclaration. Elle en représente le fondement, la source normative élémentaire. La Déclaration, en réalité, va même plus loin que cela. Les deux derniers articles du texte stipulent en effet, en toute lettre, que « tous les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration sont soumis aux dispositions de la Charia » et que « la Charia est l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de l'un quelconque des articles contenus dans la présente Déclaration ». ⁶⁰¹ Loin de n'être qu'une source parmi d'autres, la Charria est donc consacrée comme source *suprême* et *exclusive* de validité du droit.

D'autres instruments réfèrent à la Charia comme « source de Justice » ⁶⁰² ou comme « source [...] des relations entre [...] pays islamiques ». ⁶⁰³ C'est cependant l'institution de la Cour internationale islamique de Justice qui, à n'en pas douter, vient consacrer de la façon la plus évidente l'acceptation de la Charia comme source et fondement du droit international. C'est en 1981, au moment où éclate la guerre Iran-Irak, deux Etats musulmans membres de l'OCI, qu'émerge l'idée d'une juridiction permanente capable de « jouer un rôle d'arbitre, de juge et médiateur en cas de

⁶⁰⁰ Nos italiques.

⁶⁰¹ *Ibid.*, art. 24-25.

⁶⁰² *Déclaration de la Mecque*, supra note 580.

⁶⁰³ *Déclaration de Téhéran adoptée par la Trentième Session de la Conférence Islamique des Ministres des Affaires Etrangères*, 30 mai 2003 ; en ligne : <<http://www.oic-oci.org/french/conf/fm/30/30-decl.htm>>.

différends éventuels entre pays islamiques ». ⁶⁰⁴ La résolution 11/3-P, adoptée par la Troisième Conférence Islamique au Sommet, mentionne pour la première fois « la création d'une Cour Islamique de Justice ». ⁶⁰⁵ En janvier 1983, le Secrétaire Général de l'OCI convoque un groupe d'experts en vue d'élaborer les Statuts de la Cour. Après plusieurs années de négociation, le Statut de la Cour est finalement arrêté par le groupe d'experts le 29 janvier 1987. La même année, la Cinquième Conférence Islamique au Sommet adopte la Résolution 13/5-P, en vertu de laquelle la Conférence, « soucieuse [...] de créer un organe juridique principal qui tranche les conflits conformément aux dispositions de la Charia islamique », adopte le projet de Statut de la Cour est l'annexe formellement à la Charte constitutive de l'organisation. ⁶⁰⁶

La disposition du Statut qui, pour notre étude, revêt le plus d'intérêt est la clause de droit applicable. Tandis que l'article 1er du Statut dispose que la Cour constitue l'organe judiciaire principal de l'OCI et est fondée sur la Charia islamique « de façon inaliénable », l'article 27 stipule en effet que:

- a) La Charia islamique est la loi fondamentale de la Cour Islamique Internationale de Justice ;
- b) La Cour peut s'inspirer du droit international, des conventions internationales bilatérales ou multilatérales, de l'usage international, des principes généraux de droit ou des arrêts rendus par les tribunaux internationaux.

En vertu du Statut de la CIJ, le droit applicable aux différends entre Etats membres de l'OCI est donc un droit « fondamentalement » religieux. Ce droit là, dont la source « inaliénable » est la Charia islamique, possède de nombreux points de contact avec le droit international public. L'article 27, en effet, se réfère aux catégories classiques du

⁶⁰⁴ *Résolution No. 11/3-P(IS) sur la création d'une Cour Islamique de Justice*, 28 janvier 1981, préambule ; en ligne : <[http://www.oic-oci.org/french/conf/is/3/3rd-is-sum\(political\).htm#11](http://www.oic-oci.org/french/conf/is/3/3rd-is-sum(political).htm#11)>.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, au para. 1.

⁶⁰⁶ *Résolution No. 13/5-P(IS) sur la création de la Cour Islamique Internationale de Justice*, 29 janvier 1987 ; en ligne : <[http://www.oic-oci.org/french/conf/is/5/54th-is-sum\(political\).htm#13](http://www.oic-oci.org/french/conf/is/5/54th-is-sum(political).htm#13)>. La Cour se compose d'un collège de 7 magistrats élus pour quatre ans (renouvelable une fois). L'article 4 du Statut stipule que les membres de la Cour doivent 1) être musulmans, 2) être ressortissants des pays membres de l'OCI, 3) jouir de hautes qualités morales, 4) être âgés de 40 ans au moins, 5) compter parmi les juristes de la Charia les plus renommés, et 6) réunir les conditions requises pour exercer les plus hautes fonctions de magistrature dans leurs pays respectifs. La Cour possède une double compétence, contentieuse et consultative. La compétence de la Cour est optionnelle et repose sur le consentement des parties. Outre les clauses compromissaires, les Etats membres de l'Organisation ont la possibilité de souscrire à une déclaration facultative de juridiction obligatoire. Les décisions de la Cour sont définitives et sans recours. Elles sont obligatoires pour les parties au litige. Voir Michele Lombardini, « The International Islamic Court of Justice : Towards an International Islamic Legal System ? », *supra* note 513, aux pp. 672-674.

droit international : traités, coutume, et principes généraux. Mais tandis que la Charia islamique est consacrée comme loi fondamentale de la Cour, les sources classiques du droit international ne sont mentionnées qu'en tant que sources facultatives d'inspiration (la Cour « peut » s'inspirer du droit international). Traités, coutume et principes généraux sont donc placés dans une position de subordination par rapport à la Charia, qui constitue le fondement ultime du droit international entre Etats musulmans. La lettre du Statut suggère donc une acceptation des règles secondaires du droit international public, mais une acceptation toute conditionnelle, puisque ces règles là sont considérées comme des règles subsidiaires ou accessoires.

Le Statut de la Cour, nous le mentionnions plus haut, n'est pas encore entré en vigueur. L'article 49 du Statut requiert en effet la ratification de deux tiers des Etats membres de l'organisation. A ce jour, 10 Etats ont formellement ratifié le Statut.⁶⁰⁷ Il demeure, néanmoins, que tous les membres de l'organisation, en adoptant la résolution 13/5-P, ont accepté, en principe, de régler leurs relations sur la base de normes religieuses. On notera, par ailleurs, que parmi les Etats qui ont ratifié le Statut, on retrouve quelques uns des membres les plus influents de l'organisation, tels l'Egypte, l'Arabie Saoudite, le Pakistan ou la Libye. Lors d'une récente réunion de l'OCI à Téhéran, le président iranien Mahmoud Ahmadinejad a même donné une actualité nouvelle à l'idée d'une justice internationale « à la musulmane » en proposant l'institution d'un « tribunal pénal international islamique » afin de poursuivre et de juger, sans passer par les institutions internationales existantes, les criminels de guerre et ceux qui propagent « la violence, la menace et l'amertume ».⁶⁰⁸ Sans doute le message est-il avant tout symbolique et reflète-t-il le fantasme à peine masqué du président iranien de voir un jour jugés un certain nombre de responsables occidentaux (on pense aux dirigeants américains et israéliens). Reste que l'idée d'une justice et,

⁶⁰⁷ Koweït, Arabie Saoudite, Jordanie, Libye, Bahrain, Qatar, Egypte, Maldives, Pakistan et Soudan. Voir sur ce point *Reports of the Secretary General on Legal Affairs Submitted to the Thirty-Third Session of the Islamic Conference of Foreign Ministers*, Doc. OIC/33-ICFM/2006/LEG/SG-REP, 21 juin 2006, à la p. 1.

⁶⁰⁸ « Iran President Proposes Formation of International Islamic Criminal Court » *BBC Monitoring Middle East* (4 décembre 2007) ; « L'Iran veut une cour internationale islamique » *Le Figaro* (4 décembre 2007). Voir également le texte du discours, en ligne : <<http://www.president.ir/en/print.php?QrtID=7574>>; « An International Islamic Court should be established to prosecute international criminals, war criminals and those who fearlessly violate others' rights and bring threats and bitterness to their lives [...] This will present to the world a pattern of justice-based judgment and free the Islamic states from referring to others ».

plus généralement, d'un droit international musulmans, fondés sur une règle de reconnaissance de nature religieuse, est bel et bien en germe au sein de l'OCI.

Il n'est pas dit, bien entendu, que l'institution de l'OCI, puis de la CiiJ, marque nécessairement l'avènement d'un « droit international islamique » autonome, auto-suffisant et distinct du droit international public. Au fond, notre analyse du discours de l'OCI, dont le Statut de la Cour Islamique de Justice constitue la forme la plus aboutie, ne vise qu'à mettre en évidence le fait qu'existe aujourd'hui un groupe de 57 Etats, porteur d'un discours qui, en deux points au moins, diffère des structures classiques du droit international public.

Ce groupe là ne rejette pas, en bloc, l'intégralité du droit international public. Il en adopte même, de façon routinière, les catégories maîtresses (Etat) et les outils principaux (traités). Mais cette adoption se fait en des termes singuliers : on conçoit l'Etat comme une structure temporaire faisant partie d'une communauté, l'Oummah, qui le transcende dans le temps et l'espace. On reconnaît les traités, la coutume et les principes généraux comme sources d'obligations, mais comme sources subsidiaires, qui ne font que traduire les préceptes de la Charia, source fondamentale et inaliénable de droit en Islam. On voit donc émerger un discours de ré-enchantement du droit international qui décentre sensiblement la catégorie de l'Etat souverain et concentre l'analyse du droit autour d'une « grundnorm islamique », point focal d'explication et d'interprétation du droit international.

Peut-être ne s'agit-il là que d'une forme de revendication identitaire postmoderne (ou postcoloniale) – une forme de résistance rhétorique à l'« hégémonisme libéral » (réel ou perçu) qu'incarne et véhicule le droit international public « à l'occidentale ». Sans doute également cette tentative de réappropriation de la culture juridique dominante par un groupe d'Etats n'affecte-t-elle à ce jour que marginalement le fond du droit positif. Mais il y a là un développement qui, à nouveau, soulève un certain nombre de questions quant aux règles secondaires du droit international et la possibilité de parler d'une « acceptation uniforme et généralisée », au sens où l'entend Hart. Les structures les plus élémentaires de l'ordre juridique international sont internalisées par les acteurs du système en des termes distincts qui renvoient à différents « points de vue internes » sur la nature, le fondement, les sujets et la validité du droit.

Le phénomène n'est pas, en soi, pathologique ni ne menace nécessairement l'existence du droit international en tant qu'ordre formel. Si l'on accepte, par exemple, l'idée largement défendue aujourd'hui selon laquelle la « reconnaissance » des différences culturelles est devenue un enjeu prioritaire des luttes politiques contemporaines⁶⁰⁹, alors on peut imaginer que la différenciation d'un groupe d'Etats et la reconnaissance d'une sphère alternative de droit et de justice puisse, paradoxalement, constituer un mécanisme d'inclusion et d'intégration des Etats musulmans dans l'ordre international, social et juridique.

Mais là n'est pas notre propos. Ce qui nous intéresse ici c'est simplement de montrer que, de même que l'idée un temps défendue de créer des tribunaux islamiques en Ontario pour juger de certains contentieux de droit privé entre canadiens musulmans a posé (ou reposé) la question du pluralisme juridique au Canada, le discours institutionnel développé au sein de l'OCI, et notamment le projet visant à instituer une CiiJ, ce discours là, donc, *pose la question du pluralisme en droit international*. Postuler, sans la démontrer, l'existence d'un point de vue partagé sur les critères de validité du système, c'est donc, à nouveau, occulter une partie essentielle de la réalité juridique contemporaine, comme pour faire entrer de force le droit international dans un moule théorique particulier. La démarche est alors idéologique, bien plus qu'elle n'est analytique ou descriptive.

5. Conclusions intermédiaires

Deleuze avait l'habitude de définir les idées et les concepts comme des *épaisseurs*, des choses que l'on peut prendre par plusieurs bouts, et qui ont plusieurs niveaux d'expression, de projection et de manifestation.⁶¹⁰ La démarche, dans ce chapitre, a été

⁶⁰⁹ Voir notamment Charles Taylor, *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992; Iris Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; Nancy Fraser et Axel Honneth, *Redistribution or Recognition ? A Political-Philosophical Exchange*, New York, Verso, 2003.

⁶¹⁰ « Une idée philosophique, un concept philosophique, c'est toujours une épaisseur, un volume. Vous pouvez les prendre à tel niveau, et puis à un autre niveau, et à un autre niveau, ça ne se contredit pas.

de rendre compte, justement, de l'épaisseur conceptuelle de la notion d'unité formelle du droit international (cela explique d'ailleurs en partie la longueur du chapitre). Nous avons, dans cette optique, montré deux choses.

La première est que la constitution d'un ensemble de normes en un système unitaire repose sur un entrelacs complexe de dynamiques structurantes. Il n'existe pas de loi unique et exclusive d'organisation fondant, à elle seule, l'unité de l'ordre juridique. On peut au contraire envisager une multitude de principes d'unité expliquant, chacun à sa manière, la production/reproduction d'un certain ordre dans un ensemble complexe de règles juridiques. L'accent a été mis sur trois dynamiques essentielles d'unité formelle : la dynamique institutionnelle, la dynamique inter-normative et la dynamique interprétative ou herméneutique. La liste n'est pas nécessairement exhaustive. Elle indique bien, cependant, que l'unité formelle du droit, en général, et du droit international, en particulier, signifie des choses différentes selon que l'on considère les rapports du droit à son environnement social, les rapports entre différentes classes de règles ou les rapports entre normes et agents du système. Il existe, donc, plusieurs *modèles* d'unité formelle, plusieurs façons d'envisager les rapports de dépendance, les relations causales de composition entre différentes « parties » d'un « tout » juridique.

Parler d'unité formelle du droit international dans la perspective institutionnelle, c'est s'interroger sur le milieu social qui lui donne naissance. C'est par exemple considérer si le droit international est sous-tendu par une unité sociale concrète, stable et permanente, capable d'exprimer un « moi social » cohérent ; ou au contraire si l'on a affaire à un processus de différenciation fonctionnelle dans lequel la société globale se décompose en une pluralité de « secteurs sociaux » indépendants (société des marchands, société des écologistes, société des humanitaires etc.) fonctionnant chacun selon une rationalité institutionnelle propre (marché, technologie, science, dignité, sécurité) et générant des dynamiques systémiques autonomes. Dans l'hypothèse où la société globale est en effet fragmentée et décentrée, on peut se demander également s'il existe une autorité capable de coordonner ces différents fragment sociétaux, d'arbitrer légitimement les rapports entre droit des marchands, droit humanitaire, droit

Mais c'est des niveaux assez différents », *La voix de Gilles Deleuze en ligne – Cours du 10 novembre 1981*, en ligne : <http://www.univ-paris8.fr/deleuze/article.php3?id_article=17>.

diplomatique ou droit de la sécurité. Le critère déterminant demeure, dans un cas comme dans l'autre, l'*assise sociale* du droit international. Et la question est de savoir s'il existe *une* collectivité internationale engagée dans *une* entreprise de gouvernance commune, ou si le droit international est produit par une pluralité de collectivités globalisées engagées dans des projets de gouvernance dissociés.

Parler d'unité formelle du droit international dans la perspective inter-normative, c'est considérer plutôt l'existence de plusieurs classes de règles (règles primaires/secondaires ; règles du jeu/dans le jeu) et la façon dont les premières informent le cycle de vie des secondes, i.e. la façon dont elles en déterminent, à l'avance et de façon univoque, les conditions de formation, de trans-formation, d'extinction, d'application et de sanction. On dira du droit international qu'il est formellement unitaire s'il est doté d'un appareil complet et cohérent de règles systémiques (sources et règles de responsabilité) constituant le « cadre de vie » du droit international, de *tout* le droit international, qu'il s'agisse du droit du commerce, du droit de l'environnement, des droits de l'homme, en Europe, en Amérique ou en Afrique. Le droit international sera en revanche fragmenté si ce « cadre de vie » est flou, incomplet, contesté, ou si des « cadres de vie » alternatifs émergent dans certains domaines du droit, i.e. si des branches matérielles du droit international se dotent de leur propre appareil de sources et de règles de responsabilité. Dans un cas comme dans l'autre ; le critère déterminant est celui du rapport de dépendance entre, d'une part, les droits et obligations particuliers et, d'autre part, un certain nombre de règles plus générales constituant un « code génétique » commun, préexistant et permanent, qui place l'ordre juridique dans une sorte d'extériorité objective par rapport à ses sujets primaires.

Parler, enfin, d'unité formelle dans la perspective interprétative ou herméneutique, c'est considérer le rapport non pas entre différentes classes de normes internationales, mais entre les normes et leur interprète, qu'il s'agisse d'interprètes immédiats (Etats) ou d'organes investis du pouvoir d'interpréter le droit en leur nom (arbitres ou juges internationaux). Il s'agit de se demander, par exemple, si les juges internationaux font une lecture hermétique des règles internationales ou s'ils s'efforcent d'établir entre elles une forme de *solidarité sémantique*. Sont-ils engagés dans une entreprise interprétative commune ? Lorsqu'ils recherchent le sens à donner à une règle ou à un

principe, s'attachent-ils à la façon dont ils s'accordent et s'articulent avec d'autres règles ou principes ? Tiennent-ils compte de ce qui est dit dans d'autres *fora* ? Considèrent-ils leur décision comme un acte isolé, ponctuel et *ad hoc* ou comme un chapitre dans une histoire normative qui les dépasse, dans le temps et l'espace ? L'unité formelle, on le constate, ne repose pas ici sur l'idée d'une structure a priori et immuable. Elle consiste en un *fait collectif* de médiation, c'est-à-dire le fait pour la communauté interprétative d'instituer, par le travail d'interprétation, une relation médiate de filiation entre normes ou groupes de normes.

Après avoir évoqué, dans leurs grandes lignes, les différents modèles d'unité formelle du droit, l'accent a été mis sur la théorie de Hart et sur l'usage qui en est fait dans le contexte du débat contemporain sur la fragmentation. Là encore, nous avons entrepris de rendre justice à l'épaisseur et à la complexité de la théorie des règles secondaires développée par Hart dans son *Concept of Law*. Nous avons montré que les internationalistes, qui recourent à Hart pour disserter de l'unité du droit international, font une lecture un peu courte, voire franchement simpliste, de la théorie des règles secondaires. Bien souvent, on fait de l'existence d'un « certain nombre » de règles secondaires une condition *suffisante* d'unité formelle alors que Hart n'en fait qu'une condition *nécessaire*.

Notre (re)lecture de Hart a permis de mettre en évidence que les règles secondaires ne forment en réalité que la matière première ou la matière « brute » de la systémique Hartienne. Pour parler d'un système unitaire, il faut encore que ces règles là jouissent d'un degré suffisant de « déterminabilité » et qu'elles fassent l'objet d'une « acceptation » uniforme et généralisée de la part des agents officiels du système. Or, en l'absence des structures hiérarchisées et intégrantes qui, dans les systèmes nationaux, donnent à l'unité du droit une sorte d'évidence et de matérialité immédiate, on ne peut se contenter d'assumer sans examen la réunion de ces deux conditions en droit international. Au contraire, notre analyse de la doctrine des sources et du projet de CiiJ a servi à démontrer que, passé l'accord sur un certain nombre de concepts-cadres, les règles secondaires du droit international demeurent largement ouvertes, polémiques et controversées et que l'existence d'un point de vue interne uniforme sur des questions aussi essentielles que les sujets primaires et la loi fondamentale de l'ordre juridique international est loin d'aller de soi.

Cela ne signifie pas que l'on doive renoncer à analyser le droit international comme système. Peut-être tout cela n'est-il au fond que le symptôme passager d'un état transitoire, la marque d'un droit à la recherche de ses formes dans un monde en mouvement, et à la complexité croissante. Reste que *si la théorie de Hart est adoptée comme modèle d'unité formelle* du droit international, on ne peut faire l'impasse sur ces questions complexes de déterminabilité et d'acceptation, au risque de réduire une épaisse théorie du droit à un simple postulat normatif, i.e. une proposition logique non démontrée servant de point de mire épistémologique dans la construction intellectuelle du droit.

Ce chapitre, donc, a servi deux objectifs principaux : reconsidérer l'analyse de l'unité formelle en tant que phénomène monocausal, en insistant sur la pluralité des dynamiques structurantes capables de rendre compte de la constitution du droit en système unitaire ; et montrer dans quelles conditions on peut faire application du modèle dominant d'unité formelle (i.e. le modèle Hartien) dans l'ordre international, en insistant notamment sur les deux questions difficiles, mais centrales, de la déterminabilité et de l'acceptation des règles secondaires.

De tout ce qui précède, il est possible cependant de tirer une autre conclusion encore, une conclusion sensiblement alternative. Les difficultés que soulèvent les questions de déterminabilité et d'acceptation dans le domaine du droit international nous renseignent peut-être moins, en réalité, sur les limites du droit international que sur celles de la théorie de Hart elle-même, et de l'orientation théorique générale dont elle relève. Peut-être, au fond, la théorie de Hart n'est-elle tout simplement *pas faite pour le droit international*. On sait, par exemple, que l'ensemble de la théorie de Hart est fondé sur la distinction entre souverain et sujets, entre « officiels » et « simples citoyens », entre « gouvernants » et « populace ».⁶¹¹ Le *Concept of law* est, certes, une critique de la théorie d'Austin selon laquelle le droit ne serait pas autre chose qu'un ensemble d' « ordres contraignants » émanant du souverain. Hart est d'avis que cette définition est doublement réductrice en ce qu'elle place le souverain « hors du droit » et en ce qu'elle est incapable de rendre compte du fait qu'il existe une variété de règles

⁶¹¹ Hart, *Concept of Law*, *supra* note 203, aux pp. 49-76 [chapitre IV : « Sovereign and Subject »].

qui n'ont rien à voir avec des « ordres » ou des « commandements ». ⁶¹² Mais Hart *maintient* la distinction entre souverain et sujet comme un élément essentiel et central de sa théorie du système juridique et cette distinction sous-tend en grande partie celle, plus fondamentale encore, entre règles primaires (qui imposent droits et obligations aux sujets) et règles secondaires (qui octroient des pouvoirs aux autorités souveraines).

Or il y a, sur ce point, collusion des genres en droit international : les Etats sont à la fois sujets agissants, opérateurs et agents (de création et d'exécution) du droit. La séparation, relativement simple à maintenir en droit interne, entre « simples citoyens » et « officiels » du système, ne tient pas dans l'ordre juridique international. Les dépositaires de l'autorité (de créer et de mettre en œuvre le droit) en sont également les destinataires. Aussi est-il malaisé, voire impossible, en droit international de discriminer l'Etat-autorité et l'Etat-sujet. Hart, on le sait, n'exclut pas la possibilité d'un droit sans souverain (ce qu'il appelle le droit « primitif »). Mais il réserve cette possibilité aux « petites communautés, étroitement unies par des liens de parenté, des croyances et des sentiments communs et dotées d'un environnement stable ». ⁶¹³ Et il rajoute d'ailleurs que, là même où les conditions seraient réunies pour l'émergence d'un pareil droit primitif, « les règles sous l'empire desquelles le groupe vit ne formeront pas un *système* » mais seulement un ensemble de standards indépendants. ⁶¹⁴ On est donc en droit de se demander si le droit international n'est pas, au fond, exclu *ex hypothesi* de la liste des candidats au titre de système juridique, au sens formel où l'entend Hart.

Ce décalage, voire cette inadéquation de base, entre les prémisses de la systématique Hartienne et la structure fondamentale de l'ordre international suggère deux choses. La première est que, même si l'on prétend analyser le droit international en tant qu'ensemble formel de normes, et même si l'on ne disqualifie pas d'emblée le paradigme Hartien comme un paradigme fondamentalement étranger au droit international, il convient de garder à l'esprit que la théorie des règles secondaires n'explique, ni ne peut expliquer, à elle-seule, l'unité formelle du droit international. Elle n'apporte un éclairage que sur une, et une seule, dimension de l'ordre juridique.

⁶¹² *Ibid.*, aux pp. 26-33 et 64-69.

⁶¹³ *Ibid.*, à la p. 89.

⁶¹⁴ *Ibid.*, à la p. 90.

Et elle le fait en des termes qui excluent, *ab initio*, certains aspects distinctifs du droit international. C'est là une raison supplémentaire pour ne pas user du paradigme hartien comme d'un paradigme exclusif d'unité et pour le considérer en relation aux autres dynamiques, soient-elles institutionnelles ou herméneutiques.

Peut-être ce décalage milite-t-il néanmoins pour une ouverture théorique plus franche encore dans l'analyse de l'unité du droit international. On peut imaginer, en effet, que c'est l'idée même d'ordre normatif, entendu comme ensemble formalisé de règles juridiques, qui colle mal avec le droit international. Si tel est le cas, il convient alors d'envisager d'autres niveaux d'analyse, qui ont trait non pas aux seules règles juridiques, à leur compatibilité ou à leur arrangement ordonné, mais à d'autres dimensions, d'autres facettes et d'autres aspects du phénomène juridique international. C'est là l'objet des deux derniers chapitres de cette étude.

Chapitre 5/ L'unité culturelle

Les deux chapitres précédents ont ouvert la voie. D'ores et déjà, la question de l'unité apparaît dans sa complexité et sa pluralité, comme une problématique « à tiroir », que l'on peut prendre à plusieurs niveaux, par plusieurs bouts, de différents points de vue. Cependant qu'ils contribuent à rendre compte de l'épaisseur et de la complexité sémantique du concept d'unité, ces deux chapitres là maintiennent néanmoins l'analyse au niveau de l'unité substantielle, c'est-à-dire au niveau des normes du droit international, de leur compatibilité réciproque et de leur agencement ordonné. Certes, les critères et les dynamiques d'unité varient d'un niveau d'analyse à un autre. Mais, que l'on parle d'unité matérielle ou d'unité formelle, on juge de l'unité comme de quelque chose qui se rapporte à l'idée du droit international en tant que système de règles. On analyse la chose tantôt du point de vue des conflits normatifs, tantôt du point de vue des techniques, des mécaniques et des dynamiques qui charpentent l'ordre juridique. Mais dans un cas comme dans l'autre, on pense le droit international, et l'on en parle, comme un ensemble clos et autonome de droits, d'obligations et d'institutions juridiques positives.

Si, donc, l'on devait s'en tenir là, notre travail de déconstruction du concept d'unité en droit international serait incomplet. Nous n'aurions à vrai dire parcouru que la moitié du chemin. Non pas qu'il soit anormal ou inintéressant de penser le droit international sous l'angle des règles et des institutions. L'article XI du GATT, la règle des douze miles marins, le traité Franco-Argentin de protection des investissements, le Secrétariat de la Convention sur la biodiversité, le principe général de bonne foi, le TPIY et sa jurisprudence : tout cela constitue assurément du droit international, et le droit international, c'est en partie cela. Mais en partie seulement.

Il serait éminemment réducteur de limiter l'analyse du droit international, de son identité et de son unité, à la seule question des règles. Le droit international, c'est en effet, au-delà des règles et des institutions, des hommes et des femmes engagés dans une réflexion sur le monde, qui défendent des idées, poursuivent des projets – personnels, professionnels ou politiques – et prennent des décisions. C'est également un métier, pour l'enseignant, le conseiller juridique, l'arbitre ou le juge. C'est, enfin, une entreprise normative, c'est-à-dire, non pas simplement une technique de régulation, mais, plus largement, une *visée*, i.e. la poursuite de certaines fins, de principes et de valeurs communes. Système de règles, le droit international (et le droit en général) est donc également système de pensée, de communication et de valeurs. Pour penser l'« unité complexe », il convient donc de démultiplier les niveaux d'analyse, d'envisager la possibilité que l'unité du droit international se niche ailleurs que dans ses règles et ses institutions, de développer de nouveaux outils conceptuels pour appréhender ces formes et dynamiques d'unité « hors normes », et de considérer ce que cette multiplication des niveaux d'analyse peut signifier dans le contexte du débat sur la fragmentation du droit international. C'est à tout cela qu'est consacrée la fin de cette étude.

Nous commençons par envisager, dans le présent chapitre, ce que nous appelons l'« unité culturelle » du droit international. Ce concept renvoie aux structures internes du droit international en tant que discipline autonome, c'est-à-dire en temps que champ intellectuel et professionnel, socialement structuré et structurant. Pour bien comprendre ce que recouvre ce concept original d'unité culturelle, ainsi que les critères et les dynamiques sur lequel il repose, il convient cependant d'effectuer un certain nombre de remarques préliminaires sur ce que signifie l'analyse du droit international en tant que discipline intellectuelle et professionnelle, et d'explicitier notre recours à la notion de « culture » pour en appréhender l'unité.

Une précision s'impose ici, avant d'engager la discussion sur ces différentes questions. Comme dans le reste de cette étude, l'ambition de ce chapitre n'est en aucun cas de prouver ou de démontrer l'existence d'une unité culturelle dans la discipline contemporaine du droit international. Notre démarche ne vise qu'à faire bouger les lignes, à élargir le débat, à provoquer une discussion sur ce que peut bien vouloir dire l'unité du droit en tant que système culturel et à proposer quelques pistes de réflexion.

Point, là encore, de théorie complète et exhaustive de l'unité. Mais simplement une intuition et une impulsion relatives aux conditions de possibilité du discours sur l'unité du droit international.

Ceci étant, qu'est-ce donc que l'analyse du droit en tant que « discipline » ? Que signifie la notion de « culture juridique » et en quoi permet-elle de saisir l'identité propre du droit international en tant que champ disciplinaire ? Enfin, à quoi peut bien renvoyer la notion d'« unité culturelle » dans le domaine du droit international ? Quels en sont les différentes facettes et les différents critères ?

1. Le droit international comme discipline intellectuelle et professionnelle

Le droit international constitue, avant tout chose, une discipline intellectuelle. On peut entendre cette proposition de plusieurs façons. Elle signifie, en premier lieu, que le droit international est, plus sans doute que d'autres branches du droit, un « droit de juristes ». L'expression n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Elle marque, cependant, le fait que le droit international a toujours d'avantage dépendu des savants et des spécialistes que des disciplines telles le droit administratif ou le droit des contrats, largement façonnées par le droit positif « légiféré », et donc nettement moins ancrées dans les doctrines et les pratiques des juristes. Sans doute l'explosion du droit conventionnel ainsi que la codification progressive (bien que limitée) du droit coutumier depuis 1945 changent-elles sensiblement la donne. Reste que, en l'absence de législateur ou d'une autorité publique jouissant d'une *juris dictio* universelle, le droit international est, pour beaucoup, constitué de ce qu'en pensent, en disent et en font les internationalistes.⁶¹⁵

⁶¹⁵ Voir en ce sens Koskenniemi, *From Apology to Utopia, supra* note 495, à la p. 651 ; « Not Excepting the Iroquois Themselves – Machiavelli, Pufendorf, and the Prehistory of International Law » (2007) 7 Max Weber Lecture Series 1 ; en ligne : <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7632/1/MWP_LS_2007_07.pdf>. Un des éléments qui illustre le mieux, peut-être, le fait que le droit international est un droit de juristes est le fait que la plupart des travaux sur l'histoire du droit international se limitent bien souvent à une histoire des grands auteurs et des grandes écoles de pensée (droit naturel, positivisme, école historique ou sociologique etc.). Pour un exemple récent, et particulièrement représentatif de cette tendance, voir Stephen Neff, « A Short History of International Law » dans Malcolm Evans, éd., *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006.

Cela ne revient pas à dire que le droit international n'est *que* cela. Mais il est cela en partie au moins.

Parler du droit international comme d'une discipline intellectuelle est une façon de marquer, également, le fait qu'il a toujours constitué plus qu'un simple amas de règles, d'institutions et de doctrines – plus, donc, qu'une simple technique formelle de règlement des différends entre Etats. Depuis le 18^e siècle, et l'influence déterminante et indélébile de la critique kantienne, le droit international est demeuré en effet une *préoccupation philosophique*, une forme de métaphysique de l'humanité. « Faire » du droit international, ça n'est pas simplement connaître et manipuler un certain nombre de concepts formels – principes, règles ou standards. C'est avant tout porter, consciemment ou inconsciemment, un certain regard sur le monde et son histoire, imaginer de nouveaux lendemains, et travailler à l'actualisation de ces futurs imaginés.⁶¹⁶

Le droit international est donc, de ce point de vue, une vaste entreprise polémique et spéculative sur la nécessité, la possibilité, ainsi que les modalités d'instauration d'une société civile internationale : comment sortir l'humanité de l'état de nature ? Comment instaurer l'état de droit entre des nations qui, souveraines, ne connaissent pas d'autorité supérieures à elles-mêmes ? Quel rapport le droit international entretient-il avec d'autres sphères de normativité (morale, religion, droit interne) ? Le droit international est-il universel ? Doit-il impérativement l'être ou le devenir ? Le droit international, c'est, en partie au moins, cela : le sentiment que l'humanité est engagée dans un mouvement de sortie de l'état de nature, et une conversation sur l'importance, le rôle et les potentialités du droit dans cette trajectoire historique.

Le succès écrasant du positivisme depuis la seconde moitié du XIX^e siècle à sensiblement altéré cette image du droit international en tant que préoccupation philosophique. Le positivisme, qui entend exclure de la science juridique les questions éthiques, morales et philosophiques, s'est en effet largement construit *contre*

⁶¹⁶ Sur le droit international en tant que « vision » ou « construction imaginaire » d'une société régie par le droit, voir notamment les travaux de Philip Allott, *Eunomia : New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990 ; *The Health of Nations : Society and Law Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Voir également Stephen Toope, « The Roles of International Law and International Lawyers » dans Hugh Kindred et al., éd., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 7^e éd., 2006.

l'idée du droit international en tant que spéculation utopique. A cela est venu s'ajouter la formidable expansion du droit international, depuis la fin de la seconde guerre mondiale notamment. Ce qui était auparavant perçu comme un ensemble relativement limité et primitif de doctrines et de pratiques diplomatiques est devenu un système extrêmement complexe et sophistiqué de règles et d'institutions affectant tous les aspects, ou presque, des relations internationales : de l'exploitation des fonds marins à l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, des relations consulaires à la libre circulation des marchandises, de la poursuite des tortionnaires à la protection des tortues marines.⁶¹⁷

Cette omniprésence, cette épaisseur et cette complexité nouvelles du droit international ont pu laisser croire, un temps, que l'âge métaphysique du droit international était révolu. Fini le temps des grands questionnements sur l'existence et l'essence du droit international. Le droit international existe : il est partout, et « je l'ai rencontré » !⁶¹⁸ Lorsque Thomas Franck écrit en 1995 que le droit international est entré dans une « ère post-ontologique », il exprime un sentiment largement partagé selon lequel le droit international a atteint l'âge de la maturité.⁶¹⁹ Assurés des fondements de leur discipline, les internationalistes peuvent dorénavant travailler à la diffusion et à l'efficacité des règles internationales, et débattre de problèmes juridiques spécifiques. Des grandes questions cosmologiques sur la nature et le fondement du droit international, nous serions donc passés à ce que Foucault appelle la « petite question toute plate et empirique »⁶²⁰ : comment ça se passe et comment ça marche ?

Sans doute y a-t-il dans la remarque de Franck une part de vérité. Dans un monde marqué par la superposition des normes – nationales, régionales et mondiales – et la surabondance d'institutions et de juges – nationaux et internationaux – les questionnements classiques quant à l'existence et à la réalité du droit ne raisonnent pas de la même manière. Le « trop plein » de droit ne pose assurément pas les mêmes questions que le « trop peu ». Mais ces réalités nouvelles en posent néanmoins. Si l'on

⁶¹⁷ Philip Sands, « Turtles and Torturers : the Transformation of International Law » (2001) 33 New York University Journal of International Law and Politics 527.

⁶¹⁸ Weil, « Le droit international en quête de son identité », *supra* note 426, à la p. 47.

⁶¹⁹ Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, New York, Oxford University Press, 1995, à la p. 6. Voir également, en ce sens, Jeffrey Dunoff, « International Legal Scholarship at the Millenium » (2000) 1 Chicago Journal of International Law 85 à la p. 86.

⁶²⁰ Michel Foucault, « Deux essais sur le sujet et le pouvoir » dans *Dits et écrits*, Tome IV, Paris, Gallimard, 1994, à la p. 233.

questionne moins aujourd'hui la « réalité » du droit international en tant que droit⁶²¹, on s'interroge par exemple de plus en plus sur la question de l'obéissance aux règles du droit international, comme en atteste l'abondante littérature sur les « *compliance theories* ». ⁶²² De façon plus significative peut-être, la prolifération des régimes pose la question du *sens général* de l'internationalisation du droit : le droit international, est-ce d'abord le droit du commerce ? Les droits de l'homme ? Le droit de l'environnement ? Comment penser l'articulation entre ces différentes dynamiques et résoudre les tensions dans cette pluralité de régimes qui composent le droit international d'aujourd'hui ? Les anciennes questions relatives à la possibilité et à la réalité du droit international sont donc remplacées par d'autres, non moins existentielles, et notamment par cette question étrange que l'on ne se posait guère il y a un siècle de cela : à quoi, au fond, sert aujourd'hui le droit international ?⁶²³

Rajoutons encore que, si le droit change, il en va de même de l'espace social dans lequel il s'inscrit. La discipline classique du droit international s'est développée, du 17^e au 19^e siècle, dans des paramètres Westphaliens, c'est-à-dire dans le contexte d'un espace européen politiquement, culturellement et économiquement homogène, composé d'Etats nations réglant leurs relations mutuelles sur un pied d'égalité. Or ces paramètres là ont, depuis, subi une triple mutation. Le droit international n'est plus, d'abord, le droit public de l'Europe, mais un droit à vocation universelle – le droit, donc, d'une société infiniment plus hétérogène. Il n'est plus, en second lieu, l'affaire exclusive des Etats, mais celle également d'institutions intergouvernementales et d'entités non-étatiques, qu'il s'agisse d'individus, d'entreprises multinationales,

⁶²¹ Cette question récurrente n'a pas pour autant disparu, comme en atteste le thème choisi par l'*American Society of International Law* pour sa réunion annuelle de 2009 : « International Law as Law ». Voir en ligne : <<http://www.asil.org/pdfs/AnnualMeetingTheme2009.pdf>>.

⁶²² Beth Simmons, éd., *International Law - Part 3: Institutions and Theories of Compliance*, Londres, Sage, 2008 ; Asher Alkoby, « Theories of Compliance with International Law and the Challenge of Cultural Difference » (2008) 4 *Journal of International Law and International Relations* 151 ; Christof Häfner, « Theories of Compliance with International Law » (2007) 45 *Archiv des Völkerrechts* 597 ; Rudolf Avenhaus, éd., *Verifying Treaty Compliance: Limiting Weapons of Mass Destruction and Monitoring Kyoto Protocol Provisions*, Berlin, Springer, 2006 ; Markus Burgstaller, *Theories of Compliance with International Law*, Leiden, Nijhoff, 2005 ; William Bradford, « International Legal Compliance: An Annotated Bibliography » (2004) 30 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 379.

⁶²³ Voir la deuxième conférence biennale de la *Société Européenne de Droit International* (Paris 18-20 mai 2006) intitulée : « A quoi sert le droit international ? » (en ligne : <http://www.esil-sedi.eu/francais/paris_conference.html>). Voir également, sur le même thème, Martti Koskeniemi, « What is International Law For ? » dans Malcolm Evans, éd., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; Emmanuelle Jouannet, « What is the Use of International Law ? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007) 28 *Michigan Journal of International Law* 815.

d'organisations non gouvernementales, de mouvements de libération nationale ou de groupes terroristes. Il ne s'inscrit plus, enfin, dans un contexte d'égalité souveraine, mais dans un monde de souris et d'éléphants, où à la « superpuissance » américaine répond la « déchéance » d'Etats en faillite (*failed states*).⁶²⁴ Cette triple révolution a pour conséquence de poser à nouveau, bien que sous des formes différentes, la question de la possibilité et des modalités d'existence du droit dans un monde hétérogène⁶²⁵ et hégémonique.⁶²⁶

Malgré, donc, un certain tournant « pragmatique » ou « bureaucratique » depuis la fin de la seconde guerre mondiale⁶²⁷, le droit international continue d'être, en plus d'un *corpus juris*, une façon de poser la question du gouvernement du monde, un mode de pensée et d'imagination de l'humanité en tant que société constituée sous l'égide du droit.⁶²⁸

Le droit international, cependant, n'est pas simplement un mode de pensée. Discipline intellectuelle, il constitue également une discipline professionnelle, c'est-à-dire la pratique collective d'individus qui partagent une expertise juridique et qui, engagés dans des projets de réforme et de critique (personnels, professionnels ou politiques), communiquent, défendent des idées, des pratiques et des doctrines, et produisent du

⁶²⁴ Voir, sur la problématique des Etats en faillite, Robert Hates, *When Things Fell Apart – State Failure in Late-Century Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; Ashraf Ghani, *Fixing Failed States : A Framework for Rebuilding a Fractured World*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁶²⁵ Comme en atteste le titre de la prochaine conférence biennale de la *Société Européenne de Droit International* qui se tiendra à Heidelberg du 4 au 6 septembre 2008 : « Le droit international dans un monde hétérogène ». Voir en ligne : <<http://www.esilheidelberg2008.eu>>. Voir également Rosalyn Higgins, « International Law in a Changing International System » (1999) 58 *Cambridge Law Journal* 78.

⁶²⁶ Voir, parmi les récentes contributions sur ce thème, Michael Byers et Georg Nolte, eds., *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 ; Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ; Detlev Vagts, « Hegemonic International Law » (2001) 95 *American Journal of International Law* 843 ; Martti Koskenniemi, « International Law and Hegemony : a Reconfiguration » (2004) 17 *Cambridge Review of International Affairs* 197 ; Nico Krisch, « International Law in Times of Hegemony : Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order » (2005) 16 *European Journal of International Law* 369 ; Thomas Franck, « The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power : International Law in an Age of Power Disequilibrium » (2006) 100 *American Journal of International Law* 88, Peter Fitzpatrick, « 'Gods Would be Needed...' : American Empire and the Rule of (International) Law » (2003) 16 *Leiden Journal of International Law* 429.

⁶²⁷ Voir, sur ce point, Martti Koskenniemi, « Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education » (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 1 et « The Fate of Public International Law : Between Technique and Politics », *supra* note 1.

⁶²⁸ Boutros Boutros-Ghali, « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation » (2000) 286 *Recueil des Cours* 9 à la p. 20 : « le droit international est, par essence, un droit d'imagination et un droit d'anticipation ».

discours normatif dans des modes stylisés et ritualisés, à destination d'universitaires, d'étudiants, de clients, de juges ou d'arbitres, de décideurs, des médias ou du public.

Du procès simulé d'Adolf Hitler à New York en 1934 pour crimes contre la civilisation aux mémoires d'*amicus curiae* déposés par le *WWF* devant l'organe d'appel de l'OMC; des *French Doctors* prêchant le droit d'ingérence humanitaire aux juristes de l'administration Bush s'employant à réécrire le droit de la guerre ; de l'échange Simma-Cassese sur la légalité des bombardements de l'OTAN au Kosovo aux lobbies féministes plaidant à Bruxelles la réforme des législations communautaires anti-discrimination : la discipline du droit international s'entend également comme une succession de performances professionnelles. Envisagé de ce point de vue, le droit international constitue à la fois un terrain fantasmatique, objet et médium de « forces imaginantes » méditant sur la constitution d'une communauté de droit⁶²⁹, et un terrain argumentatif, c'est-à-dire un champ rhétorique et polémique où s'expriment peurs, désirs, ambitions et utopies, et au sein duquel des hommes et des femmes poursuivent des projets divers dans un vocabulaire professionnel commun.⁶³⁰

Penser le droit international comme un champ disciplinaire, c'est donc le concevoir comme un lieu de propagation d'idées, comme un mode de communication, comme une expérience et une expertise collective. Cela ne revient pas à ignorer l'importance des règles, mais simplement à les considérer comme un matériau brut que les internationalistes mobilisent dans leur activité juridique. On pourrait dire, d'une certaine manière, que réduire l'analyse du droit international aux règles positives serait comme réduire l'essence du Théâtre aux écrits de Racine, de Shakespeare, de Molière ou de Brecht. Les œuvres théâtrales, il va sans dire, font partie intégrante du Théâtre. Mais ces œuvres là ne sont pleinement elles-mêmes qu'à la scène. Le Théâtre, c'est donc également le spectacle. C'est la démarche d'un metteur en scène qui s'empare d'un texte pour interroger le monde. C'est l'entremise d'un dramaturge qui mène un travail d'explication et de compréhension du texte, et s'efforce d'en faire couler le

⁶²⁹ Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel*, supra note 141, aux pp. 8-9.

⁶³⁰ Notre approche du droit international en tant que discipline s'inspire largement des travaux de David Kennedy. Voir notamment David Kennedy, « My Talk at the ASIL : What is New Thinking in International Law ? » (2000) 94 *American Society of International Law Proceedings* 104 ; « When Renewal Repeats : Thinking Against the Box » (2000) 32 *New York University Journal of International Law and Politics* 335 ; « The Disciplines of International Law and Policy » (1999) 12 *Leiden Journal of International Law* 9.

sens souterrain, indécélable à l'œil nu, mais qui irrigue ensuite tout le reste, du jeu des acteurs aux choix de scénographie et de costumes. Ce sont, bien entendu, les comédiens, qui donnent voix et corps aux personnages. C'est enfin un lieu, où un rêve en suscite un autre, puis un autre encore, et où finalement ces rêves, jusqu'à celui du spectateur, s'emboîtent pour faire « œuvre commune ». Le Théâtre, en somme, est loin d'être simplement un genre littéraire. Il est tout autant affaire de représentation, de jeu et de performance. Il est également un lieu social ainsi qu'une espèce de machine cybernétique, une machine à émettre des messages et à communiquer.

Le droit international, comme le Théâtre, ne se réduit pas au texte (i.e. au texte du droit positif). C'est également un espace social, un lieu de production (d'arguments juridiques), ainsi que diverses compétences, divers professions et divers « rôles » (juges, conseillers juridiques, activistes, universitaires etc.). Lui aussi, donc, est une machine cybernétique, un langage – normatif et stylisé – dans lequel différentes sensibilités, différentes aspirations et différents intérêts sont décrits, définis et justifiés.⁶³¹

Dès lors que l'on aborde le droit international, non pas comme un ensemble de règles et de doctrines, mais comme un univers intellectuel, un champ de savoir et une pratique discursive, la problématique de l'unité se présente sous un jour nouveau. La question n'est plus de savoir si les règles, entendues comme substance normative positive et matière brute du discours juridique, sont mutuellement compatibles ou si elles sont agencées de façon à constituer un ordre ou un système. Il s'agit plutôt de se demander s'il existe certaines régularités dans la façon dont les juristes pensent et dissertent des affaires juridiques internationales, s'il existe des structures – mentales ou discursives – qui donnent au droit international son identité et son unité en tant que discipline autonome. Pour désigner ce « quelque chose en commun », nous parlerons dans ce chapitre d'unité *culturelle*. Mais avant de développer notre analyse sur ce point, et de faire un certain nombre de propositions quant aux critères et aux éléments

⁶³¹ Sur le droit international comme mode esthétisé d'expression, voir notamment Ed Morgan, *The Aesthetics of International Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2007. Pour une formulation classique du droit international comme langage, voir Robert Jennings, « International Courts and International Politics – Josephine Onoh Lecture 1986 » dans David Freestone et al., eds., *Contemporary Issues in International Law : A Collection of the Josephine Onoh Memorial Lectures*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, à la p. 26 : « in this culturally, ideologically, and economically divided world, it is international law itself which provides a common language, the language in which these very differences are described and defined, explained, and the different aspirations propagated ».

constitutifs de cette forme particulière d'unité, il convient de nous arrêter un instant sur la notion de culture juridique et sur l'emploi que nous en faisons dans le cadre de cette étude.

2. Le concept de culture juridique

Le concept de « culture » se prend en plusieurs sens. Et entre ces sens là, le rapport n'est pas toujours simple et pacifié.⁶³² Dans un premier sens, le plus large et le plus fondamental, la culture recouvre tout ce par quoi l'existence humaine apparaît comme s'élevant au-dessus de la pure animalité et, plus largement, au-dessus de la nature. Compris de la sorte, la culture constitue la marque symbolique de la civilisation, l'ensemble des facultés, des fonctions et des pratiques qui caractérisent l'humanité éclairée.⁶³³ La culture c'est, en d'autres termes, ce qui différencie *l'homo sapiens* des autres espèces animales.

Le second sens, anthropologique celui-là, comprend la culture comme la marque spécifique, le génie propre d'une population donnée, prise à un certain moment de son histoire ou de son devenir. Une culture s'entend alors comme un ensemble d'habitudes et de représentations mentales constituant un système original ; les coutumes, lois, croyances, techniques, formes d'art, de langage et de pensée d'une société particulière.⁶³⁴ La culture, en ce sens, n'est plus ce qui englobe tout le phénomène humain pour s'opposer à la nature, mais ce qui distingue différentes communautés.

⁶³² Dans une étude publiée en 1952, Alfred Kroeber et Clyde Kluckhohn ont recensé pas moins de 164 définitions du concept de culture en sciences humaines ; voir *Culture : a Critical Review of Concepts and Definitions*, Cambridge, Harvard University Press, 1952.

⁶³³ C'est dans ce sens que Kant, par exemple, comprend la *Kultur*. Voir par exemple Emmanuel Kant, *Pour la paix perpétuelle*, Paris, Librairie Générale Française, 2002, à la p. 89 [où Kant définit la culture comme ce qui est propre aux peuples civilisés, c'est-à-dire aux nations engagées dans un effort d'émancipation par rapport à l'état de nature] et, plus généralement, *Critique de la faculté de juger* dans *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, 1985, à la p. 1234 [où Kant définit la culture comme l'aptitude à se proposer en général des fins, ce qui caractérise l'homme comme être raisonnable].

⁶³⁴ La définition considérée comme fondatrice est, à cet égard, celle proposée par Edward Tylor, *Primitive Culture*, New York, Harper, 1871, t. I, à la p.1 : « Culture is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society ».

Il y a encore, dans son sens le plus classique peut-être, la culture comme fréquentation des « œuvres de l'esprit » - arts, poésie, littérature, sciences ou philosophie – laquelle fréquentation exige l'acquisition d'une connaissance assez précise des langues dans lesquelles ces œuvres sont composées. La culture, dans cette perspective, n'est pas ce qui caractérise une communauté ou un groupe, mais la réalisation intellectuelle de *l'individu*, pris isolément (même si, il va sans dire, ce processus a toujours lieu dans une certaine société). La culture s'entend ici comme *l'éducation* aux choses de l'esprit.⁶³⁵

Il y a, enfin, la culture prise dans son sens matériel, non pas comme l'érudition individuelle, mais comme la totalité universelle des œuvres – des mains et de l'esprit – ainsi que les savoirs et les activités dont elles relèvent. Le concept renvoie alors à la production intellectuelle et artistique.

On observe déjà un certain nombre de tensions entre ces acceptions traditionnelles du concept de culture. Sans s'exclure nécessairement, elles renvoient en effet tantôt à un objet philosophique englobant, tantôt à un faisceau de caractères distinctifs, tantôt à un processus intellectuel orienté vers une fin, et tantôt au produit fini de ce processus. Et selon encore que l'on adopte telle ou telle approche, la culture s'entend tantôt au niveau de l'humanité toute entière, tantôt au niveau de certaines sociétés (nations ou civilisations), tantôt au niveau de l'individu.

La culture ne se laisse donc pas définir ni appréhender facilement. Cela est plus vrai encore depuis le « tournant culturel » qui a marqué l'évolution des sciences sociales depuis la fin des années 1970. La crise du modernisme, la fin des grandes idéologies et autres « métadiscours », l'épuisement des grands mouvements ouvriers, ont provoqué un important changement de paradigme et une remise en cause des approches utilitaristes et matérialistes prévalant depuis le début du XXe siècle. Sous l'influence notamment des théories postmodernes et post-structuralistes, ce tournant se caractérise

⁶³⁵ La culture s'apparente, dans cette déclinaison classique, à la *cultura animi* de Cicéron, c'est-à-dire la culture de l'âme « qui extirpe radicalement les vices, met les âmes en état de recevoir les semences, leur confie, et, pour ainsi dire, sème ce qui, une fois développé, jettera la plus abondante des récoltes » [Cicéron, *Tusculanes*, livre II, Paris, Les Belles Lettres, 1960, à la p. 13]. On peut même dire que ce concept de culture comme instruction se rapporte à ce que les Grecs, avant Cicéron, nommaient *paideia*, terme désignant le traitement à appliquer aux enfants pour qu'ils deviennent hommes et atteignent leur plein potentiel, comme citoyens ou comme rois. Voir, sur ce point, Werner Jaeger, *Paideia : The Ideals of Greek Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1986, aux pp. xvii-xxix.

(entre autres choses) par une remise en cause, et une redécouverte. Remise en cause, tout d'abord, de l'Etat-nation comme entité à partir de laquelle les classifications et les anatomies du pouvoir sont établies.⁶³⁶ Redécouverte, ensuite, de la culture comme élément constitutif et structurant des relations sociales, au même titre – et d'avantage même – que les déterminismes socio-économiques (et notamment les rapports de production).⁶³⁷ Ceci a pour conséquence de voir le concept de culture quitter son berceau anthropologique pour gagner l'ensemble des sciences humaines : sociologie, histoire, géographie, économie, études linguistiques, sciences politiques et, plus récemment, sciences juridiques.⁶³⁸

Cette dissémination du concept de culture a produit deux conséquences. La première est la démultiplication des « niches » de culture. On « trouve » de la culture partout, ou presque, et à toutes les échelles. On continue, bien sûr, de penser la culture à l'échelle nationale ou continentale (culture américaine, européenne, canadienne, algérienne ou chinoise). Mais chaque segment de la société, chaque classe, chaque génération a dorénavant sa propre culture : culture ouvrière, culture bourgeoise, culture de capitale, culture provinciale, culture soixante-huitarde, culture jeune, culture noire, culture blanche, culture pop, rock ou hip-hop. Chaque entreprise, même, à sa culture : culture Pepsi contre culture coke ; culture Mac contre culture PC.⁶³⁹

⁶³⁶ L'influence de Foucault, et son analyse des mécanismes de « micro-pouvoir », est, à cet égard, tout à fait déterminante. Voir, entre autres, Michel Foucault, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 ; *La volonté de savoir – Droit de mort et pouvoir sur la vie*, Paris, Gallimard, 2006. Voir également, dans le prolongement de Foucault, la réflexion de Deleuze sur les « sociétés de contrôle » dans Gilles Deleuze, *Pourparlers*, Paris, Editions de Minuit, 2003.

⁶³⁷ Voir, entre autres, Fredric Jameson, *The Cultural Turn : Selected Writings on the Postmodern 1983-1998*, Londres, Verso, 1998 ; David Chaney, *The Cultural Turn : Scene-Setting Essays on Contemporary Cultural History*, Londres, Routledge, 1994 ; Kate Nash, « The 'Cultural Turn' in Social Theory : Towards a Theory of Cultrual Politics » (2001) 35 *Sociology* 77 ; Nancy Armstrong, « Who's Afraid of the Cultural Turn ? » (2001) 12 *Differences* 17.

⁶³⁸ Si les anthropologues se sont, de longue date, intéressés au droit comme phénomène culturel, l'ouvrage de Paul Kahn, *The Cultural Study of Law*, Chicago, Chicago University Press, 1999, fait ici office de manifeste.

⁶³⁹ Voir Adam Arvidsson, *Brands : Meaning and Value in Postmodern Media Culture*, New York, Routledge, 2006. Voir également l'essai d'Umberto Eco, *Comment voyager avec un saumon*, Paris, Librairie Générale Française, 2000, où Eco consacre un développement à l'opposition entre culture Mac et culture PC, et la compare au schisme entre catholiques et protestants : « le Mac est catholique contre-réformateur, empreint de la 'ratio studiorum' des jésuites [...] Il explique pas à pas au fidèle la marche à suivre [...] il est catéchistique [...] Le PC est protestant, voire carrément calviniste. Il prévoit une libre interprétation des écritures, requiert des décisions tourmentées, impose une herméneutique subtile, garantit que le salut n'est pas à la portée de tous. Faire marcher le système nécessite un ensemble d'actes personnels interprétatifs du logiciel : seul, loin de la communauté baroque des joyeux drilles, l'utilisateur est enfermé dans son obsession intérieure ».

La seconde conséquence de la dissémination du concept de culture dans les différentes sciences sociales est la prolifération des approches théoriques. On observe notamment une remise en cause de l'analyse de la culture comme un « donné déjà là », c'est-à-dire comme un simple environnement naturel dans lequel l'on naît, l'on baigne et l'on meurt, comme dans sa maison.⁶⁴⁰ On ne considère plus, en premier lieu, la culture comme un élément neutre, comme un simple décor. La culture produit des effets dans les rapports sociaux. Les uns sont d'avis qu'elle est source de conflits.⁶⁴¹ Les autres préfèrent y voir une source de créativité, de progrès et, *in fine*, de développement.⁶⁴² Mais dans un cas comme dans l'autre, la culture est agissante. De plus en plus également, et de façon plus significative peut-être, on remet en cause l'analyse de la culture comme une espèce de donnée primitive, intangible et objective. De l'*Esquisse* de Bourdieu⁶⁴³ à l'*Orientalisme* de Saïd⁶⁴⁴, la culture est comprise comme un objet socialement constitué, enserré dans des rapports de pouvoir, terrain de légitimation et de reproduction des hiérarchies symboliques et sociales. Plus récemment, on observe enfin une tendance à appréhender la culture comme un *droit*, i.e. le droit des différentes cultures à la subsistance et à la considération, que manifeste, en droit canadien par exemple, la doctrine des accommodements raisonnables.

⁶⁴⁰ Danièle Letocha, « Entre le donné et le construit: le penseur de l'action. Sur une relecture du *Lieu de l'homme* » dans Simon Langlois et Yves Martin, dirs., *L'horizon de la culture – Hommage à Fernand Dumont*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995, à la p. 29.

⁶⁴¹ Huntington, « The Clash of Civilizations ? », *supra* note 543, à la p. 22 : « It is my hypothesis that the fundamental source of conflict in this new world will not be primarily ideological or primarily economic. The great divisions among humankind and the dominating source of conflict will be cultural ».

⁶⁴² C'est là l'approche défendue, notamment, par l'UNESCO. Voir la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, préambule: « Consciente que la diversité culturelle constitue un patrimoine commun de l'humanité et qu'elle devrait être célébrée et préservée au profit de tous ; Sachant que la diversité culturelle crée un monde riche et varié qui élargit les choix possibles, nourrit les capacités et les valeurs humaines, et qu'elle est donc un ressort fondamental du développement durable des communautés, des peuples et des nations ; ... Soulignant la nécessité d'intégrer la culture en tant qu'élément stratégique dans les politiques nationales et internationales de développement... ; Reconnaissant l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse immatérielle et matérielle, et en particulier des systèmes de connaissance des peuples autochtones, et leur contribution positive au développement durable, ainsi que la nécessité d'assurer leur protection et promotion de façon adéquate ».

⁶⁴³ Pierre Bourdieu, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Paris, Seuil, 2000 [où Bourdieu s'attache à mettre en relief les puissantes légalités qui déterminent, dans l'espace social, la distribution des pratiques et des préférences culturelles]. Voir également Pierre Bourdieu et Jean-Claude Passeron, *La reproduction*, Paris, Editions de Minuit, 1970 [où Bourdieu s'efforce de montrer l'influence déterminante du « capital culturel » dans la légitimation et la reproduction des hiérarchies sociales].

⁶⁴⁴ Edward Saïd, *L'orientalisme : L'Orient créé par l'Occident*, Paris, Seuil, 2005 [où Saïd montre que la littérature occidentale a produit une image mystifiée de la culture orientale et qu'elle a abouti à la dissémination d'un discours codé où l'Orient est perçu comme un « Autre » culturellement inférieur. L'hypothèse principale de Saïd est que cette « altérisation » de l'Orient a servi, et continue de servir, de justification implicite pour les ambitions coloniales et impériales des puissances occidentales].

Le concept de culture, on le constate, est aussi central qu'ambivalent. En même temps qu'il se banalise et se généralise, sa signification tend à s'étioler, de l'infiniment grand (la culture comme invention de l'homme « pour rendre le monde vivable »⁶⁴⁵) à l'infiniment petit et trivial (la pomme d'Apple). Au point d'ailleurs qu'un certain nombre de commentateurs émet aujourd'hui des doutes quant à l'utilité d'un concept dont on ne peut plus réconcilier les différentes acceptions.⁶⁴⁶ Nous préférons, pour notre part, nous ranger à l'avis de Zygmunt Bauman qui considère que la volatilité et la plasticité du concept de culture font, justement, son utilité comme outil de perception et de pensée.⁶⁴⁷ C'est, nous y reviendrons, cette élasticité qui permet d'intégrer dans notre analyse un certain nombre d'éléments que ne recouvrent pas des concepts concurrents, tels les concepts de tradition ou d'idéologie. Il convient, cependant, de préciser le sens dans lequel nous entendons et nous employons ici ce terme.

Par culture, nous désignons dans ce chapitre ce que Geertz appelle les « réseaux de signification » (*webs of significance*), c'est-à-dire un ensemble complexe de représentations, de valeurs, de comportements, des manières acquises de penser et de faire qui régissent la vision, le mode de vie et les pratiques d'un groupe.⁶⁴⁸ Comprise dans cette forme générique, la culture désigne une configuration particulière d'assomptions et de compréhensions, des structures cognitives et des schèmes logiques qui sous-tendent la production, la validation et la circulation des idées et des énoncés au sein du groupe. Ces réseaux de signification, il convient de le souligner d'emblée, ne sont pas tant des lois explicites et intangibles que des structures latentes et immanentes qui règlent la production, la contestation et la transformation du *sens* par les membres du groupe.

Rapportée au droit, cette définition de la culture peut posséder deux significations sensiblement différentes, ce que Lawrence Friedman appelle la culture juridique

⁶⁴⁵ « La culture c'est tout ce que l'homme a inventé pour rendre le monde vivable et la mort affrontable » ; Aimé Césaire, « Entretien avec Maryse Condé » *Lire* (Juin 2004) 114.

⁶⁴⁶ Robert Brightman, « Forget Culture : Replacement, Transcendence, Relexification » (1995) 10 *Cultural Anthropology* 509 ; Nicholas Garnham, « Reaching for my Revolver : Problems with the Concept of Culture » (2001) 9 *European Review* 413 ; Melvin Lasky, « The Banalization of the Concept of Culture » (2002) 39 *Society* 73.

⁶⁴⁷ Zygmunt Bauman, *Culture as Praxis*, Londres, Sage Publications, 1999, à la p. xiv.

⁶⁴⁸ Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1972, à la p. 5.

« externe » et la culture juridique « interne ».⁶⁴⁹ Par culture juridique « externe », Friedman entend l'ensemble des connaissances, des attitudes et des comportements du public envers le système juridique, ses règles, ses institutions et ses acteurs. La culture juridique « interne », en revanche, ne désigne pas cette culture juridique « populaire », mais la culture des professionnels du droit. Elle désigne les limites dans lesquelles la pensée et le discours juridique se développent. C'est à cette culture juridique interne que nous renvoyons dans ce chapitre, pour désigner les structures cognitives et sémantiques qui donnent à la discipline du droit international son identité propre.

Avant d'analyser plus en détail les différents éléments auxquels renvoie la notion de culture juridique en droit international, il convient de dire un mot ici sur les raisons qui nous ont poussé à choisir ce concept plutôt qu'un autre. Vu la complexité et l'instabilité de la notion de culture, nous aurions pu, en effet, lui préférer certains concepts voisins, plus sédentarisés ou simplement moins polémiques. On pense en particulier au concept de « tradition juridique », tel que l'a développé notamment Patrick Glenn dans son *Legal Traditions of the World*.⁶⁵⁰ Le concept de tradition possède en effet de nombreux points de contact avec celui de culture : Glenn conçoit la tradition comme ce qui fournit au groupe une certaine cohérence sociale et une identité propre. Comme Geertz à propos de la culture, il définit la tradition en termes de « réseaux », d'informations, de croyances et de valeurs - tantôt explicites, tantôt implicites – qui structurent notre vision des choses et nos comportements.⁶⁵¹

Il y a donc des similitudes évidentes entre les deux concepts, ce que Glenn reconnaît d'ailleurs. Pourquoi, donc, choisir un concept plutôt que l'autre ? Glenn avance deux raisons pour justifier de son choix de parler de tradition, plutôt que de culture. Il est d'avis, en premier lieu, que la notion de culture est trop intimement chevillée à la pensée occidentale.⁶⁵² Nous ne nous attarderons pas ici sur ce volet de la critique de Glenn. Outre le fait qu'il se fonde lui-même de façon quasi-exclusive sur des auteurs occidentaux pour élaborer sa théorie de la tradition (Burke, Popper, Locke, Kuhn,

⁶⁴⁹ Laurence Friedman, *The Legal System: a Social Perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975, aux pp. 79-81.

⁶⁵⁰ Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World - Sustainable Diversity in Law*, 3e, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁶⁵¹ *Ibid.*, chapitre 1 : « A Theory of Tradition : the Changing Presence of the Past ».

⁶⁵² *Ibid.*, à la p. 5. Glenn développe sa critique du concept de culture juridique dans Patrick Glenn, « Legal Cultures and Legal Traditions » dans Mark Van Hoecke, éd., *Epistemology and Methodology in Comparative Law*, Oxford, Hart, 2004.

Rorty etc.), l'argument n'est pas, en soi, déterminant. Le simple fait qu'un concept est le fruit de la pensée occidentale ne le rend pas impropre à l'usage, sauf à montrer qu'il véhicule une idéologie particulière et que cette idéologie corrompt l'analyse du phénomène considéré.

L'autre volet de la critique de Glenn renvoie par contre à l'extrême ambivalence du concept de culture. Nous avons montré plus haut que cette critique est loin d'être infondée. Mais le concept de culture nous semble, pour autant, préférable à celui de tradition pour une raison essentielle. La tradition désigne, pour reprendre l'expression de Glenn, la « présence continue du passé ». Cette définition est donc construite autour d'une idée centrale : la *continuité*.

« tradition thus involves the extension of the past to the present [...] There is another dimension of tradition, however, which [...] is found in the necessity of tradition having been continuously transmitted [...] Absent historical continuity, reaching down to present adherents, all traditions appear as strange ones and all adherents to them appear as different people »⁶⁵³

A défaut de continuité, la tradition perd sa qualité d'élément constitutif des sociétés et de leur identité. Glenn n'ignore pas, bien entendu, que les traditions changent, ni même qu'elles comprennent toujours une pluralité de voix.⁶⁵⁴ Il réduit cependant ces dialectiques, ces conversations et ces controverses à de simples phénomènes de « contraste » ou de « dissidence » qui n'affectent au fond que marginalement ce qu'il appelle la version « primaire » ou « principale » de la tradition, c'est-à-dire la version acceptée comme « vraie » par le plus grand nombre.⁶⁵⁵

Le problème avec cette façon de penser est qu'elle risque, pour reprendre la critique de Foucault, d'enfermer l'analyse « dans la forme du même ».⁶⁵⁶ Elle invite à penser l'unité et l'identité du groupe en termes de permanence, de continuité et de stabilité. Ce faisant, elle semble exclure, *ex hypothesi*, la possibilité que ces dialectiques et ces controverses soient proprement constitutives de la tradition. La tradition se construit dans un rapport continu au passé. La culture, elle, se construit dans un rapport dialectique au passé *et* à l'avenir. Elle est à la fois l'extension dans le présent d'un

⁶⁵³ *Ibid.*, à la p. 12.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 14.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 37.

⁶⁵⁶ Foucault, *L'archéologie du savoir*, *supra* note 49, à la p. 31.

antan écoulé et sa réécriture, comme le moyen d'une projection dans le futur. Le concept de culture, nous semble-t-il, est donc mieux à même d'intégrer les phénomènes de discontinuité, de rupture, de seuil, de dispersion, de série ou de transformation. Autrement dit, il permet de saisir, mieux que le concept de tradition, l'économie interne d'une discipline dans ce qu'elle a de mouvant, de dynamique, voire de contradictoire. C'est pourquoi il nous paraît d'avantage utile, parce que d'avantage inclusif, dans notre analyse de l'unité du droit international.

Nous avons montré que le droit international constitue, au-delà des règles et des institutions, une discipline intellectuelle et professionnelle. Nous avons justifié notre choix de parler de culture juridique pour en désigner les structures cognitives, sémantiques et discursives. Reste à considérer dans les paragraphes qui suivent ce à quoi, concrètement, renvoie la notion d'unité du droit international en tant que système culturel.

3. L'unité du droit international en tant que système culturel

Il n'est pas rare de voir les internationalistes affirmer qu'ils ont plus en commun avec leurs homologues internationalistes étrangers qu'avec leurs confrères « internistes » travaillant dans la même juridiction nationale. L'affirmation peut, de prime abord, surprendre. Les internationalistes n'ont, en effet, jamais formé un groupe homogène. Les métiers du droit international sont infiniment plus variés et hétéroclites que les professions juridiques nationales (pour l'essentiel : avocats, magistrats, professeurs). On trouve dans le « collège » des internationalistes une infinie variété de rôles : des conseillers juridiques à la maison blanche, des délégués du CICR, des procureurs aux TPI de la Haye, des juristes à la Commission européenne, des juges au tribunal du droit de la mer, des professeurs de droit de l'environnement, des diplomates, lobbyistes etc.

A cela il convient de rajouter qu'il n'existe pas de « curriculum » unique en droit international. Chaque internationaliste apprend le droit international dans son système universitaire national, dans sa propre langue, et à la lumière de traditions et de cultures

académiques particulières. Il n'existe point non plus de « barreau international » contrôlant l'entrée dans la profession et régissant l'exercice des métiers du droit international. De tout cela il résulte que l'enseignement et la pratique du droit international sont nettement moins intégrés que ceux du droit français par exemple (mais l'on pourrait dire la même chose d'à peu près tous les droits nationaux), où la quasi-totalité des juristes suivent la même formation dans les mêmes universités, avant d'intégrer les mêmes écoles et de passer les mêmes concours (barreau, magistrature, agrégation), de prêter le même serment et de devenir membres des mêmes associations professionnelles. Qu'y a-t-il, donc, de commun entre un arbitre international, un professeur de droit de l'environnement à l'université de Yaoundé, l'ambassadeur du Canada aux Nations Unies et une avocate indienne œuvrant pour les droits de la femme en Asie ?

L'hypothèse de ce chapitre est que ce qui unit ces différents professionnels, ce qui rend possible la communication entre eux, ce qui fait qu'ils sont capables de se comprendre (sans nécessairement s'entendre), c'est peut-être le fait qu'ils partagent une même *culture* du droit international. Cette notion d'unité culturelle n'a pour l'instant fait l'objet d'aucune véritable analyse doctrinale.⁶⁵⁷ C'est pourquoi nous nous proposons de poser ici quelques jalons théoriques, de suggérer des pistes de réflexion, d'envisager à quoi peut bien ressembler l'analyse du droit international en tant que système culturel.

Pour ce faire, nous opérons une distinction entre deux niveaux d'analyse qui, sans être mutuellement exclusifs, renvoient à des critères et à des logiques d'unité sensiblement différents. Le premier a trait à l'idée du droit international en tant qu'*univers mental*, c'est-à-dire au droit international comme point de vue partagé sur le monde, autrement dit comme appareil symbolique et système de pensée structurant l'activité intellectuelle des internationalistes. Le second renvoie, pour sa part, non pas au droit international comme mode de pensée, mais comme mode d'expression. La culture juridique internationale s'entend ici non pas comme univers mental, mais comme une

⁶⁵⁷ Souvent, on se contente d'effleurer l'idée d'unité culturelle du bout de la plume, sans entrer dans le détail de la question. Voir par exemple Jean-Paul Jacqué, « Pratique et doctrine » (2005) 51 *Annuaire Français de Droit International* xv à la p. xvii : « doctrine et pratique sont faites avant tout par des hommes qui partagent un langage commun. Tous ont été formés à l'origine dans le même moule, celui de l'enseignement du droit international [...] Dans l'ensemble, nous baignons dans une culture commune. Nous exerçons le même art dans des contextes différents ».

grammaire qui structure le droit international en tant que formation discursive. Dans les paragraphes qui suivent, notre ambition n'est pas de développer, sur ce point, une théorie complète et cohérente, ni même de démontrer que cette forme d'unité est aujourd'hui à l'œuvre dans la discipline du droit international. Il s'agit plus simplement de proposer, sur ces questions largement ignorées dans le débat sur l'unité du droit international, certains axes de recherche et de réflexion.

3.1 Le droit international comme univers mental : esprit de corps et conscience collective

La première façon d'envisager l'unité culturelle du droit international est donc de s'intéresser aux structures mentales qui sous-tendent et bornent le droit international en tant que champ intellectuel.⁶⁵⁸ L'expression « structures mentales » peut, bien entendu, s'entendre de bien des manières, et à différents niveaux, qui suggèrent diverses formes de solidarité intellectuelle entre les membres d'un groupe. Nous envisageons, dans ce paragraphe, deux types de structure mentale, qui renvoient respectivement à l'idée d' « esprit de corps » et à celle de « conscience collective ».

La forme la plus immédiate de solidarité intellectuelle entre membres d'un groupe est sans doute l'existence d'un *projet commun* ; d'une visée collective fédérant les envies, les désirs, les énergies, les pratiques ; d'une question centrale qui génère, définit et délimite une discipline donnée. Parler de projet fédérateur ne signifie pas, bien entendu, que tous les membres du groupe en ont la même expérience ni ne s'associent au projet selon les mêmes modalités et dans les mêmes termes. On trouve toujours dans une discipline des utopistes et des réalistes, des optimistes et des sceptiques, des apologistes et des critiques. Mais malgré la diversité des expériences, des points de vue, des sensibilités et des pratiques, l'unité culturelle d'une discipline peut signifier l'existence d'un projet, plus ou moins bien défini, qui constitue un principe d'émulation collective : le diagnostic et le soin pour la médecine ; la commercialisation des biens et des services pour le marketing ; la dénonciation des structures sociales, politiques et culturelles de subordination des femmes pour le féminisme etc. L'existence, réelle ou imaginée, d'un pareil projet constitue un centre

⁶⁵⁸ Sur la notion de champ intellectuel, voir Pierre Bourdieu, « Champ de pouvoir, champ intellectuel et habitus de classe » (1971) 1 Scolies 7.

de gravité, un point de mire auquel l'on peut rattacher les théories et les pratiques qui composent un champ disciplinaire.

On peut, dans cette perspective, imaginer l'identité du droit international, en tant que système culturel, en rapport à un projet ou un *ethos* fédérateur auquel seraient associés les internationalistes, et qui alimenterait ce que Bourdieu appelle l'« esprit de corps » du champ disciplinaire.⁶⁵⁹ On sait que Bourdieu voyait dans l'esprit de corps un élément essentiellement exclusif, agissant comme un droit d'entrée dans le groupe, permettant de discriminer entre le profane et le professionnel, et jouant un rôle dans la production et la reproduction des élites sociales.⁶⁶⁰ Mais l'on peut recourir également à la notion de façon inclusive, pour désigner un état d'esprit commun générant une forme d'unité morale entre les membres d'un groupe professionnel, par-delà la diversité de leurs activités sociales. Il est possible, donc, d'envisager que l'unité du droit international trouve sa source dans une sorte d'« esprit de corps » cosmopolite, dans un projet fédérateur ou une sensibilité intellectuelle commune produisant, dans le temps et l'espace, une forme de continuité intellectuelle.

L'hypothèse d'un *esprit d'internationalité* agissant comme un ferment d'unité disciplinaire est rarement explicitée en doctrine. On la trouve en germe, cependant, dans un certain nombre de travaux récents sur l'histoire des idées en droit international, et notamment dans les écrits de Martti Koskenniemi sur la tradition du droit international et ses différentes trajectoires intellectuelles.

Dans son *Gentle Civilizer of Nations*, Koskenniemi raconte l'histoire de ce qu'il considère être l'âge d'or du droit international moderne, sa « période héroïque » entre 1870 et 1960.⁶⁶¹ Il y développe deux hypothèses. La première est que le droit international moderne n'est pas né, comme le veut l'orthodoxie doctrinale, en Westphalie ou à Vienne, mais plutôt à la fin du 19^e siècle, dans les couloirs de l'*Institut de droit international*, dans les pages de la *Revue de droit international et de législation comparée* et dans l'élan collectif d'un petit groupe de juristes libéraux

⁶⁵⁹ Pierre Bourdieu, *Homo Academicus*, Paris, Editions de Minuit, 1984 aux pp. 80-81.

⁶⁶⁰ Pierre Bourdieu, *La noblesse d'Etat, grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Editions de Minuit, 1989.

⁶⁶¹ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

décidés à réinventer le droit international comme un bras actif de la modernité, comme un instrument de réforme et de progrès, et non plus comme une simple technique diplomatique, formelle et procédurale.⁶⁶² Koskenniemi n'ignore pas, bien entendu, que des éléments de droit international ont existé avant 1870. Mais il relègue ces éléments là au rang d'éléments « préhistoriques » et demeure d'avis que le droit international, en tant que discipline professionnelle autonome et cohérente, n'a véritablement pris corps que sous l'impulsion des « hommes de 1871 ». ⁶⁶³

La seconde hypothèse est que cette histoire du droit international en tant que mission civilisatrice a pris fin quelque part dans les années 1960, lorsque la vision de l'« international » comme espace social unifié a laissé place à une représentation kaléidoscopique du monde appelant de nouveaux types de savoirs – techniques, spécialisés, fonctionnels – et conduisant à l'atomisation du droit international en une série de régimes distincts (commerce, environnement, communications, droits de l'homme etc.) fonctionnant en vase clos, sans plan d'ensemble. Depuis, conclut-il, on assiste à une reconfiguration du droit international autour de prémisses essentiellement réalistes - à l'américaine – comme un simple instrument de réalisation et de justification des intérêts étatiques.⁶⁶⁴

Ces deux hypothèses sont, bien entendu, largement ouvertes à discussion. On constate par exemple que Koskenniemi centre son analyse sur une petite communauté de juristes cosmopolites, une élite européenne extrêmement réduite, auto proclamée et auto-reproduite. Si bien qu'on peut se demander jusqu'à quel point on peut universaliser cette histoire locale - son âge d'or comme son déclin – et la généraliser à l'ensemble de la discipline.⁶⁶⁵ Mais ce qui est intéressant ici est l'approche générale de

⁶⁶² *Ibid.*, aux pp. 3-4.

⁶⁶³ Martti Koskenniemi, « International Law and Reason d'Etat : Rethinking the Prehistory of International Law » (2008) IILJ International Legal Theory Colloquium ; en ligne : <<http://iilj.org/courses/documents/2008Colloquium.Session8.Koskenniemi.pdf>>.

⁶⁶⁴ Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, *supra* note 661, aux pp. 413-509. Sur ce point, voir également Alejandro Lorite, « Cultural Relativism the American Way : the Nationalist School of International Law in the United States » (2005) 5 *Global Jurist Frontiers* 1.

⁶⁶⁵ On peut se demander également si les développements continus dans le domaine des droits de l'homme depuis 1945, les avancées récentes de la justice pénale internationale, la « responsabilité de protéger » ou encore le « retour à Kant » en doctrine ne sont pas autant de signes marquant le maintien du droit international dans une certaine « trajectoire cosmopolitaine » et la permanence, au coeur de la discipline, des thèmes libéraux dont Koskenniemi décrit la dissolution progressive. Voir, en ce sens, la position de Jürgen Habermas dans Giovanna Borradori, éd., *Philosophy in a Time of Terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, Chicago, University of Chicago Press, 2003, à la p. 38.

Koskenniemi, qui conçoit le droit international comme une tradition intellectuelle, un projet politique, une épopée presque. L'histoire que raconte Koskenniemi n'est pas celle des grandes conférences diplomatiques, des grands traités, des grandes décisions de justice et des grandes guerres. Elle est, plutôt, celle d'individus mus par un sens réformateur commun, et qui partagent une croyance et, dans une certaine mesure, une confiance dans le droit comme promesse émancipatrice, comme instrument rationnel, scientifique et séculaire de dissémination et de propagation des idéaux de la modernité libérale.

Koskenniemi n'ignore pas que ce projet là a connu des hauts et des bas, des périodes de crise, des zones d'ombre et d'ambiguïté.⁶⁶⁶ Mais il maintient que, dans cette période glorieuse, la discipline du droit international s'est construite autour d'une certaine idéologie professionnelle, d'un idéal mobilisateur, d'une cause commune fédérant les promoteurs du droit international – soient-ils philosophes, hommes politiques, activistes humanitaires, diplomates ou professeurs de droit.

L'idée centrale qui sous-tend les deux hypothèses de Koskenniemi est donc que l'identité du droit international en tant que discipline intellectuelle et professionnelle repose, au moins en partie, sur un projet historique commun, un ethos cosmopolite composé d'un certain nombre de « mots d'ordre » fédérateurs : critique de la souveraineté, règlement pacifique des différends, promotion des libertés individuelles, libre échange, contacts et coopération entre les peuples etc.⁶⁶⁷ On trouve donc dans l'argument de Koskenniemi, en pointillés, l'idée que l'unité du droit international est liée à la conscience ou à l'esprit juridique des internationalistes (et que la fragmentation contemporaine du droit international résulte de la dissolution de cet esprit là).

Il y a là, donc, une première proposition, une première possibilité du discours : l'unité culturelle du droit international peut s'entendre comme l'existence d'un projet de réforme ou d'une sensibilité intellectuelle qui unit, si ce n'est la totalité, du moins la grande majorité des internationalistes, par-delà leurs allégeances individuelles

⁶⁶⁶ Voir notamment Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, *supra* note 661, aux pp. 98-178 sur les rapports ambigus entre les juristes de 1870 et le colonialisme.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, aux pp. 11-97.

(nationales, institutionnelles ou politiques).⁶⁶⁸ La question ici n'est pas de savoir si ce projet historique a jamais vraiment existé ni, dans l'affirmative, ce qu'il en reste aujourd'hui. L'argument consiste simplement à dire que l'unité culturelle du droit international peut vouloir dire cela.

On peut envisager d'autres principes d'unité, cependant, qui structurent le droit international comme univers mental. Il est possible, notamment, que l'unité du droit international repose non pas sur une idéologie professionnelle positive, explicite et bien définie, mais sur des schèmes de pensée plus diffus, sur un mélange d'images et d'idées agissant comme une sorte de cadre cognitif latent, qui informe et conditionne l'expérience, la perception et l'interprétation des internationalistes. Dans cette perspective, l'unité culturelle de la discipline ne s'entend pas comme un « esprit de corps » internationaliste, concept renvoyant à un programme ou à des valeurs communes, mais d'avantage comme une sorte de « conscience collective », au sens où l'entend Durkheim, c'est-à-dire à un ensemble de croyances et de sentiments communs à la moyenne des membres d'un groupe et qui constitue son « psyché social ».⁶⁶⁹

La logique, donc, est ici sensiblement différente. On ne parle plus de l'identité de la profession comme quelque chose qui se constitue en rapport à des objectifs communs, à un certain devenir, mais plutôt comme quelque chose qui a avoir avec un certain nombre d'*a priori* et de représentations que se fait la discipline d'elle-même et du monde dans lequel elle s'inscrit, avec une certaine forme de capital culturel qui est déjà-là et qui se transmet de génération en génération.

Ceci étant, à quoi peut bien renvoyer cette notion de « conscience collective » dans une discipline telle que le droit international ? Quels sont ces éléments que les membres d'un groupe particulier de spécialistes partagent, et qui expliquent la relative plénitude des communications au sein de la discipline ? La question, bien entendu, est complexe, et il ne s'agit pas d'y apporter une réponse définitive. On peut cependant envisager, pour mieux cerner ce dont on parle ici, quatre types de savoir, de croyance ou de représentation, quatre formes de capital culturel qui sous-tendent la conscience

⁶⁶⁸ En ce sens, voir également Guillaume Sacriste et Antoine Vauchez, « The Force of International Law: Lawyers' Diplomacy on the International Scene in the 1920s » (2007) 32 *Law and Social Inquiry* 83 aux pp. 92-97.

⁶⁶⁹ Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1973, à la p. 46.

collective d'un groupe (dans notre cas d'une discipline professionnelle) : une question récurrente ; une histoire/géographie ; des vérités canoniques et des exemples communs.

- 1) Habituellement, une discipline se constitue, en premier lieu, autour d'une question récurrente, d'une énigme fondamentale à laquelle les participants tentent de répondre collectivement. Cette question là agit comme une sorte de point de présence, ou plutôt comme un point de capiton, pour reprendre l'expression de Lacan, c'est-à-dire le point de convergence autour duquel tout s'irradie et tout s'organise, et qui permet de situer rétroactivement et prospectivement tout ce qui se passe dans le discours.⁶⁷⁰

La question du vivant, par exemple, constitue le point de capiton de la biologie. Tout savoir, toute connaissance ou tout discours biologique se rapporte, d'une façon ou d'une autre, à la question du vivant : d'où vient la vie ? Comment est-elle apparue ? Selon quelles lois s'est-elle développée ? Sous quelles formes existe-t-elle aujourd'hui ? De la même manière, on peut considérer que la discipline du droit international est toute entière construite autour d'une question centrale, d'un grand thème unificateur : le gouvernement du monde sous l'empire du droit. Tout argument, toute doctrine ou toute théorie du droit international a, plus ou moins directement, à voir avec cette question matricielle : comment civiliser les rapports entre Etats souverains ? Comment, et sur la base de quels fondements, assurer entre eux le règne du droit ? Quelles sont les techniques juridiques les mieux adaptées pour régler et ordonner la vie de la collectivité internationale ?

Les internationalistes abordent ces questions de divers points de vue et avec des sensibilités différentes, tantôt confiants, tantôt cyniques, souvent quelque part entre les deux.⁶⁷¹ Mais qu'ils soient internationalistes partisans, sceptiques ou critiques, tous sont engagés dans une réflexion et une conversation sur les

⁶⁷⁰ Jacques Lacan, *Le séminaire - Livre III*, Paris, Seuil, 1981, aux pp. 303-304.

⁶⁷¹ Voir Martti Koskenniemi, « Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice » dans UN Office of Legal Affairs, éd., *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, New York, United Nations, 1999.

potentialités, les modalités et les formes d'organisation juridique du pouvoir à l'échelle internationale.

- 2) On peut envisager la conscience collective d'une discipline, en second lieu, du point de vue de son histoire/géographie. Précisons d'emblée que l'important ici n'est pas l'histoire « vraie » de la discipline, mais plutôt l'histoire « reconstruite », qui implique le choix d'une chronologie particulière, la sélection minutieuse de faits, de moments et d'épisodes constituant la mémoire collective du groupe.⁶⁷² Il y a, tout d'abord, les grandes dates et les grands événements. On pense, en médecine par exemple, à la première anesthésie au chloroforme ; la première vaccination humaine; la découverte des rayons X ; la découverte de l'aspirine et de la pénicilline ; la découverte de l'ADN ; la première greffe du cœur ; le premier mammifère cloné etc. Dans le domaine du droit international, on pense à la publication du *Droit de la paix et de la guerre* ; la paix de Westphalie ; le Congrès de Vienne ; les deux guerres mondiales ; l'institution de l'ONU ; le procès de Nuremberg ; la grande « décennie de la codification » ; la chute du mur de Berlin ; les deux guerres du Golfe ; les bombardements de l'OTAN au Kosovo ; la création de la Cour pénale internationale etc.

Il y a également les grandes figures historiques – précurseurs, pères fondateurs, « passeurs » et « casseurs » de savoir : Einstein, Max Planck, Robert Oppenheimer pour les physiciens ; Weber, Marx, Durkheim pour les sociologues ; Grotius, Vattel, Kelsen, Lauterpacht pour les internationalistes. Il y a, enfin, une certaine géographie, des lieux symboliques d'identification – lieux de passage ou de pèlerinage. On pense, en droit international, à la Haye (la « capitale » du droit international), Genève, New York ou Heidelberg.

L'histoire/géographie est un élément déterminant dans la culture et le « folklore » d'une discipline. Elle véhicule en effet certains mythes fondateurs, certaines légendes qui agissent comme des vecteurs de socialisation au sein du

⁶⁷² Sur l'importance de l'histoire « reconstruite » dans l'identité des disciplines académiques, voir Tony Becher et Paul Trowler, *Academic Tribes and Territories*, 2nd éd., Buckingham, Open University Press, 2001, aux pp. 48-50.

groupe. Ceci est particulièrement évident dans le domaine du droit international où l'« histoire reconstruite » de la discipline véhicule l'image d'un progrès, lent mais irrépessible, du droit face au pouvoir, de la raison face à la passion, de l'ordre face au chaos dans les affaires internationales.⁶⁷³

Cette trame narrative est bien connue des internationalistes : il y a longtemps de cela, le monde était dans une sorte d'état de nature, livré à la politique, la guerre, la religion et l'idéologie. Puis est apparu le système étatique, et le droit international comme nouveau mode d'organisation des rapports entre souverains. Pendant 250 ans, les juristes ont élaboré les grandes doctrines du droit des gens, travaillant à la fois à conforter la souveraineté et à l'amener progressivement dans le giron du droit. Mais un nouveau problème est apparu alors : ce droit là était trop philosophique, déconnecté des réalités politiques et diplomatiques. Le droit international s'est donc réinventé dans la période moderne, en tournant le dos aux abstractions philosophiques de la période traditionnelle pour entrer de plein pied dans l'ère pragmatique, celle des traités et des institutions. Depuis, bien que la discipline demeure marquée par des crises périodiques⁶⁷⁴, le droit international a remporté une série de victoires historiques (il s'agit toujours ici de l'histoire « racontée », et non de l'histoire « vraie ») : démantèlement des empires coloniaux, ouverture et fluidification du marché mondial, résorption du trou dans la couche d'ozone, jugement des criminels de guerre etc.

De cette historiographie officielle émerge donc la fable d'un double progrès. Progrès *par* le droit d'abord, le droit international étant perçu comme « mission civilisatrice », comme outil d'extraction de la société internationale de l'état de nature et comme l'instrument permettant de passer d'un monde traditionnellement dominé par les intérêts égoïstes des Etats à une communauté

⁶⁷³ Sur le vocabulaire du progrès dans le discours du droit international, voir notamment Thomas Skouteris, « The Vocabulary of Progress in Interwar International Law: An Intellectual Portrait of Stelios Seferiades » (2005) 16 *European Journal of International Law* 823 ; « The New Tribunalism : Strategies of (De)Legitimation in the Era of International Adjudication » (2006) 17 *Finnish Yearbook of International Law* 1 ; *The Notion of Progress in International Law Discourse*, thèse de doctorat (Harvard) – non publiée ; « Progress in International Law » dans Marius Emberland et C. Eriksen, éd., *The Future of International Law*, à paraître.

⁶⁷⁴ Voir Hilary Charlesworth, « International Law: A Discipline of Crisis » (2002) 65 *Modern Law Review* 377.

internationale constituée sous l'égide de standards universels de droit et de justice.⁶⁷⁵ Mais progrès *dans* le droit également, le droit international ne cessant de se réinventer et de se moderniser, évoluant d'un droit primitif, flou et coutumier à un droit sophistiqué, écrit, codifié, voire constitutionnalisé.⁶⁷⁶ Ce type de récit, en définitive, produit un sens de la provenance et de la trajectoire historique. Il désigne également un certain nombre d'adversaires et d'ennemis communs (la politique, la religion, les idéologies). Tout cela génère un sentiment d'appartenance et « crée » de l'identité disciplinaire.

- 3) On peut envisager, en troisième lieu, la conscience collective d'une discipline du point de vue de ses vérités canoniques, c'est-à-dire des généralisations symboliques, des objets, faits, expressions ou axiomes employés sans question ou sans dissension par les membres du groupe. Il peut s'agir, dans les sciences dites « exactes » ou « pures », de lois physiques ou de formules mathématiques, telles les lois du mouvement de Newton ou la loi d'Ohm en physique. En sciences humaines, il s'agira plutôt de concepts, de modèles ou de théories dont la valeur de vérité est tenue pour hautement probable, telle la loi de l'offre et de la demande en sciences économiques.

On ne rencontre que peu de ces lois fondamentales ou des ces théorèmes généraux dans le domaine du droit international. La discipline connaît cependant de nombreuses métaphores, acceptées sans examen par les internationalistes. Les plus célèbres sont sans doute la métaphore de l'Etat en tant que « sujet » doté d'une volonté propre, ou celle de la « communauté internationale ».⁶⁷⁷ On rajoutera encore que les généralisations symboliques peuvent prendre la forme d'oppositions canoniques entre concepts ou groupes de concepts, telle l'opposition, en psychanalyse, entre l'inné et l'acquis, le moi et le surmoi, le conscient et l'inconscient. Là encore, on compte en droit international bon nombre de ces oppositions qui structurent l'intelligence de la discipline, telles les oppositions public/privé, droit/politique,

⁶⁷⁵ David Kennedy, « The Disciplines of International Law and Policy » (2004) 12 *Leiden Journal of International Law* 9 aux pp. 91-93.

⁶⁷⁶ Kahn, *The Cultural Study of Law*, *supra* note 638, aux pp. 108-109.

⁶⁷⁷ Voir notamment René Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986.

national/international, monisme/dualisme, contraignant/non-contraignant, individu/société, théorie/pratique etc.⁶⁷⁸

- 4) On peut aborder la question de la conscience collective d'une discipline, enfin, sous l'angle des exemples classiques, ce que Thomas Kuhn appelle les *exemplars*.⁶⁷⁹ Il s'agit là de cas exemplaires d'énigmes résolues, des cas typiques d'application réussie des théorèmes, lois et théories, des solutions de problèmes concrets, acceptés par le groupe comme paradigmatiques. Tous les physiciens, par exemple, commencent par apprendre les mêmes exemples : pendule conique, plan incliné, stroboscope, corde vibrante etc.

En droit international, comme dans toutes les disciplines juridiques, c'est naturellement la jurisprudence qui constitue la forme principale *d'exemplar*. La culture du droit international, c'est donc également, dans cette perspective, la familiarité avec les « grands arrêts » et les « grands arbitrages », non pas en tant que « source » du droit, mais plus généralement en tant que bonne pratique de recherche, de manipulation des concepts et de résolution des problèmes juridiques ; comme des extraits littéraires presque, illustrant les méthodes, les modes spécifiques et le « style » particulier du droit international.⁶⁸⁰

Nous avons, jusqu'ici, envisagé deux perspectives originales sur la question de l'unité culturelle du droit international. La première renvoie à l'idée d'un *esprit d'internationalité*, d'un projet collectif, d'une idéologie professionnelle, d'un certain éthos cosmopolite dans lesquels se retrouvent les professionnels du droit international. La seconde renvoie, pour sa part, non pas à l'allégeance à un projet d'existence, mais à la présence d'espèces variées de capital culturel – énigmes fondamentales, histoires reconstruites, généralisations symboliques et exemples communs – qui constituent une forme de *savoir tacite*, un bagage culturel sous-jacent que les juristes acquièrent au moment de leur entrée dans la profession, et qui opère comme une sorte de moule de

⁶⁷⁸ Sur le concept d'opposition canonique, voir Pierre Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, 1997, aux pp. 118-122.

⁶⁷⁹ Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, à la p. 187.

⁶⁸⁰ Sur la fonction du « style » dans l'autonomisation symbolique du champ juridique, voir Pierre Bourdieu, « La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 3 aux pp. 5-6. Sur l'idée d'un style juridique propre à la discipline du droit international, voir Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 495, aux pp. 563-573.

conscience définissant les frontières, internes et externes, du champ disciplinaire. On peut, cependant, prendre la question de l'unité culturelle par un autre bout encore, en insistant non pas sur les structures mentales, mais sur les structures grammaticales du droit international en tant que formation discursive.

3.2 Le droit international comme formation discursive : syntaxe et grammaire

Le droit international n'est pas seulement une mentalité, un esprit ou un regard sur le monde. Il est également un univers de discours. Il y a tout d'abord les règles, qui n'existent que sous la forme de discours. Le droit ne peut régler efficacement un secteur de la communication sociale que dans la mesure où il véhicule du sens à destination des personnes juridiques, et pour cela il prend nécessairement la forme d'un discours normatif. Ce discours normatif peut s'exprimer sous la forme de paroles, d'expressions ou de gestes (on pense à certains ordres militaires). Il peut être écrit comme non-écrit (traité/coutume). Mais il est inéluctablement discours.⁶⁸¹

En droit international, comme dans tout espace normatif, il y a également une masse foisonnante de discours juridique qui entoure et dépasse les règles, en amont comme en aval. Il y a d'abord le discours pré-législatif, celui des diseurs de droit qui travaillent à l'élaboration de nouvelles règles, négocient et débattent des différentes stratégies disponibles pour répondre à un besoin de droit particulier. Un texte de loi est toujours l'aboutissement, la conclusion d'une période de gestation – débats parlementaires en droit interne ; négociations diplomatiques en droit international – durant laquelle différentes options, différentes propositions et différents arguments sont mis en concurrence. C'est tout ce discours pré-législatif qui est soigneusement rapporté dans les « travaux préparatoires ». Le fait que l'on recourt aux travaux préparatoires comme un matériau essentiel d'interprétation des traités signifie bien d'ailleurs que les règles de droit international ne sont jamais que la partie visible et

⁶⁸¹ André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, aux pp. 454-458.

émergente, plus ou moins finie et formalisée, d'une réflexion et d'une accumulation de discours sur les solutions normatives à apporter à un problème de droit donné.⁶⁸²

Outre ce discours pré-normatif *menant* aux règles, il y a surtout, en aval, tout les discours produits *à partir* des règles. Ces discours là sont d'une infinie variété, mais l'on peut mentionner par exemple le discours judiciaire – arguments écrits des parties, plaidoiries, motifs et dispositif du jugement, opinions individuelles. Il y a également les discours bureaucratiques – directives, résolutions, décisions, déclarations, rapports en tout genre produits par les organisations internationales (gouvernementales ou non-gouvernementales). Il y a encore le discours diplomatique, produit par les Etats pour défendre et justifier leur politique nationale (justification du recours à la force ou de l'exercice de la souveraineté sur un territoire, argumentaire déployé pour expliquer le refus de ratifier un traité etc.). On pense, enfin, au discours doctrinal, qui cartographie la discipline du droit international, élabore de théories et des projets de réforme, et porte un regard savant sur les trois autres formes de discours (commentaires d'arrêts, analyse de la pratique des OI, critique de la rhétorique des Etats etc.).⁶⁸³

Le droit international constitue donc un vocabulaire pour identifier des problèmes et formuler des solutions, une machine à produire des énoncés, des propositions, des arguments. Il représente, de ce point de vue, une vaste et complexe *formation discursive*, au sens où l'entend Foucault.⁶⁸⁴ Or l'un des grands enseignements de Foucault a été de montrer que les formations discursives ne sont pas simplement des agrégats aléatoires d'évènements énonciatifs. Une discipline ne se limite jamais à la somme arithmétique des discours prononcés à un instant *t* sur un objet déterminé (e.g.

⁶⁸² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 154, art. 32. Voir également Eric Canal-Forgues, « Remarques sur le recours aux travaux préparatoires dans le contentieux international » (1993) 97 *Revue Générale de Droit International Public* 901.

⁶⁸³ Il faudrait encore mentionner, outre ces formes variées de discours *juridique* sur le droit, l'existence de discours *non-juridiques* sur le droit, et notamment les représentations, les opinions et les attitudes du « grand public » (citoyens et médias), que l'on désigne généralement sous le nom de culture juridique « externe » ou « populaire ». Sur la représentation du droit dans les médias populaires (littérature, journaux, télévision, films), voir la littérature bourgeonnante sur le droit et la « pop culture » : Michael Freeman, éd., *Law and Popular Culture*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Michael Asimow et Shannon Mader, *Law and Popular Culture : a Course Book*, New York, Peter Lang, 2005 ; Richard Sherwin, *Popular Culture and Law*, Londres, Ashgate, 2006 ; *When Law Goes Pop : the Vanishing Line Between Law and Popular Culture*, Chicago, University of Chicago Press, 2002 ; Steve Greenfield, Guy Osborn et Peter Robson, *Film and the Law*, Londres, Cavendish, 2001 ; Austin Sarat, éd., *Law on the Screen*, Stanford, Stanford University Press, 2005.

⁶⁸⁴ Sur le concept de formation discursive, voir Foucault, *L'archéologie du savoir*, *supra* note 49, aux pp. 44-54.

la botanique n'est pas simplement la somme de toutes les vérités qui concernent les plantes). Elle est également, et avant tout, composée d'un ensemble de règles qui contrôlent la production, la circulation et l'articulation réciproque des énoncés.⁶⁸⁵

Pour qu'une proposition appartienne à la botanique, ou au droit international, elle doit toujours rencontrer certaines conditions, certains canons d'acceptabilité requis pour qu'un énoncé soit admis comme étant « dans le vrai » de la discipline. Une proposition qui est objectivement « vraie » (e.g. la terre est ronde) peut parfaitement être rejetée « hors discipline » (e.g. hors astronomie) si elle ne met pas en jeu les règles du discours en vigueur au moment où elle est énoncée (ce que Foucault appelle les « vérités non disciplinées»). Inversement, une proposition peut être objectivement fautive (e.g. la terre est plate) et être pourtant universellement acceptée lorsqu'elle répond aux schèmes de pensée et d'argumentation de son époque (ce que Foucault appelle les « erreurs disciplinées »).⁶⁸⁶

Pour bien comprendre que la production du discours n'est jamais complètement la petite affaire de chacun, qu'elle est toujours une affaire contrôlée socialement, prenons ici l'histoire de Semmelweis, que Louis-Ferdinand Céline raconte dans sa thèse de médecine.⁶⁸⁷ Semmelweis, médecin hongrois officiant à Vienne, a découvert le premier que le lavage des mains permettait de réduire de façon spectaculaire le nombre de femmes mourant par septicémie après accouchement. A la fin des années 1840, il développe l'hypothèse selon laquelle la fièvre puerpérale est due à certaines « particules » transmises aux femmes au moment de l'accouchement, et que ce sont les médecins accoucheurs eux-mêmes qui contaminent involontairement les femmes, en transportant sur leur mains ces particules entre les salles d'autopsie et les cliniques obstétriques.

Malgré la publication d'essais cliniques démontrant que de bonnes pratiques d'hygiène réduisent le taux de mortalité des femmes de 30% à moins de 1%, la théorie de Semmelweis n'a pourtant jamais été reçue de son vivant. Sa proposition allait radicalement à l'encontre de l'opinion médicale de l'époque, ses conclusions

⁶⁸⁵ Sur le discours comme univers réglé, voir Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, aux pp. 35-37.

⁶⁸⁷ Louis-Ferdinand Céline, *Semmelweis*, Paris, Gallimard, 1999.

manquaient cruellement d'explication scientifique rationnelle, et les médecins étaient réticents à l'idée qu'ils puissent être eux-mêmes responsables des ravages causés par la fièvre puerpérale. Semmelweis était en quelque sorte un « monstre vrai ». ⁶⁸⁸ Il disait vrai, mais n'était pas « dans le vrai » du discours médical de son époque. Ca n'est que cinquante ans plus tard, après que Pasteur eût éclairé de façon définitive la vérité microbienne et ouvert ainsi de nouveaux horizons théoriques, ça n'est qu'alors, donc, que Semmelweis a fini par être réhabilité et que son discours, confiné jusque là dans l'espace d'une extériorité sauvage, a été accepté comme une actualité médicale.

L'histoire de Semmelweis démontre à sa manière que ce qui caractérise et définit une formation discursive, telle la discipline médicale, n'est pas simplement une accumulation de pratiques, de théories et d'énoncés, mais, à un niveau plus fondamental, un ensemble de « polices discursives », des règles de formation qui définissent un domaine de validité, de normativité et d'actualité. ⁶⁸⁹ Ces règles de formation constituent, d'une certaine façon, la syntaxe et la grammaire de la discipline, que chaque énoncé, chaque discours doit réactiver pour être accepté comme valide, compréhensible et/ou respectable (i.e. pour être « dans le vrai »).

On peut, dans cette perspective, envisager l'unité culturelle du droit international comme quelque chose qui se rapporte à ces structures grammaticales, aux conditions et aux contraintes sous lesquelles les arguments juridiques sont formulés, articulés, sélectionnés et organisés. En disant cela, néanmoins, on ne fait qu'entrouvrir une porte, et entrevoir un terrain possible d'analyse. Reste encore à indiquer ce que peuvent bien être ces règles grammaticales en droit international. Comme dans le reste de cette étude, nous nous contentons ici de suggérer quelques pistes de réflexion.

Pour ce faire, on peut se référer utilement aux quatre hypothèses provisoires de Foucault dans son *Archéologie du savoir*. ⁶⁹⁰ Dans cet essai, sorte de discours de la

⁶⁸⁸ C'est comme un monstre, d'ailleurs, qu'il finit sa vie: interné de force en Juillet 1865, suite à une dépression nerveuse, dans un hôpital psychiatrique où il décède quelques semaines plus tard d'une simple infection au doigt mal soignée.

⁶⁸⁹ Foucault, *L'ordre du discours*, *supra* note 685, à la p. 37.

⁶⁹⁰ Nous parlons ici d'hypothèses « provisoires » dans la mesure où Foucault n'en fait que des points de départ théoriques, et qu'il consacre une large partie de son *Archéologie* à en montrer les limites. Mais Foucault ne les dépassera jamais complètement, puisqu'il les reprendra à l'identique deux ans plus tard dans *L'Ordre du discours*, preuve que ces hypothèses là lui paraissent valables dans l'analyse du discours.

méthode où il explicite le sens de l'entreprise amorcée avec l'*Histoire de la folie*, continuée dans la *Naissance de la clinique*, et poursuivie dans *Les mots et les choses*, Foucault pose la question de l'unité des formations discursives en dehors de toute référence à un sujet parlant ou à toute téléologie historico-transcendantale. C'est une démarche qui colle bien à la problématique de l'unité du droit international, dans la mesure où, *justement*, il n'y a pas en droit international de législateur, de cour suprême ou de gouvernement mondial ; pas, donc, de sujet parlant, ni d'auteur auquel rapporter la totalité du discours juridique.

Foucault, donc, s'interroge : qu'est-ce qui fonde l'unité des larges et complexes formations discursives que l'on nomme habituellement les « sciences de l'homme » ? Qu'est-ce qui fait que l'on parle de *la* médecine, de *la* linguistique, de *l'économie* ? Il envisage quatre réponses possibles, quatre règles de formation différentes, mais complémentaires, qui constituent la grammaire élémentaire des disciplines.

Première règle de formation : une foule d'énoncés – différents dans leur forme et dispersés dans le temps – est unifiée par la référence à un seul et même objet.⁶⁹¹ On peut dire, par exemple, que les énoncés qui relèvent de la médecine ont ceci en commun qu'ils se rapportent tous au fait pathologique ou que les énoncés qui relèvent de la psychiatrie font référence à l'objet « folie ». On peut dire de la même manière, dans le domaine juridique cette fois, que les énoncés qui relèvent du droit comparé se rapportent tous à cet objet qui se profile de différentes façons dans différents espaces nationaux ou régionaux : la tradition juridique ; ou encore que les énoncés qui relèvent du droit international privé ont pour objet le « conflit » (de lois ou de juridictions). De ce point de vue, la première règle grammaticale du droit international (public) pourrait être que, pour être « dans le vrai » de la discipline, un énoncé doit s'adresser à un plan d'objets déterminé, quelque chose comme « les rapports juridiques entre Etats ».⁶⁹²

⁶⁹¹ Foucault, *L'archéologie du savoir*, *supra* note 49, aux pp. 45-47.

⁶⁹² Bon nombre d'internationalistes, bien entendu, contesteront que le droit international se limite aux rapports entre Etats. Mais tous, ou presque, s'accordent pour reconnaître la centralité historique de la figure de l'Etat. Voir par exemple Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, à la p. 93 : « Qu'est-ce qui donne à l'ordre juridique international général [...] l'unité de ses formes [?] A cette question, on peut d'emblée apporter une réponse simple : c'est l'Etat. Depuis ses origines [...] c'est en raison de la nature particulière de ses sujets primaires que cet ordre juridique original doit son unité ».

Deuxième règle de formation : un ensemble d'énoncés tire sa cohérence de par le système des concepts permanents qui s'y trouvent mis en jeu.⁶⁹³ Par exemple, la linguistique repose sur un nombre défini de concepts dont le contenu et l'usage, sans être nécessairement établis une fois pour toute, jouissent d'une relative stabilité dans le temps : les concepts de jugement, de sujet, d'attribut, de verbe, de copule logique, de mot, de signifiant, de signifié, de structure profonde (*deep structure*) etc. De même le discours médical fait-il appel à réservoir relativement sédentarisé de notions pour décrire les pathologies et leurs symptômes : irritation, inflammation, infection, éruption, somatisation, latence, dégénérescence, déficit, récession, antécédent, malin, bénin, chronique, clinique, endogène, etc. On peut dire, dans une perspective similaire, que l'unité du droit international dérive, en partie au moins, de l'existence d'un alphabet bien défini de notions : Etat, territoire, population, traité, ratification, immunités, juridiction, résolutions, contre-mesures, légitime-défense etc.

Troisième règle de formation : un groupe d'énoncés se présente sous une forme unitaire du fait de la centralité et de la permanence de certaines thématiques.⁶⁹⁴ On pense au thème évolutionniste en biologie, au thème physiocratique en économie, au thème de la mondialisation en géopolitique ou au thème de la différenciation en sociologie. En droit international, on peut penser également l'individualisation du discours juridique en rapport à la permanence et la récurrence de certains thèmes qui animent la discipline de l'intérieur et constituent un horizon théorique commun, tels les thèmes dits de la « réalité », de la « primitivité », du « fondement », de l'« obéissance » au droit international, ou plus récemment peut-être, celui de l'unité et de la fragmentation.

Quatrième règle de formation, enfin : ce qui crée de l'unité entre propositions et arguments appartenant à une même discipline est leur type d'enchaînement, un certain caractère constant de l'énonciation.⁶⁹⁵ L'unité du discours repose ici sur l'existence de certaines routines argumentatives, sur des types de dépendance entre propositions, sur des schémas rhétoriques en vertu desquels on combine traditionnellement certains énoncés ou groupes d'énoncés. Tandis, par exemple, que l'on ne sait pas véritablement

⁶⁹³ Foucault, *L'archéologie du savoir*, *supra* note 49, aux pp. 48-49.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, aux pp. 49-50.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, aux pp. 47-48.

« d'où vient » le droit international, un énoncé valide sur la positivité d'une norme fait classiquement appel à la rhétorique des « sources ». Tandis que l'on ne sait pas non plus avec certitude quelles sont les sources du droit international, les arguments juridiques sur la typologie et la nature des sources prennent habituellement appui sur l'article 38 du Statut de la CIJ. Tandis, encore, que l'on ne sait pas vraiment ce qu'est la coutume en droit international, l'orthodoxie veut que l'on fasse appel aux deux éléments de la pratique et de l'*opinio juris* comme conditions nécessaires pour faire d'une simple habitude une coutume juridiquement contraignante.⁶⁹⁶ Cependant, en somme, que les internationalistes s'opposent quant à la nature, la fonction et le contenu du droit international, tous ont recours aux mêmes chaînons argumentatifs, à des formes prédéfinies et ritualisées de production des énoncés juridiques. L'unité du droit international, dans cette perspective, n'est donc pas affaire d'objets, de concepts ou de thèmes. Elle renvoie plutôt à l'existence de certaines figures de style, à certains « habitus » discursifs, pour reprendre la formule de Bourdieu, qui définissent la *conditio scolari* des internationalistes.

Comme toute formation discursive, on peut donc dire du droit international qu'il comprend un certain nombre de règles qui « polissent » l'élaboration du discours dans le champ juridique. Pour être « dans le vrai » du droit international, c'est-à-dire pour être valablement reçu par les membres du « collège invisible », un argument juridique doit se rapporter à un domaine d'objets plein, serré, continu et géographiquement bien découpé ; il doit répondre à une certaine architecture conceptuelle ; il doit s'inscrire dans un horizon théorique particulier et doit respecter une certaine esthétique de l'énonciation (un certain « style »).

Ces polices discursives définissent un domaine d'actualité et de normativité, des critères selon lesquels on juge de la « vérité » ou de la « fausseté » d'une proposition. Elles paramètrent en d'autres termes la production, la circulation et la validation des énoncés et des propositions juridiques. L'unité culturelle du droit international, dans cette perspective grammaticale, signifie simplement cela : la clôture discursive et l'autonomie relative du droit international en tant que langage générateur, i.e. en tant

⁶⁹⁶ Sur la structure interne du discours sur les sources du droit international, voir David Kennedy, « The Sources of International Law » (1987) 2 American University Journal of International Law and Policy 1.

que médium symbolique de communication et de savoir, comme système collectif de cognition, de classification et de production des arguments juridiques, socialement structurant et socialement structuré.⁶⁹⁷

3.3 Unité statique et unité dialectique : le droit international plissé

On a parlé jusqu'à présent de l'unité culturelle du droit international comme quelque chose qui se rapporte à un certain nombre de structures permanentes, à des modes de pensée et d'expression plus ou moins réguliers et sédentarisés. En même temps qu'elle ouvre tout un champ nouveau d'investigation, cette approche de l'unité a ses limites néanmoins. Une difficulté surgit notamment du fait que l'on associe l'unité à la *ressemblance*, c'est-à-dire aux traits communs du discours, à l'identité et à la stabilité des valeurs, des représentations, des concepts ou des thématiques. La démarche, en soi, est valable. Mais on peut se demander si, en mettant l'accent sur le même, sur l'homogène, sur le régulier, on ne passe pas sous silence tout ce que le discours a de pluriel, de changeant, voire de contradictoire, et si on ne s'interdit pas d'envisager la possibilité que ce soit dans les tensions, les ruptures et les incompatibilités du discours que se loge l'identité d'une discipline.

On retrouve là, sans doute, la proposition la plus novatrice de Foucault dans son *Archéologie du savoir*. Foucault ne rejette pas l'analyse de l'unité sous l'angle des diverses polices discursives qui structurent le discours. L'objet, les thématiques, l'architecture conceptuelle et le style des énoncés sont des points de départ utiles pour saisir l'ordre du discours. Mais il relève immédiatement une série de problèmes : les objets ne se donnent jamais complètement au discours, comme une donnée brute. C'est toujours le discours qui crée, façonne et transforme son objet. Les concepts sont

⁶⁹⁷ Cela ne revient pas à dire que cette clôture discursive est absolue et que le droit international est radicalement autonome, auto-suffisant et auto-validant. Notre argument consiste simplement à dire que les routines ou habitus juridiques sont des éléments – parmi d'autres – de l'autonomie du droit international comme discipline intellectuelle. Pour une analyse similaire de l'autonomie du droit, voir Roger Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995, aux pp. 42-49. Pour une doctrine de l'autonomie radicale du droit, voir la systématique autopoïétique développée, en relation au droit, par Niklas Luhmann et Gunther Teubner : Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge, 1985 ; Gunther Teubner, éd., *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*, Berlin, W. de Gruyter, 1988. En droit international, voir Anthony D'Amato, « International Law as an Autopoietic System » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben, éd., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005.

trop nombreux pour entrer dans l'unité d'une architecture logique parfaite. Les thématiques ne sont pas toujours compatibles et pointent dans des directions différentes. Les types normatifs d'énonciation sont trop hétérogènes pour simuler, à travers le temps, une sorte de grand texte ininterrompu.⁶⁹⁸

Aussi une unité fondée sur les modes réguliers de pensée et d'expression est-elle nécessairement une unité précaire, ou du moins quelque peu partielle et figée. Elle n'autorise, au fond, à saisir la singularité d'une formation discursive qu'à un instant bien déterminé de son évolution. De là l'idée de Foucault de décrire les disciplines non pas seulement sous l'angle des traits communs des discours, mais également sous l'angle de leur *dispersion*. La démarche devient, alors, sensiblement différente. Il ne s'agit plus de s'interroger sur les formes grammaticales permanentes mises en œuvre dans le discours, mais plutôt d'examiner comment des notions, des concepts et des thèmes communs suscitent des stratégies opposées, et permettent de jouer des parties différentes. Une telle analyse n'entreprend pas d'isoler, pour en décrire la structure propre, des îlots de cohérence. Elle cherche plutôt à rendre compte de l'économie interne d'une discipline d'un point de vue dynamique, en faisant la lumière sur les tensions dialectiques qui animent les rapports entre différents énoncés ou groupes d'énoncés.⁶⁹⁹

Cette façon de concevoir l'unité nous engage à considérer le champ disciplinaire non pas comme un plan d'énonciation stable et sans aspérité, mais comme un tissu discursif *plissé*, i.e. un univers de plis et de replis argumentatifs. Appréhender la singularité d'une formation discursive, dans cette perspective, ca n'est pas aplatir les contradictions, les oppositions pour mieux faire ressortir les ressemblances du discours. C'est au contraire intégrer la contradiction comme un élément à part entière de l'identité de la discipline. Il s'agit, comme dirait Deleuze, de « prendre le pli » du discours, d'en identifier les flux et les reflux et de repérer, dans ce mouvement, des principes de distribution et d'articulation des énoncés.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Foucault, *L'archéologie du savoir*, *supra* note 49, aux pp. 52-53.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, aux pp. 55-93.

⁷⁰⁰ Gilles Deleuze, *Le Pli: Leibniz et le baroque*, Paris, Editions de Minuit, 1998.

Pour bien comprendre, et illustrer la différence entre l'approche statique et l'approche dialectique, revenons un instant sur la question des sources du droit international. Nous avons montré dans le chapitre précédent que la doctrine des sources constituait un ensemble particulièrement complexe, indéterminé et ouvert d'arguments juridiques souvent contradictoires. Comment, alors, appréhender l'autonomie et l'identité du discours juridique ? Quelles formes et quelles logiques d'unité trouve-t-on à l'œuvre dans la rhétorique des sources ?

Une première façon de concevoir l'unité culturelle du droit international, sur ce point, est de dire que tout argument juridique « compétent » – c'est-à-dire tout argument juridique recevable comme étant dans le vrai de la discipline – mobilise un appareil conceptuel bien défini, use d'une syntaxe particulière, répond à des types formalisés d'énonciation. Un argument sur les sources fait typiquement référence à l'article 38 du Statut ; utilise le vocabulaire des traités, de la coutume ou des principes généraux ; cherche à établir la généralité de la pratique ou l'existence d'une *opinio juris*. Bref, il fait appel à un système grammatical convenu et bien rôdé.

Mais ce type d'unité demeure, pour l'essentiel, à la surface du discours légal. Il n'a trait, au fond, qu'à l'usage plus ou moins généralisé de certains *mots* juridiques. C'est pourquoi il peut paraître utile d'essayer de dégager d'autres formes d'unité, plus fondamentales et plus profondes. Plutôt que d'insister sur la permanence des thèmes et des concepts, on peut chercher l'unité notamment du côté des tensions récurrentes qui traversent la rhétorique des sources et lui donnent une certaine structure dynamique. Nous avons déjà évoqué plus haut ces tensions fondamentales. Rappelons-en ici les traits essentiels.

Sur chaque point de droit relatif au caractère et à la portée obligatoire d'une norme, on constate en droit international que les arguments mettent en œuvre systématiquement deux modes rhétoriques fondamentaux, poursuivent deux lignes stratégiques mutuellement exclusives : une ligne « hard », qui entend prouver la positivité et/ou le sens d'une norme en rapport au consentement de l'Etat, et une ligne « soft » qui rattache le caractère obligatoire du droit à des éléments extra-consensuels de justice

et/ou de sécurité juridique.⁷⁰¹ La ligne « hard » et la ligne « soft » constituent les deux axes rhétoriques primaires du discours juridique, les deux points de choix autour desquels s'articule nécessairement tout argument, tout discours, toute doctrine des sources.

Lorsque, par exemple, un Etat invoque devant un tribunal un traité à l'encontre d'un autre Etat, on constate en pratique la récurrence de certains types d'arguments, qui reviennent systématiquement et qui, toujours, sont construits soit dans le mode « hard », soit dans le mode « soft » :

A : B est lié par le traité car il y a consenti (hard)

B : Je n'ai consenti au traité que sous certaines réserves et/ou j'ai, depuis, retiré mon consentement (hard)

A : La réserve ne m'est pas opposable puisque j'y ai objecté (hard) ; et un Etat ne peut dénoncer unilatéralement un traité sous peine de compromettre la sécurité et la prévisibilité des relations juridiques entre Etats (soft)

B : J'ai en effet consenti au traité, mais je suis néanmoins libéré de mes obligations du fait de circonstances particulières – *rebus sic stantibus*, force majeure ou nécessité (soft).

On retrouve toute cette panoplie d'arguments « hard » et « soft » dans l'affaire *Gabcikovo Nagymaros* par exemple.⁷⁰² Dans cette affaire, la Slovaquie accusait la Hongrie d'avoir suspendu unilatéralement un vaste programme international d'aménagement du Danube, en violation d'un traité conclu entre les deux Etats en 1977 (hard). En guise de défense, la Hongrie arguait du fait qu'elle n'était plus liée par le traité puisqu'elle l'avait dénoncé en 1992 (hard), et que celui-ci était en tout état de cause tombé en désuétude du fait de la violation du traité par la Slovaquie, d'un changement fondamental de circonstances et d'un Etat de nécessité écologique (soft).

L'affaire *Gabcikovo* est intéressante non seulement du fait de la panoplie d'arguments déployée par les parties au litige, mais parce que le dispositif du jugement illustre également à merveille la tension entre le pôle « hard » et le pôle « soft » du discours juridique, et la tentative de la Cour, pour « rendre justice », de réconcilier les deux.

⁷⁰¹ Kennedy, « The Sources of International Law », *supra* note 696, aux pp. 20-24 ; Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 495, aux pp. 307-325.

⁷⁰² *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, [1997] C.I.J. Rec. 7.

Tandis, en effet, que la Cour décide que le traité de 1977 est demeuré en vigueur et que la Hongrie a agi en violation de ses obligations internationales en suspendant unilatéralement le programme d'aménagement du Danube⁷⁰³, on remarque que les arguments de la Hongrie ont pénétré le jugement de la Cour de façon informelle. La Cour estime notamment que les nécessités environnementales, sans affecter directement la positivité du traité de 1977, ont intégré le « régime territorial » instauré par le traité et que les parties sont dans l'obligation de « restaurer » ce régime conjoint en négociant de bonne foi de nouvelles modalités d'exécution tenant compte des impératifs écologiques.⁷⁰⁴ La Cour, en même temps qu'elle rejette l'argument du changement fondamental de circonstances, considère qu'il est impossible d'ignorer le fait que certains aspects du traité ont été « dépassés par les événements ».⁷⁰⁵ Elle effectue donc une lecture évolutive de l'accord et conclut que les objectifs du traité doivent être atteints « par l'effet d'un programme intégré et consolidé » et que ce programme d'utilisation, de mise en valeur et de protection du Danube doit être « réalisé de manière équitable et raisonnable », en considération notamment des impératifs de développement durable.⁷⁰⁶

Sur ce point, l'affaire *Gabcikovo* illustre bien la façon dont la rhétorique des sources oscille toujours entre les pôles du « consentement » (le traité de 1977) et de la « justice » (les impératifs écologiques), et comment le discours du juge cherche à établir entre eux une forme d'accommodement pragmatique et raisonnable. On a là une sorte de valse rhétorique à trois temps. Premier temps de la valse : les obligations internationales des Etats doivent être recherchées du côté de leur consentement. Deuxième temps de la valse : le droit consensuel ne doit pas être conçu comme un absolu, il faut chercher à donner au consentement son sens le plus « juste ». Troisième temps de la valse : les Etats doivent donc négocier (consentement) afin de mettre en œuvre le traité de façon raisonnable et équitable (justice).

Ce qui est valable pour le discours judiciaire l'est également pour les autres formes de discours juridique, et notamment pour le discours doctrinal. On trouve, là aussi, la même tension entre stratégies consensuelles et stratégies non-consensuelles, et l'effort

⁷⁰³ *Ibid.*, au para. 155.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, au para. 147-149.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, au para. 136.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, au para. 137 et 150.

du discours doctrinal pour trouver entre elles une forme d'équilibre dynamique. Cela est particulièrement évident en ce qui concerne la question de la coutume. Nous avons montré plus haut que la question du fondement du caractère obligatoire de la coutume est l'une des questions les plus récurrentes et les plus controversées en théorie du droit international. Mais on observe, là encore, que la doctrine est structurée autour de la tension entre deux options rhétoriques fondamentales. La première, dite objectiviste, fonde la coutume dans un certain nombre d'éléments se situant au-delà de l'Etat et de son consentement, qu'il s'agisse d'éléments historiques, de nécessités sociales, de considérations élémentaires d'humanité ou du droit naturel. La seconde option, dite volontariste, rattache la coutume à l'Etat et à son consentement, tacite ou explicite.⁷⁰⁷ Toute doctrine, pour être acceptable, doit nécessairement activer, d'une façon ou d'une autre, ces deux points de choix *simultanément*. Une théorie de la coutume qui repose exclusivement sur des considérations sociologiques ou humanitaires court le risque d'être rejetée comme abstraite et utopique. Une théorie qui repose exclusivement sur la pratique et l'assentiment des Etats court le risque d'être rejetée comme non-normative, comme une simple description de ce qui est « déjà là ».

D'où la nécessité de jouer en permanence avec ces deux modes argumentatifs : une doctrine, par exemple, qui postule que la coutume naît « hors consentement », d'une simple pratique généralisée (soft) va concéder qu'il faut, pour sélectionner les actes qui « comptent » comme des précédents coutumiers, se référer à ce qu'en disent et en pensent les Etats (hard).⁷⁰⁸ Inversement, une doctrine qui pose comme source principale de la coutume l'*opinio juris*, c'est-à-dire l'élément psychologique de conviction (hard), admettra que l'*opinio juris* ne se donne jamais seule à la perception et qu'il faut donc souvent la déduire de la pratique générale des Etats (soft).⁷⁰⁹ Là encore, le discours juridique est borné par les pôles consensuels et extra-consensuels, et le mouvement de va-et-vient incessant entre ces deux points de choix constitue un principe essentiel de distribution des énoncés dans la doctrine des sources.

⁷⁰⁷ Brigitte Stern, « Custom at the Heart of International Law » (2001) 11 Duke Journal of Comparative and International Law 89 aux pp. 91-93.

⁷⁰⁸ Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *supra* note 473, aux pp. 10 et 39 ; Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *supra* note 471, à la p. 226.

⁷⁰⁹ Andrew Guzman, *How International Law Works - A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, aux pp. 203-204 ; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, *supra* note 473, aux pp. 27-29.

On sait que certains auteurs ont entrepris, dans une démarche structuraliste, de cartographier l'intégralité de la discipline du droit international du point de vue de ces tensions récurrentes entre trajectoires argumentatives. Souvent, ils ont même tenté, dans la lignée de la tradition « critique » américaine, de ramener ces différentes tensions à *une* contradiction idéologique fondamentale capable d'expliquer, à elle seule, toute la dynamique interne de la discipline.⁷¹⁰

Notre propos est sensiblement différent, et sans doute plus modeste. Il consiste, pour l'essentiel, à dire qu'il est *possible* (et désirable), méthodologiquement, de doubler l'analyse statique du discours d'une analyse dialectique. Nous avons tenté de montrer à quoi ressemble cette analyse dialectique. Elle consiste simplement à chercher l'unité du discours non pas exclusivement du côté de la permanence et de la stabilité des objets, des thèmes et des concepts, mais également du côté des manières *systématiquement différentes* (différentes *mais* systématiques) de traiter ces objets, ces thèmes et ces concepts. Sur ce point, notre analyse demeure essentiellement archéologique, au sens où l'entend Foucault. Nous ne prétendons pas qu'il y a, sous les contradictions récurrentes du discours, et à un niveau plus fondamental, quelque principe secret qu'il faudrait dégager. Il nous semble simplement que les dispersions du discours sont des objets à décrire pour eux-mêmes. Le droit international est un espace sur lequel les arguments se rencontrent et convergent pour former des îlots de cohérence. Mais il est également un espace de répartition et de contradiction des discours, un champ de possibilités stratégiques. Pour en saisir l'architecture argumentative, il faut donc s'intéresser aux points de diffraction et aux lignes de fuite du discours. Ces lignes là, aussi, dessinent à leur manière l'unité de la discipline.

4. Conclusions intermédiaires : la main invisible de la culture juridique

Le droit international n'est pas simplement un ensemble plus ou moins formalisé de règles. Il constitue également un système culturel. Ce chapitre fait une proposition au fond relativement simple : la culture du droit international peut être étudiée comme

⁷¹⁰ David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987 ; Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 495.

n'importe quelle culture. Comme toute culture, le droit international a ses histoires, ses mythes fondateurs, ses croyances, ses manières bien à lui de percevoir, de penser et de communiquer. Saisir le droit international, dans sa singularité (i.e. dans son unité), c'est donc aussi s'intéresser à ces formes culturelles. Naturellement, il existe bien des manières différentes d'appréhender une culture. Ce chapitre n'offre pas, à cet égard, de méthodologie complète et cohérente. Mais il pose quelques jalons théoriques et engage la réflexion sur deux terrains.

Le premier consiste à prendre le droit international comme un lieu de production du discours, comme un langage formalisé et ritualisé dans lequel les officiels, les diplomates, les juristes et autres professionnels du droit international identifient des problèmes, proposent des solutions, avancent des justifications. Saisir la culture du droit international, dans cette perspective, c'est d'abord s'intéresser aux règles grammaticales qui structurent ce langage professionnel. Là encore, il y a sans doute mille façons d'étudier la grammaire. Il nous a semblé, cependant, que la grammaire du droit international, comme celle de tout formation discursive, pouvait s'analyser utilement sous l'angle de quatre polices discursives fondamentales : un domaine d'objets géographiquement bien découpé ; un alphabet bien défini de notions et de concepts ; un horizon théorique et/ou thématique particulier ; et une certaine esthétique de l'énonciation (un certain « style »).

Mais il nous a semblé également que ces règles grammaticales ne permettaient pas de saisir complètement la *dynamique* interne du discours juridique, la façon dont les énoncés s'éparpillent, se distribuent et se répondent systématiquement. D'où la nécessité d'étudier aussi les règles de dispersion du discours, les manières constantes et récurrentes de traiter des mêmes objets du discours selon des stratégies rhétoriques différentes. L'unité culturelle du droit international, comme langage professionnel, se prend donc par deux bouts. L'un, statique, concerne les règles grammaticales que les énoncés juridiques doivent mettre en œuvre pour entrer dans le domaine de vérité et d'actualité de la discipline. L'autre, dialectique, concerne les systèmes de dispersion du discours, la répartition des arguments autour d'axes stratégiques récurrents (et concurrents).

Mais la culture du droit international ne se limite pas à cela. Un langage n'est pas simplement un ensemble neutre de mots, un vocabulaire que l'on mobilise pour parler, en mettant en œuvre certaines règles grammaticales. Un langage est toujours plus que cela. Il est porteur d'images, d'idées, de représentations, de symboles. Tout langage, disait Umberto Eco il y a peu, « est une prison, parce qu'il impose toujours une certaine vision du monde ». ⁷¹¹ Si le droit international est un langage professionnel, lui aussi impose nécessairement un certain point de vue sur le monde. Parler de la culture du droit international, c'est donc s'intéresser également à ce bagage symbolique, à l'univers mental qu'il définit, aux schèmes intellectuels dans lesquels les internationalistes sont pris du simple fait qu'ils parlent le droit international.

Là encore, nous avons vu que l'on peut prendre la chose par deux bouts, ou du moins à deux niveaux sensiblement différents. On peut entendre la « vision » du droit international, en premier lieu, comme un projet fédérateur, un sens réformateur commun animant les divers professionnels du droit international. C'est là la version la plus « forte » de la culture juridique, qui suppose l'existence d'une idéologie professionnelle bien définie à laquelle souscrit, si ce n'est l'intégralité, du moins la majorité des internationalistes. On a parlé d'un *esprit d'internationalité* qui aurait animé la discipline à ses débuts. Il n'est pas certain que cet esprit de corps ait jamais existé, ni, dans l'affirmative, qu'il ait survécu au XXe siècle. Peu importe : il demeure concevable, théoriquement, d'appréhender la culture du droit international en rapport à l'éthos des agents juridiques, à un certains nombres d'idéaux cosmopolites, de mots d'ordres universels (la « paix par le droit » ; la « rule of law » internationale, etc.). Mais l'on peut prendre également la « vision » du droit international dans un sens plus souple, comme renvoyant à des formes plus diffuses de capital culturel. Nous en avons mentionné quatre principales : une question professionnelle récurrente ; une histoire/géographie ; des vérités canoniques ; et des exemples communs. La liste n'est pas exhaustive. Elle est indicative néanmoins des formes de savoir et des représentations qui constituent la « conscience collective » du droit international, le cadre cognitif latent qui informe et conditionne l'expérience, la perception et l'interprétation des internationalistes.

⁷¹¹ Entrevue avec Bernard Pivot, *Double je*, TV5, émission du 25 juillet 2005.

Tout cela peut paraître familier et étrange à la fois. Familier parce que la culture juridique est quelque chose dans lequel les juristes baignent, une « atmosphère » dans lequel ils sont pris.⁷¹² Etrange dans la mesure où il est difficile d'objectiver les structures latentes de son propre univers mental et de son propre monde social. Reste que ces structures cognitives et discursives agissent comme une sorte de « main invisible » qui établit entre des phénomènes simultanés ou successifs – pratiques ou discours juridiques – une communauté de sens, des liens symboliques, un jeu de ressemblance et de miroir. Plus haut, on se demandait ce qu'un arbitre international, un professeur en droit de l'environnement, un ambassadeur aux Nations-Unies et un activiste humanitaire avaient en commun. Pourquoi, malgré des pratiques aussi différentes, dit-on qu'ils appartiennent au même collège ? L'approche culturelle offre une réponse: malgré des agendas divergents, voire contradictoires, ces professionnels du droit s'opposent sur le même champ de bataille, usent des mêmes stratégies rhétoriques, en se plaçant au même niveau ou à la même distance de leur objet, et en déployant le même appareil sémantique. Peut-être est-ce une forme relativement discrète d'unité. C'en est une néanmoins.

⁷¹² Outi Korhonen, *International Law Situated : an Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, aux pp. 49-50.

Chapitre 6/ L'unité logique

L'approche culturelle proposée dans le chapitre précédent représente un vrai pas de côté. Là où l'orthodoxie doctrinale veut que l'on cherche la cohérence du côté des règles et de leur agencement harmonieux, nous appelons à porter le regard sur un plan radicalement différent d'objets, et à imaginer de nouvelles formes et de nouveaux critères d'unité. Plan élargi d'objets tout d'abord, qui dépasse les règles et les institutions pour s'intéresser au droit international comme espace social et champ disciplinaire. Nouvelles formes et nouveaux critères d'unité, ensuite, qui renvoient aux structures grammaticales et aux visions, aux modes de pensée et d'expression qui structurent le discours juridique.

Nouveaux objets, nouvelles dynamiques, nouvelle « famille » d'unité, donc. Mais l'on peut prolonger l'effort de déconstruction, et envisager d'autres perspectives encore sur l'unité du droit international. Dans ce dernier chapitre, nous explorons l'approche dite « logique » de l'unité. Il apparaîtra rapidement que cette expression recouvre des réalités et/ou des idées différentes. Dans un cas, elle désigne l'unité entendue comme simple postulat de la connaissance, comme principe d'interprétation du droit. C'est ce que nous appelons l'unité *épistémo*-logique. Dans l'autre, elle correspond à la tension du droit vers certaines valeurs communes. On parlera alors d'unité *axio*-logique.

Cependant qu'elles diffèrent dans leur fondement et leur portée, ces deux approches ont en commun d'analyser l'unité en rapport à certains éléments de transcendance qui permettent de sublimer la pluralité et la complexité des normes. Dans un cas, la sublimation est rationnelle, abstraite, postulée *a priori*. Dans l'autre elle est matérielle, concrète, reconstruite *a posteriori*. Mais dans les deux cas, l'unité renvoie à une forme

de dépassement de la réalité empirique immédiate et sensible du droit. D'où notre proposition de ramener ces deux formes d'unité sous le même chapeau « logique ».

1. L'unité épistémologique du droit international : ah ! Par hypothèse !

LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
Voici donc un syllogisme exemplaire. Le chat a quatre pattes.
Isidore et Fricot ont chacun quatre pattes. Donc Isidore et Fricot sont chats.
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
Mon chien aussi a quatre pattes.
LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
Alors, c'est un chat [...]
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
Donc, logiquement, mon chien serait un chat.
LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
Logiquement, oui. Mais le contraire est aussi vrai.
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
C'est très beau, la logique [...]
LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
Autre syllogisme : tous les chats sont mortels. Socrate est mortel. Donc Socrate est un chat.
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
Et il a quatre pattes. C'est vrai, j'ai un chat qui s'appelle Socrate.
LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
Vous voyez...
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
Socrate était donc un chat !
LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
La logique vient de nous le révéler [...] Revenons à nos chats [...] Le chat Isidore a quatre pattes.
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
Comment le savez-vous ?
LE LOGICIEN, au Vieux Monsieur :
C'est donné par hypothèse.
LE VIEUX MONSIEUR, au Logicien :
Ah ! Par hypothèse !

Eugène Ionesco, *Rhinocéros*⁷¹³

On peut concevoir, tout d'abord, l'unité comme un simple dogme de la raison juridique, i.e. comme un *postulat normatif*. Par postulat normatif, on entend ici une proposition indémontrable qui est posée, à l'avance, et qui préside à l'intelligence et à l'interprétation systématique des phénomènes juridiques. Parler d'unité épistémologique, au sens d'un postulat normatif, c'est donc faire de l'unité non pas une réalité empiriquement vérifiable – le *fait*, par exemple, qu'il n'existe entre normes ou groupes

⁷¹³ Eugène Ionesco, *Rhinocéros*, Paris, Gallimard, 1959, aux pp. 44-48.

de normes aucune contradiction – mais une exigence de méthode, un principe de connaissance.⁷¹⁴

1.1 Présomption, habilitation et contrainte herméneutique

Pour le théoricien du droit, l'unité comme postulat normatif va signifier deux choses : une présomption et un principe d'action. Présomption, tout d'abord, qu'il existe, derrière la complexité et la diversité sensible des phénomènes juridiques, des lois objectivables. Principe d'action, ensuite, qui veut que la fonction de la science juridique soit de dégager ces lois, d'en tirer des concepts et des principes, d'établir entre eux des liens logiques, jusqu'à mettre à jour l'existence d'un système stable, autonome et cohérent. De dire « le droit international est unitaire », en ce sens, ne veut pas dire « le droit international m'apparaît dans une forme sensible comme une unité que je peux décrire ». Cela signifie simplement « ma démarche scientifique vise à connaître et à comprendre le droit international comme objet singulier. Pour ce faire, il m'appartient d'en dissiper les brouillards et les obscurités, de mettre de l'ordre et de la clarté dans le réel, et de révéler les lois auxquels tous les phénomènes juridiques sont soumis. Dès lors, je pose le principe qu'il doit exister une unité dans le droit international et, de là, creuse un chemin de pensée qui fait droit à cette idée ». L'unité, comme fonction de la raison juridique, est donc simplement un principe d'organisation de la connaissance, une condition *a priori* du jugement qui appelle à sélectionner les éléments d'ordre et de certitude, à désambiguïser, clarifier, distinguer et hiérarchiser les phénomènes juridiques.

Pour l'interprète du droit, l'unité comme postulat normatif va signifier, d'avantage qu'un principe d'organisation de la connaissance, une contrainte herméneutique et une clause d'habilitation. Une contrainte, tout d'abord, qui impose au juge d'interpréter les règles en relation à d'autres règles ou principes, et de déterminer si, et dans quelle mesure, ils en affectent la validité, le sens ou la portée. Le postulat d'unité signifie ici que les règles ne doivent pas être lues en « isolation clinique » de leur environnement,

⁷¹⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, aux pp. 16-17. Voir également Michel Van de Kerchove et François Ost, *The Legal System Between Order and Disorder*, Oxford, Oxford University Press, 1994, aux pp. 7-9.

qu'il faut chercher à interpréter les « parties » en rapport au « tout ». C'est le principe dit de l' « intégration systémique ». ⁷¹⁵

Mais le postulat d'unité désigne également une habilitation, qui donne au juge le pouvoir de résoudre les conflits et de combler les lacunes du droit, de faire « comme si » l'ordre juridique était plein et cohérent. Le postulat d'unité agit ici comme une double fiction. Fiction, tout d'abord, de cohérence, en vertu de laquelle il existerait, derrière la multiplicité des normes, une volonté législative unique et cohérente. On présume que l'élaboration du droit répond à une entreprise rationnelle, que le législateur ne peut pas vouloir qu'un comportement soit *à la fois* licite et illicite. Si deux normes se contredisent, ça ne peut normalement vouloir dire que deux choses : ou bien le législateur a entendu abroger l'une des normes ; ou bien il avait à l'esprit un certain rapport hiérarchique entre elles. La fonction du juge, dans cette perspective, est d'acter et de traduire cette volonté législative en faisant disparaître la contradiction apparente du droit, par l'établissement de rapports de primauté ou de priorité entre règles. ⁷¹⁶

Fiction de plénitude et de complétude ensuite, en vertu de laquelle il n'y a, dans l'ordre juridique, point de lacune, point de problème auquel l'ordre juridique n'apporte de solution. Là même où il n'existe pas de règle immédiatement applicable, on présume que l'ordre juridique possède toujours en lui les germes d'une solution. Il revient au juge, alors, par un jeu de déduction et d'analogie, de dégager les principes

⁷¹⁵ *Supra* note 44.

⁷¹⁶ Sur la présomption contre le conflit, voir Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* note 223, à la p. 240 [« Every new norm of international law is created within the context of pre-existing international law and the presumption is that this new norm, much like new legislation enacted by the same legislator, builds upon and further develops existing law »] ; Jenks, « The Conflict of Law-Making Treaties », *supra* note 200, à la p. 427 [« It seems reasonable to start from a general presumption against conflict »] ; Akehurst, « The Hierarchy of the Sources of International Law », *supra* note 230, à la p. 275 [« just as there is a presumption against the establishment of new customary rules which conflict with pre-existing customary rules, so there is a presumption against the replacement of customary rules by treaties and vice versa »] ; Max Sorensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, Einar Manksgaard, 1946, aux pp. 226-227 [« le texte est considéré comme partie du système global du droit international et l'interprétation se propose de la mettre en harmonie avec la réglementation générale de celui-ci. La présomption sur laquelle se base cette méthode d'interprétation est que les contractants, en rédigeant le traité, sont partis de certaines données qu'il n'était pas besoin de reproduire dans le texte, et auxquelles ils se sont référés tacitement »]. Voir également l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (exceptions préliminaires)*, [1957] C.I.J. Rec. 9 à la p. 21 : « 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 contraires au droit existant ».

généraux et les normes sous-jacentes applicables au litige.⁷¹⁷ Dans tous les cas, le postulat d'unité est donc une fiction logique qui sous-tend et justifie l'interprétation du juge, tantôt autorisation, tantôt obligation implicite d'établir entre règles des rapports systémiques.⁷¹⁸

La Commission du Droit International, dans son rapport sur la fragmentation du droit international, adopte en toute lettre cette approche épistémologique ou axiomatique de l'unité. L'Assemblée Générale, en la saisissant de la problématique de la fragmentation, avait placé la Commission dans une situation quelque peu délicate. La fragmentation n'est pas, en effet, une matière « codifiable » au même titre que le droit des traités ou le droit de la responsabilité par exemple. Beaucoup, au sein de la Commission, ont d'ailleurs émis des réserves quant à la compétence de la Commission pour traiter d'une question de cette nature et quant à la faisabilité d'une étude sur le sujet.⁷¹⁹ Comment, donc, aborder cette question ? Par quel bout fallait-il prendre le problème ? Quelle teneur et quelle forme les travaux de la Commission devaient-ils prendre ? Fallait-il donner au phénomène une explication historique et/ou sociologique ? Fallait-il produire des arbitrages entre différents régimes (commerce et environnement, sécurité et droits de l'homme, souveraineté territoriale et auto-détermination) ? Ou bien fallait-il tenter d'identifier un noyau dur de droit international « général » ?

⁷¹⁷ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, aux pp. 439-440 [« Existing international law can always be applied to a concrete case [...] If there is no norm of conventional or customary law imposing upon the state the obligation to behave in a certain way, the subject is under international law free to behave as it pleases ; and by a decisions to this effect existing international law is applied to the case »] ; Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, à la p. 392 [« The absence of direct regulation of an particular matte ris the result of the determination, or at any rate the acquiescence, of the community in the view that, in the particular case, the needs of society and the cause of justice are best served by freedom from inference. To that extent it may correctly be said that the absence of explicit legal regulation is tantamount to an implied recognition of legally protected freedom of action »] ; Prosper Weil, « The Court Cannot Conclude Definitively... Non Liqueur Revisited » (1998) 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 109, à la p. 110 [« there is no room for *non liquet* in international adjudication because there are no lacunae in international law. According to this view, the absence of *non liquet* in international adjudication is a consequence of the completeness of the international legal system »].

⁷¹⁸ Eyal Benvenisti, « The Conception of International Law as a Legal System » (2008) 50 *German Yearbook of International Law* 393, aux pp. 397-399.

⁷¹⁹ *Rapport de la Commission du droit international – Cinquante-quatrième session*, Doc. NU A/57/10 (2002) aux para. 495-499 : « l'une des principales questions [...] était de savoir si le sujet de la fragmentation [...] 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 [...] Certains membres se sont demandés si le sujet relevait du mandat de la Commission ».

Parmi toutes les approches disponibles, la Commission a décidé d'opter pour une étude relativement technique et pragmatique. Les questions historiques, sociologiques et institutionnelles ont été laissées de côté. Point d'arbitrage entre différents régimes, ni de solution toute faite aux problèmes de chevauchement, de tension ou de conflit entre règles et principes de droit, mais plutôt l'élaboration d'une « boîte à outils » conceptuelle grâce à laquelle les juristes confrontés à ce type de problème peuvent parvenir à une décision rationnelle et motivée.⁷²⁰ L'accent est mis sur les techniques et méthodes d'interprétation nécessaires pour gérer des règles et régimes qui pointent dans des directions différentes. Il est donc question principalement, dans le rapport définitif de la Commission, de « raisonnement juridique », lequel est envisagé comme une activité téléologique visant à établir et à maintenir des liens entre décisions, règles et principes.⁷²¹

Mais parler des liens et des rapports entre divers éléments constitutifs du droit international, c'est positionner d'emblée la réflexion dans le cadre d'un « système ». La Commission le confirme d'ailleurs en toutes lettres, en posant comme première « généralité », dans ses conclusions définitives, le fait que :

« 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 ».⁷²²

La Commission précise cependant que de dire, comme elle le fait, que le droit international est un système « *ne revient pas à réaffirmer quelque chose qui 'existe' déjà* ». ⁷²³ Ce sont le raisonnement et l'interprétation juridique, indique-t-elle, qui établissent entre règles des relations systémiques. L'unité du droit international est avant tout une construction logique, elle est donnée « par hypothèse » pour paraphraser le vieux Monsieur et le logicien de Ionesco. Tout se passe *comme si* les règles, les décisions ou les comportements constituaient « la mise en œuvre d'un tout

⁷²⁰ Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 20.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² *Conclusions du groupe d'étude sur la fragmentation*, *supra* note 229, au para. 1.

⁷²³ Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 34.

ordonné aux fins de l'homme ». ⁷²⁴ On *présume*, indique la Commission, que les Etats n'ont pas entendu créer du droit contradictoire, si bien que le juge, en cas de conflit, peut légitimement donner priorité à une norme par rapport à une autre. Et les interprètes du droit international sont soumis à une « obligation politique » de rationaliser le droit et d'instituer des rapports logico-systémiques entre règles ou régimes. ⁷²⁵ Présomption, habilitation et contrainte herméneutique : nous sommes bien en présence des trois éléments du postulat d'unité.

Il est clair, donc, que la Commission conçoit l'unité, non pas comme une réalité empiriquement vérifiable, mais comme une exigence et une condition de la raison juridique. On notera, cependant, que la Commission ne fournit pas de justification véritable sur ce point. Elle se contente, pour l'essentiel, de dire que les juristes « s'accordent généralement » sur l'idée que le droit constitue un système et que « la réflexion systémique imprègne tout raisonnement juridique ». ⁷²⁶ On s'explique assez bien l'attitude de la Commission : pour faciliter les débats et parvenir à des recommandations concrètes et pratiques, il était sans doute souhaitable, stratégiquement, de ne pas aborder ces éléments de théorie du droit. ⁷²⁷ Reste que l'affirmation de la Commission ne va pas de soi. Historiquement, la discipline juridique n'a pas toujours été imprégnée de réflexion systémique. Il suffit de songer à la tradition de Common Law, qui est longtemps demeurée une tradition empiriste et pragmatiste, relativement hostile aux entreprises de systématisation formelle du droit. Les choses, sans doute, ont évolué depuis. Mais même dans la période moderne, l'approche systémique est loin d'être incontestée. L'école « réaliste » américaine, les critiques marxistes et existentialistes, et plus récemment le mouvement pluraliste, ont tous en commun de véhiculer des notions distinctes du droit comme ordre formel et unitaire.

D'où vient, donc, ce sentiment que la raison juridique, et notamment la raison juridique internationale, est nécessairement systémique et unitaire ? Depuis quand et

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ *Ibid.*, au para. 35.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ *Ibid.*, aux para. 484-485, où, tout en concédant que l'approche restreinte adoptée par la Commission peut « sembler insatisfaisante ou du moins trop peu décisive » dans la mesure où la fragmentation appelle « une réponse d'ordre normatif, non de technique juridique », Koskenniemi explique que de laisser de côté les questions politiques et théoriques était la seule façon de mener l'étude « dans le cadre de la Commission » et d'« apporter une contribution utile ».

pourquoi postule-t-on l'unité logique du droit ? Il n'y a pas, sur ce point, de réponse simple ni évidente. L'idée du droit comme système n'est pas « apparue » du jour au lendemain, sous la plume d'un philosophe ou d'un juriste. La rationalisation et la systématisation progressive du droit est un long procédé, qui trouve sans doute ses origines lointaines dans la redécouverte simultanée du droit romain et de la logique aristotélicienne au XIII^e siècle. On peut dire, néanmoins, que dans ce long procédé, deux éléments ont joué un rôle décisif : la critique Kantienne, et, dans son sillon, les développements au 19^e siècle de la « science juridique » allemande (*Rechtswissenschaft*).

1.2 La critique Kantienne et l'unité comme principe régulateur

Kant est doublement déterminant. Il est d'abord déterminant du fait de sa philosophie de la connaissance. L'une des grandes questions de la philosophie Kantienne – la question centrale sans doute – est celle des conditions de possibilité de la connaissance. Comment et à quelles conditions se produit dans l'esprit humain la connaissance ? Quelle en est la valeur et l'étendue ? Quels rôles y jouent l'expérience, la raison, le doute ou l'intuition ? L'idée de remonter aux principes de la connaissance humaine pour les soumettre à un examen critique n'est pas en soi nouvelle. C'est par là que débute Descartes, et donc la philosophie moderne. Après lui, Locke, Leibnitz, Berkeley ou Hume s'intéressent tous à la question de l'entendement humain. Mais Kant fonde, sur cette question, une philosophie tout à fait nouvelle (la philosophie critique) qui suppose qu'il y a dans la connaissance des éléments qui ne viennent pas de l'expérience, des principes sans lesquels elle est tout bonnement impossible.

Kant nous dit que nous ne pouvons appréhender la réalité que sous la forme phénoménale. Nous ne percevons l'être des choses qu'à travers les formes *a priori* de la sensibilité : l'espace et le temps. L'être ultime des choses nous échappe radicalement. Le « noumène » - i.e. la chose en elle-même – se dégrade toujours dans les phénomènes, illusoire et changeants. Mais Kant affirme en même temps que l'idée de l'être en soi est indispensable pour pouvoir échapper au relativisme phénoménal. Pour dépasser la multitude, la diversité et la complexité du réel, et capturer un objet dans sa singularité, nous sommes *forcés* de présupposer que cet objet existe comme

une chose singulière. Cette unité de l'objet est toujours inaccessible en elle-même. Mais elle seule nous autorise à dépasser la simple connaissance empirique du monde. Au cœur de la raison, Kant place donc ce qu'il appelle le « principe régulateur de l'unité » :

« le principe régulateur de l'unité systématique veut que nous étudions la nature *comme si*, partout, s'y trouvait à l'infini une unité systématique et finale dans la plus grande variété possible. Car, quoique nous ne découvrons ou n'atteignons que peu de cette perfection du monde, c'est cependant le propre de la législation de notre raison de la chercher et de la soupçonner partout ».⁷²⁸

Ce principe *a priori* d'unité, Kant le décline dans toute sa pensée philosophique, et notamment dans sa réflexion sur le droit cosmopolitique. Chez Kant, la question de l'unité dans le Droit se repère dans une triade de notions indissolublement liées : le Cosmopolitisme, la paix perpétuelle et l'Histoire universelle. Ces idées se rassemblent en une seule : l'idée d'un Etat universel des peuples (*Allgemeiner Völkerstaat*). Mais cette unité du droit politique universel, Kant serait bien embarrassé de la fonder sur l'observation de la réalité politique et historique. Partout dans la réalité, il observerait la division irréductible des Etats, des peuples et des cultures ; partout le règne de la force et la contrainte violente pour imposer par la guerre sa loi à autrui. Partout les dissensions et le combat, nulle part la raison commune et la paix perpétuelle : « à côté de quelques manifestations de sagesse ici ou là pour certains cas particuliers, on ne trouve [...] en dernière analyse qu'un tissu de folie, de vanité infantile, souvent même de méchanceté et de soif de destruction puérides ».⁷²⁹

On voit bien que l'idée de l'unité du droit incarné dans le cosmopolitisme est chez Kant une idée inaccessible au sens, elle nous échappe radicalement. L'unité est, dans le système Kantien, une « idée pure de la raison », sans laquelle le Droit, quel qu'il soit, ne peut pas se penser et encore moins se faire. Elle est une exigence de la pensée, une condition de possibilité. Le postulat d'unité, comme principe régulateur de la pensée, est d'abord et avant tout l'expression logique d'un système de production de la vérité, d'une épistémologie du Droit pourrait-on dire.

⁷²⁸ Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, Paris, Germer-Baillière, t. II, 1869, aux pp. 276-277 [nos italiques].

⁷²⁹ Emmanuel Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1988, à la p. 10.

En ce sens, Kant est déjà déterminant. Il fait, en effet, de l'unité une condition *sine qua non* de la raison, en général, et de la raison juridique, en particulier. Mais Kant est déterminant pour une autre raison encore, qui a trait de façon plus spécifique à la théorie du droit. A une époque où la tradition juridique occidentale est marquée par l'approche jus naturaliste, Kant propose en effet une rupture et un dépassement méthodologiques qui vont ouvrir la voie au développement d'une science plus « scientifique » du droit. Jusqu'à la moitié du 18^e siècle, l'école du droit naturel, que ce soit chez Hobbes, Grotius, Spinoza, Pufendorf, Leibniz ou Wolff, constitue en effet un amalgame d'éléments variés – éthique et droit, droit positif et droit idéal, observation et spéculation. Kant est d'avis que les mélanges opérés par l'école du droit de la nature mènent à une certaine confusion méthodologique et qu'il convient d'y opérer un certain nombre de distinctions sémantiques.

Il préconise en premier lieu la différenciation entre le domaine de la vertu et le domaine du droit, car ils renvoient à des espèces de devoirs bien distinctes. Les uns sont l'objet d'une législation extérieure et positive, prescrite par autrui et susceptible d'être imposée par la contrainte. Ce sont les devoirs de droit (*Rechtspflichten*). Les autres sont l'objet d'une législation intérieure et non contraignante, que la raison s'impose à elle-même. Ce sont les devoirs de vertu (*Tugendspflichten*). Dans un cas, on a affaire à une législation juridique, dans l'autre à une législation éthique. D'un côté la morale, de l'autre le droit.⁷³⁰

Kant constate également que l'école du droit naturel n'opère pas de distinction entre la connaissance des règles positives et la recherche de standards idéaux. Or Kant est convaincu, nous le notions plus haut, qu'il existe une différence fondamentale entre le savoir acquis sur la base de la simple expérience et les maximes dégagées par le travail de la raison pure. Kant est d'avis que les deux exercices sont possibles. Mais il maintient qu'ils remplissent des fonctions différentes.

Pour toutes ces raisons, Kant propose une déconstruction du droit naturel et une nouvelle division du travail juridique en différentes disciplines, chacune avec son objet et sa méthodologie propre. Bifurcation, d'abord, entre la vertu et le droit, la première

⁷³⁰ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, Paris, Vrin, 1986, aux pp. 92-93.

s'intéressant aux lois éthiques (lois intérieures), le second aux lois juridiques (lois extérieures).⁷³¹ Puis division, au sein du droit, entre la métaphysique du droit, province du philosophe spéculant sur les meilleures normes juridiques possibles *en application de la raison pure*, et la science du droit positif, domaine de l'expert-juriste s'astreignant à une analyse des règles positives telles qu'elles se présentent dans l'expérience.⁷³² D'un côté, la science positive – purement empirique – de l'autre, la philosophie du droit – purement rationnelle.

Kant précise que l'une ne doit pas se faire sans l'autre. Il est d'avis notamment que la science positive du droit n'a de sens que dans la mesure où elle est « éclairée » par les lumières de la raison pure : « la science purement empirique du droit est comme la tête de la fable de Phèdre : c'est peut être une belle tête, mais hélas ! sans cervelle ».⁷³³ Reste que Kant propose ni plus ni moins qu'un schisme méthodologique entre le traitement philosophique et le traitement scientifique du droit. Cette distinction, Hegel la reprend d'ailleurs à son compte et la systématise dans sa philosophie du droit.⁷³⁴ Elle devient un lieu commun de la science juridique au début du 19^e siècle, et ouvre l'ère du positivisme légaliste.

L'ère du positivisme légaliste ouverte, reste encore à développer cette science « scientifique » du droit. Ici, Kant et Hegel ne fournissent que peu d'indications. L'un et l'autre sont d'abord des philosophes du droit. Kant s'intéresse aux impératifs catégoriques, Hegel à la théorie de l'Etat. A la question de savoir comment faire d'un simple savoir empirique une véritable « science », les deux philosophes ne donnent au fond que deux indications générales et programmatiques. Afin d'éviter les dérives spéculatives de l'école du droit naturel, la science juridique ne doit, en premier lieu, s'intéresser qu'au droit positif, et sa méthode doit donc être strictement empirique. Et pour atteindre le statut d'une « science » véritable, elle doit, en second lieu, dévoiler la structure inhérente de son objet et, partant de là, en dégager les principes immuables dans un savoir systématique.⁷³⁵

⁷³¹ *Ibid.*, aux pp. 94-95.

⁷³² *Ibid.*, aux pp. 89-92.

⁷³³ *Ibid.*, à la p. 104.

⁷³⁴ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Flammarion, 1999, aux para. 211-212.

⁷³⁵ Emmanuel Kant, *Principes métaphysiques du droit suivis du projet de paix perpétuelle*, Paris, Librairie Philosophique de Ladrangue, 1855, aux pp. 41-42.

1.3 La *Rechtswissenschaft* et le développement d'une science « scientifique » du droit

Ce programme, c'est la science juridique allemande qui s'en empare et le développe de la façon la plus systématique et la plus aboutie, tout au long du 19^e siècle. Au début du siècle, les juristes allemands commencent à utiliser le terme de *Rechtswissenschaft*, et il est clair qu'ils entendent par là la science du droit dans le sens étroit où l'entend Kant, i.e. la science positive du droit. Des débats méthodologiques houleux opposent bien entendu différentes écoles du droit. Mais dans l'Allemagne du 19^e siècle, l'idée semble prendre pied selon laquelle la dignité intellectuelle de la discipline juridique passe nécessairement par son caractère scientifique (i.e. par sa *Wissenschaftlichkeit*).⁷³⁶

Cela se manifeste, tout d'abord, par une remise en question de la vénération classique pour la logique déductive, et un intérêt nouveau porté au droit comme phénomène historique. Gustave Hugo incarne cette nouvelle tendance. Pour Hugo, la science juridique se doit d'expliquer les raisons qui se trouvent derrière les règles positives, et ces raisons peuvent être philosophiques ou historiques. L'histoire, écrit Hugo, « forme la moitié de la partie scientifique du droit ». ⁷³⁷ Ce qu'Hugo entend par là, c'est que le juriste ne doit pas simplement se demander si une règle juridique est raisonnable. Le travail du juriste est également d'établir comment le droit est devenu droit par le fait de l'expérience et des actions de l'homme. C'est ce qu'il appelle la « jurisprudence chronologique », qui passe en revue les principes du droit positif et examine comment ces principes ont pris naissance, et comment ils se sont développés peu à peu. ⁷³⁸ La jurisprudence chronologique d'Hugo n'est sans doute pas entièrement « scientifique » dans le sens Kantien, puisqu'elle n'explore pas complètement la structure interne de son objet. Mais, dans un sens au moins, elle va plus loin que Kant puisqu'elle fait de

⁷³⁶ Mathias Reimann, « Nineteenth Century German Legal Science » (1989) 31 Boston College Law Review 837 aux pp. 847-848.

⁷³⁷ Gustave Hugo, *Histoire du droit romain*, Paris, Librairie de Jurisprudence et d'Administration d'Antoine Bavoux, 1825, à la p. i.

⁷³⁸ *Ibid.*, aux pp. ii-iii.

l'histoire la principale donnée brute (i.e. la source empirique) de la science juridique. C'est un premier pas important.

Ce que nous ne dit pas Hugo, c'est comment, à partir de ce matériau historique, élaborer un système. Sur ce point, les premiers jalons méthodologiques sont posés par Feuerbach et Thibaut. L'un et l'autre considèrent que la *Rechtswissenschaft* doit servir à deux choses : réduire la masse de données empiriques découvertes par la jurisprudence chronologique à des principes généraux ; et articuler ces principes entre eux de manière élaborer un système rationnel. Pour Feuerbach, il faut dégager « avec exactitude, précision et clarté » les concepts, montrer la « cohérence interne » des règles, et démontrer la « cohérence systématique » des dogmes juridiques.⁷³⁹ Thibault, dans le même sens, définit la science juridique comme la « somme totale et systématique des lois ».⁷⁴⁰

Cependant que l'empirisme, la clarté, la précision et la cohérence s'imposent progressivement comme les nouveaux mots d'ordre de la discipline, on constate en même temps que la science juridique allemande demeure encore, dans la première moitié du 19^e siècle, marquée par la philosophie. Hugo fait de la philosophie du droit une « branche distincte de la jurisprudence considérée comme science », qui livre à l'histoire des « jugements » sur les faits qu'elle retrace.⁷⁴¹ Feuerbach et Thibaut sont d'avis également que la philosophie est nécessaire pour juger de la valeur des phénomènes historiques à la lumière de la raison : « le savoir empirique donne à la jurisprudence son corps, le savoir philosophique lui donne son esprit ».⁷⁴² On conçoit volontiers, après des siècles de spéculation métaphysique sur la justice et le droit, que les juristes aient été réticents à l'idée de limiter leur science à la seule analyse du droit positif. Reste que, dans cette tradition historico-philosophique du début du 19^e siècle, la science juridique est autant affaire de connaissance systématique que de jugement critique (au sens Kantien) du droit.

⁷³⁹ Johann Paul Anselm Feuerbach, *Theorie der erfahrung in der rechtswissenschaft*, cité par Reimann, « Nineteenth Century German Legal Science », *supra* note 736, à la p. 849.

⁷⁴⁰ Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandektenrechts*, Stockstadt, Keip & von Delft, 1999, à la p. 4 : « Ein systematischer Inbegriff von Gesetzen » ; notre traduction.

⁷⁴¹ Hugo, *Histoire du droit romain*, *supra* note 737, aux pp. xxvi-xxvii.

⁷⁴² Feuerbach cité par Reiman, « Nineteenth Century German Legal Science », *supra* note 736, à la p. 851.

Mais la science « scientifique » du droit va connaître un nouveau tournant en Allemagne, sous l'influence de Savigny. Savigny rejette la croyance de Thibaut et de ses prédécesseurs en la raison philosophique comme élément de la science juridique. Pour Savigny, ce pseudo-historicisme condamne la science juridique à une pseudo-scientificité. Il faut prendre Kant au sérieux, et laisser aux philosophes le travail d'évaluation du droit à la lumière de la raison pure. La science juridique doit se débarrasser pour de bon des éléments de spéculation métaphysique sur la justice, et fonder une *Rechtswissenschaft* moderne sur des bases exclusivement historiques.⁷⁴³

Savigny conçoit le droit comme l'expression coutumière de l'« esprit des peuples » (*Völkgeist*).⁷⁴⁴ Le droit, comme le langage, reflète le folklore, la culture indigène des nations. Il n'a pas d'existence indépendante en dehors de la vie des hommes eux-mêmes. Il est, par essence, une émanation culturelle, et non philosophique ou rationnelle.⁷⁴⁵ Il faut donc l'appréhender comme un phénomène historique et organique, et non comme une construction a priori de la raison. Cette vision historique du droit, naturellement, conditionne en grande partie l'idée que se fait Savigny de la science juridique. Pour Savigny, la science juridique ne peut opérer qu'en combinant la méthode historique et la méthode systémique. Si l'investigation historique doit permettre, dans un premier temps, de mettre au jour les grands principes de l'ordre juridique, elle ne doit jamais être une fin en soi. Il ne s'agit pas simplement de décrire ou de glorifier le passé. Une fois les principes identifiés, la science juridique doit se détourner des sources historiques pour s'attacher à construire, avec ces principes, un système véritablement scientifique, à reconnaître et à démontrer les jeux de cohérence et de relations internes du droit, à dénicher les principes organiques qui font que les concepts et les règles de droit forment ensemble un grand « tout » juridique.⁷⁴⁶ D'un point de vue méthodologique, cela signifie donc que le

⁷⁴³ Joachim Ruckert, « The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900 » (1989) 37 *American Journal of Comparative Law* 121 aux pp. 130-134.

⁷⁴⁴ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen rechts*, Berlin, Veit, 1840, à la p. xiv.

⁷⁴⁵ Friedrich Carl von Savigny, *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2002, aux pp. 24-26.

⁷⁴⁶ Savigny, *System des heutigen römischen rechts*, *supra* note 744, à la p. xxxvi : « [D]as Wesen der systematischen Methode ist die Erkenntnis und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verbunden werden » (« l'essence de la méthode systémique [réside] dans la reconnaissance et la démonstration de la cohérence ou de la relation interne, à travers laquelle les concepts et les règles juridiques individuels sont unifiés dans un grand tout » ; notre traduction).

juriste doit se fixer comme objectif de réduire la variété phénoménologique du droit dans son unité inhérente.

On se réfère souvent à Savigny pour son approche historique du droit. Mais c'est sans doute l'aspect systémique de sa *Rechtswissenschaft* qui, en réalité, a laissé la marque la plus indélébile, non seulement dans la tradition juridique allemande, mais plus largement dans la théorie générale du droit. On constate par exemple que, chez les disciples de Savigny, c'est surtout la dogmatique qui est exploitée – et souvent radicalisée – d'avantage que l'approche historique. C'est le cas, notamment, chez Puchta et Jehring, fondateurs de la « *Begriffsjurisprudenz* », ou jurisprudence conceptuelle.

Puchta, successeur immédiat de Savigny à l'université de Berlin, soutient comme lui que la méthode historique et la méthode systématique sont toutes deux essentielles pour la science juridique.⁷⁴⁷ Mais ses travaux laissent transparaître un abandon progressif de l'étude historique et, parallèlement, une volonté manifeste de pousser la méthode systématique dans de nouveaux retranchements logiques. Pour Puchta, le « système » a une signification plus essentielle que pour Savigny. Le système n'est pas simplement l'expression imagée et conceptuelle des rapports qui existent entre les différentes parties du droit. Il est *l'essence* du droit : « le droit, intrinsèquement, est un système ».⁷⁴⁸ Puchta opère donc un changement fondamental de perspective. La systématisme n'est plus une caractéristique lointaine et souterraine du droit, que la science juridique doit dévoiler progressivement à la suite du travail historique. Elle est le point de départ logique de la science juridique, un postulat à partir duquel on élabore un ordre complet, cohérent et hiérarchisé de concepts juridiques, dans une sorte de pyramide conceptuelle où toutes les parties sont logiquement reliées les unes aux autres.⁷⁴⁹ A cela on rajoutera encore que Puchta est d'avis que le système peut, de lui-même, créer du droit. Il n'ignore pas qu'une partie importante du droit émane du peuple (*Volksrecht*). Sur ce point, il rejoint Savigny. Mais il maintient en même temps que le droit découle d'autres sources, qu'il s'agisse du droit légiféré (*Gesetzesrecht*) ou du droit des juristes (*Juritzenrecht*). Le système n'est donc pas simplement un

⁷⁴⁷ Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1881, aux pp. 99-100.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 100 : « das Recht selbst ein System ist ».

⁷⁴⁹ Reiman, « Nineteenth Century German Legal Science », *supra* note 736, à la p. 860.

principe d'organisation. Il est également un principe de production et de reproduction du droit.⁷⁵⁰

Deux décennies après Puchta, Jhering confirme la distanciation de la dogmatique juridique à l'égard de l'histoire et la radicalisation de la logique systémique.⁷⁵¹ Jhering est important pour deux raisons. D'abord, parce qu'il prône la libération définitive de la science juridique du legs du droit romain. Le droit romain a fait son temps. Sa substance a été largement absorbée et ses grands enseignements dispersés. Jhering reconnaît l'importance du droit romain, mais comme « élément de civilisation » et comme modèle d'inventivité et de rigueur intellectuelle. On peut donc s'intéresser à l'« esprit » du droit romain, mais il faut cesser de l'appréhender comme une source du droit. Il est temps de tourner la page et d'élaborer une science moderne et générale du droit : « par le droit romain, mais outre et au-delà ». ⁷⁵² Jhering appelle donc à une rupture avec le passé (et donc avec la méthode historique classique).

Mais Jhering est important également de par l'ambition qu'il nourrit de développer ni plus ni moins qu'une « science naturelle » du droit. Par science juridique naturelle, Jhering n'entend pas le retour au droit de la nature. Au contraire, ce qu'il désire, c'est une science juridique ayant le même statut et les mêmes caractéristiques formelles de certitude, de cohérence et d'unité que les sciences dites « exactes ». Jhering écrit à une époque où les sciences de la nature – physique, chimie, biologie – connaissent des avancées spectaculaires (théorie de l'évolution, lois de la thermodynamique, théorie des germes etc.) et jouissent en conséquence d'un grand prestige intellectuel et académique. Dans ces conditions, de nombreux théoriciens et praticiens des sciences de l'homme tentent de donner à leurs travaux les apparences d'une « vraie » science, comme pour leur conférer une légitimité intellectuelle. Marx prétend apporter avec sa philosophie matérialiste une explication scientifique aux problèmes de l'histoire.

⁷⁵⁰ Georg Friedrich Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig, Tauchnitz, 1852, à la p. 39 : « So ist die Wissenschaft nicht bloss eine receptive Thätigkeit (Interpretation der Gesetze und des Gewohnheitsrechts), sondern auch eine productive. Sie ist selbst eine Rechtsquelle, neben das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche Recht tritt ein Recht der Wissenschaft » (« la science juridique n'est donc pas simplement une activité réceptive [...] mais également une activité productive. Elle est en elle-même une source du droit, au-delà de la coutume et du droit légiféré il y a le droit savant » ; notre traduction).

⁷⁵¹ Voir Jean-Louis Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire? » (2001) 4 *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 9, aux pp. 12-14.

⁷⁵² Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, vol. I, Paris, Librairie Marescq, 1886, à la p. 14.

Freud travaille à la création d'une « science des rêves ». Jhering, lui, veut développer une *Rechtswissenschaft* produisant des « vérités générales » et donnant une explication scientifique du droit, comme les sciences de la nature donnent une explication scientifique du monde.⁷⁵³

Pour Jhering, on doit approcher le droit comme un organisme vivant. La mission de la science juridique est d'en étudier l' « anatomie » et la « physiologie », c'est-à-dire d'identifier les divers éléments de l'organisme, leur action réciproque et leur fonction.⁷⁵⁴ La science juridique, dans cette perspective, devient une sorte de biologie normative, qui s'attache à montrer comment les règles se concentrent autour de grandes unités systématiques – concepts et institutions juridiques – et comment ces concepts et ces institutions entourent les règles, « comme les muscles entourent l'os ».⁷⁵⁵ La jurisprudence devient alors « un art, une science libre ; un art qui donne à la matière une forme, un aspect artistique, qui lui insuffle la vie ; une science, qui malgré le caractère positif de son objet, peut être désignée comme une science naturelle en matière intellectuelle ».⁷⁵⁶ Mais artistique ou scientifique, l'élément déterminant de la jurisprudence de Jhering est qu'elle fait du droit un jeu d'induction et de déduction, où les règles sont réduites au rang d'éléments logiques du système : « le droit apparaît comme un organisme logique d'institutions et de définitions juridiques ».⁷⁵⁷ La validité des lois générales de l'ordre juridique n'est plus affaire de développement historique, de sens pratique ou d'utilité sociale, mais simplement de connexion logique avec la totalité du système organique. Le droit n'est plus un produit de l'histoire. C'est une pure créature logique.

1.4 Conclusions intermédiaires

A la fin du 19^e siècle, la science juridique allemande n'est pas unifiée. Il existe encore de nombreuses dissensions, entre romanistes et germanistes, historiens et réformateurs, tenants d'un droit de juristes et partisans d'un droit populaire. Mais la *Rechtswissenschaft*, aussi complexe et multidimensionnelle soit-elle, s'articule autour

⁷⁵³ *Ibid.*, à la p. 24.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, aux pp. 26-27.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 36.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, vol. III, à la p. 52.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, vol. I, à la p. 43.

de trois idées maîtresses, qui n'ont au fond subi que peu d'altérations depuis est sont demeurées des canons essentiels de la culture juridique allemande. La première est que la science juridique n'a qu'un seul objet légitime : le droit positif. Tout le reste relève de la spéculation métaphysique et doit être laissé aux philosophes. La seconde est l'intuition qu'il existe toujours dans la grande variété phénoménale du droit des principes organiques, des lois générales d'organisation qui régissent les rapports mutuels entre différentes composantes du droit. La troisième, enfin, est que la science juridique, pour être une « vraie » science (sous-entendu, pour jouir de la dignité et de la respectabilité intellectuelle des sciences naturelles), doit nécessairement s'attacher à montrer que toutes ces lois d'organisation forment ensemble un système logique complet et cohérent. Autrement dit, la culture juridique allemande héritée du 19^e siècle se caractérise par le sentiment que, *par hypothèse*, une science positive du droit est nécessairement une science de l'unité du droit.

Ce sentiment et cette hypothèse là, les juristes allemands vont l'exporter hors de leurs frontières. L'approche scientifique et systématique s'exporte d'abord dans d'autres juridictions nationales. C'est le cas notamment dans le monde anglo-saxon, où le droit émerge à peine comme discipline académique. John Austin par exemple, après un séjour à l'université de Bonn en 1828, fait état de son admiration pour la science juridique allemande de son époque (il va jusqu'à affirmer qu'il aurait voulu être un professeur allemand). Elle constitue une inspiration et un modèle immédiat pour son *Province of Jurisprudence*, et pour toute son œuvre, dans laquelle il s'efforce de produire une explication scientifique et universelle du droit valable pour toutes les sociétés.⁷⁵⁸ Aux Etats-Unis, la plupart des juristes de la « période classique » de la jurisprudence anglo-américaine (1851-1914) font eux-aussi expressément référence à la *Rechtswissenschaft*, et la citent là encore en modèle.⁷⁵⁹

Mais l'idéal scientifique et systématique va coloniser également la discipline du droit international. On réalise en effet que les concepts et les doctrines développés par les publicistes allemands dans le contexte de la fragmentation et de la dissolution du

⁷⁵⁸ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1861, à la p. xviii.

⁷⁵⁹ Stefan Riesenfeld, « The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples » (1989) 37 *American Journal of Comparative Law* 1. M. H. Hoeflich, « Transatlantic Friendships and the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century » (1987) 35 *American Journal of Comparative Law* 599.

Saint-Empire romano germanique pourraient être appliqués aux problèmes de gouvernance de l'Europe post-napoléonienne.⁷⁶⁰ Très tôt, les internationalistes allemands (Martens, Heffter, Bluntschli) vont donc s'inspirer des méthodes de la *Rechtswissenschaft* et la science allemande du droit international devient rapidement, au 19^e siècle, une science de l'unité du droit international, rationnelle, synthétique, systémique.⁷⁶¹

Cette tradition ne se cantonne pas à l'Allemagne néanmoins. Durant la première moitié du 20^e siècle, elle devient rapidement paradigmatique de la discipline du droit international dans son ensemble. L'influence des grands juristes « émigrés » de langue allemande est ici déterminante. Liber, Oppenheim, Lauterpacht, Friedmann, Schwarzenberger, Kelsen, et d'autres après eux, vont contribuer à disséminer, hors de leur terreau originel, les préceptes de la *Völkerrechtswissenschaft*. Leurs sensibilités politiques et intellectuelles sont loin de s'accorder toujours. Mais tous ont en commun de faire apparaître le droit international comme une science objective, cohérente et unitaire ; tous participent du même effort pour démontrer l'existence – par-delà l'extraordinaire diversité des traités, la volatilité des coutumes, la disparité des pratiques étatiques – de lois générales d'organisation permettant de résoudre les conflits, d'établir des ponts entre différents îlots de droit, de combler les lacunes.⁷⁶²

Il y a sans doute d'autres façons encore d'expliquer la prégnance de la pensée systémique en droit international. Mais il ne fait aucun doute que l'influence croisée de la critique kantienne et de la culture scientifique allemande sont pour beaucoup dans le fait que les internationalistes, pour reprendre la formule de la Commission du droit international, « s'accordent généralement » à dire que le droit international est un système unitaire. On retiendra simplement que l'unité dont il est question ici n'est pas immédiatement donnée dans la réalité juridique. Elle est d'abord une condition logique transcendantale d'interprétation, une forme *a priori* de jugement projetée sur le droit international comme objet de connaissance. C'est ce que, dans notre premier chapitre, nous appelons une unité « en idée » et non « en chair ».

⁷⁶⁰ Martti Koskenniemi, « Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and the Origins of Modern International Law » (2006) 1 NYU Institute of International Law and Justice Working Papers.

⁷⁶¹ Pierre-Marie Dupuy, « Taking International Law Seriously - On the German Approach to International Law » (2007) EUI Working Papers 1 aux pp. 6-8.

⁷⁶² Sur l'apport des juristes émigrés à la vision systémique du droit international, voir Benvenisti, « The Conception of International Law as a Legal System », *supra* note 718, aux pp. 1-4.

2. L'unité axio-logique du droit international

Nous avons d'emblée placé cette étude sous le thème de la complexité. Pour conclure, nous aimerions aborder une toute dernière façon d'envisager la thématique de l'unité du droit international, la plus complexe, difficile et sinueuse sans doute. Cette dernière approche de l'unité, c'est celle qui consiste à penser l'identité et la singularité du droit international sous l'angle des valeurs.

D'entrée de jeu, on est saisi par la difficulté, la bizarrerie presque, de l'affaire. N'y a-t-il pas quelque chose d'étrange à vouloir décrire l'unité du droit en rapport aux valeurs ? Le pluriel d'usage en la matière n'indique-t-il pas que les valeurs, par définition, sont multiples, variables, relatives, mouvantes ? Que l'on songe à la Bourse, où le terme de valeur trouve son terrain de naissance, et l'on est forcé de constater que les valeurs, sans cesse, fluctuent, et qu'une valeur n'a que le prix que le marché veut bien lui accorder de manière transitoire.

A l'inverse, il semblerait que le droit soit tout l'opposé du monde des valeurs : un espace normé où l'on commerce sur un pied d'égalité, dans l'indifférence aux intérêts particuliers, sur la base de règles du jeu neutres, objectives, prévisibles, stables. Ne dit-on pas que le droit est royaume d'ordre et de raison, qu'il est aveugle aux passions et à la morale ? Autrement dit, la valeur du droit n'est-elle pas, justement, de n'en avoir pas ?

On peut se demander, donc, si droit et valeurs ne sont pas au fond deux mondes étrangers et imperméables et si, en parlant de valeurs, on ne se place pas d'emblée « hors droit ». C'est là, on le sait, ce que les positivistes « puristes » voudraient nous faire croire. Mais les choses ne sont pas aussi simples. Il n'y a pas, d'un côté, les règles et le droit et, de l'autre, les valeurs et la morale. Entre les deux univers, les

relations sont nombreuses et complexes, les voies de communication et chemins de traverse souvent sous-terrains, mais bien réels.⁷⁶³

D'abord, parler d'ordre, de neutralité, de prévisibilité, c'est déjà parler de valeurs. Des valeurs essentiellement « formelles », nous y reviendrons. Mais des valeurs tout de même.

Ensuite, et de façon plus significative sans doute, un ordre juridique est toujours le théâtre d'échanges, de négociations, de re-négociations entre le droit positif et les valeurs. Dans la grande variété de rapports entre droit et valeurs, il y a, par exemple :

- *la mise en forme et la mise en œuvre de certaines valeurs par le droit.* Prenons trois règles différentes appartenant à trois branches distinctes du droit. La première fixe une limitation de vitesse sur autoroute. La seconde impose aux constructeurs automobiles certaines normes techniques relatives à la combustibilité des matériaux. La troisième rend obligatoire la souscription d'une assurance automobile. Au premier regard, les trois règles n'ont pas grand-chose en commun : elles n'ont ni le même objet, ni les mêmes destinataires. D'une certaine manière, on peut dire néanmoins que les trois normes ont ceci en commun qu'elles sont rattachées à une seule et même valeur sous-jacente : la sécurité des usagers de la route.⁷⁶⁴ Dans ce cas, on dira que le droit *exprime* ou *traduit* une valeur sociétale.

- *l'arbitrage entre valeurs concurrentes par le droit.* Un tel arbitrage peut se faire de diverses manières. Par équilibrage d'abord. Une règle qui fixe un taux légal d'alcoolémie au volant, par exemple, met en balance la liberté des conducteurs de consommer de l'alcool et la sécurité des usagers de la route. D'autre fois, la règle va trancher plus franchement en faveur de l'une ou l'autre valeur. Par exemple, une loi qui interdit de fumer dans les lieux publics priorise la santé publique sur la liberté des fumeurs. Dans un cas comme dans l'autre, on dira que le droit *articule* les valeurs.

⁷⁶³ Voir Robert Kolb, « Droit et valeurs: la réception de valeurs en droit » (2002) 21 *Refugee Survey Quarterly* 248 ; John Tasioulas, éd., *Law, Values, and Social Practices*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

⁷⁶⁴ Neil MacCormick, « Coherence in Legal Justification » dans Aleksander Peczenik et Lars Lindhal, éd., *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel, 1984, aux pp. 237-238.

- *La sublimation des valeurs par le droit.* Le droit n'est pas simplement une technique qui permet d'effectuer des arbitrages, au cas par cas, entre valeurs concurrentes. Dans tout système juridique, le droit joue également une fonction d'exaltation de certaines valeurs jugées essentielles à la cohérence et à la continuité sociales, qu'il affecte souvent d'un statut spécial d'indérogeabilité. Ce sont les grands « interdits fondateurs » du droit pénal. Ce sont également les droits et les libertés fondamentaux. Ce sont, enfin, les règles d'ordre public, national ou international. On dira, dans ces cas là, que le droit *magnifie* les valeurs.

- *L'anticipation ou l'inspiration des valeurs par le droit.* Si ce sont d'habitude les valeurs qui précèdent le droit, il est des fois où le chemin semble se parcourir dans le sens inverse. Le droit engendre parfois des valeurs qui n'ont pas encore été exprimées ou constituées comme telles. L'exemple du crime contre l'humanité vient à l'esprit. Lorsque le crime contre l'humanité est inscrit en 1945 dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, le droit international pose un interdit fondateur alors même que la notion d'humanité est loin d'avoir été explicitement conçue et définie comme valeur universelle à protéger.⁷⁶⁵ On dira, dans pareilles situations, que le droit *précède* ou *enfante* des valeurs sociétales.

Il y a donc entre droit et valeurs une relation dialectique évidente, un rapport de co-détermination. Le droit, d'une part, exprime, consolide, formalise et met en œuvre des choix de valeur. A l'inverse, les valeurs sont fonction de la légitimité du droit, et donc de son efficacité. Que le droit impose un ordre injuste, qu'il asservisse les masses, qu'il soit insupportable à la majorité des citoyens, et il s'expose à la désobéissance, la résistance et, dans les cas extrêmes, à la révolution. Les valeurs ont donc besoin du droit, et le droit des valeurs. C'est ce que Georges Scelle exprimait quand il disait que la norme juridique est toujours « à la conjonction de l'éthique et du pouvoir ».⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ Voir Mireille Delmas-Marty, « Le paradigme du crime contre l'humanité: construire l'humanité comme valeur » dans Pierre Robert Baduel, éd., *Construire un monde? Mondialisation, pluralisme et universalisme*, Paris, Maisonneuve & Larose, 2007.

⁷⁶⁶ Georges Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, à la p. 9.

Cela ne signifie pas que tout le droit est valeur, ou que toute valeur est susceptible d'être traduite en droit. La règle des douze milles marins n'exprime en droit de la mer aucune valeur particulière. Elle est le fruit simplement d'un compromis entre parties contractantes lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Inversement, des valeurs comme l'amour ou la compassion ne sont pas immédiatement transposables en droit positif. Reste que l'univers juridique est saturé de références aux valeurs, explicites ou non.

De là, on peut se demander s'il n'est pas envisageable de s'intéresser aux valeurs juridiques, et non seulement aux formes du droit, pour saisir la singularité et l'unité d'un ordre juridique.⁷⁶⁷ La question possède un intérêt tout particulier dans le domaine du droit international dans la mesure où, nous l'avons vu, il est sous-déterminé dans ses formes. D'avantage que dans ses règles et ses institutions, et leur agencement ordonné, l'unité du droit international ne se nicherait-elle pas, alors, dans les valeurs juridiques qu'il se fixe comme objectif de préserver et/ou de développer ? Autrement dit, ne peut-on pas imaginer l'unité comme quelque chose qui a à voir, non pas avec la substance immédiate des règles, ni avec la possibilité d'établir entre elles des liens d'ordre logique, mais plutôt avec ce que Gérard Timsit appelle la « sur-détermination » des normes par un système ou un code plus ou moins cohérent de valeurs ?⁷⁶⁸

Cette hypothèse d'une unification par les valeurs, d'une unité dite « axio-logique » du droit, demeure à ce jour relativement marginale et peu considérée en doctrine. La « poussée » des droits de l'homme depuis 1945 tend à lui donner cependant une

⁷⁶⁷ En ce sens, voir Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, supra note 714, à la p. 21 : « In der Tat ist der Versuch, das System einer bestimmten Rechtsordnung als formal-logisches oder axiomatisch-deduktives zu konzipieren, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Denn die innere Sinneinheit des Rechts, die es im System zu erfassen gilt, ist entsprechen ihrer Ableitung aus dem Gerchtigkeitsgedanken nicht logischer, sondern wertungsmässiger, also axiologischer Art » (« l'entreprise qui consiste à conceptualiser le système d'un ordre juridique particulier comme un système formel ou axiomatique-déductif est vouée à l'échec dès le départ. L'unité intrinsèque sémantique du droit, qui se saisit en principe dans le système, est – de par sa dérivation de la notion de justice – non pas logique mais plutôt rattachée aux valeurs, c'est-à-dire de nature axiologique » ; notre traduction).

⁷⁶⁸ Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, aux pp. 151-153. Pour une réflexion générale sur la possibilité et la désirabilité d'une analyse de l'unité du droit international en termes de valeurs, voir Erika De Wet, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order » (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 611 ; Carol Harlow, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values » (2006) 17 *European Journal of International Law* 187.

certaines actualités aujourd'hui, que ce soit dans les systèmes nationaux ou dans l'ordre juridique international.

Au Canada par exemple, l'introduction de la *Charte des droits et libertés* ainsi que certaines décisions récentes de la Cour Suprême amènent certains commentateurs à parler d'une nouvelle forme d'unité en droit public, fondée sur les valeurs sociétales fondamentales.⁷⁶⁹ L'arrêt *Baker*, notamment, semble consacrer une nouvelle axiologie du droit canadien.⁷⁷⁰ On sait que, traditionnellement, il est admis dans les systèmes de common law que certains domaines considérés « sensibles » (gestion des flux migratoires, relations extérieures, sécurité nationale etc.) relèvent du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, et que leurs décisions ne sont pas soumises aux mêmes règles d'équité procédurale, ni au même degré de contrôle judiciaire, que les décisions ordinaires. Certaines prérogatives administratives sont donc non-justiciables, ou du moins justiciables sur la base de motifs restreints et limités.⁷⁷¹ On aurait une sorte de « rule of law » à géométrie variable, dont la portée est fonction des domaines, des intérêts et des personnes (nationaux/étrangers) affectés.

Sur ce point, *Baker* semble introduire un élément nouveau de transcendance en droit canadien. La Cour maintient la distinction de principe entre décisions discrétionnaires et décisions non-discrétionnaires, et confirme que le juge n'a en théorie qu'une compétence limitée pour contrôler la légalité des premières.⁷⁷² Mais tout en reconnaissant que, en général, « il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires », la Cour décide que tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé dorénavant, non pas seulement dans les limites imposées par la loi, mais également dans le respect des « valeurs fondamentales de la société canadienne », telles qu'exprimées dans la *Charte* et dans le droit international.⁷⁷³ Ce que cela signifie, c'est que toutes les branches du droit public – droit constitutionnel, droit administratif,

⁷⁶⁹ Voir David Dyzenhaus, éd., *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, aux pp. 1-6.

⁷⁷⁰ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 S.C.R. 817 [ci-après *Baker*].

⁷⁷¹ Paul Craig, « The Common Law, Reasons and Administrative Justice » (1994) 53 *Cambridge Law Journal* 282.

⁷⁷² *Baker*, au para. 53 : « le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le principe est qu'on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l'utilisation de considérations non pertinentes ».

⁷⁷³ *Ibid.*, au para. 56.

applicable aux canadiens comme aux étrangers – toutes ces branches du droit, donc, sont à présent soumises à un même noyau axiologique commun. Des différences demeurent entre ces divers domaines, mais elles sont en quelque sorte sublimées – ou surdéterminées – pas la soumission à un même code de valeurs humanitaires fondamentales.

En droit international également, on parle depuis quelques années d'un processus d'« humanisation » et de « moralisation » de l'ordre juridique international. Certains auteurs défendent l'idée notamment selon laquelle les droits de l'homme et le droit humanitaire, qui ont d'abord émergé comme des régimes juridiques spéciaux applicables à certains secteurs seulement des relations internationales, se sont progressivement constitués en noyau axiologique autour duquel gravite l'ensemble du droit international, une moelle épinière qui, forte d'un statut normatif spécial (*jus cogens* et obligations *erga omnes*) infuse et irradie tous les domaines du droit, du droit des traités au droit de la responsabilité, en passant par le droit de la mer ou les relations diplomatiques et consulaires.⁷⁷⁴ Là encore, on en revient, même de façon implicite et partielle, à l'idée d'une surdétermination des différentes branches matérielles du droit international par un ensemble plus ou moins organisé et formalisé de valeurs ou de considérations élémentaires d'humanité.

L'objet de cette section n'est pas de démontrer si, et dans quelle mesure, le droit international gravite en effet, aujourd'hui, autour d'un noyau axiologique stable et cohérent. Comme dans le reste de cette étude, nous nous intéressons d'abord aux conditions de possibilité du discours sur l'unité du droit. Notre propos consiste donc en deux choses. D'abord, il s'agit simplement de reconnaître la perspective axiologique comme une perspective valable et disponible théoriquement, au même titre que les perspectives matérielles, formelles, culturelles ou épistémologiques. Mais, partant de là, il s'agit surtout de montrer toute la complexité de la chose, et d'établir que, là encore, elle se prend par plusieurs bouts et à plusieurs niveaux.

⁷⁷⁴ Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006 ; Antonio Augusto Cançado Trindade, « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium » (2005) 316 *Recueil des Cours* 9.

Spontanément et de prime abord, le concept de sur-détermination des normes par les valeurs peut paraître relativement simple et explicite : dans les rapports juridiques se trouvent consacrés et concrétisés de grands principes et de grandes valeurs qui constituent un centre de gravité pour le droit. De même que le noyau représente le point de convergence des forces à partir duquel on peut saisir l'unité de l'atome, les valeurs juridiques fondamentales représentent le point à partir duquel on peut saisir celle d'un système de droit. Mais deux questions se posent immédiatement : de quelles valeurs parle-t-on, et quelle est la nature des liens qui, tels les électrons aux protons, unissent les règles aux valeurs ? Sur ces deux points, l'axiologie du droit international peut se comprendre de diverses manières, et il existe entre ces différentes perspectives de nombreux axes de tension, ce qui pose, nous le verrons, la question de leur articulation.

Ceci étant, commençons par considérer les différentes acceptions possibles du concept de « valeur juridique », et notamment les tensions dialectiques entre valeurs matérielles et valeurs formelles (1), valeurs individuelles et valeurs collectives (2), valeurs-patrimoine et valeurs-programme (3).

2.1 Valeurs matérielles et valeurs formelles

La première distinction fondamentale concerne la différenciation entre valeurs juridiques matérielles et valeurs juridiques formelles.⁷⁷⁵ Entre les deux types de valeurs, il n'y a, à vrai dire, pas grande chose en commun. Les valeurs matérielles, d'une part, désignent des manières d'être et d'agir, des conditions, des qualités ou des conduites qui sont reconnues comme idéales pour la société et qui constituent donc des fins légitimes pour le droit. On pense, par exemple, à la liberté, la justice, l'équité, l'ordre, la sécurité, la dignité ou le bien être. Les valeurs formelles, pour leur part, désignent plutôt des qualités ou des conditions intrinsèques considérées généralement comme nécessaires pour que le droit fonctionne de façon opérante et atteigne efficacement ses objectifs (sous-entendu ses objectifs matériels). On pense par exemple à des conditions comme la généralité, la publicité, la clarté, l'intelligibilité, la

⁷⁷⁵ Voir Van de Kerchove et Ost, *The Legal System Between Order and Disorder*, supra note 714, aux pp. 56-57 ; Duncan Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975) 89 Harvard Law Review 1685, aux pp. 1710-1713.

cohérence (i.e. la non-contradiction) ou la constance des règles et des institutions juridiques. On peut dire, pour reprendre la formule de Fuller, que les valeurs matérielles sont fonction de la moralité « externe » du droit, tandis que les valeurs formelles sont fonction de sa moralité « interne » (*inner morality*).⁷⁷⁶

Il n'y a pas nécessairement contradiction entre valeurs formelles et valeurs matérielles, entre moralité interne et moralité externe. Souvent, elles vont même de pair. On peut dire, par exemple, que la stabilité et la prévisibilité des relations juridiques (valeurs formelles) sont des facteurs importants d'ordre social (valeur matérielle). Mais il est des situations où il existe des tensions manifestes entre valeurs formelles et matérielles. Les mêmes exigences de stabilité et de prévisibilité peuvent par exemple constituer, à un moment donné de l'évolution d'un ordre juridique, un obstacle aux exigences de justice ou d'équité.

Prenons la problématique dite de la « dette odieuse » (*odious debt*), réactualisée depuis les années 1980 par les Etats sous-développés, et plus récemment par les Etats-Unis à propos de la dette contractée par Saddam Hussein en Irak.⁷⁷⁷ La doctrine de la dette odieuse veut que les dettes contractées par un souverain despotique, non pas pour les besoins et dans les intérêts de l'Etat, mais pour fortifier son propre régime et/ou réprimer sa population, ces dettes là, donc, constituent des dettes personnelles du pouvoir, et non des dettes publiques. On considère, en conséquence, qu'elles tombent avec la chute de ce pouvoir. En vertu de cette doctrine, les populations victimes de régimes oppressifs ne seraient donc pas tenues juridiquement par les engagements pris par ces régimes pour leur seul bénéfice propre.

A cette doctrine, on oppose classiquement deux types d'argument. Le premier consiste à dire que la doctrine de la dette odieuse compromet le principe fondamental de la sanctité de l'accord (*pacta sunt servanda*) et le principe de continuité de l'Etat. Le second concerne l'indéterminabilité des concepts de « dette odieuse » et de « régime oppressif » et, en conséquence, les risques d'abus de la doctrine par les débiteurs. Dans

⁷⁷⁶ Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale, Yale University Press, 1969.

⁷⁷⁷ James Feinerman, « Odious Debt, Old and New: the Legal Intellectual History of an Idea » (2007) 70 *Law and Contemporary Problems* 192 ; Christiana Ochoa, « From Odious Debt to Odious Finance: Avoiding the Externalities of a Functional Odious Debt Doctrine » (2008) 49 *Harvard International Law Journal* ; Jeff King, « Odious Debt: The Terms of the Debate » (2006) 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 605.

un cas comme dans l'autre, on estime que la doctrine de la dette odieuse introduit un élément trop important d'insécurité et d'imprévisibilité dans les transactions juridiques internationales.⁷⁷⁸ A cela, les défenseurs de la doctrine répondent en général que c'est là précisément que réside l'intérêt et la force du principe : confrontés au risque de non-remboursement de la dette, les créanciers ne prêteront plus aux régimes despotiques. Ils seront forcés d'agir avec diligence, en s'assurant notamment que les dettes contractées ne sont pas utilisées de façon à asseoir des gouvernements autoritaires.⁷⁷⁹

L'exemple de la dette odieuse démontre bien comment valeurs formelles et valeurs matérielles peuvent, sur une même question, tirer le droit dans deux directions radicalement opposées, voire mutuellement exclusives. L'équité et le bien être des populations victimes (valeurs matérielles) appellent l'annulation des obligations internationales. La stabilité et la prévisibilité des relations juridiques (valeurs formelles) appellent leur maintien. Une même règle ou proposition juridique peut donc être à la fois légitime d'un point de vue externe et illégitime d'un point de vue interne (ou inversement). C'est là un premier axe de tension dans l'axiologie du droit.

2.2 Valeurs individuelles et valeurs collectives

Tout ordre juridique connaît des tensions également entre valeurs individuelles et valeurs collectives.⁷⁸⁰ D'une certaine manière, cette tension est consubstantielle au droit, le droit n'ayant d'autre raison d'être que de régler l'association (le fait de se constituer en société) d'individus ou de groupes d'individus. D'un côté, on trouve donc les valeurs individuelles ou privées, celles que l'on peut rapporter à un individu pris isolément. On pense à des valeurs telles la liberté, la dignité, la prospérité, l'intégrité physique etc. De l'autre, on trouve les valeurs collectives ou sociales, qui ne se limitent jamais à l'individu seul, mais qui néanmoins affectent collectivement tous

⁷⁷⁸ Voir par exemple Christoph Paulus, « Odious Debts vs. Debt Trap: A Realistic Help » (2005) 31 *Brooklyn Journal of International Law* 83, aux pp. 88-90.

⁷⁷⁹ Jonathan Shafter, « The Due Diligence Model: An Executive Approach to Odious Debt Reform » (2007) 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 75.

⁷⁸⁰ Voir Christophe Grzegorzczak, *Théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, LGDJ, 1982 aux pp. 110-112 ; Aleksander Peczenick, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, aux pp. 75-76.

les membres de la société. Il s'agit typiquement des valeurs de paix, de sécurité, de solidarité, de progrès etc.

Là encore, valeurs individuelles et valeurs collectives ne sont pas nécessairement contradictoires. Souvent, elles s'accordent et se soutiennent mutuellement. La solidarité, par exemple, est un mécanisme essentiel de promotion de la liberté et de la dignité individuelle (e.g. la solidarité par l'impôt permet de construire routes, écoles, hôpitaux, logements et autres services sociaux, qui à leur tour favorisent la liberté de circulation et de conscience, l'accès à l'éducation et à la santé etc.). Au point de vue social, disait Proudhon, « liberté et solidarité sont termes identiques : [...] l'homme le plus libre est celui qui a le plus de relations avec ses semblables ». ⁷⁸¹ On peut dire, de même, que la garantie et la promotion des libertés individuelles est un élément déterminant dans l'avènement d'une société juste et pacifiée.

Mais inévitablement, valeurs individuelles et valeurs collectives sont amenées également à se contredire et à s'opposer, à moins bien sûr de croire un peu naïvement aux diverses théories de la « main invisible » en vertu desquelles les valeurs et intérêts de chacun s'accordent spontanément et, par une espèce de providence vertueuse, finissent par rencontrer celles et ceux de la collectivité dans son ensemble. Si, véritablement, les valeurs individuelles et les valeurs collectives s'accordaient spontanément, nous n'aurions à vrai dire plus besoin de droit. Il n'y aurait qu'à *laisser faire*.

On sait que les choses ne marchent pas ainsi. Toute société humaine est traversée par les tensions entre l'individuel et le collectif : tension entre liberté de religion et laïcité, entre libre exploitation des ressources naturelles et protection de l'environnement, entre liberté d'expression et ordre public etc. Et l'on trouve, bien entendu, les mêmes tensions à l'échelle internationale entre valeurs étatiques individuelles (autonomie souveraine, intégrité territoriale, immunités etc.) et valeurs universelles (paix et sécurité internationales, protection de l'environnement, droits de l'homme, développement etc.).

⁷⁸¹ Pierre-Joseph Proudhon, *Oeuvres complètes*, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, 1938, à la p. 138.

La question de la légitime défense préventive illustre bien la tension entre valeurs individuelles et valeurs collectives. Un Etat peut-il user de la force contre un autre Etat en anticipation d'une agression future, pour empêcher la matérialisation d'un risque qui, bien qu'hypothétique, est considéré comme plausible et met en péril son intégrité territoriale ? Sur ce point, le droit international est largement indéterminé. Il n'existe pas de réponse définitive, ni en pratique, ni en jurisprudence, ni en doctrine.⁷⁸² Mais si le droit international est indéterminé, ce n'est pas le fait d'un quelconque défaut, d'une anomalie ou d'une défaillance. L'indéterminabilité du droit international, sur cette question, provient de la tension *insoluble* entre, d'un côté, le droit des Etats à préserver leur intégrité territoriale et, de l'autre, l'exigence de maintien de la paix et de la sécurité internationales.

La préservation de la souveraineté (valeur individuelle par excellence) milite en faveur d'une action préventive dès lors qu'un Etat possède les preuves qu'il risque de faire l'objet d'une agression. On ne peut pas, en d'autres termes, demander à un Etat d'attendre que l'agression se soit matérialisée pour intervenir. En revanche, le maintien de la paix et de la sécurité internationales (valeur collective par excellence) milite en faveur d'une restriction maximale de l'emploi de la force et pour un usage restreint de la légitime défense, limité aux seules situations où la paix a *déjà* été compromise par un acte d'agression. Nous sommes donc en présence de deux valeurs juridiques *universellement reconnues*, et qu'aucun Etat ne conteste, mais qui pourtant engagent le droit international dans deux directions diamétralement opposées.

Toute la difficulté pour le droit, en général, et le droit international, en particulier, est donc de négocier la coexistence entre valeurs individuelles et valeurs collectives, sans jamais renoncer à l'une ou l'autre. C'est là sans doute le dilemme le plus fondamental du droit : il doit *limiter et contraindre* la liberté de chacun afin de *garantir* la liberté de tous, aliéner pour mieux libérer. On demande au droit international de préserver l'autonomie souveraine des Etats et, *en même temps*, de passer outre pour œuvrer au bien commun de l'humanité. Que le droit international œuvre à la paix perpétuelle

⁷⁸² Voir, entre autres, Matthew Flynn, *First Strike: Preemptive War in Modern History*, New York, Routledge, 2008 ; Michael Reisman et Andrea Armstrong, « The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense » (2006) 100 *American Journal of International Law* 525 ; Michael Byers, « Preemptive Self-defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change » (2003) 11 *The Journal of Political Philosophy* 171.

sans garantir la souveraineté des Etats, et il deviendra tout autre chose qu'un droit inter-national, quelque chose comme le droit public d'un Etat cosmopolitique qui risque d'être despotique, puisqu'il ne réserve pas la liberté de chaque peuple de se constituer en Etat indépendant. A l'inverse, que le droit international ne se préoccupe que de préserver l'autonomie souveraine des Etats, et il se condamne à l'impuissance et à l'impotence face aux grands maux de l'humanité – guerres, génocides, crises écologiques etc. Là encore, le droit international est surdéterminé par des échelles de valeurs qui ne sont pas toujours compatibles, sans qu'existe entre elles de hiérarchie immédiatement disponible.

2.3 Valeurs-patrimoine et valeurs-programme

Le troisième axe de tension axiologique concerne ce que nous appelons ici les « valeurs-patrimoine », d'une part, et les « valeurs-programme » d'autre part. Les premières concernent quelque chose qui est « déjà là », un acquis qu'il convient de préserver, une condition qu'il faut perpétuer et maintenir. On pense à des valeurs juridiques telles la dignité, l'autonomie, la sécurité, l'intégrité (physique ou territoriale), la culture ou la biodiversité. Les secondes, à l'inverse, désignent des états ou des conditions qui sont jugés souhaitables mais qui ne sont pas encore réalisés. L'équité intergénérationnelle, la justice distributive, le bien-être ou le développement sont autant de valeurs-programme.

La différence entre ces deux formes de valeurs relève essentiellement du type de réponse et des moyens de mise en oeuvre qu'elles appellent. Les valeurs-patrimoine appellent une protection : protection contre les ingérences extérieures, préservation des écosystèmes, maintien de la diversité biologique ou culturelle. On est donc dans une logique conservatrice de sauvegarde d'un état jugé souhaitable et/ou nécessaire. Les valeurs-programmes, pour leur part, appellent des changements, des transformations, de nouvelles façons de faire, de penser et d'agir : redistribution des richesses, transfert des technologies, intervention humanitaire etc. On est d'avantage dans une logique réformatrice ou interventionniste.

Les rapports entre valeurs-patrimoine et valeurs-programme, à nouveau, ne sont pas toujours pacifiés. Des valeurs reconnues ou consacrées simultanément en droit international peuvent pointer dans des directions différentes, voire franchement antagonistes. C'est le cas, par exemple, de l'intégrité territoriale (valeur-patrimoine) et du droit à l'auto-détermination (valeur-programme), entre lesquels il n'existe pas véritablement de marge de compatibilité. Une minorité ethnique ou religieuse qui revendique son indépendance et établit sa propre forme de gouvernement affecte *nécessairement et inévitablement* la souveraineté territoriale de l'Etat concerné.⁷⁸³ La contradiction peut-être gérée de façon pacifique, lorsque l'auto-détermination est négociée et ratifiée par les différentes parties en présence. Reste que les diverses valeurs exprimées par le droit international, à nouveau, ne pointent pas nécessairement ni spontanément vers l'unité.

2.4 Axiologie d'orientation et axiologie de validation : la sur-détermination souple et stricte

La grande variété des valeurs juridiques est donc un premier élément de complexité dans l'axiologie du droit international. On constate qu'il existe, entre différents ordres de valeurs, des tensions naturelles et, d'une certaine manière, inévitables, comme entre l'individuel et le collectif. Si bien que, si l'on peut dire assurément que le droit international exprime certaines valeurs, on est immédiatement confronté au problème de leur articulation et de l'arbitrage entre valeurs concurrentes : qui sont les arbitres ? Doit-on ou peut-on attendre que les Etats se prononcent sur une hiérarchie définitive des valeurs en droit international ? Ou bien le juge, national ou international, peut-il décider au cas par cas ? Selon quels critères et quelles procédures l'arbitrage doit-il s'effectuer ? Les juristes ont-ils un rôle à jouer dans l'articulation des valeurs et, si oui, lequel ? On voit bien qu'on ne peut se contenter de postuler simplement l'axiologisation ou la moralisation du droit international en listant un certain nombre de valeurs qui se trouvent exprimées dans le droit positif. On est immédiatement renvoyé vers d'autres problématiques, institutionnelles (qui décide ?) ou

⁷⁸³ Sur le conflit inhérent entre droit à l'auto-détermination et souveraineté territoriale, voir Joshua Castellino, *International Law and Self-determination*, Boston, Martinus Nijhoff, 2000, à la p. 75 ; et Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996.

herméneutiques (comment interpréter les valeurs les unes par rapport aux autres ?). Preuve, à nouveau, que l'unité ne se laisse jamais saisir par un seul bout.

La pluralité des ordres de valeurs n'est pas le seul élément de complexité dans l'axiologie du droit international néanmoins. S'il existe plusieurs façons d'appréhender les valeurs juridiques, il existe également diverses manières d'envisager les liens qui unissent les valeurs aux règles. On dit que l'unité axiologique du droit international désigne la « sur-détermination » des règles par les valeurs. Mais que signifie exactement cette « sur-détermination » ? A quels types d'interaction renvoie-t-elle ? Sur ce point, il existe, nous semble-t-il, deux perspectives au moins, que l'on appellera ici sur-détermination *souple* et sur-détermination *stricte*.

La sur-détermination souple répond à une logique d'*orientation* des normes ou des activités juridiques par les valeurs. L'idée, ici, est que les valeurs constituent un support idéal vers lequel tendent les règles et/ou les institutions. Cela peut vouloir dire deux choses sensiblement différentes.

Les valeurs peuvent tout d'abord constituer un point de mire interprétatif, c'est-à-dire un point focal vers lequel l'interprète, et notamment le juge, fait converger les règles qu'il met en œuvre. Pour mieux comprendre, prenons un exemple historique. On sait que la révolution russe de 1917 a posé un gigantesque problème de fragmentation du droit. Suite à la révolution d'octobre, les institutions impériales sont défaites ; Lénine accorde aux diverses minorités ethniques le droit à la sécession ; aux nations qui ne se séparent pas de la Russie, il offre une large autonomie régionale ; enfin, des « tribunaux du peuple » sont créés dans toutes les provinces, mais sans qu'aucun tribunal d'appel ni aucune Cour suprême ne soit institué pour unifier la jurisprudence. L'ordre juridique post-révolutionnaire est donc chaotique, et le demeurera d'ailleurs jusqu'à la constitution de l'URSS en 1922. Outre les problèmes constitutionnels posés par le renversement de l'Empire et les sécessions, on constate notamment des variations considérables dans les peines pénales et dans la façon dont les différents tribunaux traitent des problèmes de droit civil.⁷⁸⁴

⁷⁸⁴ F.J.M. Feldbrugge, *Russian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, aux pp. 90-95.

Pour mettre un semblant d'ordre dans la pratique des tribunaux du peuple, un décret est promulgué cependant en 1917, qui donne instruction aux juges de rendre leurs décisions sur la base des législations tsaristes qui n'ont pas été abolies, mais seulement dans la mesure où elles sont conformes à la « conscience et au sentiment du droit révolutionnaire ». ⁷⁸⁵ Le droit soviétique est donc, dans cette période post-révolutionnaire, un droit désarticulé, désincarné, laconique et fragmentaire. Mais ce regard commun porté vers les valeurs du socialisme, cette axiologisation herméneutique et progressive par référence aux standards révolutionnaires, constitue un ferment d'unité, un point de mire certes un peu lointain, mais qui permet de maintenir un degré minimal de cohérence judiciaire. ⁷⁸⁶

La sur-détermination souple peut s'entendre d'une autre manière néanmoins, qui renvoie aux valeurs comme à des principes de cohérence *narrative* cette fois. On parle ici d'orientation des règles par les valeurs, non pas en ce sens qu'elles constituent une visée herméneutique pour le juge, mais plutôt parce qu'elles représentent un foyer d'intelligibilité à partir duquel on peut expliquer et analyser – c'est-à-dire *évaluer* – tout le reste. Certains auteurs sont d'avis, par exemple, qu'il est possible de saisir la totalité d'une discipline comme le droit des contrats à travers le seul principe de l'autonomie des parties, valeur première à partir de laquelle tout le reste découlerait. ⁷⁸⁷ D'autres opposent que c'est la force morale de la promesse, d'avantage que l'autonomie des parties, qui constitue la valeur-phare permettant de construire une théorie unifiée du droit des contrats. ⁷⁸⁸ Mais dans un cas comme dans l'autre, on pense l'unité du droit en rapport à une valeur fondamentale qui éclaire l'ensemble de la discipline.

Certains auteurs font la même analyse du droit international. Henkin par exemple considère que l'on peut expliquer tout le droit international, ou presque, en rapport aux trois axiomes fondamentaux de la souveraineté : indépendance, égalité et autonomie

⁷⁸⁵ P. Stucka, Robert Sharlet, Peter Maggs et Piers Beirne, éd., *Selected Writings on Soviet Law and Marxism*, New York, Sharpe, 1988, à la p. 184 ; Lewis Siegelbaum, *Soviet State and Society Between Revolutions, 1918-1929*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, à la p. 15.

⁷⁸⁶ John Hazard, « Unity and Diversity in Socialist Law » (1965) 30 *Law and Contemporary Problems* 270, aux pp. 270-272.

⁷⁸⁷ Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

⁷⁸⁸ Stephen Smith, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

des Etats.⁷⁸⁹ On sait que cette version est largement contestée aujourd'hui, par des auteurs notamment qui considèrent que ce sont les droits de l'homme, et non plus les droits des Etats, qui constituent le fondement éthique, le centre de gravité axiologique du droit international moderne.⁷⁹⁰ Mais peu importe. Dans un cas comme dans l'autre, on considère que le droit international est mu par des valeurs cardinales qui constituent des poteaux indicateurs, pour reprendre l'expression de Kant, des boussoles permettant de naviguer et de se repérer dans l'océan des phénomènes juridiques.⁷⁹¹ Le recours aux valeurs, dans cette perspective, permet de rassembler dans une unité provisoire de sens la diversité des données réelles. Les valeurs, en d'autres termes, « donnent le la », c'est-à-dire la note ou le ton à partir duquel toutes les institutions juridiques s'accordent, tels les instruments de musique dans un orchestre.

La sur-détermination *stricte*, pour sa part, répond à une logique sensiblement différente. Elle désigne l'hypothèse où les valeurs sont consacrées comme d'authentiques critères de validité des règles.⁷⁹² Cette hypothèse recouvre toutes les situations où un ordre juridique élève certaines valeurs fondamentales au rang de normes supérieures, et fait de la conformité à ces valeurs supérieures un critère de légalité. L'unité axiologique du droit renvoie donc, dans cette perspective, à l'existence d'un noyau dur de valeurs impératives, c'est-à-dire de valeurs auxquelles les règles et pratiques juridiques ne peuvent déroger, sous peine d'être invalidées.

L'existence d'un pareil noyau axiologique impératif est bien établie dans la plupart des systèmes juridiques nationaux. Elle s'exprime généralement sous la forme de « droits fondamentaux » et de règles d' « ordre public », écrites ou non-écrites. Bien souvent, ces valeurs juridiques fondamentales sont d'ailleurs codifiées dans des instruments à portée constitutionnelle – déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France, Charte des droits et libertés au Canada, bill of rights aux Etats Unis, en Nouvelle-Zélande ou en Afrique du Sud.

⁷⁸⁹ Louis Henkin, *International Law : Politics, Values and Functions*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, aux pp. 130-131.

⁷⁹⁰ Voir par exemple Fernando Teson, *A Philosophy of International Law*, Boulder, Westview Press, 1998.

⁷⁹¹ Emmanuel Kant, *Que signifie s'orienter dans la pensée?*, Paris, Flammarion, 1991, à la p. 66.

⁷⁹² Sur les valeurs comme critères de validité axiologique du droit, voir notamment François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, aux pp. 337-339.

La situation dans l'ordre juridique international, il va sans dire, est plus incertaine. On sait par exemple que le droit international est dénué de constitution, ou plutôt qu'il est doté d'une pluralité d'instruments à dimension constitutionnelle – Charte des Nations Unies, Constitution Européenne, Constitution de l'OIT, Accord Instituant l'OMC etc. – dont les rapports mutuels ne répondent à aucun ordonnancement hiérarchique d'ensemble. Cela ne signifie pas qu'on ne trouve en droit international aucun élément de sur-détermination stricte. Il est de mieux en mieux admis, au contraire, que certains principes fondamentaux de l'ordre juridique international – les normes de *jus cogens* – jouissent d'un statut normatif privilégié qui les distingue des règles ordinaires.

La chose est maintenant bien établie. Nul besoin, donc, de la développer en détail ici. On rappellera simplement que, malgré des réticences doctrinales au fond assez marginales⁷⁹³, on s'accorde aujourd'hui très largement pour dire que les normes de *jus cogens* constituent un « droit supérieur », et que cette supra-légalité se manifeste à deux égards notamment. D'abord, les normes de *jus cogens* sont des obligations dites *erga omnes*, i.e. dues à la communauté internationale dans son ensemble.⁷⁹⁴ Cela signifie, en pratique, que tous les Etats ont un intérêt juridique à les voir protégées et que tous, en conséquence, ont compétence pour en faire constater la violation et invoquer la responsabilité de l'auteur de l'acte illicite, même lorsqu'ils ne sont pas directement lésés.⁷⁹⁵ Les normes de *jus cogens* sont, en second lieu et de façon plus significative, des normes « intransgressibles », c'est-à-dire des normes auxquelles il est strictement impossible de déroger, y compris par voie de traité ou de réserve.⁷⁹⁶ Tout

⁷⁹³ Voir par exemple Michael Glennon, « De l'absurdité du droit impératif (Jus cogens) » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 529 ; Ulf Linderfalk, « The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? » (2007) 18 *European Journal of International Law* 853.

⁷⁹⁴ Si toutes les normes de *jus cogens* ont un effet *erga omnes*, toutes les obligations *erga omnes* n'ont pas, à l'inverse, le statut de *jus cogens*. Voir, sur ce point, Michael Byers, « Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules » (1997) 66 *Nordic Journal of International Law* 211.

⁷⁹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* [1970] C.I.J. Rec. 3 au para. 36 : « vu l'importance des droits en cause, tous les Etats 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* ».

⁷⁹⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 154, art. 53 : « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général » ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [1996] C.I.J. Rec. 226 au para. 79 : « Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ».

acte ou comportement contraire au *jus cogens* est donc frappé automatiquement d'invalidité ou d'illicéité.

Nous sommes donc en présence, avec le *jus cogens*, d'un corps de valeurs juridiques fondamentales qui priment les droits et obligations ordinaires et constituent, ensemble, une sorte d'« ordre public mondial ». ⁷⁹⁷ Il y a là, à n'en pas douter, un élément embryonnaire de sur-détermination stricte en droit international. Logique de sur-détermination stricte, dans la mesure où la conformité aux valeurs juridiques cardinales qu'exprime le *jus cogens* est consacrée comme critère de validité matérielle des normes. Mais axiologie embryonnaire néanmoins, dans la mesure où le *jus cogens* se compose aussi bien de valeurs humanitaires universelles (droits de la personne, prohibition de la torture et de l'esclavage, crimes de guerre) que de valeurs étatiques individuelles (non-ingérence, immunités souveraines, non-recours à la force), et qu'il y a entre ces deux ordres de valeurs, entre ces deux couches axiologiques, des tensions et des contradictions axiologiques évidentes. ⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-306/01, [2005] E.C.R. II-03533 au para. 277, où la Cour de Justice des Communautés européennes, après avoir refusé en principe de contrôler la légalité des sanctions économiques adoptées par le Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme, considère qu'elle est « néanmoins habilitée à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger ».

⁷⁹⁸ Voir par exemple *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2001), XI Cour Eur. D.H. (Sér. A) 79 ; où la Cour européenne des Droits de l'Homme était sommée d'effectuer un arbitrage entre le droit d'obtenir réparation pour des actes de torture et l'immunité de juridiction des Etats. La Cour, tout en reconnaissant que la prohibition de la torture possède en droit international le statut de *jus cogens*, a fini par conclure que l'immunité des Etats constituait une barrière procédurale absolue en cas d'actions civiles pour actes de torture : « l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international [...] Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture [...] En conséquence, même si elle note que l'importance primordiale de la prohibition de la torture est de plus en plus reconnue, la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for » (para. 61-66). Sur la tension inhérente entre les deux « couches » de droit international (la couche humanitaire et la couche souveraine), voir Marco Sassoli, « L'arrêt Yerodia: Quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international » (2002) 106 *Revue Générale de Droit International Public* 791.

2.5 Conclusions intermédiaires : l'enchaînement tâtonnant des mille nuques

« Créer des valeurs nouvelles, le lion lui-même n'y est pas encore apte ; mais s'affranchir afin de devenir apte à créer des valeurs nouvelles, voilà ce que peut la force du lion.

[...]

En vérité, les hommes se sont donnés à eux-mêmes leur règle du bien et du mal. En vérité, ils ne l'ont ni empruntée ni trouvée, elle ne leur est point venue comme une voix du ciel.

[...]

Il y eu jusqu'à ce jour mille fins différentes, car il y a eu des milliers de peuples. Ce qui manque, c'est la chaîne passée à ces mille nuques, c'est une fin unique. L'humanité n'a pas encore de fin.

Mais dites-moi, mes frères, si l'humanité souffre de manquer de fin, ne serait-ce pas qu'il n'y a pas encore d'humanité ?

Friedrich Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*⁷⁹⁹

Nous avons voulu montrer, dans les paragraphes précédents, deux choses : qu'il est concevable théoriquement d'aborder la question de l'unité du droit international sous l'angle des valeurs qui s'y trouvent exprimées ; mais en même temps que l'axiologie du droit ne se laisse jamais appréhender facilement. Ce qui apparaît, c'est en réalité qu'en voulant transcender la multiplicité des règles et des institutions par un appel aux valeurs, on passe d'un niveau de complexité à un autre. D'abord parce qu'il n'y a pas d'échelle stable et bien faite de valeurs juridiques. En vérité, il y a « mille fins différentes », comme le dit Zarathoustra, et pas simplement parce qu'il y a mille peuples, mais également parce que, là même où l'on a des valeurs communes, ces valeurs peuvent être de natures fort variées et qu'il n'y a pas de rapport simple ni prédéterminé entre ces différents types de valeurs. Ensuite parce que la sur-détermination des règles par les valeurs peut s'entendre de diverses manières, qui répondent à des logiques différentes, tantôt logique de focalisation interprétative, tantôt logique d'orientation narrative, tantôt logique de validation impérative. D'unité axiologique, il existe donc plusieurs niveaux et plusieurs modèles.

Parler d'unité axiologique du droit international n'est donc pas chose simple. L'axiologie du droit n'est pas là, immédiatement disponible et préétablie. Il n'y a point de table des valeurs qui nous viendrait « comme une voix du ciel ». Mais cela ne veut surtout pas dire que l'on ne peut pas en parler, et que la voie des valeurs nous est

⁷⁹⁹ Friedrich Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Paris, Flammarion, 1996, aux pp. 65 et 100.

barrée définitivement. Zarathoustra, internationaliste avant l'heure, fait le constat qu'il manque à l'humanité une chaîne de valeurs unique. Mais immédiatement, il rajoute : « dites-moi, mes frères, si l'humanité souffre de manquer de fin, ne serait-ce pas qu'il n'y a pas encore d'humanité ? ». L'important, ici, c'est bien entendu l'adverbe « encore ». Il suggère en effet que l'humanité n'est pas là, mais qu'elle est en train de se faire.

La voie axiologique est donc une possibilité du discours sur l'unité du droit international, pour autant qu'on en use « à tâtons », comme nous y invite Mireille Delmas-Marty.⁸⁰⁰ A tâtons, cela veut dire simplement avec prudence, en gardant à l'esprit que nulle communauté de valeurs ne nous est donnée d'emblée, que les choses se font par des avancées lentes et discontinues, que différents ordres de valeurs (valeurs étatiques, humanitaires, marchandes et non-marchandes) émergent simultanément à l'échelle nationale, régionale, internationale, et que, entre ces ordres de valeurs, l'articulation ne se fait pas selon un vaste plan d'ensemble, mais plutôt par à-coups, par surgissements, par bricolage presque.

Puisqu'il n'y a, en droit international, aucune autorité capable d'effectuer, entre valeurs concurrentes, des arbitrages valables partout et pour tous, l'enchaînement des « mille nuances », que Zarathoustra appelle de ses vœux, cet enchaînement, donc, se fait en ordre dispersé. Ici, on pose quelques grands interdits fondateurs (crimes de guerre et crimes contre l'humanité). Ailleurs, on développe une technique juridique pour tenter de réconcilier l'universalité des droits de l'homme et la diversité des cultures nationales (marge nationale d'application). Ailleurs encore, on s'essaye – avec un succès très relatif – à une intégration des valeurs marchandes et des valeurs non marchandes (rhétorique du développement durable).

Il se passe des choses, donc, du côté des valeurs. Et l'on peut imaginer, ou espérer avec Mireille Delmas-Marty, que c'est par les valeurs que l'humanité va finir par se constituer. On retiendra simplement ici qu'il faut prendre l'unité axiologique du droit international pour ce qu'elle est : non pas un catalogue de valeurs qui serait

⁸⁰⁰ Cours 2007-2008 au Collège de France, *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs*, conclusion générale du 20 mai 2008, en ligne (audio) : < http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/contenu_coursbrseminaires_ante.htm>.

naturellement là, et qu'il suffirait de dénicher derrière la pénombre et les flous du droit, mais plutôt une construction graduelle et complexe.

Conclusion générale/ *L'Unitas Multiplex*

« Un à un
les Huns
passent l'Aisne.
Nos aines confondent nos haines,
Henri Heine.
Un à un
les Huns
deviennent des nains.
Perdez-vous dans l'Ain
et non dans l'Aisne.

Hein? »

Robert Desnos, *Corps et biens*⁸⁰¹

L'homme, nous dit Schopenhauer, est un animal métaphysique.⁸⁰² Par nature, il a la volonté de savoir. Par nature, donc, il recherche l'unité. Car si l'homme désire donner un sens à son univers, malgré son infinie variété, il n'a d'autre choix que de se révolter contre le désordre qui l'entoure et de présupposer qu'il y règne des principes et des lois qu'il peut saisir et maîtriser. Cet appétit naturel et instinctif, Albert Camus l'a nommé « la nostalgie d'unité », une nostalgie bien absurde à ses yeux d'ailleurs, puisque, inévitablement, elle se heurte à la dispersion et à la contradiction du réel empirique.⁸⁰³

L'homme est aussi un animal dont l'esprit est captif du corps.⁸⁰⁴ Son champ perceptif est spontanément découpé et organisé en unités sensorielles. Il est conditionné, par une sorte de disposition congénitale, à interpréter son environnement et son existence en

⁸⁰¹ Robert Desnos, *Corps et biens*, Paris, Gallimard, 1968, à la p. 58.

⁸⁰² Arthur Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Paris, PUF, 1996, à la p. 294.

⁸⁰³ Albert Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, aux pp. 34-35.

⁸⁰⁴ Willard Quine, *The Roots of Reference*, La Salle, Open Court, 1990, à la p. 54 : « Bodies, bodily identity and bodily persistence, are the mainstay of ontology. Bodies, for the common man, are basically what there are ; and even for the esoteric ontologist bodies are the point of departure. Man is a body-minded animal ».

termes d'unité et de clôture. L'unité, en ce sens, est une condition universelle de la pensée, qui se mêle à toutes ses opérations. Elle fait partie de notre constitution innée et contrôle l'interprétation de notre expérience, soit-elle individuelle ou collective.

Cette thèse est partie d'un constat assez simple. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, et plus encore depuis la fin de la guerre froide, la discipline du droit international est saisie par une sorte d'angoisse postmoderne. Face à l'emballement des évolutions techniques, sociales et culturelles, au sentiment d'accélération de l'histoire, à l'étirement exponentiel du champ juridique, à la multiplication des règles et des institutions, à l'apparition de nouvelles formes juridiques monstrueuses, bon nombre d'internationalistes se sentent jouets d'une histoire lancée en roue libre, et à toute vitesse, vers une destination incertaine. La problématique de la fragmentation est née de ce sentiment que le droit international est engagé aujourd'hui dans une espèce de fuite en avant, dont les juristes ne maîtrisent plus ni la trajectoire, ni les rythmes. Cette évolution, tous les internationalistes ne la vivent ni ne s'en inquiètent nécessairement de la même manière. Ce qui est certain, néanmoins, c'est qu'elle passionne.

Le problème, nous a-t-il semblé, c'est que, coincée entre angoisse et passion justement, l'unité, d'abord nostalgique et innée, est devenue quelque peu compulsive, presque obsessionnelle, et en tout cas irréfléchie. D'une simple prédisposition, l'unité est devenue une formule un peu vide de sens que l'on martèle comme pour essayer de ralentir l'histoire et de contrôler un peu les débordements du droit, mais sans vraiment la discuter, la justifier ou l'expliquer, comme si l'unité avait toujours été là, et comme s'il s'agissait d'un concept suffisamment stable et manifeste pour qu'il ne soit nécessaire de l'explicitier.

En réaction à cet usage un peu sauvage, indéfini et simplifiant du concept d'unité, la démarche de cette étude a consisté à mettre en suspens le discours sur la fragmentation du droit international, non pas pour prendre position pour ou contre la prolifération des institutions, les régimes spéciaux ou l'autonomisation des diverses branches du droit, mais pour poser une question préliminaire sans laquelle, nous semble-t-il, tout le reste n'a au fond que peu de sens : que peut bien vouloir dire la formule selon laquelle le droit international est unitaire ? On parle abondamment de l'unité du droit

international, et des menaces qui pèseraient aujourd'hui sur elle, mais sait-on vraiment de quoi cette unité retourne ?

Si la question peut paraître élémentaire à première vue, nous avons cherché à démontrer, tout au long de notre analyse, qu'elle est au contraire d'une infinie complexité. Complexité, tout d'abord, en raison de la multitude des niveaux d'analyse, des portes d'entrée, des angles d'approche. Le discours conventionnel limite pour l'essentiel la question de l'unité aux règles, à leur compatibilité matérielle et à leur ordonnancement formel. Nous avons cherché à démultiplier l'analyse, et à montrer qu'on pouvait prendre la chose par au moins trois autres bouts, ce que nous avons appelé la perspective culturelle, la perspective épistémologique et la perspective axiologique.

Complexité également parce que chaque niveau ou chaque perspective d'unité peut, à son tour, s'entendre de différentes manières. L'unité matérielle renvoie à la question des conflits de normes, mais il y a pas moins de trois définitions possibles du conflit. L'unité formelle désigne l'agencement ordonné entre les normes juridiques, mais ces rapports d'agencement peuvent s'entendre du point de vue institutionnel, inter-normatif ou herméneutique. L'unité culturelle a trait aux structures internes du droit international en tant que discipline intellectuelle et professionnelle, mais ces structures peuvent être discursives comme mentales. L'unité axiologique s'entend comme la surdétermination des règles et des institutions par des valeurs juridiques, mais la surdétermination peut répondre à une logique de supralégalité comme à une simple logique d'orientation.

Complexité, enfin, parce que le droit international est un droit désincarné, un droit sans fond ni plafond, ce qui soulève un certain nombre de problématiques propres à l'ordre international : problème de la déterminabilité et de l'acceptation généralisée des règles secondaires, problème de la relative invisibilité du collège des internationalistes, ou problème encore de l'enchaînement entre différents ordres de valeurs juridiques.

En parvenant à la conclusion générale de cette thèse, nous sommes donc confrontés à une sorte de paradoxe. Partis pour expliciter un concept un peu flou, que personne ne

met vraiment en mots, on se retrouve en fin de compte en face d'une complexité à trois couches. On a envie de dire, pour paraphraser Desnos, que l'on se perd dans l'un !

Ce chamboulement et cet éparpillement sémantique, nous l'assumons pleinement. Certes, il y a quelque chose de rassurant dans la forme du même et dans la stabilité des savoirs. Certes, le fait de maintenir les choses dans une relative obscurité théorique permet d'atteindre des consensus un peu mous, des unanimités de surface. Francis Bacon l'avait joliment exprimé à sa manière : « *all colours agree in the dark* » !⁸⁰⁵ Mais Bacon rajoute immédiatement qu'on doit regarder comme fausses ces ententes et ces unités de surface. Elles sont fondées, dit-il, sur une « ignorance implicite » qui mène en fin de compte à la confusion, d'avantage qu'à l'accord.

Nous avons donc cherché à sortir de cette espèce d'ignorance implicite qui, à ce jour, continue de présider aux débats sur l'unité et la fragmentation du droit international. En reconsidérant l'idée un peu flottante que l'on se fait de l'unité, on pose bien entendu beaucoup plus de questions qu'on n'apporte de réponses. Nous avons cependant établi au moins deux choses essentielles. La première est qu'il existe plusieurs façons pour le droit international d'être « un ». La seconde est que, selon que l'on choisit l'une ou l'autre perspective, on ne parle pas d'unité de la même manière. Les objets, les critères et les dynamiques varient d'un niveau d'analyse à l'autre. On a affaire, au final, à un assemblage de différentes forces ou de différentes dynamiques d'unité qui peuvent être complémentaires, concurrentes ou antagonistes. *L'unitas multiplex* désigne cette réalité complexe et plurielle de l'unité.⁸⁰⁶

Ceci étant, plutôt que de reformuler ici un à un tous les arguments développés dans cette recherche, nous avons décidé de les intégrer de façon concrète et dynamique dans une conclusion générale en forme de prolongement et d'ouverture. Prolongement, d'abord, pour montrer à travers un exemple concret que notre travail sur le concept

⁸⁰⁵ Francis Bacon, *Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1955, à la p. 8 : « there be also two false peaces, or unities : the one, when the peace is grounded, but upon an implicit ignorance ; for all colors will agree in the dark : the other, when it is pieced up, upon a direct admission of contraries, in fundamental points. For truth and falsehood, in such things, are like the iron and clay, in the toes of Nebuchadnezzar's image ; they may cleave, but they will not incorporate ».

⁸⁰⁶ Sur la notion d'*unitas multiplex*, voir Edgard Morin et Jean-Louis Le Moigne, *L'intelligence de la complexité*, Paris, L'Harmattan, 1999, aux pp. 224-226.

d'unité ne présente pas qu'un intérêt théorique ou philosophique, mais qu'il est également opératoire, c'est-à-dire qu'il produit des effets sur notre vision et notre interprétation du droit international. Ouverture, ensuite, sur certains enjeux sociologiques et professionnels qui se tapissent derrière le débat sur la fragmentation, et qui expliquent, selon-nous, le maintien de la problématique de l'unité dans le flou théorique qui est aujourd'hui le sien.

1. Variations optiques : Tadic revisité

« C'est drôle comme les choses peuvent changer d'aspect, parfois, lorsqu'on les regarde d'un point de vue différent de celui sous lequel on les a toujours connues »

Michel Tremblay, *Contes pour buveurs attardés*⁸⁰⁷

Tout au long de cette étude, nous avons travaillé au corps le concept d'unité. Ce qui en est ressorti, c'est que, loin d'être univoque, il s'entend au contraire à des niveaux fondamentalement différents, et que chaque niveau conceptuel a sa propre logique sous-jacente. Nulle perspective n'a donc pour elle le poids de l'évidence. Nulle n'est objectivement ou logiquement supérieure aux autres. Aussi les arguments relatifs à la fragmentation du droit international sont-ils nécessairement contingents. Ils reflètent une certaine perspective narrative sur l'unité et, au final, certaines préférences quant à la nature du droit et sa fonction dans les relations internationales. Ce qui a l'air fragmenté d'un certain point de vue va paraître unitaire d'un autre point de vue. Un exemple récent devrait suffire à l'illustrer.

La décision rendue par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Le Procureur c/ Dusko Tadic* est considérée, dans la littérature conventionnelle, comme l'instance de fragmentation *par excellence*.⁸⁰⁸ Rappelons brièvement ce dont il s'agissait.

⁸⁰⁷ Michel Tremblay, *Contes pour buveurs attardés*, Montréal, Editions du Jour, 1979, à la p. 110.

⁸⁰⁸ *Procureur c. Dusko Tadic* (1999), Affaire n°IT-94-1-A (Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) [ci-après *Tadic*].

Dans cette affaire, la Chambre d'appel était amenée, entre autres choses, à se prononcer sur le caractère – interne ou international – du conflit en Bosnie, afin de déterminer si la IV^e Convention de Genève relative à la protection des civils en temps de guerre était applicable aux crimes commis par le prévenu. Pour ce faire, elle devait décider, à titre liminaire, si les actes perpétrés en Bosnie par l'*Armée serbe de Bosnie-Herzégovine/Republika Srpska* (VRS) étaient imputables à la République fédérale de Yougoslavie (RFY), ce qui aurait pour effet immédiat d'internationaliser le conflit.

Dans l'objectif – parfaitement assumé par le tribunal – d'étendre le champ d'application de la IV^e Convention de Genève, la Chambre d'appel a retenu le critère souple dit du « contrôle global », en lieu et place du critère du « contrôle effectif » retenu par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Nicaragua*, et en vertu duquel l'attribution à un Etat d'actes commis par des individus ou des groupes d'individus requiert de l'Etat qu'il ait directement ordonné ou imposé la perpétration des actes visés.⁸⁰⁹ Aux yeux de la Chambre d'appel, ce critère là n'est pas pertinent, du moins pas en présence de groupes armés organisés et structurés tels la VRS. Aux fins de déterminer si l'intervention d'un Etat tiers dans un conflit interne a pour effet d'internationaliser le conflit, il suffirait de démontrer que l'Etat a « joué un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification » des opérations militaires. Il n'est pas nécessaire, estime la Chambre d'appel, d'établir l'émission par l'Etat d'instructions spécifiques.⁸¹⁰

L'immense majorité des internationalistes a interprété la décision du TPIY comme une décision qui remet en question l'unité du droit international. Gilbert Guillaume, élu Président de la Cour internationale de Justice quelques mois après le prononcé de la Chambre d'appel, s'est ému d'un arrêt qui « brise » le droit et a parlé de rien de moins qu'un risque de « chaos » en droit international public.⁸¹¹ La Commission du Droit international, dont l'approche des questions de fragmentation est pourtant plus nuancée, parle d'un précédent « particulièrement problématique » qui compromet la

⁸⁰⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, [1986] C.I.J. Rec. 14 [ci-après *Nicaragua*] au para. 115. La Cour internationale de Justice a récemment confirmé sa jurisprudence *Nicaragua*, en rejetant expressément la décision *Tadic*, dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* [ci-après *Convention sur le génocide*], non publié, en ligne : < <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>>, au para. 396-407.

⁸¹⁰ *Tadic*, au para. 137.

⁸¹¹ Guillaume, « La Cour internationale de Justice - Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire », *supra* note 10, à la p. 331.

sécurité des relations juridiques et l'égalité entre sujets de droit.⁸¹² Même les auteurs qui ont de la fragmentation une opinion plutôt favorable, ou qui du moins considèrent que le phénomène est au fond relativement bénin ou marginal, même ceux là, donc, voient dans *Tadic* un exemple de fragmentation.⁸¹³ On semble donc s'accorder partout pour dire que la décision du TPIY érode – pour le meilleur ou pour le pire – l'unité du droit international.

Notre thèse vient remettre en cause cela justement. Si l'on applique notre grille de lecture à la décision du TPIY, on se rend compte en effet que cette conclusion est en réalité prédéterminée par une vision bien particulière de l'unité, et que d'autres perspectives mènent à d'autres conclusions. Considérons successivement, pour bien saisir le caractère opératoire de notre travail sur le concept d'unité, la perspective matérielle, la perspective culturelle, puis la perspective axiologique.

L'idée selon laquelle *Tadic* constituerait une instance de fragmentation du droit international est fondée sur une approche matérielle de l'unité. On considère qu'il y a entre les deux critères adoptés par la CIJ et le TPIY une incompatibilité normative, et que cette incompatibilité est source d'incohérence. L'avis général est, en d'autres termes, qu'il y a entre les deux décisions un conflit, et que ce conflit compromet l'unité du droit international. Ce que nous apprend notre troisième chapitre, néanmoins, c'est que la notion de conflit peut s'entendre de diverses manières. Or, selon la définition retenue, on réalise qu'il n'y pas nécessairement de conflit entre *Nicaragua* et *Tadic*.

Prenons en premier lieu la définition étroite du conflit. Le conflit *stricto sensu* renvoie, pour mémoire, aux antinomies déontiques, c'est-à-dire aux situations où deux normes sont réellement, mutuellement et mécaniquement exclusives. Il y a conflit, en d'autres termes, lorsqu'il n'existe entre deux normes aucune marge de compatibilité.⁸¹⁴ Sur ce point, on peut douter qu'il y ait une antinomie véritable entre le critère *Nicaragua* et le critère *Tadic*.

⁸¹² Koskenniemi, *Rapport définitif*, *supra* note 11, au para. 51-52.

⁸¹³ Voir par exemple Rosalyn Higgins, « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench » (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 791, à la p. 794 ; Pemmaraju Sreenivasa Rao, « Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or Its Fragmentation? » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 929, aux pp. 955-957.

⁸¹⁴ *Supra* note 231-248 et texte correspondant.

En effet, et contrairement à ce qui est généralement admis, le TPIY ne rejette pas en bloc le critère du contrôle effectif posé par la CIJ. La décision de la Chambre d'appel, en réalité, est plus complexe que cela. Ce que nous dit le Tribunal, c'est que, s'il est généralement admis que l'imputation à un Etat d'actes accomplis par des particuliers exige que l'Etat ait exercé un certain contrôle sur eux, le *degré de contrôle* requis peut varier selon les circonstances.⁸¹⁵ La Chambre d'appel est d'avis notamment qu'il faut faire le *distingo* entre deux cas de figure : la situation où les actes sont perpétrés par un particulier isolé ou par des groupes non organisés d'individus ; et celle où les actes sont accomplis par des groupes organisés et structurés hiérarchiquement, comme des unités militaires ou des groupes rebelles armés. Pour la Chambre d'appel, il ne fait aucun doute que le critère du contrôle effectif (*Nicaragua*) doit s'appliquer au premier cas de figure.⁸¹⁶ Mais elle considère que la seconde hypothèse doit être couverte par un critère plus souple. Les groupes organisés étant dotés d'une structure, d'une chaîne de commandement, de règles et de symboles d'autorité, les membres du groupe n'agissent pas de manière indépendante, mais plutôt en fonction des règles en vigueur dans le groupe.⁸¹⁷ Il suffirait donc, pour imputer à un Etat les actes d'un groupe organisé, que ce dernier soit, dans son ensemble, sous le contrôle global de l'Etat.

On réalise, en définitive, qu'il n'y a pas de conflit général ou d'incompatibilité stricte entre *Nicaragua* et *Tadic*. Il y a, entre le critère du contrôle effectif et le critère du contrôle global, une marge de compatibilité. On peut interpréter le rapport entre les deux normes comme un rapport d'articulation : d'un côté la norme *Nicaragua*, en présence d'individus agissant seuls, et de l'autre la norme *Tadic*, lorsque les actes sont perpétrés par des groupes organisés. Les deux critères sont admissibles simultanément.⁸¹⁸ Ils ne s'excluent pas nécessairement.

⁸¹⁵ *Tadic*, au para. 137 : « lorsqu'il s'agit de déterminer si un individu auquel la législation ne confère pas le statut d'agent de l'Etat peut être considéré comme un organe de fait de cet Etat, la Chambre d'appel est d'avis que les règles de droit international n'exigent pas toujours le même degré de contrôle sur cet individu que sur des membres de groupes armés. Le degré de contrôle requis peut, en effet, varier ».

⁸¹⁶ *Ibid.* : « Lorsque se pose la question de savoir si un particulier isolé ou un groupe qui n'est pas militairement organisé a commis un acte en qualité d'organe de fait d'un Etat, il est nécessaire de déterminer si ce dernier lui a donné des instructions spécifiques pour commettre ledit acte ».

⁸¹⁷ *Ibid.*, au para. 120.

⁸¹⁸ Sur la possibilité d'admettre les deux tests simultanément, voir Antonio Cassese, « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia » (2007) 18 *European Journal of International Law* 649, aux pp. 655-663.

En réalité, ça n'est que si l'on adopte une définition extensive du conflit que l'on peut parler d'un conflit entre le critère *Nicaragua* et le critère *Tadic*. Dans son acception la plus large, le conflit désigne, rappelons-le, la situation où deux normes se nuisent mutuellement, c'est-à-dire que, sans être nécessairement exclusives l'une de l'autre, elles poursuivent des objectifs juridiques divergents.⁸¹⁹ Sur ce point, il est clair que *Nicaragua* et *Tadic* répondent à deux logiques contradictoires.

La logique *Nicaragua* est une logique Westphalienne centrée autour de l'autonomie souveraine des Etats. Dans l'esprit de la CIJ, les Etats n'ont pas, en principe, à répondre des actes commis par de simples groupes militaires ou paramilitaires : ils ne sont responsables que de leur propre comportement. On ne peut donc leur attribuer des actes commis par des individus que dans les cas extrêmes où les individus sont dans une telle dépendance vis-à-vis de l'Etat que leurs actes sont juridiquement assimilables ou comparables à ceux d'un organe de fait agissant en son nom.⁸²⁰ D'où le critère resserré du contrôle effectif.

La logique *Tadic*, à l'inverse, est une logique post-Westphalienne de maximisation des responsabilités pour la commission de crimes internationaux. Ce qui préoccupe le TPIY, ça n'est pas de préserver l'autonomie des Etats mais de garantir une protection optimale aux civils et de s'assurer que les responsables répondent des violations du droit international humanitaire. Dans cette perspective, il importe de faire en sorte qu'on ne puisse se prévaloir du mode d'organisation interne d'un Etat, ou de l'absence d'instructions spécifiques, pour « se soustraire à sa responsabilité internationale ».⁸²¹

⁸¹⁹ *Supra* note 271-302 et texte correspondant.

⁸²⁰ *Nicaragua*, au para. 116 : « La Cour ne considère pas que l'assistance fournie par les Etats-Unis aux *contras* l'autorise à conclure que ces forces sont à tel point soumises aux Etats-Unis que les actes qu'elles pourraient avoir commis seraient imputables à cet Etat. Elle estime que les *contras* demeurent responsables de leurs actes et que les Etats-Unis n'ont pas à répondre de ceux-ci ». Voir également *Convention sur le génocide*, au para. 406 : « le critère du 'contrôle global' présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des Etats bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un Etat n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom ».

⁸²¹ *Tadic*, au para. 117 : « s'il est établi que des individus, que la législation interne d'un Etat ne considère pas comme des organes dudit Etat, agissent néanmoins dans les faits pour son compte, leurs actes peuvent lui être imputés. Cette règle s'explique par la volonté d'empêcher les Etats de se soustraire à leur responsabilité internationale en faisant appel à des particuliers pour accomplir des tâches que leurs agents ne pourraient pas ou ne devraient pas accomplir, ou encore en faisant valoir que des individus participant en fait à l'exercice du pouvoir ne constituent pas des organes de l'Etat au regard du droit interne et n'engagent donc pas la responsabilité de celui-ci par leurs actions. En d'autres

D'où le critère étendu du contrôle global. On peut donc dire que, sur une question juridique précise, *Nicaragua* et *Tadic* « pointent dans deux directions différentes », pour reprendre l'expression utilisée plus haut. En ce sens, mais en ce sens seulement, il y a conflit normatif.

Cette interprétation de *Tadic* reste déterminée, néanmoins, par une approche substantielle de l'unité du droit, c'est-à-dire une approche centrée autour des questions de compatibilité et de cohérence entre règles ou ensembles de règles. En changeant de perspective, on réalise que *Tadic* prend un tout autre visage que celui d'un simple conflit de jurisprudence. Considérons par exemple le point de vue culturel, développé dans notre chapitre 4. On se souvient que l'unité culturelle a trait, non pas à la consistance et à la cohérence des règles, mais plutôt à la stabilité – statique ou dynamique – des formes grammaticales et des structures intellectuelles du droit international. Or sur ce point, il n'est pas certain que l'on puisse lire l'arrêt *Tadic* comme un signal de fragmentation.

Il n'est pas inutile, en premier lieu, de rappeler que le TPIY n'est pas une institution hyper-spécialisée qui fonctionne en vase clos ou en isolation clinique du reste du monde juridique international. Si le TPIY est un tribunal *ad hoc*, il a été institué sous les auspices du Conseil de sécurité des Nations Unies et siège à La Haye, capitale du droit international, aux côtés notamment de l'Académie de Droit International, de la Cour internationale de Justice et de la Cour Permanente d'Arbitrage. On rajoutera également que le TPIY est composé principalement, bien que non exclusivement, d'internationalistes « généralistes ». Derrière l'arrêt *Tadic*, on trouve par exemple Antonio Cassese, figure mondialement reconnue en droit international et membre de l'*Institut*.⁸²²

Ce pédigrée, il va sans dire, transparaît dans les travaux du TPIY et le jugement dans l'affaire *Tadic* est à cet égard tout à fait exemplaire. Au moment d'établir les

termes, les Etats ne peuvent d'un côté agir dans les faits par l'intermédiaire d'individus et de l'autre se désolidariser d'eux quand ils contreviennent au droit international ».

⁸²² Les quatre autres juges de la Chambre d'appel étaient : Mohamed Shahabuddeen (ancien juge à la CIJ and membre de l'*Institut*) ; Wang Tieya (professeur de droit international pendant 55 ans et membre de l'*Institut*) ; Rafael Nieto-Navia (professeur de droit international pendant 35 ans and ancien Président de la Court Interaméricaine des Droits de l'Homme) ; et Florence Ndepele Mwachande Mumba (membre de la Cour Permanente d'Arbitrage).

conditions juridiques permettant d'établir quand, dans le cadre d'un conflit armé de prime abord interne, des forces armées peuvent être considérées comme agissant pour le compte d'une puissance étrangère, le TPIY parle sans aucun doute le langage du droit international. En réalité, le TPIY va même plus loin, en reconnaissant de façon explicite que le droit international humanitaire doit être lu à la lumière de – et complété par – les règles du droit international général :

« Le droit international humanitaire ne prévoit pas de critères qui lui soient spécifiques pour déterminer dans quels cas un groupe d'individus peut être considéré comme étant sous le contrôle d'un Etat, c'est-à-dire comme agissant en qualité d'agent de fait de l'Etat. Il convient, par conséquent, d'examiner la notion de contrôle exercé par un Etat sur des individus, par laquelle le droit international général juge si ces individus peuvent être considérés comme agissant en qualité d'agents de fait de l'Etat. Cette notion fait partie des règles internationales générales de la responsabilité des Etats »⁸²³

D'une certaine manière, la Chambre d'appel se place donc d'emblée sous la tutelle du droit international général. Elle ne lit ni n'applique sa branche du droit (le droit humanitaire) de manière hermétique. Elle va au contraire chercher la solution à un problème de droit spécial (le caractère international du conflit) du côté des principes généraux du droit de la responsabilité.

On constate également que, au moment de « trouver » et d'interpréter ce droit international général, le TPIY fait abondamment référence à la jurisprudence *Nicaragua*, et ce malgré l'objection de l'Accusation qui soutenait que la décision de la CIJ n'était d'aucun secours en matière de responsabilité pénale individuelle.⁸²⁴ Le TPIY, il est vrai, finit par conclure que le critère *Nicaragua* n'est pas convaincant. Mais il reconnaît en plusieurs endroits l'« autorité » de la Cour, et n'écarter le critère du contrôle effectif qu'au terme d'une analyse fouillée et approfondie des travaux de la Commission du droit international, de la jurisprudence et de la pratique étatique. Là où la CIJ, dans *Nicaragua*, avait posé le critère du contrôle effectif sans en expliciter

⁸²³ *Tadic.*, au para. 98.

⁸²⁴ *Ibid.*, au para. 103 : « l'Accusation a soutenu que le critère permettant d'établir la responsabilité de l'Etat est différent de celui permettant d'établir la responsabilité pénale individuelle. Il s'agit, dans le premier cas, de décider si des violations graves du droit international humanitaire commises par des particuliers peuvent être imputées à un Etat [...] En revanche, dans le deuxième cas, il s'agit de décider si un particulier peut être tenu pénalement responsable de graves violations du droit humanitaire [...] Par conséquent, on a affirmé que le critère retenu dans l'affaire *Nicaragua*, tout en permettant valablement d'établir la responsabilité des Etats, n'est d'aucun secours pour la question de la responsabilité pénale individuelle [...] La Chambre d'appel ne partage pas ce point de vue ».

les fondements, la Chambre d'appel se fonde sur la pratique de la Commission générale des différends américano-mexicains, du Tribunal des différends irano-américains, de la Cour européenne des Droits de l'Homme, de la Cour d'appel de Düsseldorf, de la Cour de cassation néerlandaise, du Conseil de sécurité, et bien entendu, de la CIJ. Ca n'est qu'au terme de cet examen détaillé que le TPIY finit par conclure que le critère *Nicaragua* ne s'accorde plus, ni avec la lettre, ni avec l'esprit du droit de la responsabilité internationale.⁸²⁵

Enfin, et malgré un langage par endroits critique à l'encontre des arguments de la CIJ, on tend à occulter le fait que la Chambre d'appel accepte sans examen le principe en vertu duquel un *certain degré* de contrôle est toujours nécessaire pour engager la responsabilité internationale d'un Etat. Ca n'est donc pas l'idée même du contrôle que le TPIY récuse, mais plutôt l'idée selon laquelle il n'y aurait en droit international général qu'un seul critère de contrôle applicable à toutes les circonstances factuelles.⁸²⁶

En fin de compte, il devient clair que, malgré un résultat qui peut apparaître de prime abord en contradiction avec le droit international général (du moins le droit international général tel qu'il est incarné par la CIJ), le TPIY en approuve et en adopte largement les méthodes et les principes généraux. La décision du TPIY repose sur des formes grammaticales et des chaînons argumentatifs bien établis. Elle mobilise la rhétorique des sources et, pour fonder en droit sa décision de ne pas retenir le critère du contrôle effectif, oscille entre des arguments « hard » - traités, pratique étatique et jurisprudence internationale – et des arguments « soft » - l'« esprit » du droit humanitaire et la « logique » du droit de la responsabilité. On voit bien que *Tadic* met en œuvre des polices discursives, reproduits certains habitus argumentatifs et respecte une esthétique de l'énonciation qui sont propres à la discipline du droit international. *Tadic* est « dans le vrai » du discours juridique international. C'est une décision « disciplinée ». Du point de vue de l'unité culturelle, on peut donc dire que *Tadic*, loin de constituer un point de rupture, s'inscrit au contraire dans une large continuité et

⁸²⁵ *Ibid.*, au para. 115-145.

⁸²⁶ Voir, en ce sens, Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, à la p. 204 ; Christian Tams, « Swimming with the Tide or Seeking to Stem It-Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence » (2005) 18 *Revue Québécoise de Droit International* 275, à la p. 277.

maintient les structures du droit international en tant que langage générateur et système collectif de production et de reconnaissance des arguments juridiques.

En basculant de la perspective matérielle à la perspective culturelle, notre interprétation de *Tadic* est donc d'ores et déjà transformée. Ce qui apparaît fragmenté d'un point de vue, apparaît régulier et constant de l'autre. Mais l'on peut poursuivre et considérer également la perspective axiologique. *Tadic*, alors, prend un autre visage encore. L'unité axiologique repose, comme nous l'avons vu dans le dernier chapitre de cette étude, sur l'existence d'un dénominateur commun de valeurs fondamentales, qui transcende les règles individuelles et fournit à l'ordre juridique une orientation générale. La fragmentation, dans cette perspective, n'est pas affaire de conflits normatifs. Elle survient plutôt lorsqu'un régime, un gouvernement ou un tribunal vient remettre en cause des valeurs bien établies, ou en train de se constituer en noyau axiologique.

Or sur ce point, on peut considérer que *Tadic* produit l'effet inverse. En usant du critère du contrôle global en lieu et place du contrôle effectif, le TPIY s'écarte certes d'une règle pré-existante et génère de la friction normative avec la jurisprudence de la CIJ. Mais il supprime également un obstacle important à l'application du droit pénal international aux crimes perpétrés en Bosnie par la VRS. Si, en application de la jurisprudence *Nicaragua*, le tribunal s'en était tenu au critère du contrôle effectif, les crimes perpétrés par la VRS n'auraient pas été attribués à la Yougoslavie, si bien que le conflit aurait été qualifié de conflit interne, excluant d'emblée l'application de la IVe Convention de Genève sur la protection des civils en temps de guerre.⁸²⁷

En proposant un test complémentaire plus souple, applicable aux activités des groupes armés organisés et structurés, *Tadic* apporte une réponse juridique au problème posé par la rigidité du critère *Nicaragua*. Ce faisant, le TPIY étend de manière considérable le champ d'application matériel du droit international humanitaire, et sa justiciabilité. De ce point de vue, le TPIY s'inscrit donc dans la continuité des développements du

⁸²⁷ *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 2 art. 2 : « la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ».

droit international humanitaire depuis la fin de la seconde guerre mondiale, comme il le souligne d'ailleurs lui-même dans un arrêt rendu dans la foulée de *Tadic* :

« dans la mesure où elle permet une meilleure protection des victimes civiles des conflits armés, cette norme différente et moins stricte est totalement en harmonie avec le but fondamental de la IV^e Convention de Genève, consistant à assurer la protection maximale possible aux civils »⁸²⁸

Tadic peut s'interpréter comme une décision qui participe d'un mouvement d'humanisation du droit international : elle consolide, d'avantage qu'elle ne le compromet, le noyau humanitaire émergent de l'ordre juridique international. S'il cause de la fragmentation d'un point de vue purement matériel, on peut donc dire que le TPIY, en définitive, génère de l'unité d'un point de vue axiologique.

2. Lutttes territoriales et marchands d'unité

« La plus grande part de la pensée consciente d'un philosophe est clandestinement guidée et poussée dans les voies déterminées par ses instincts. Derrière toute logique aussi et son apparente souveraineté de mouvement se trouvent des évaluations, pour parler plus clairement, des exigences physiologiques liées à la conservation d'une espèce déterminée de vie »

Friedrich Nietzsche, *Par delà bien et mal*⁸²⁹

Nous voilà donc parvenus au terme de cette étude, avec une conviction principale, et de nombreuses questions. La conviction, c'est qu'il n'y a pas d'approche facile, objective ou neutre en matière de fragmentation. Notre travail sur l'arrêt *Tadic* a montré que la même instance, selon la perspective retenue, pouvait représenter tantôt de la fragmentation, tantôt de la continuité, et tantôt de l'unité. On réalise donc que nul discours sur la fragmentation n'est, ni ne peut être, dégagé d'un point de vue particulier sur la nature et la fonction du droit international comme système de règles, comme langage professionnel ou comme ordre de valeurs. L'unité est plurielle, ambivalente, multidimensionnelle. On ne peut se contenter de la poser, puis d'en parler sans la justifier et sans en expliciter le sens, la teneur et la portée. L'unité n'est

⁸²⁸ *Procureur c. Zlatko Aleksovski* (2000), Affaire n°IT-95-14/1-A (Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), para. 146.

⁸²⁹ Friedrich Nietzsche, *Par delà bien et mal*, Paris, Gallimard, 1987, aux pp. 49-50.

pas un donné, mais plutôt une construction dont nulle facette n'est plus rationnelle ni plus évidente que les autres. Il faut donc justifier et expliciter l'unité, sans quoi on se condamne à un concert d'approximations où les uns parlent d'unité matérielle quand les autres s'intéressent aux principes formels, grammaticaux, éthiques ou axiologiques d'unité. Débattre de la condition unitaire du droit international n'a, au fond, que peu de sens si l'on ne prend le temps de débattre, au préalable, du type d'unité que l'on souhaite voir réalisé dans l'ordre juridique international.

Cette conviction, bien entendu, n'emporte aucune certitude. Elle ne fait, au fond, qu'ouvrir un champ nouveau d'investigation sur la fragmentation, et poser un certain nombre de questions importantes. Pour conclure, nous aimerions en aborder une ici, qui nous paraît découler directement et immédiatement de tout ce qui précède : comment expliquer, malgré l'immense complexité et la multi-dimensionnalité de la problématique de l'unité, que le débat contemporain sur la fragmentation demeure sous-théorisé et se limite, pour l'essentiel, à des considérations techniques sur les conflits normatifs ? C'est là une vaste question à laquelle, sans doute, il n'existe pas de réponse simple ou univoque. On se contentera ici de proposer un début de réponse, une simple intuition, pour ouvrir le débat, et amorcer une conversation alternative sur les enjeux de fragmentation.

Cette intuition concerne ce que nous sommes tentés d'appeler ici les luttes territoriales qui, à notre avis, guident et animent anonymement, clandestinement, les débats d'aujourd'hui sur la fragmentation. Qu'entendons-nous exactement par ces « luttes territoriales » ?

On nous dit que la fragmentation est affaire de conflits entre règles et institutions de droit international. Il ne fait aucun doute qu'il y a une part de vérité dans cette affirmation. On ne peut nier qu'il y a dans le droit international d'aujourd'hui de la friction normative, que le droit se développe dans des espaces variés, à des vitesses et dans des directions différentes. Mais on peut se demander néanmoins si le débat sur la fragmentation n'est pas guidé également par un enjeu sensiblement différent qui, d'avantage qu'au droit international *per se*, a trait à sa reconfiguration en tant que champ professionnel.

Comme n'importe quel champ professionnel, le droit international est en effet un champ de bataille sur lequel opèrent les intérêts, le pouvoir et le prestige. Les juristes de droit international, ni plus ni moins que ceux de droit interne, luttent pour acquérir une position légitime au sein du champ juridique et cherchent à conquérir de nouveaux marchés pour leurs services juridiques. Or les évolutions récentes du droit international, si elles créent de la friction normative, entraînent également des bouleversements dans la distribution des savoirs et des pouvoirs dans le champ juridique international. On est alors en droit de se demander si le débat sur la fragmentation n'est pas aussi affaire de luttes hégémoniques pour la préservation, l'appropriation ou la réappropriation de certaines formes de capital social.

Le débat sur la fragmentation a pour toile de fond, rappelons-le, la spécialisation fonctionnelle du droit international. Le droit international tend à se constituer aujourd'hui en branches ou en régimes autonomes qui, animés par une rationalité propre, développent de nouveaux instruments – normes et institutions – pour répondre à des enjeux de plus en plus complexes et spécifiques. Or, des réseaux de professionnels d'un nouveau genre se constituent autour de ces nouvelles normes et de ces nouvelles institutions, qui disposent de compétences techniques reconnues dans des domaines de régulation particuliers et revendiquent avec autorité leur connaissance politique et juridique dans ces domaines.⁸³⁰ Inévitablement, l'émergence de ces nouvelles « communautés épistémiques » remet en cause les dynamiques et les hiérarchies intra-professionnelles dans le champ du droit international.

La figure de l'*Einheitsjurist* notamment – i.e. le juriste généraliste, complet, hautement qualifié et polyvalent⁸³¹ – cette figure là, donc, qui a longtemps constitué le modèle-type de l'internationaliste classique, est contestée. La palette de plus en plus étendue et diversifiée des problèmes mis à l'ordre du jour du droit international ; la complexité croissante de l'ordre juridique transnational en termes d'acteurs et d'interactions ; et l'expansion de l'économie mondialisée conduisent de nombreux observateurs à se représenter les savoirs généraux et académiques du droit comme quelque peu superflus. Pour gérer des problèmes tels que le commerce des OGM, l'élaboration de

⁸³⁰ Peter Haas, « Epistemic Communities and International Policy Coordination » (1992) 46 *International Organization* 1, à la p. 3.

⁸³¹ Voir Annette Keilmann, « The Einheitsjurist: A German Phenomenon » (2006) 7 *German Law Journal* 293.

normes techniques environnementales, la gestion des pandémies ou les télécommunications, on se met à réclamer des compétences concrètes, précises et fonctionnelles, d'avantage que des connaissances globales et compréhensives.⁸³²

Cette déférence ou cette considération nouvelle envers les formes spécialisées et techniques d'expertise juridique se nourrit également de cette impression que les nouvelles branches spécialisées du droit international ressemblent, d'avantage que le droit international classique ou général, à du « vrai droit » : les normes sont plus épaisses, plus « dures » et plus déterminées (droit européen) ; elle sont sanctionnées par des institutions judiciaires, dont la juridiction est obligatoire et dont les décisions sont contraignantes (droit de l'OMC). On entend les victimes (droits de l'homme). Des voies de recours et des réparations leurs sont ouvertes (droit des investissements). Les criminels sont poursuivis et sont envoyés en prison (justice pénale internationale). En un sens, on ne perçoit pas seulement ces nouvelles formes de règlementations comme plus utiles. On les juge également plus légitimes.⁸³³

Tout cela conduit à une marginalisation progressive du droit international « général » et de ses catégories classiques (territoire, souveraineté, traités, responsabilité des Etats etc.), relégués au rang d'enjeux doctrinaux et théoriques, i.e. des enjeux « intéressants mais pas essentiels ».⁸³⁴ Certaines tendances récentes dans le domaine de l'éducation juridique semblent d'ailleurs le confirmer. On constate en effet que, si dans l'ensemble l'intérêt des étudiants et des universitaires pour le droit international est grandissant, les cours spécialisés – droits de l'homme, droit pénal international, droit international de l'environnement, droit de l'OMC, arbitrage – dépassent largement en nombre les cours plus classiques – droit international public, organisations internationales, emploi

⁸³² Haas, « Epistemic Communities and International Policy Coordination », *supra* note 830, aux pp. 12-13.

⁸³³ Voir par exemple, à propos du droit pénal international, Frédéric Mégret, « Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual Project » (2001) 12 *Finnish Yearbook of International Law* 193, aux pp. 241-247.

⁸³⁴ Gerry Simpson, « On the Magic Mountain: Teaching Public International Law » (1999) 10 *European Journal of International Law* 70, à la p. 73. A l'occasion d'une table ronde organisée par l'American Society of International Law sur l'enseignement du droit international, un observateur – reflétant sans doute une opinion largement répandue dans les facultés de droit – a fait observer que « les cours de droit international ont un intérêt académique, mais ils ne se justifient pas du point de vue de la préparation des étudiants à ce qu'il se passe dans la pratique du droit » ; voir « Roundtable on the Teaching of International Law » (1991) 85 *American Society of International Law Proceedings* 102 à la p. 109.

de la force, droit de la mer, règlement des différends internationaux.⁸³⁵ On constate également une tendance marquée à ne plus prescrire le cours général de droit international public comme pré-requis pour les cours avancés en droit international matériel (même si, comme c'est le cas à McGill, il est souvent « recommandé »).⁸³⁶ Le droit international public/général, y compris dans des universités qui offrent traditionnellement un riche programme en droit international, tend donc à devenir optionnel.

Cela, il va sans dire, tend à entamer le prestige professionnel de l'internationaliste « généraliste », le juriste/professeur/diplomate ou « gentleman-politicien du droit ». Sa raison d'être, sa crédibilité et son utilité en tant que professionnel du droit commencent à être mises en cause, au sein même d'un champ qu'il a traditionnellement dominé. Le déclin de son capital social de reconnaissance prive le généraliste d'un certain nombre de débouchés, pour son savoir-faire et son expertise juridique. De plus en plus, les universités n'emploieront un internationaliste « pur » que s'il a également le désir et la capacité d'enseigner de « vrais » cours – droit constitutionnel, droit européen, droit commercial international etc.⁸³⁷ Les bureaucraties – nationales comme internationales – n'offrent pas non plus de meilleures perspectives pour le généraliste. La spécialisation fonctionnelle y est également le nouveau mot d'ordre.⁸³⁸ Dans le domaine des publications scientifiques

⁸³⁵ A titre d'exemple, le rapport est, à l'université de Keele (où l'auteur enseigne) de 4 pour 1. Dans les deux derniers établissements que nous avons fréquentés, le rapport est de 7 pour 2 (McGill) et 3 pour 1 (Sorbonne).

⁸³⁶ Voir sur ce point l'enquête menée en 1992 par John Gamble dans les universités américaines et canadiennes et qui, bien qu'elle date un peu, révèle déjà cette tendance : John Gamble, *Teaching International Law in the 1990s*, Washington, American Society of International Law, 1992.

⁸³⁷ Voir le témoignage de Mary Ellen O'Connell, et ses propos sur ce que cela signifie en termes d'avancement professionnel, « Roundtable on the Teaching of International Law », *supra* note 834, aux pp. 111-113 (« within the ivory tower of the law school, there is a sense of inadequacy, a sense that international law is a lower priority, that it is an elective, that it is not as important as other courses [...] When I first started teaching at Indiana, my dean said to me : 'After ten years we finally hired a public international law teacher. That's very nice. We would like, however, for you to teach a real law course in addition to international law. The students will take international law more seriously if they see you're teaching a real law course'. [...] Public international law is where I do my research, where I have had years of graduate work, where I have practiced. But I am encouraged to teach in an area where I have not had those kinds of rich experiences in order to display my capableness to my students [...] Thus, the vast majority of the evaluations say that I am a pretty good teacher, but not great [...] Of course, tenure is based upon the ability to teach, and that is taken almost entirely from the teaching evaluations. So, teaching international law has some down sides in the career of a law school academic »).

⁸³⁸ Au moment de rédiger cette conclusion, 21 des 31 postes juridiques vacants publiés sur le site des Nations Unies réclamaient une spécialisation ou une expérience de terrain dans les domaines des droits

et des subventions de recherche, là aussi, la prime va dorénavant au spécial, au technique, à l'opérateur, d'avantage qu'au général, au doctrinal ou au théorique.

L'*Einheitsjurist*, qui a longtemps dominé la discipline, pourrait bien devenir le parent pauvre du droit international. L'essentiel des affaires (académiques, diplomatiques, judiciaires) allant dorénavant aux experts – aux « technocrates du droit » - l'internationaliste généraliste ressent naturellement un certain malaise existentiel, une « anxiété de l'influence ».⁸³⁹ Lorsque Schwebel, évoquant les problèmes de fragmentation devant l'Assemblée Générale des Nations Unies, parle de l'« éviscération du rôle de la CIJ »⁸⁴⁰, ou lorsque Jennings parle du risque que la Cour soit « coupée d'une partie importante et de plus en plus significative du système juridique international »⁸⁴¹, tous deux expriment la même inquiétude, la même crainte de l'exclusion et de la marginalisation.

Face à cette perte ressentie d'influence, l'internationaliste généraliste peut recourir à diverses alternatives stratégiques. La première est son repositionnement dans le champ juridique.⁸⁴² Pour éviter d'être confiné à la périphérie de la discipline ou d'être affublé d'une étiquette « romantique » ou « kitsch », le généraliste va investir dans des niches émergentes, et publier par exemple sur des questions de droit de la personne, de droit pénal international, de droit de l'OMC ou, mieux encore, sur « l'OMC et ... » (... et l'environnement, ... et les droits de l'homme, ... et le développement). Les plus ambitieux pourront même s'essayer à créer ou à fonder un nouveau domaine d'expertise dont ils deviendront, le cas échéant, les pionniers. De ce point de vue, le mouvement du « droit du développement durable », par exemple, peut être interprété comme une entreprise de conversion de capital symbolique, où un groupe de juristes fait du « nouveau droit » avec de vieux concepts et de vieux principes (droit du développement et droit de l'environnement). En proclamant que le droit du

de l'homme, des affaires humanitaires, de la justice pénale ou du commerce international. Voir en ligne : < <https://jobs.un.org/Galaxy/Release3/Vacancy/vacancy.aspx?lang=1560>>.

⁸³⁹ Susan Marks, « State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence » (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 339.

⁸⁴⁰ Discours de S. Exc. M. Schwebel, président de la Cour internationale de Justice, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, *supra* note 10.

⁸⁴¹ Jennings, « The Role of the International Court of Justice », *supra* note 10, à la p. 57.

⁸⁴² Sur les stratégies de reconversion, voir Yves Dezalay, « Professional Competition and the Social Reconstruction of Transnational Markets » dans Yves Dezalay et David Sugarman, éd., *Professional Competition and Professional Power: Lawyers, Accountants and the Social Construction of Markets*, Londres, Routledge, 1995, à la p. 4.

développement durable constitue un domaine du droit international « à part entière »⁸⁴³ - alors que beaucoup s'accordent à dire qu'il n'est en réalité qu'une matrice conceptuelle ou une norme interstitielle - ces juristes créent un nouveau « label » de droit international dont ils peuvent prétendre être les spécialistes légitimes.⁸⁴⁴

Pour regagner ce capital symbolique, l'internationaliste généraliste peut également recourir à un autre procédé, celui que Bourdieu appelle « stratégie de présentation de soi », une stratégie qui vise à présenter l'univers social sous un jour qui est favorable à son identité et à son rôle social.⁸⁴⁵ Plutôt que (ou en plus) d'investir dans des branches spécialisées du droit international, pareille stratégie va consister à imposer une définition du droit international qui privilégie les compétences, les attributs et le savoir-faire des juristes généralistes. Cette stratégie là va consister notamment, pour le généraliste « anxieux », à décrire le droit international comme un système pleinement intégré, autrement dit comme un ordre unitaire ; à défendre cette unité non seulement comme un impératif épistémologique mais comme une véritable fait sociologique ; et à désigner la diversification, la prolifération et la complexification comme autant de menaces à la légitimité et à l'efficacité de l'ordre juridique.⁸⁴⁶

Il ne s'agit jamais pour lui, bien entendu, de nier l'importance des régimes spéciaux, mais simplement d'insister sur le fait que le droit international public, loin d'être optionnel et périphérique, constitue le tissu systémique dont nul régime, aussi autonome soit-il, ne peut se défaire complètement. Dans cette perspective, les régimes spéciaux sont réduits à de simples « sous-disciplines » (et les juristes spécialisés à de simples « sous-professionnels »).⁸⁴⁷ Ils n'opèrent jamais en dehors du droit

⁸⁴³ Voir par exemple Marie-Claire Cordonnier Segger et Ashfaq Khalfan, *Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, à la p. 368 (« [sustainable development law] is an area of international law in its own right »).

⁸⁴⁴ Sur le développement durable comme simple matrice conceptuelle, voir Pierre-Marie Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? » (1997) 101 *Revue Générale de Droit International Public* 873, à la p. 878. Sur le développement durable comme norme interstitielle – i.e. comme principe permettant d'articuler entre elles différentes branches du droit positif – voir Vaughan Lowe, « Sustainable Development and Unsustainable Arguments » dans Alan Boyle et David Freestone, éd., *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Futur Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999, à la p. 31.

⁸⁴⁵ Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, *supra* note 678, à la p. 223.

⁸⁴⁶ Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *supra* note 222 ; Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *supra* note 34, aux pp. 38-41.

⁸⁴⁷ Voir, pour un exemple caractéristique, Alain Pellet, « Droits-de-l'hommisme et droit international » (2000) Gilberto Amado Memorial Lecture Series, en ligne : <<http://untreaty.un.org/ilc/sessions/52/french/amado.pdf>> [qui, tout en reconnaissant la novation

international public et « retombent » irrémédiablement sur ses principes généraux d'interprétation et de mise en œuvre.⁸⁴⁸ On admet que le droit du commerce, les droits de l'homme ou le droit européen représentent sans doute les formes les plus avancées et les plus sophistiquées de réglementation internationale. Mais on insiste en même temps sur le fait qu'ils demeurent *subordonnés* au droit international général, dont ils ne constituent au fond qu'un « chapitre parmi d'autres ». ⁸⁴⁹ Parler d'unité du droit international, de ce point de vue, revient à définir le droit international comme un territoire sur lequel les généralistes ont une autorité tutélaire, naturelle et nécessaire. Et diagnostiquer la fragmentation comme un développement pathologique revient à créer un besoin social qui requiert le type de traitement que les généralistes, seuls, peuvent administrer.

L'expansion, la spécialisation et la complexification du champ juridique international ont donc généré de nouvelles luttes territoriales dans lesquelles différentes classes de juristes se disputent le contrôle de certains domaines d'expertise professionnelle.⁸⁵⁰ Un élément central de ces luttes territoriales est ce que Bourdieu appelle les « luttes de classement », c'est-à-dire des querelles cognitives entre différents groupes d'agents sociaux (anciens/modernes ; notables/technocrates du droit) à propos de la définition légitime de l'espace social et de leur rôle respectif dans cet espace là.⁸⁵¹ Dans ce contexte, on réalise assez vite que la « fragmentation » est en réalité un outil rhétorique dont usent les internationalistes généralistes comme un instrument de

profonde qu'a introduite la « révolution des droits de l'homme », dénonce le « sécessionnisme » des droits de l'hommes et leur tendance à s'émanciper des méthodes et techniques du « bon vieux droit international » ; considère que les droits de l'homme demeurent « fortement ancrés dans le droit international » et appelle à « ne pas couper la branche de l'arbre [car alors] elle dépérirait... ». Voir également Ian Brownlie, « Problems Concerning the Unity of International Law » dans éd., *International Law in the Time of its Codification: Essays in Honor of Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, à la p. 160 [qui, plus sévère encore, écrit : « there is one remaining issue, and that is the problem of specialization and the consequent threat to the coherence of the law. Since the Second World War certain aspects of international law have received much attention from publicists and teachers, some with little grounding in general international law, who have focused on the particular field of interest [...] with no sense of the place of the subject-matter within the matrix of rules of general international law [...] Certain of the writers [...] on specialist subjects are not in fact qualified lawyers, and some of the literature shows a lack of analytical rigour »].

⁸⁴⁸ Simma et Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *supra* note 38, aux pp. 507-512.

⁸⁴⁹ Prosper Weil, « Le droit international économique, mythe ou réalité » dans S.F.D.I., éd., *Aspects du droit international économique*, Paris, Pedone, 1972, à la p. 34 [« sur le plan scientifique, le droit international économique ne constitue qu'un chapitre parmi d'autres du droit international général »].

⁸⁵⁰ Voir Yves Dezalay, « Territorial Battles and Tribal Disputes » (1991) 54 *Modern Law Review* 792.

⁸⁵¹ Pierre Bourdieu, « Classement, déclassement, reclassement » (1978) 24 *Actes de la recherche en sciences sociales* 2.

légitimation symbolique dans leur bataille pour la reconnaissance et l'autorité professionnelle.

Pour fonctionner efficacement, cette stratégie de présentation de soi doit néanmoins demeurer une stratégie anonyme, qui ne dit pas son nom. Il est essentiel que les hiérarchies symboliques et les procédures interprétatives promues par les généralistes soient acceptées comme légitimes par le reste de la profession juridique et par son audience (Etats, organisations internationales, entreprises multinationales, universités etc.). La rhétorique de l'unité et de la fragmentation doit donc reposer sur une terminologie suffisamment neutre, objective et universelle pour être perçue comme un enjeu d'ordre public, et pas simplement comme une stratégie défensive déployée par une classe particulière de juristes exposée à un phénomène de « déclassement » professionnel.

Quand le président Guillaume, par exemple, exprime devant l'Assemblée générale son inquiétude par rapport au phénomène de forum shopping, son propos est de dire que les conflits de jurisprudence risquent d'engendrer de la confusion et que cette confusion, à son tour, risque de « gauchir le fonctionnement de la justice ».⁸⁵² Devant la Sixième Commission, il confirme en des termes similaires que les chevauchements de compétence et les conflits de jurisprudence sont « profondément dommageable[s] à la justice internationale ».⁸⁵³ La terminologie est à la fois impersonnelle (conflits de jurisprudence) et universelle (fonctionnement de la justice). Ceci n'est pas *mon* problème en tant que juriste perdant la main sur la discipline. La fragmentation est l'affaire de tous : elle menace les fondements même et la légitimité de l'ordre juridique international.

Tout ceci peut expliquer, au moins en partie, pourquoi le discours sur la fragmentation est demeuré à ce jour largement uni-dimensionnel, technique et sous-théorisé. Pour fonctionner efficacement comme instrument de légitimation symbolique, la rhétorique de l'unité et de la fragmentation doit revêtir l'apparence d'une évidence historique et

⁸⁵² Discours de S. Exc. M. Guillaume, président de la Cour internationale de Justice, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, 26 octobre 2000, *supra* note 10.

⁸⁵³ Discours de S. Exc. M. Guillaume, président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, 31 octobre 2001, en ligne : <www.icj-cij.org/court/index.php?pr=81&pt=3&p1=1&p2=3&p3=&>.

d'une absolue nécessité. Cela requiert de vider la fragmentation de son contenu idéologique et politique. L'unité est donc assumée, et non expliquée. La fragmentation, pour sa part, est définie comme un problème a-politique, presque accidentel. La terminologie – chevauchement de jurisprudence, conflit de normes, techniques de résolution des conflits, hiérarchie des sources, interprétation des traités – est neutre. Et, en bout de ligne, des anxiétés subjectives se muent en préoccupations universalisables.

Penser et débattre de la fragmentation comme d'un problème exclusivement technique de conflits normatifs c'est, on le constate, conduire l'analyse sur la base de catégories et de hiérarchies conceptuelles créées *par* et *pour* les marchands d'unité eux-mêmes. Que les généralistes, comme tous les agents sociaux, soient guidés par une exigence de conservation, qu'ils s'efforcent de promouvoir une espèce déterminée de savoir qui est favorable à leur être social, il n'y a rien que de très normal et de compréhensible. Notre propos ne vise ni à stigmatiser une classe particulière de juristes, ni à réduire l'extraordinaire complexité sémantico-conceptuelle de l'unité à ces seuls enjeux professionnels. Simplement, ces enjeux liés à la reconfiguration sociologique de la discipline existent, et tendent à orienter la réflexion dans des voies qui ne rendent pas nécessairement justice à la pluridimensionnalité des questions d'unité et de fragmentation. Ca n'est donc pas pour fondre toute la problématique de l'unité dans de simples querelles hégémoniques que l'on parle ici de luttes territoriales, mais au contraire pour faire sortir le débat des limites dans lesquelles on l'enferme aujourd'hui. Expliciter ces luttes de territoire permet aussi de s'en affranchir, pour mieux ouvrir le débat à des questions qui, entre temps, demeurent en suspens.

On fait l'apologie de l'unité, mais de quelle unité le droit international a-t-il besoin aujourd'hui ? Peut-on se contenter d'une unité simplement esthétique ou formelle ? Ou faut-il au contraire dépasser la simple gestion des frictions normatives et repenser le droit international comme projet de société ? Quelle rationalité et quelles valeurs doivent animer ce projet là : la souveraineté étatique ou la dignité individuelle ? Les droits de l'homme ou la sécurité ? Le commerce ou l'environnement ? Est-ce au juriste de décider et d'arbitrer entre ordres de valeurs concurrents ? Et si oui, comment s'assurer que leurs décisions sont légitimes, i.e. qu'elles reflètent les besoins et les

aspirations de la communauté internationale dans son ensemble, et pas seulement ceux et celles d'une poignée de nations (ou, pire encore, de juristes) privilégiées ?

Voilà, donc, autant de pistes de réflexion autour desquelles il convient, croyons-nous, d'engager aujourd'hui une conversation critique, à défaut de quoi on se condamne à un débat un peu stérile, aporétique, voire franchement hégémonique. Cette conversation critique, nous ne la mènerons pas dans ces pages. Nous annonçons en introduction que cette étude aurait d'abord, et pour l'essentiel, pour objet d'ouvrir la porte de la complexité. On s'en tiendra donc à cet engagement initial. La porte est entre-ouverte. Chacun en franchira le pas à sa manière : à tâtons, par curiosité, pour voir, ou plus franchement et de plain-pied. Peu importe, pourvu qu'on la maintienne ouverte, cette porte.

Pour notre part, nous la franchirons en revenant une dernière fois à Deleuze – compagnon de route du début à la fin – et à son *Anti-Œdipe*.⁸⁵⁴ Pourquoi l'*Anti-Œdipe*, livre sur le désir ? D'abord pour sa démarche générale, contre les « techniciens du désir », qui veulent réduire l'organisation multiple du désir à la loi binaire de la structure et du manque. Deleuze veut dépasser Freud, aller plus loin que les psychanalystes, prendre le désir dans sa multiplicité, ses flux, ses lieux, ses dispositifs et ses branchements divers. Cette démarche, nous avons essayé bien modestement de la reproduire dans notre domaine, contre les « techniciens de l'unité », qui veulent réduire l'organisation multiple du droit international à la loi binaire de la règle et du conflit. Et pour une analyse qui pense l'unité en termes de mouvements, de croisements, de chevauchements et d'agencements mobiles entre une variété de principes et de dynamiques d'unité.

L'*Anti-Œdipe* également parce que Deleuze et Guattari y avancent une idée qui nous apparaît à la fois très simple et très juste : « jamais – disent-ils – personne n'est mort de contradictions ».⁸⁵⁵ Notre thèse, qui veut penser l'unité du droit international par prolifération, juxtaposition et superposition, ouvre la porte à des contradictions nouvelles et insoupçonnées. Mais voilà, la contradiction n'est pas la mort de la pensée. Le droit international – et nous-mêmes internationalistes – ne sommes pas en danger

⁸⁵⁴ Gilles Deleuze, *L'anti-Oedipe - Capitalisme et schizophrénie*, Paris, Editions de Minuit, 1972.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 178.

de mort à faire face à la contradiction. Si toutes les unités ne sont pas bonnes à prendre, inversement, toutes les fragmentations ne sont pas à rejeter. C'est en brisant parfois de vieilles normes qu'on fait du bon droit, ou de la bonne justice. Il faut penser l'unité complexe sans complexes, de manière dépassionnée, en travaillant là où il le faut à une plus grande cohérence, mais en sachant également accueillir les avancées juridiques dans leurs irrptions spontanées et désordonnées, dans le jeu de leur instance, même conflictuelle ou contradictoire. Kant lui-même, qui était loin d'être un apôtre de la fragmentation, n'a-t-il pas toujours reconnu certaines vertus au frottement, à l'opposition, au conflit ?

« la résistance éveille toutes les forces de l'homme [Sans cette] résistance que chacun doit nécessairement rencontrer à ses prétentions égoïstes, tous les talents resteraient à jamais enfouis en germes, au milieu d'une existence de bergers d'Arcadie [...] L'homme veut la concorde, mais la nature sait mieux que lui ce qui est bon pour son espèce : elle veut la discorde. [La résistance générale] provoque une nouvelle tension des forces, et par là un développement plus complet des dispositions naturelles »⁸⁵⁶

De la discorde peut naître le progrès, donc. Ou mieux : il ne peut pas y avoir de progrès sans discorde, ni de développements nouveaux sans tension des forces. La pensée complexe, en droit international, doit être capable d'intégrer aussi les conflits et la concurrence entre normes, régimes et institutions comme des éléments normaux, et même désirables, de la réalité juridique. C'est un défi à la raison juridique, qui a horreur du vide, de l'aléa et du multiple. Tout cela, sans doute, est source d'inquiétudes. Le mélange est instable. Il rend la machine plus difficile à saisir et à maîtriser. Mais ce qui compte, c'est encore qu'elle fonctionne. Là-dessus, rassurons-nous une dernière fois avec Deleuze et Guattari :

« plus ça se détraque, plus ça schizophrénise, mieux ça marche... ».

⁸⁵⁶ Emmanuel Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* dans *Œuvres philosophiques*, vol. II, Paris, Gallimard (Pléiade), 1985, aux pp. 192-193.

Bibliographie

A. Ouvrages et monographies

A.1 Philosophie, théorie de la société et théorie du droit

Aristote. *La métaphysique*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1962.

Arnaud, André-Jean. *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981.

Aron, Raymond. *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calman-Levy, 1962.

Audi, Robert éd. *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1861.

Bacon, Francis. *Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1955.

Balmès, Jacques. *Philosophie fondamentale*, Paris, Auguste Vaton, 1852.

Batiffol, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

Bauman, Zygmunt. *Culture as Praxis*, Londres, Sage Publications, 1999.

Becher, Tony et Paul Trowler. *Academic Tribes and Territories*, 2nd éd., Buckingham, Open University Press, 2001.

Bix, Brian. *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Bobbio, Norberto. *Essais de théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1998.

Borradori, Giovanna éd. *Philosophy in a Time of Terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.

Bourdieu, Pierre. *Homo Academicus*, Paris, Editions de Minuit, 1984.

La noblesse d'Etat, grandes écoles et esprit de corps, Paris, Editions de Minuit, 1989.

- Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, 1997.
- Esquisse d'une théorie de la pratique*, Paris, Seuil, 2000.
- Bourdieu, Pierre et Jean-Claude Passeron. *La reproduction*, Paris, Editions de Minuit, 1970.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969.
- Cotterrell, Roger. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- Darwich, Mahmoud. *La terre nous est étroite*, trad. Elias Sanbar, Paris, Gallimard, 2000.
- De Béchillon, Denys. *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- De Béchillon, Denys et al. eds. *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006.
- Deleuze, Gilles. *L'anti-Oedipe - Capitalisme et schizophrénie*, Paris, Editions de Minuit, 1972.
- Le Pli: Leibniz et le baroque*, Paris, Editions de Minuit, 1998.
- Pourparlers*, Paris, Editions de Minuit, 2003.
- L'abécédaire de Gilles Deleuze*, émission produite et réalisée par Pierre-André Boutang, Editions Montparnasse, 2004.
- Deleuze, Gilles et Félix Guattari. *Qu'est-ce que la philosophie?*, Paris, Editions de Minuit, 2005.
- Durkheim, Emile. *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1973.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.
- Dyzenhaus, David. *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Engisch, Karl. *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935.
- Foucault, Michel. *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

- L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.
- Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- La volonté de savoir – Droit de mort et pouvoir sur la vie*, Paris, Gallimard, 2006.
- Fraser, Nancy et Axel Honneth. *Redistribution or Recognition ? A Political-Philosophical Exchange*, New York, Verso, 2003.
- Frege, Gottlob. *The Foundations of Arithmetics : a Logico-Mathematical Enquiry Into the Concept of Number*, New York, Harper, 1960.
- Friedman, Laurence. *The Legal System: a Social Perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975.
- Fukuyama, Francis. *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992.
- Fuller, Lon. *The Morality of Law*, Yale, Yale University Press, 1969.
- Gauchet, Marcel. *Le désenchantement du monde – Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.
- Geertz, Clifford. *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1972.
- Gellner, Ernest. *Postmodernism, Reason, and Religion*, Londres, Routledge, 1992.
- Glenn, Patrick. *Legal Traditions of the World - Sustainable Diversity in Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Grzegorzczuk, Christophe. *Théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, LGDJ, 1982.
- Hart, Herbert. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Flammarion, 1999.
- Hirsch, Eli. *The Persistence of Objects*, Philadelphie, Philosophical Monographs, 1976.
- Honderich, Ted éd. *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1995.
- Husserl, Edmund. *Recherches logiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962.
- Jaeger, Werner. *Paideia : The Ideals of Greek Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

- James, William. *Pragmatism*, New York, Dover Publications, 1994.
- Jaspers, Karl. *Introduction à la philosophie*, Paris, Plon, 2001.
- Jhering, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement, vol. I*, Paris, Librairie Marescq, 1886.
- Kahn, Paul. *The Cultural Study of Law*, Chicago, Chicago University Press, 1999.
- Kant, Emmanuel. *Principes métaphysiques du droit suivis du projet de paix perpétuelle*, Paris, Librairie Philosophique de Ladrance, 1855.
- Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard (Pléiade), 1985.
- Métaphysique des mœurs*, Paris, Vrin, 1986.
- Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1988.
- Que signifie s'orienter dans la pensée?*, Paris, Flammarion, 1991.
- Pour la paix perpétuelle*, Paris, Librairie Générale Française, 2002.
- Kelsen, Hans. *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962.
- Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996.
- Kroeber, Alfred et Clyde Kluckhohn. *Culture : a Critical Review of Concepts and Definitions*, Cambridge, Harvard University Press, 1952.
- Kuhn, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1986.
- Lacan, Jacques. *Le séminaire - Livre III*, Paris, Seuil, 1981.
- Leibniz, Gottfried. *Discours de métaphysique et Monadologie*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974.
- Lerner, Daniel éd. *Parts and Wholes*, New York, The Free Press of Glencoe, 1963.
- Lévinas, Emmanuel. *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Paris, Lgf, 2004.
- Luhmann, Niklas. *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge, 1985.
- Malraux, André. *L'homme précaire et la littérature*, Paris, Gallimard, 1977.
- Meirav, Ariel. *Wholes, Sums and Unities*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer Academic Publishers, 2003.
- Melman, Charles. *L'homme sans gravité – Jouir à tout prix*, Paris, Denoël, 2002.

- Morin, Edgard et Jean-Louis Le Moigne. *L'intelligence de la complexité*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- Murphy, Jeffrie et Jules L. Coleman. *Philosophy of Law – An Introduction to Jurisprudence*, San Francisco, Westview Press, 1990.
- Nietzsche, Friedrich. *Par-delà bien et mal*, Paris, Flammarion, 2000.
- Ost, François et Michel Van de Kerchove. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- Peczenick, Aleksander. *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989.
- Perelman, Chaïm. *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.
- Pradelle, Dominique. *L'archéologie du monde – Constitution de l'espace, idéalisme et intuitionnisme chez Husserl*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer Academic Publishers, 2000.
- Proudhon, Pierre-Joseph. *Oeuvres complètes*, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, 1938.
- Quine, Willard. *The Roots of Reference*, La Salle, Open Court, 1990.
- Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970.
- The Authority of Law : Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Renard, Georges. *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933.
- Ross, Alf. *Directives and Norms*, New York, Humanities Press, 1968.
- Saïd, Edward. *L'orientalisme : L'Orient créé par l'Occident*, Paris, Seuil, 2005.
- Santi Romano. *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.
- Savigny, Friedrich Carl von. *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2002.
- Schopenhauer, Arthur. *Le monde comme volonté et comme représentation*, Paris, PUF, 1996.
- Simons, Peter. *Parts – A Study in Ontology*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

- Smith, Barry éd. *Parts and Moments – Studies in Logic and Formal Ontology*, Munich/Vienne, Philosophia Verlag, 1982.
- Taguieff, Pierre-André. *La république enlisée : pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Syrtes, 2005.
- Tasioulas, John. *Law, Values, and Social Practices*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- Taylor, Charles. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992.
- Teubner, Gunther. *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*, Berlin, W. de Gruyter, 1988.
- Timsit, Gérard. *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.
- Todorov, Tzvetan. *L'esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006.
- Tylor, Edward. *Primitive Culture*, New York, Harper, 1871.
- Van de Kerchove, Michel et François Ost. *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.
- Van Inwagen, Peter. *Material Beings*, Ithaca & Londres, Cornell University Press, 1990.
- Wacks, Raymond. *Understanding Jurisprudence – An Introduction to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Young, Iris. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

A.2 Droit international et relations internationales

- Allott, Phillip. *Eunomia : New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- The Health of Nations : Society and Law Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Alvarez, José. *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Amerasinghe, Chittharanjan. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

- Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Avenhaus, Rudolf. *Verifying Treaty Compliance: Limiting Weapons of Mass Destruction and Monitoring Kyoto Protocol Provisions*, Berlin, Springer, 2006.
- Barnhoorn, L.A.N.M. et Karel Wellens éd. *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.
- Boisson de Chazournes, Laurence et Vera Gowlland-Debbas eds. *L'Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 2001.
- Bonell, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Ardsley, Transnational Publishers, 3e éd., 2005.
- Boyle, Alan et Christine Chinkin. *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Breton-Le Goff, Gaëlle. *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Broude, Tomer et Yuval Shany éd. *The Shifting Allocation of Authority in International Law : Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6^e éd., 2003.
- Bull, Hedley. *The Anarchical Society – A Study of Order in World Politics*, New York, Columbia University Press, 1977.
- Burgstaller, Markus. *Theories of Compliance with International Law*, Leiden, Nijhoff, 2005.
- Byers, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules : International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Byers, Michael et Georg Nolte éd. *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Canadian Council of International Law. *Fragmentation: Diversification and Expansion of International Law - Proceedings of the 34th Annual Conference of*

- the Canadian Council of International Law*, Ottawa, Canadian Council of International Law, 2006.
- Carreau, Dominique. *Droit International*, Paris, Pedone, 5^e éd., 1997.
- Casanova, José. *Public Religions in the Modern World*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- Casanovas, Oriol. *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Cassese, Antonio. *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nde éd., 2005.
- Castellino, Joshua. *International Law and Self-determination*, Boston, Martinus Nijhoff, 2000.
- Chinkin, Christine éd.. *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out : Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997.
- Cordonnier Segger, Marie-Claire et Ashfaq Khalfan. *Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- International Law as an Open System : Selected Essays*, Londres, Cameron May, 2002.
- D'Amato, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
- Danilenko, Gennadii. *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- Degan, Vladimir. *Sources of International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1997.
- De la Brière, Yves éd. *Vitoria et Suarez : contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939.
- De la Pradelle, Albert Geouffre. *Maîtres et doctrines du droit des gens*, Paris, Editions internationales, 1950.
- Delmas-Marty, Mireille. *Pour un droit commun*, Paris, Editions du Seuil, 1994.
- Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2^e éd., 2004.

- Les forces imaginantes du droit I – Le relatif et l’universel*, Paris, Seuil, 2004.
- Les forces imaginantes du droit II – Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.
- Les forces imaginantes du droit III - La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007.
- Dinstein, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Dupuy, René Jean. *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986.
- Edward, Charles. *Hugo Grotius : The Miracle of Holland : A Study in Political and Legal Thought*, Chicago, Nelson-Hall, 1981.
- Evans, Malcolm éd. *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd éd., 2006.
- Falk, Richard. *Law in an Emerging Global Village : A Post-Westphalian Perspective*, Ardsley, Transnational Publishers, 1998.
- Finch, George. *The Sources of Modern International Law*, New York, Johnson Reprint, 1971.
- Flynn, Matthew. *First Strike: Preemptive War in Modern History*, New York, Routledge, 2008.
- Fox, Jonathan et Shmuel Sandler. *Bringing Religion Into International Relations*, New York, Palgrave Macmillan, 2006.
- Franck, Thomas. *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- Fairness in International Law and Institutions*, New York, Oxford University Press, 1995.
- Gamble, John. *Teaching International Law in the 1990s*, Washington, American Society of International Law, 1992.
- Gross, Leo. *Essays in International Law and Organization*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984.
- Grotius, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984.
- Guzman, Andrew. *How International Law Works - A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

- Hannum, Hurst. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996.
- Hates, Robert. *When Things Fell Apart – State Failure in Late-Century Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Haynes, Jeff. *Religion in Third World Politics*, Londres, Open University Press, 1994.
- Heliskoski, Joni. *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2001.
- Henckaerts, Jean-Marie et Louise Doswald-Beck éd. *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Henkin, Louis. *International Law : Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.
- Higgins, Rosalyn. *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- Jackson, John. *The Jurisprudence of GATT and the WTO : Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Janis, Mark éd. *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Jennings, Robert et Arthur Watts éd. *Oppenheim's International Law*, Londres, Longman, vol. 1, 1996.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- Kennedy, David. *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.
- Khadduri, Majid. *War and Peace in the Law of Islam*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1955.
- Khan, Saad. *Reasserting International Islam : A Focus on the Organization of the Islamic Conference*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Kirton, John et Michael Trebilcock. *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment, and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2004.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Knox, Paul et Peter Taylor. *World Cities in a World System*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

- Korhonen, Outi. *International Law Situated : an Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.
- Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^e éd., 2005.
- Lauterpacht, Elihu. *International Law – Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. I, 1970.
- Lauterpacht, Hersch. *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longman, 1927.
- The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933.
- The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons, 1958.
- Lowe, Vaughan. *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Macmillan, Fiona. *WTO and the Environment*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres, Routledge, 1997.
- Marquis, Louis. *International Uniform Commercial Law – Toward a Progressive Consciousness*, Aldershot, Ashgate, 2005.
- Meron, Theodor. *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- Morgan, Ed. *The Aesthetics of International Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.
- Norris, Pipa et Ronald Inglehart. *Sacred and Secular – Religion and Politics Worldwide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Nys, Ernest. *Les origines du droit international*, Paris, Thorin, 1894.
- O'Keefe, David et Henry Schermers éd. *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983.
- Oppenheim, Lassa. *International Law: a Treatise*, Londres, Longmans, 1928.

- Orford, Anne. *International Law and Its Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Paulus, Andreas. *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, Munich, Beck, 2001.
- Pauwelyn, Joost. *Conflicts of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Petito, Fabio et Pavlos Hatzopoulos éds. *Religion in International Relations : The Return From Exile*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.
- Prost, Mario. *D'abord les moyens, les besoins viendront après – Commerce et environnement dans la 'jurisprudence' du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Provost, René. *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Quoc Dinh, Nguyen, Patrick Daillier et Alain Pellet. *Droit international public*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 1999.
- Ramcharan, B.G. *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977.
- Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1972.
- Sadat-Akhavi, Seyed Ali. *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Sahliyah, Emile éd. *Religious Resurgence and Politics in the Contemporary World*, New York, State University of New York Press, 1990.
- Scelle, Georges. *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1944.
- Schachter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Schwarzenberger, Georg. *International Law – Vol. I: International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 3e éd., 1957.
- Shahabuddeen, Mohamed. *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- Shany, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

- Sheikh, Naveed. *The New Politics of Islam: Pan-Islamic Foreign Policy in a World of States*, Londres, Routledge, 2003.
- Simmons, Beth. *International Law - Part 3: Institutions and Theories of Compliance*, Londres, Sage, 2008.
- Simpson, Gerry. *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984.
- Sorensen, Max. *Les sources du droit international*, Copenhague, Einar Manksgaard, 1946.
- Teson, Fernando. *A Philosophy of International Law*, Boulder, Westview Press, 1998.
- Teubner, Gunther. *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- Thirlway, Hugh. *International Customary Law and Codification*, Leiden, Sijthoff, 1972.
- Thomas, Scott. *The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Relations: the Struggle for the Soul of the Twenty-First Century*, New York, Palgrave Macmillan, 2005.
- Tomuschat, Christian et Jean-Marc Thouvenin. *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- Toope, Stephen. *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius, 1990.
- Tunkin, Grigorii. *Theory of International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1974.
- Van Hoof, Godefridus. *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer Law, 1983.
- Vattel, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Paris, Guillaumin, 1863.
- Verdross, Alfred. *Völkerrecht*, Vienne, Springer, 1964.
- Verhoeven, Joe. *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- Verzijl, Jan Hendrik Willem. *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1968.

- Villiger, Mark. *Customary International Law and Treaties*, La Haye, Kluwer Law International, 2^e éd., 1997.
- Watts, Arthur. *The International Law Commission : 1949-1998*, Oxford, Oxford University Press, vol. I, 1999.
- Wellens, Karel et Rosario Vinaxia. *L'Influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Westerlund, David éd. *Questioning the Secular State : the Worldwide Resurgence of Religion in Politics*, Londres, Hurst & Co., 1996.
- Wilmshurst, Elizabeth et Susan Breau, éd. *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Wolfke, Karol. *Custom in Present International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2^e éd., 1993.
- Wolfrum, Rüdiger et Nele Matz. *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin, Springer-Verlag, 2003.
- Wolfrum, Rüdiger et Volker Röben éd. *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005.
- Yourow, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haye/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1996.
- Ziemele, Ineta éd. *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation?*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.
- Zimmermann, Andreas et Rainer Hofmann. *Unity and Diversity in International Law: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

A.3 Autres ouvrages

- Anderson, Gordon. *The Family in Global Transition*, St Paul, World Peace Academy, 1997.
- Batteur, Annick. *Droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 2003.
- Berman, Harold. *The Interaction of Law and Religion*, Nashville, Abingdon Press, 1974.
- Camus, Albert. *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942.

- Carbonnier, Jean. *Droit civil – La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Presses Universitaires de France, 21e éd., 2002.
- Celine, Louis-Ferdinand. *Semmelweiss*, Paris, Gallimard, 1999.
- Chevrette, François et Herbert Marx. *Droit constitutionnel – Notes et jurisprudence*, Montreal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- Colombet, Claude. *La famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 6^e éd., 1999.
- Cruveilhier, Pierre. *Introduction au code d'Hammurabi*, Paris, Leroux, 1937.
- Feldbrugge, F.J.M. *Russian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- Feldman, Stephen éd. *Law and Religion – A Critical Anthology*, New York, New York University Press, 2000.
- Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 3^e éd., 1992.
- International Academy of Comparative Law. *Convergence of Legal Systems in the 21st Century*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Malaurie, Philippe et Hughes Fulchiron. *Droit civil – La famille*, Paris, Defrénois, 2004.
- Mayer, Ann Elizabeth. *Islam and Human Rights : Tradition and Politics*, Boulder, Westview Press, 1998.
- Perelman, Chaïm éd. *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.
- Puchta, Georg Friedrich. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig, Tauchnitz, 1852.
- Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1881.
- Savigny, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen rechts*, Berlin, Veit, 1840.
- Schlesinger, Rudolf et al. *Comparative Law*, New York, Foundation Press, 6e éd., 1998.
- Siegelbaum, Lewis. *Soviet State and Society Between Revolutions, 1918-1929*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- Simon, Denis. *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001.
- Smith, Stephen. *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Tétrault, Michel. *Droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3^e éd., 2005.

Zeidan, David. *The Resurgence of Religion : A Comparative Study of Selected Themes in Christian and Islamic Fundamentalist Discourse*, Leiden, Brill, 2003.

B. Articles et cours

Abi-Saab, Georges. « Cours général de droit international public » (1987) 207 *Recueil des Cours* 9.

« International Law and the International Community : the Long Road to Universality » dans Ronald St. John Macdonald éd., *Essays in Honor of Wang Tieya*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994.

« The Democratization of Contemporary International Law-Making – Comment » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben éd. : *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005.

Ago, Roberto. « Science juridique et droit international » (1956) 90 *Recueil des Cours* 851.

Akbarzadeh, Shahram et Kylie Connor. « The Organization of the Islamic Conference : Sharing an Illusion » (2005) 12 *Middle East Policy* 79.

Akehurst, Michael. « The Hierarchy of the Sources of International Law » (1974) 47 *British Yearbook of International Law* 273.

« Custom as a Source of International Law » (1977) 47 *British Yearbook of International Law* 1.

Al-Ahsan, Abdullah. « The Quranic Concept of Ummah » (1986) 7 *Journal of Muslim Minority Affairs* 606.

Alkoby, Asher. « Theories of Compliance with International Law and the Challenge of Cultural Difference » (2008) 4 *Journal of International Law and International Relations* 151.

Amselek, Paul. « Réflexions critiques sur la conception kelsenienne de l'ordre juridique » (1978) *Revue du Droit Public* 5.

Armstrong, Nancy. « Who's Afraid of the Cultural Turn ? » (2001) 12 *Differences* 17.

Arsanjani, Mahnoush. « The Rome Statute of the International Criminal Court » (1999) 93 *American Journal of International Law* 22.

- Baba, Noor Ahmad. « Organization of the Islamic Conference : Conceptual Framework and Institutional Structure » (1993) 30 *International Studies* 35.
- Bälz, Kilian. « La reconstruction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la 'bataille du voile' dans les écoles publiques » (1998) 39 *Droit et Société* 277.
- Baratta, Roberto. « Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded ? » (2000) 11 *European Journal of International Law* 413.
- Basdevant, Jules. « Règles générales du droit de la paix » (1936) 58 *Recueil des Cours* 471.
- Batchelder, Dean. « An Analysis of Potential Conflicts Between the Stockholm Convention and Its Parties' WTO Obligations » (2006) 28 *Michigan Journal of International Law* 157.
- Baxter, Richard. « International Law in 'Her Infinite Variety' » (1980) 29 *International and Comparative Law Quarterly* 549.
- Bayles, Michael. « Hart vs. Dworkin » (1991) 10 *Law and Philosophy* 349.
- Baylis, Elena. « General Comment 24 : Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties » (1999) 17 *Berkeley Journal of International Law* 277.
- Beaulac, Stéphane. « The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality ? » (2000) 2 *Journal of the History of International Law* 148.
- Bebr, Gerhard. « Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect » (1983) 20 *Common Market Law Review* 35.
- Bellinger, John et William Haynes. « A US Government Response to the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law » (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 443.
- Ben Achour, Yadh. « La civilisation islamique et le droit international » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 19.
- Benvenisti, Eyal. « The Conception of International Law as a Legal System » (2008) 50 *German Yearbook of International Law* 393.
- Benvenisti, Eyal et George Downs. « The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law » (2007) 60 *Stanford Law Review* 1.
- Bernhardt, Rudolf. « Customary International Law » dans Rudolf Bernhardt, éd., *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, Vol. I, 1992.
- Bhala, Raj. « The Power of the Past : Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication » (2001) 33 *George Washington International Law Review* 873.

- Bindschedler, Denise. « Le règlement des différends relatif au statut d'un organisme international » (1969) Recueil des Cours 453.
- Bonell, Michael Joachim. « Unidroit Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contract Adopted by the International Institute for the Unification of Private Law » (2004) Uniform Law Review 5.
- Borgen, Christopher. « Resolving Treaty Conflicts » (2005) 37 George Washington International Law Review 573.
- Bos, Maarten. « The Recognized Manifestations of International Law » (1977) 20 German Yearbook of International Law 9.
- Bouachba, Taoufik. « L'Organisation de la Conférence Islamique » (1982) 28 Annuaire Français de Droit International 265.
- Bourdieu, Pierre. « Champ de pouvoir, champ intellectuel et habitus de classe » (1971) 1 *Scolies* 7.
- « Classement, déclassement, reclassement » (1978) 24 Actes de la recherche en sciences sociales 2.
- « La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 3.
- Bourgeois, Jacques. « Effects of International Agreements in European Community Law : Are the Dice Cast? » (1984) 82 Michigan Law Review 1250.
- Boutros-Ghali, Boutros. « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation » (2000) 286 Recueil des Cours 9.
- Boyle, Alan. « Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction » (1997) 46 International and Comparative Law Quarterly 37.
- « Soft Law » dans Malcolm Evans éd. : *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd éd., 2006.
- Bradford, William. « International Legal Compliance: An Annotated Bibliography » (2004) 30 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 379.
- Brierly, James. « The Judicial Settlement of International Disputes » (1925) 4 Journal of the British Institute of International Affairs 227.
- Brightman, Robert. « Forget Culture : Replacement, Transcendence, Relexification » (1995) 10 Cultural Anthropology 509.

- Broude, Tomer. « Fragmentation(s) of International Law : On Normative Integration as Authority Allocation » dans Tomer Broude et Yuval Shany éd. : *The Shifting Allocation of Authority in International Law : Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- Brownlie, Ian. « The Reality and Efficacy of International Law » (1981) 52 *British Yearbook of International Law* 1.
- Buergenthal, Thomas. « The European and Inter-American Courts of Human Rights : beneficial interaction » dans Paul Mahoney éd. : *Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Köln, Heymanns, 2000.
- Bugnion, François. « Droit international humanitaire coutumier » (2007) 17 *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* 165.
- Burke-White, William. « International Legal Pluralism » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 963.
- Byers, Michael. « Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules » (1997) 66 *Nordic Journal of International Law* 211.
- « Preemptive Self-defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change » (2003) 11 *The Journal of Political Philosophy* 171.
- Caeiro, Antonio. « L'effet direct des accords internationaux conclus par la CEE » (1984) *Revue du Marché Commun* 526.
- Canal-Forgues, Eric. « Remarques sur le recours aux travaux préparatoires dans le contentieux international » (1993) 97 *Revue Générale de Droit International Public* 901.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto. « The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights » (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 309.
- Capotorti, Francesco. « Interférences dans l'ordre juridique interne entre la Convention et d'autres accords internationaux » dans Walter Van der Meersch éd. : *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968.
- Carty, Anthony. « A Renewed Place for Doctrine as the Source of International Law in a Time of Fragmentation » dans Huesa Vinaixa et Wellens : *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Cassese, Antonio. « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia » (2007) 18 *European Journal of International Law* 649.

- Cassimatis, Anthony. « International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law » (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 623.
- Charlesworth, Hillary. « Customary International Law and the Nicaragua Case » (1991) 11 *Australian Yearbook of International Law* 1.
- « International Law: A Discipline of Crisis » (2002) 65 *Modern Law Review* 377.
- Charney, Jonathan. « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » (1985) 56 *British Yearbook of International Law* 1.
- « Universal International Law » (1993) 87 *American Journal of International Law* 529.
- « Is International Law Threatened by Multiple International Law Tribunals ? » (1998) 271 *Recueil des Cours* 101.
- Charnovitz, Steve. « Nongovernmental Organizations and International Law » (2006) 100 *American Journal of International Law* 348.
- Cheng, Bin. « The Meaning and Scope of Article 31(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice » (1952) 38 *Transactions of the Grotius Society* 125.
- « United Nations Resolutions on Outer Space : 'Instant' International Customary Law ? » (1965) 5 *Indian Journal of International Law* 23.
- Chinkin, Christin. « The Challenge of Soft Law : Development and Change in International Law » (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850.
- Chodesh, Hiram. « Neither Treaty nor Custom : The Emergence of Declaratory International Law » (1991) 26 *Texas Journal of International Law* 87.
- Churchill, Robin et Joanne Scott. « The MOX Plant Litigation : the First Half-Life » (2004) 53 *International and Comparative Law Quarterly* 643.
- Cohen-Jonathan, Gérard. « L'affaire Loizidou devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: quelques observations » (1998) 102 *Revue Générale de Droit International Public* 123.
- Combacau, Jean. « Le droit international : bric-à-brac ou système? » (1986) 31 *Archives de Philosophie du Droit* 85.
- Conforti, Benedetto. « Unité et fragmentation du droit international:" Glissez, mortels, n'appuyez pas! » (2007) 111 *Revue Générale de Droit International Public* 5

- Cowling, Michael. « International Lawmaking in Action : the 2005 Customary International Humanitarian Law Study and Non-International Armed Conflicts » (2006) *African Yearbook on International Humanitarian Law* 65.
- Craig, Paul. « The Common Law, Reasons and Administrative Justice » (1994) 53 *Cambridge Law Journal* 282.
- Crane, David. « Hybrid Tribunals-Internationalized National Prosecutions » (2006) 25 *Penn State International Law Review* 803.
- Craven, Matthew. « Unity, Diversity, and the Fragmentation of International Law » (2005) 14 *Finnish Yearbook of International Law* 3.
- Crawford, James et Anthony Sinclair. « The UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts » (2002) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 57.
- Cryer, Robert. « Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel : the Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study » (2006) 11 *Journal of Conflict and Security Law* 239.
- Czaplinski, Wladyslaw. « Sources of international law in the Nicaragua case » (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 151.
- « Universalism, Regionalism and Localism in the Age of Globalization » dans Ronald St. John Macdonald et Douglas M. Johnston éd. : *Towards World Constitutionalism – Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Czaplinski, Wladyslaw et Gennady Danilenko. « Conflicts of Norms in International Law » (1990) 21 *Netherlands Yearbook of International Law* 3.
- D'Amato, Antony. « Consent, Estoppel, and Reasonableness : Three Challenges to Universal International Law » (1969) 10 *Virginia Journal of International Law* 1.
- « Is International Law Really Law » (1984) 79 *Northwestern University Law Review* 1293.
- « Trashing Customary International Law » (1987) 81 *American Journal of International Law* 101.
- David, René. « The Methods of Unification » (1968) 16 *American Journal of Comparative Law* 13.
- Davy, Georges. « L'unité de fondement de l'obligation politique » (1931) *Archives de Philosophie du Droit* 87.
- Degan, Vladimir. *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.

- Delaume, Georges. « State Contracts and Transnational Arbitration » (1981) 75 *American Journal of International Law* 784.
- Delmas-Marty, Mireille et Marie-Laure Izorche. « Marge nationale d'appréciation et internationalization du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » (2001) 46 *Revue de Droit de McGill* 923.
- Denny, Frederic. « The Meaning of Ummah in the Qur'an » (1975) *History of Religions* 34.
- De Wet, Erika. « The Security Council as a Law-Maker : the Adoption of (Quasi)-Judicial Decisions » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben éd. : *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005.
- « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order » (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 611.
- Dezalay, Yves. « Territorial Battles and Tribal Disputes » (1991) 54 *Modern Law Review* 792.
- Dinstein, Yoram. « The ICRC Customary International Humanitarian Law Study » (2006) 36 *Israel Yearbook on Human Rights* 1.
- Di Robilant, Anna. « Genealogies of Soft Law » (2006) 54 *American Journal of Comparative Law* 499.
- Dominicé, Christian. « Le grand retour du droit naturel en droit des gens » dans *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1992.
- Dunoff, Jeffrey. « International Legal Scholarship at the Millenium » (2000) 1 *Chicago Journal of International Law* 85.
- Duplessis, Isabelle. « Le vertige et la *Soft Law* : réactions doctrinales en droit international » (2007) 18 *Revue Québécoise de Droit International* 245.
- Dupuy, Pierre-Marie. « Soft Law and the International Law of the Environment » (1991) 12 *Michigan Journal of International Law* 420.
- « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? » (1997) 101 *Revue Générale de Droit International Public* 873.
- « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice » (1999) 31 *New York University Journal of International Law & Politics* 791.
- « L'unité de l'ordre juridique international » (2002) 297 *Recueil des Cours* 9.

- « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? » dans Rosario Huesa Vinaixa et Karel Wellens, dir. : *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international » (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 1.
- « Taking International Law Seriously - On the German Approach to International Law » (2007) *EUI Working Papers* 1.
- Dupuy, René-Jean. « La contribution de l'Académie au développement du droit international » (1973) 138 *Recueil des Cours* 45.
- Durkheim, Emile. « De la définition des phénomènes religieux » (1897) 2 *Année Sociologique* 1.
- Dworkin, Ronald. « The Model of Rules » (1967) 35 *University of Chicago Law Review* 14.
- « Hard Cases » (1975) 88 *Harvard Law Review* 1057.
- « Is Law a System of Rules ? » dans Ronald Dworkin éd. : *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- « Law as Interpretation » (1982) 9 *Critical Inquiry* 179.
- Eisemann, Pierre-Michel. « L'environnement entre terre et mer. Observations sur l'instrumentalisation tactique du Tribunal de Hambourg » dans *La mer et son droit – Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003.
- Elias, Olufemi. « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law » (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 501.
- Emanuelli, Claude. « L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier : la coutume en question » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 435.
- Ewald, William. « The Logic of Legal Transplants » (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 489.
- Falk, Richard. « The Reality of International Law » (1962) 14 *World Politics* 353.
- Fassbender, Bardo. « The United Nations Charter as Constitution of the International Community » (1998) 529 *Columbia Journal of Transnational Law* 558.
- Feinerman, James. « Odious Debt, Old and New: the Legal Intellectual History of an Idea » (2007) 70 *Law and Contemporary Problems* 192.
- Feldman, Eric. « The Tuna Court : Law and Norms in the World's Premier Fish Market » (2006) 94 *California Law Review* 313.

- Filder, David. « Challenging the Classical Concept of Custom : Perspectives on the Future of Customary International Law » (1997) 39 *German Yearbook of International Law* 198.
- Finnemore, Martha et Stephen Toope. « Alternatives to ‘Legalization’ : Richer Views of Law and Politics » (2001) 55 *International Organization* 743.
- Fischer-Lescano, Andreas et Gunther Teubner. « Regime-Collisions : the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 999.
- Fitzmaurice, Gerald. « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law » dans *Symbolae Verzijl*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1958.
- Fitzpatrick, Peter. « ‘Gods Would be Needed...’ : American Empire and the Rule of (International) Law » (2003) 16 *Leiden Journal of International Law* 429.
- Fletcher, Charles. « Greening World Trade: Reconciling GATT and MEAs within the Existing World Trade Regime » (1996) 5 *Journal of Transnational Law & Policy* 341.
- Fouret, Julien et Mario Prost. « La multiplication des juridictions internationales: de la nécessité de remettre quelques pendules à l’heure » (2002) 15 *Revue Québécoise de Droit International* 117.
- Franck, Thomas. « Non-Treaty Law-Making : When, Where and How ? » dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben éd. : *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005.
- « The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power : International Law in an Age of Power Disequilibrium » (2006) 100 *American Journal of International Law* 88.
- Friedmann, Wolfgang. « The Reality of International Law - A Reappraisal » (1971) 10 *Columbia Journal of Transnational Law* 46.
- Garnham, Nicholas. « Reaching for my Revolver : Problems with the Concept of Culture » (2001) 9 *European Review* 413.
- Gattini, Andrea. « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 303.
- Gautron, Jean-Claude. « Le fait régional dans la société internationale » dans *Société Française de Droit International, Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Paris, Pedone, 1977.
- George, William. « Grotius, Theology, and International Law : Overcoming Textbook Bias » (1999) 14 *Journal of Law and Religion* 605.

- Ginsburg, Tom. « Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking » (2005) 45 *Virginia Journal of International Law* 631.
- Glennon, Michael. « De l'absurdité du droit impératif (Jus cogens) » (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 529.
- Goldschmidt, Jack et Eric Posner. « A Theory of Customary International Law » (1999) 66 *University of Chicago Law Review* 1113.
- Goldstein, Judith, Miles Kahler, Robert Keohane, Anne-Marie Slaughter. « Legalization and World Politics » (2000) 54 *International Organization* 385.
- González, Carlos. « The Logic of Legal Conflict : the Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal norms » (2001) 80 *Oregon Law Review* 447.
- Goodman, Camille. « Acta Sunt Servanda ? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law » (2004) 25 *Australian Yearbook of International Law* 43.
- Goodman, Ryan. « Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent » (2002) 96 *American Journal of International Law* 531.
- Greenwood, Christopher. « State Contracts in International Law : the Libyan Oil Arbitrations » (1982) 53 *British Yearbook of International Law* 27.
- Griffiths, John. « What Is Legal Pluralism » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.
- Gros Espiell, Héctor. « La Cour Interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme » dans *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Paris, LGDJ, 1995.
- Gross, Oren et Fionnuala Ni Aolain. « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights » (2001) 23 *Human Rights Quarterly* 625.
- Grzegorzcyk, Christophe. « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit » (1986) 31 *Archives de Philosophie du Droit* 286.
- « Ordre juridique comme réalité » (2002) 35 *Droits* 103.
- Guellali, Amna. « Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme: leur interaction dans les nouveaux conflits armés » (2007) 111 *Revue Générale de Droit International Public* 539.
- Guggenheim, Paul. « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens » (1958) 94 *Recueil des Cours* 1.

- Guillaume, Gilbert. « The Future of International Judicial Institutions » (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 848.
- « La Cour internationale de Justice - Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire » (1996) 100 *Revue Générale de Droit International Public* 323.
- « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? » (2003) 55 *Revue Internationale de Droit Comparé* 23.
- Guzman, Andrew. « Saving Customary International Law » (2006) 27 *Michigan Journal of International Law* 115.
- Haas, Peter. « Epistemic Communities and International Policy Coordination » (1992) 46 *International Organization* 1.
- Häfner, Christof. « Theories of Compliance with International Law » (2007) 45 *Archiv des Völkerrechts* 597.
- Hafner, Gerhard. « The International Law Commission and the Future Codification of International Law » (1992) 2 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 671.
- « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 849.
- Haggenmacher, Peter. « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 *Revue Générale de Droit International Public* 5.
- Halpérin, Jean-Louis. « L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire? » (2001) 4 *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 9.
- Hamner Hill, H. « A Functional Taxonomy of Normative Conflict » (1987) 6 *Law and Philosophy* 227.
- Harlow, Carol. « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values » (2006) 17 *European Journal of International Law* 187.
- Hart, Herbert. « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law » dans Howard E. Kiefer et Milton K. Munitz éd. : *Ethics and Social Justice*, Albany, State University of New York Press, 1968.
- Hashmi, Sohail. « International Society and Its Islamic Malcontents » (1993) 13 *The Fletcher Forum of World Affairs* 13.
- Hazard, John. « Unity and Diversity in Socialist Law » (1965) 30 *Law and Contemporary Problems* 270.

- Henckaerts, Jean-Marie. « Study on Customary International Humanitarian Law – A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflicts » (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175.
- « Customary International Humanitarian Law : a Rejoinder to Judge Aldrich » (2006) 76 *British Yearbook of International Law* 525.
- Hickey Jr., James. « Challenges to Security Council Monopoly Power over the Use of Force in Regional Enforcement Actions : The Case of Regional Organizations » (2004) 10 *Ius Gentium* 75.
- Higgins, Rosalyn. « International Law in a Changing International System » (1999) 58 *Cambridge Law Journal* 78.
- « The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law » (2003) 52 *International and Comparative Law Quarterly* 1.
- « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench » (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 791.
- Hoeflich, M. H. « Transatlantic Friendships and the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century » (1987) 35 *American Journal of Comparative Law* 599.
- Holton, Richard. « Positivism and the Internal Point of View » (1998) 17 *Law and Philosophy* 597.
- Huntington, Samuel. « The Clash of Civilizations ? » (1993) 72 *Foreign Affairs* 21.
- Jacobs, Francis. « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems : the European Court of Justice » (2003) 38 *Texas International Law Journal* 547.
- Jacqué, Jean-Paul. « Pratique et doctrine » (2005) 51 *Annuaire Français de Droit International* xv.
- Jacquet, Jean-Michel. « Voici venu le temps des traités ! Quelques réflexions sur l'évolution du droit des contrats d'Etat » dans Marcelo Kohen éd. : *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law – Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- Jeammaud, Antoine. « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il? » dans Filali Osman éd., *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- Jenks, Wilfried. « The Conflict of Law-Making Treaties » (1953) *British Yearbook of International Law* 401.
- Jennings, Robert. « Recent Developments in the International Law Commission : Its Relation to the Sources of International Law » (1964) 18 *International and Comparative Law Quarterly* 385.

- « General Course on Principles of International Law » (1967) 121 Recueil des Cours 9.
- « Teachings and Teaching in International Law » dans Jerzy Makarczik éd. : *Essays in Honour of Judge Manfred Lachs*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.
- « International Courts and International Politics – Josephine Onoh Lecture 1986 » dans David Freestone et al. éd. : *Contemporary Issues in International Law : A Collection of the Josephine Onoh Memorial Lectures*, La Haye, Kluwer Law International, 2002.
- Jessurun D'Oliveira, Hans Ulrich. « Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence » dans *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique – Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Antwerp/Boston/Londres/Frankfurt, Kluwer Law and Taxation, 1984.
- Jimenez de Arechaga, Eduardo. « The Classical 'Sources' of International Law Revisited : Custom » dans Antonio Cassese et Joseph Weiler éd. : *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988.
- Jodoin, Sébastien. « International Law and Alterity : The State and the Other » (2008) 21 *Leiden Journal of International Law* 1.
- Jouannet, Emmanuelle. « Universalism and Imperialism : The True-False Paradox of International Law ? » (2007) 18 *European Journal of International Law* 379.
- « What is the Use of International Law ? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007) 28 *Michigan Journal of International Law* 815.
- Kammerhofer, Jörg. « Kelsen – Which Kelsen ? Kelsen the Theorician and Kelsen the International Lawyer – a Tentative Re-Application of the Pure Theory to International Law » dans Iain Scobbie et Akbar Rasulov éd. : *International Legal Positivism*, à paraître.
- Karl, Wolfram. « Conflicts Between Treaties » dans Rudolf Bernhardt éd. : *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, 1992.
- Keilmann, Annette. « The Einheitsjurist: A German Phenomenon » (2006) 7 *German Law Journal* 293.
- Kelly, Patrick. « The Twilight of Customary International Law » (2000) 40 *Virginia Journal of International Law* 449.
- Kelsen, Hans. « Théorie du droit international coutumier » (1939) 1 *Revue Internationale de la Théorie du Droit* 253.
- « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1992) 22 *Droit & Société* 551.

- Kennedy, David. « The Sources of International Law » (1987) 2 *American University Journal of International Law and Policy* 1.
- « Images of Religion in International Legal Theory » dans Mark Janis éd. : *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- « The Disciplines of International Law and Policy » (1999) 12 *Leiden Journal of International Law* 9.
- « My Talk at the ASIL : What is New Thinking in International Law ? » (2000) 94 *American Society of International Law Proceedings* 104.
- « When Renewal Repeats : Thinking Against the Box » (2000) 32 *New York University Journal of International Law and Politics* 335.
- « The Disciplines of International Law and Policy » (2004) 12 *Leiden Journal of International Law* 9.
- Kennedy, Duncan. « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975) 89 *Harvard Law Review* 1685.
- Kerbrat, Yann. « Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni): connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale » (2004) 50 *Annuaire Français de Droit International* 607.
- King, Betty. « The UN Global Compact: Responsibility for Human Rights, Labor Relations, and the Environment in Developing Nations » (2001) 34 *Cornell International Law Journal* 481.
- King, Jeff. « Odious Debt: The Terms of the Debate » (2006) 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 605.
- Klabbers, Jan. « The Undesirability of Soft Law » (1998) 67 *Nordic Journal of International Law* 381.
- « International Organizations in the Formation of Customary International Law » dans Enzo Cannizzaro et Paolo Palchetti éd. : *Customary International Law on the Use of Force : a Methodological Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- Knapp, Blaise. « Fédéralisme et unité du droit » (1986) *Annales de Droit de Louvain* 309.
- Koff, Serge. « Introduction à l'histoire du droit international » (1923) 1 *Recueil des Cours* 5.
- Koh, Charles. « Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 979.

- Kolb, Robert. « Droit et valeurs: la reception de valeurs en droit » (2002) 21 *Refugee Survey Quarterly* 248.
- « Selected Problems in the Theory of Customary International Law » (2003) 50 *Netherlands Review of International Law* 119.
- « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) » (2006) 53 *Netherlands International Law Review* 1.
- Kolodkin, Roman. « Fragmentation of International Law ? A View from Russia » dans Ronald St. John Macdonald et Douglas M. Johnston édés : *Towards World Constitutionalism – Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Koskenniemi, Martti. « Between Commitment and Cynicism : Outline for a Theory of International Law as Practice » dans *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, New York, United Nations, 1999.
- « What is International Law For ? » dans Malcolm Evans, éd., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- « International Law and Hegemony : a Reconfiguration » (2004) 17 *Cambridge Review of International Affairs* 197.
- « Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and the Origins of Modern International Law » (2006) 1 *NYU Institute of International Law and Justice Working Papers* 1.
- « Not Excepting the Iroquois Themselves – Machiavelli, Puffendorf, and the Prehistory of International Law » (2007) 7 *Max Weber Lecture Series* 1.
- « Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education » (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 1.
- « The Fate of Public International Law : Between Technique and Politics » (2007) 70 *Modern Law Review* 1.
- « International Law and Raison d'Etat: Rethinking the Prehistory of International Law » (2008) *IILJ International Legal Theory Colloquium*, non publié.
- Koskenniemi, Martti et Paivi Leino. « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2005) 15 *Leiden Journal of International Law* 553.
- Krasner, Stephen. « Westphalia and All That » dans Judith Goldstein et Robert Keohane édés. : *Ideas and Foreign Policy : Beliefs, Institutions and Political Change*, Ithaca, Cornell University Press, 1993.

- Krieger, Heike. « A Conflict of Norms : the Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study » (2006) 11 *Journal of Conflict and Security Law* 265.
- Krisch, Nico. « International Law in Times of Hegemony : Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order » (2005) 16 *European Journal of International Law* 369.
- Ku, Charlotte. « Global Governance and the Changing Face of International Law » (2001) 2 *ACUN Keynote Papers* 1.
- Kunz, Josef. « The Nature of Customary International Law » (1953) 47 *American Journal of International Law* 662.
- « Pluralism of Legal and Value Systems and International Law » (1955) 49 *American Journal of International Law* 370.
- Lachs, Manfred. « International Law in a Multicultural World » dans Artle Grahl-Madsen et Jiri Toman eds. : *The Spirit of Uppsala – Joint UNITAR-Uppsala University Seminar on International Law and Organization for a New World Order*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1984.
- Lasky, Melvin. « The Banalization of the Concept of Culture » (2002) 39 *Society* 73.
- Lauterpacht, Hersch. « Règles générales du droit de la paix » (1937) 62 *Recueil des Cours* 95.
- Lavranos, Nikolaos. « The MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter? » (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 223.
- Leben, Charles. « De quelques doctrines de l'ordre juridique » (2001) 33 *Droits* 19.
- Lederman, W.D. « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963) 9 *McGill Law Journal* 185.
- Lemoyne de Forges, Jean-Michel. « Le juriste arrive toujours plus tard » dans Jean-Bernard Auby et al. : *L'unité du droit – Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996.
- Leung, Priscilla et Guiguo Wang. « State Contracts in the Globalized World » (2006) 7 *Journal of World Investment and Trade* 829.
- Levit, Janet. « A Bottom-Up Approach to International Law-Making : the Tale of Three Trade Finance Instrument » (2005) 30 *Yale Journal of International Law* 125.
- « Bottom-Up International Law-Making : Reflections on the New Haven School of International Law » (2007) 32 *Yale Journal of International Law* 393.

- Linarelli, John. « The Economics of Private Law Harmonization » (2002) 96 American Society of International Law Proceedings 339.
- Lindahl, Lars. « Conflicts in Systems of Legal Norms : a Logical Point of View » dans Bob Brouwer et al.: *Coherence and Conflict in Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1992.
- Linderfalk, Ulf. « The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? » (2007) 18 European Journal of International Law 853.
- Lindroos, Anja. « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis » (2005) 74 Nordic Journal of International Law 27.
- Lindroos, Anja et Michael Mehling. « Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes': International Law and the WTO » (2005) 16 European Journal of International Law 857.
- Lombardi, Clark. « Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice : an Analysis » (2007) 8 Chicago Journal of International Law 85.
- Lombardi, Clark et Nathan Brown. « Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights ? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law With the Liberal Rule of Law » (2006) 21 American University International Law Review 379.
- Lombardini, Michele. « The International Islamic Court of Justice : Towards an International Islamic Legal System ? » (2001) 14 Leiden Journal of International Law 665.
- Lorite, Alejandro. « Cultural Relativism the American Way : The Nationalist School of International Law in the United States » (2005) 5 Global Jurist Frontiers 1.
- Mandel, Michael. « Dworkin, Hart, and the Problem of Theoretical Perspective » (1979) 14 Law and Society Review 57.
- Maniruzzaman, A.F.M. « State Contracts in Contemporary International Law : Monist Versus Dualist Controversies » (2001) 12 European Journal of International Law 309.
- Mann, F.A. « State Contracts and International Arbitration » (1967) 42 British Yearbook of International Law 1.
- Marceau, Gabrielle. « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction : The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties » (2001) 35 Journal of World Trade 1081.
- « Balance and Coherence by the WTO Appellate Body : Who Could do Better? » dans Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich et Jan Bohanes eds. : *The WTO*

at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Marks, Susan. « Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights » (1990) 39 *International and Comparative Law Quarterly* 300.

« State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence » (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 339.

Matz-Lück, Nele. « Promoting the Unity of International Law : Standard-Setting by International Tribunals » dans Doris König et al. : *International Law Today : New Challenges and the Need for Reform ?*, Berlin, Springer, 2008.

McDougal, Myres et Michael Reisman. « The Prescribing Function in World Constitutive Process : How International Law is Made » (1980) 6 *Yale Studies in World Public Order* 249.

McGibbon, Iain. « Customary International Law and Acquiescence » (1957) 33 *British Yearbook of International Law* 115.

McLachlan, Campbell. « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention » (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279.

McMillan, Megan. « Egypt's Interpretative Incorporation of Human Rights : The Supreme Constitutional Court's Use of International Sources and Prospects for Its Article 2 Analysis » (2007) 16 *Transnational Law and Contemporary Problems* 1089.

McNair, Arnold. « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) *British Yearbook of International Law* 1.

McRae, Donald. « The International Law Commission : Codification and Progressive Development after Forty Years » (1987) 25 *Canadian Yearbook of International Law* 355.

Mégret, Frédéric. « Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual Project » (2001) 12 *Finnish Yearbook of International Law* 193.

Meijers, Herman. « How is International Law Made ? The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules » (1978) 9 *Netherlands Yearbook of International Law* 3.

Mendelson, Maurice. « Are Treaties Merely a Source of Obligation ? » dans William Butlet éd. : *Perestroika and International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990.

« The Formation of Customary International Law » (1999) 272 *Recueil des Cours* 165.

- Merkouris, Panos. « Debating the Ouroboros of International Law: The Drafting History of Article 31 (3)(c) » (2007) 9 *International Community Law Review* 1.
- Meron, Theodor. « Revival of Customary Humanitarian Law » (2005) 99 *American Journal of International Law* 817.
- Mialot, Camille et Paul Dima Ehongo. « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variable » dans Mireille Delmas-Marty, dir., *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, 2004.
- Monateri, Pier Giuseppe. « The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures » (2001) 1 *Global Jurist Advances* 1.
- Morss, John. « Sources of Doubt, Sources of Duty : HLA Hart on International Law » (2005) 10 *Deaking Law Review* 698.
- Munzer, Stephen. « Validity and Legal Conflicts » (1973) 82 *Yale Law Journal* 1140.
- Nagel, Ernest. « Wholes, Sums, and Organic Unities » (1952) 3 *Philosophical Studies* 17.
- Nash, Kate. « The 'Cultural Turn' in Social Theory : Towards a Theory of Cultrual Politics » (2001) 35 *Sociology* 77.
- Neff, Stephen. « A Short History of International Law » dans Malcolm Evans éd. : *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Norman, George et Joel Trachtman. « The Customary International Law Game » (2005) 99 *American Journal of International Law* 541.
- Ochoa, Christiana. « The Individual and Customary International Law Formation » (2007) 48 *Virginia Journal of International Law* 119.
- « From Odious Debt to Odious Finance: Avoiding the Externalities of a Functional Odious Debt Doctrine » (2008) 49 *Harvard International Law Journal* 131.
- Oda, Shigeru. « Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea » (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 863.
- O'Donnell, Thomas. « The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights » (1982) 4 *Human Rights Quarterly* 474.
- Oeter, Stefan. « Unity and Diversity of International Law in the Settlement of International Disputes – Comment by Stefan Oeter » dans Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann eds. : *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humbolt, 2006.

- Oraison, André. « Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnement juridique international contemporain » (2001) 79 *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques* 91.
- Orakhelashvili, Alexander. « The Position of the Individual in International Law » (2000) 31 *California Western International Law Journal* 241.
- « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? » (2008) 19 *European Journal of International Law* 161.
- Osiander, Andreas. « Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth » (2001) 55 *International Organization* 251.
- Ost, François et Michel van de Kerchove. « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique? » (1993) 30 *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 191.
- Palmeter, David et Petros Mavroidis. « The WTO Legal System : Sources of Law » (1998) 92 *American Journal of International Law* 398.
- Parry, Clive. « The Treaty-Making Power of the United Nations » (1949) 26 *British Yearbook of International Law* 108.
- Paulson, Stanley. « Toward a Periodization of the Pure Theory of Law » dans Letizia Gianformaggio éd. : *Hans Kelsen's Legal Theory : a Diachronic Point of View*, Turin, Giappichelli, 1990.
- « Continental Positivism and Its British Counterpart : How Different Are They? » (1993) 6 *Ratio Juris* 227.
- « Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization » (1998) 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 153.
- Paulus, Andreas. « Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Re-appraisal » (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 297.
- Paulus, Christoph. « Odious Debts vs. Debt Trap: A Realistic Help » (2005) 31 *Brooklin Journal of International Law* 83.
- Pauwelyn, Joost. « Unity and Fragmentation in International Law – Introductory Report on the World Trade Organization » dans Rosario H. Vinaixa et Karel Wellens dir. : *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Pellet, Alain. « Droits-de-l'hommisme et droit international » (2000) *Gilberto Amado Memorial Lecture Series*.

- « Article 38 » dans Andreas Zimmermann et al. éd. : *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Prost, Mario. « Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international : à propos d'une utopie paresseuse » (2006) 2 *Revue Belge de Droit International* 521.
- Prost, Mario et Julien Fouret. « La multiplication des juridictions internationales : de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure » (2002) 15 *Revue Québécoise de Droit International* 117.
- Prost, Mario et Paul Clark. « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter? » (2006) 5 *Chinese Journal of International Law* 341.
- Rao, Pemmaraju Sreenivasa. « Multiple International Judicial Forums : a Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation? » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 929.
- Raz, Joseph. « The Identity of Legal Systems » (1971) 59 *California Law Review* 795.
- « Legal Principles and the Limits of Law » (1972) 81 *Yale Law Journal* 823.
- Redgwell, Catherine. « Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties » (1993) 64 *British Yearbook of International Law* 245.
- Reimann, Mathias. « Nineteenth Century German Legal Science » (1989) 31 *Boston College Law Review* 837.
- Reisman, Michael et Andrea Armstrong. « The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense » (2006) 100 *American Journal of International Law* 525.
- Reisman, Michael. « The Cult of Custom in the Late 20th Century » (1987) 17 *California Western International Law Journal* 133.
- Rials, Stéphane. « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit » (1986) 31 *Archives de Philosophie du Droit* 57.
- Riesebrodt, Martin. « Fundamentalism and the Resurgence of Religion » (2000) 47 *Numen* 266.
- Riesenfeld, Stefan. « The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples » (1989) 37 *American Journal of Comparative Law* 1.
- Rinehart, James. « Religion in World Politics : Why the Resurgence ? » (2004) 6 *International Studies Review* 271.

- Roberts, Anthea. « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : a Reconciliation » (2001) 95 *American Journal of International Law* 757.
- Rosenne, Shabtai. « The Perplexities of Modern International Law » (2001) 291 *Recueil des Cours* 9.
- Roth, Martha. « Mesopotamian Legal Traditions and the Laws of Hammurabi » (1995) 71 *Chicago-Kent Law Review* 13.
- Ruckert, Joachim. « The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900 » (1989) 37 *American Journal of Comparative Law* 121.
- Rudolf, Beate. « Unity and Diversity of International Law in the Settlement of International Disputes » dans Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann eds. ; *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humbolt, 2006.
- Ruggie, John. « Territoriality and Beyond : Problematizing Modernity in International Relations » (1993) 47 *International Organization* 139.
- Sacco, Rodolfo. « Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law » (1991) 39 *American Journal of Comparative Law* 1.
- « Diversity and Uniformity in the Law » (2001) 49 *American Journal of Comparative Law* 171.
- Sacrste, Guillaume et Antoine Vauchez. « The Force of International Law: Lawyers' Diplomacy on the International Scene in the 1920s » (2007) 32 *Law and Social Inquiry* 83.
- Salmon, Jean. « Les antinomies en droit international public » dans Chaïm Perelman éd., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.
- Sands, Philip. « Turtles and Torturers : the Transformation of International Law » (2001) 33 *New York University Journal of International Law and Politics* 527.
- Santos, Boaventura de Sousa. « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit » (1988) 10 *Droit et Société* 379.
- Sassoli, Marco. « L'arrêt Yerodia: Quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international » (2002) 106 *Revue Générale de Droit International Public* 791.
- Scaltsas, Théodore. « Is a Whole Identical to its Parts? » (1990) 99 *Mind* 583.
- Schabas, William. « Reservations to Human Rights Treaties : Time for Innovation and Reform » (1994) 32 *Canadian Yearbook of International Law* 39.

- « Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum » (2007) 40 *Israel Law Review* 592.
- Schachter, Oscar. « Recent Trends in International Law-Making » (1992) 12 *Australian Yearbook of International Law* 1.
- Schindler, Dietrich. « Regional International Law » dans *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam/New York/Oxford, North-Holland, 1984.
- Schnapper, Dominique. « La République face aux communautarismes » (2004) 400 *Etudes* 177.
- Serral, Jordi Sellarés. « Applause as Unilateral Act (Is an Image Worth a Thousand Words ?) » (2006) essai présenté à la deuxième Conférence biennale de la Société Européenne de Droit International, en ligne : http://www.esil-sedi.eu/english/paris_agora_papers.html.
- Shaffer, Gregory. « ‘If Only we Were Elephants’ : the Political Economy of the WTO’s Treatment of Trade and Environment Matters » dans Daniel Kennedy et James Southwick eds.: *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- « The Lexus of Law and Politics : The WTO’s Committee on Trade and Environment » dans Richard Steinberg éd. : *The Greening of Trade Law*, New York/Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2002.
- Shafter, Jonathan. « The Due Diligence Model: An Executive Approach to Odious Debt Reform » (2007) 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 113.
- Shapiro, Scott. « What is the Internal Point of View ? » (2006) 75 *Fordham Law Review* 1157.
- Simma, Bruno. « Self-Contained Regimes » (1985) 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 111.
- « From Bilateralism to Community Interest in International Law » (1994) 250 *Recueil des Cours* 217.
- « Fragmentation in a Positive Light » (2004) 25 *Michigan Journal of International Law* 845.
- Simma, Bruno et Dirk Pulkowski. « Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17 *European Journal of International Law* 483.
- Simmons, David. « The Caribbean Court of Justice: A Unique Institution of Caribbean Creativity » (2004) 29 *Nova Law Review* 171.

- Simons, Peter. « The Formalisation of Husserl's Theory of Wholes and Parts » dans Barry Smith, éd. : *Parts and Moments – Studies in Logic and Formal Ontology*, Munich/Vienne, Philosophia Verlag, 1982.
- Simpson, Gerry. « On the Magic Mountain: Teaching Public International Law » (1999) 10 *European Journal of International Law* 70.
- Sinclair, Anthony. « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection » (2004) 20 *Arbitration International* 411.
- Skouteris, Thomas. « The Vocabulary of Progress in Interwar International Law: An Intellectual Portrait of Stelios Seferiades » (2005) 16 *European Journal of International Law* 823.
- Skubiszewski, Krzysztof. « A New Source of the Law of Nations : Resolutions of International Organizations » dans *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de Droit de Genève, 1968.
- « Resolutions of the General Assembly of the United Nations : Preliminary Expose » (1985) 61 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 29.
- Sloan, Blaine. « General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later) » (1987) 58 *British Yearbook of International Law* 39 à la p. 69.
- Sohn, Louis. « Sources of International Law » (1996) 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 399.
- Sokolowski, Robert. « The Logic of Parts and Wholes in Husserl's Logical Investigations » (1968) 28 *Philosophy and Phenomenological Research* 537.
- Soper, Philip. « Legal Theory and the Obligation of a Judge : the Hart/Dworkin Dispute » (1977) 75 *Michigan Law Review* 473.
- Sorensen, Max. « Principes de droit international public » (1960) 101 *Recueil des Cours* 9.
- Stein, Ted. « The Approach of a Different Drummer : the Principle of the Persistent Objector in International Law » (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 457.
- Stephan, Paul. « The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law » (1999) 39 *Virginia Journal of International Law* 743.
- Stephens, Tim. « Multiple International Courts and the 'Fragmentation' of International Environmental Law » (2006) 25 *Australian Yearbook of International Law* 227.
- Stern, Brigitte. « Custom at the Heart of International Law » (2001) 11 *Duke Journal of Comparative and International Law* 89.

- Strupp, Karl. « Les règles générales du droit de la paix » (1934) 47 Recueil des Cours 258.
- Sur, Serge. « Système juridique international et utopie » (1987) 32 Archives de Philosophie du Droit 35.
- Swaine, Edward. « Rational Custom » (2002) 52 Duke Law Journal 559.
- Tams, Christian. « Swimming with the Tide or Seeking to Stem It-Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence » (2005) 18 Revue Québécoise de Droit International 275.
- Tanaka, Maki. « Lessons from the Protracted MOX Plant Dispute: a Proposed Protocol on Marine Environmental Impact Assessment to the United Nations Convention on the Law of the Sea » (2004) 25 Michigan Journal of International Law 337.
- Tasioulas, John. « In Defence of Relative Normativity : Communitarian Values and the Nicaragua Case » (1996) 16 Oxford Journal of Legal Studies 85.
- Tavernier, Paul. « L'interaction des jurisprudences des tribunaux pénaux internationaux et des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme » dans Paul Tavernier dir. : *Actualité de la jurisprudence internationale : à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- Taylor, Alexis. « The UN and the Global Compact » (2000) 17 New York Law School Journal of Human Rights 975.
- Thirlway, Hugh. « The Sources of International Law » dans Malcolm Evans, éd., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd éd., 2006.
- Thomas, Scott. « Taking Religious and Cultural Pluralism Seriously : The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Society » (2000) 29 Millennium : Journal of International Studies 815.
- Toope, Stephen. « The Roles of International Law and International Lawyers » dans Hugh Kindred et al. eds. : *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 7^e éd., 2006.
- Trindade, Antonio Augusto Cançado. « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium » (2005) 316 Recueil des Cours 9.
- Truyol y Serra, Antonio. « Théorie du droit international public – Cours général » (1981) 173 Recueil des Cours 2.
- Tunc, André. « Standards juridiques et unification du droit » (1970) 22 Revue Internationale de Droit Comparé 247.

- Vagts, Detlev. « Hegemonic International Law » (2001) 95 *American Journal of International Law* 843.
- Van Inwagen, Peter. « When are Objects Parts? » (1987) 21 *Philosophical Perspectives* 1.
- Van Panhuys, Haro. « Regional or General International Law? A Misleading Dilemma » (1961) 8 *Netherlands Journal of International Law* 146.
- Vedel, Georges. « Aspects généraux et théoriques » dans Jean-Bernard Auby et al. : *L'unité du droit – Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996.
- Verhoeven, Joe. « L'Etat et l'ordre juridique international » (1978) 82 *Revue Générale de Droit International Public* 751.
- Vernengo, Roberto. « Le droit est-il un système? » (1991) 36 *Archives de Philosophie du Droit* 255.
- Virally, Michel. « The Sources of International Law » dans Max Sorensen, éd. *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968.
- « Sur la notion d'accord » dans *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980.
- « Unilateral Acts of International Organizations » dans Mohammed Bedjaoui éd. : *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- Vitanyi, Béla. « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux reconnus par les nations civilisées' » (1982) 86 *Revue Generale de Droit International Public* 46.
- Vranes, Erich. « Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior: Zur Rechtsnatur der 'Konfliktlösungsregeln' » (2005) 65 *Heidelberg journal of international law* 391.
- « The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory » (2006) 17 *European Journal of International Law* 395.
- Vullierme, Jean-Louis. « Descriptions systémiques du droit » (1988) 33 *Archives de Philosophie du Droit* 159.
- Wälde, Thomas. « The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration : a Comment on Original Intentions and Recent Cases » (2005) 6 *Journal of World Investment and Trade* 183.
- Warbrick, Colin. « Brownlie's Principles of Public International Law: an Assessment » (2000) 11 *European Journal of International Law* 621.

- Walt, Steven. « Hart and the Claims of Analytical Jurisprudence » (1996) 15 *Law and Philosophy* 387.
- Walton, Luanne. « Paramountcy : a Distinctly Canadian Solution? » (2004) 15 *National Journal of Constitutional Law* 335.
- Weil, Prosper. « Droit International et Contrats d'Etat » dans *Le droit international : unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981.
- « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public » (1992) 237 *Recueil des Cours* 9.
- « The Court Cannot Conclude Definitively... Non Liqueur Revisited » (1998) 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 109.
- Widdows, Kelvin. « What is an Agreement in International Law? » (1979) *British Yearbook of International Law* 117.
- Wilk, Kurt. « International Law and Ideological Realignment : Universality Reexamined » (1978) 10 *New York University Journal of International Law & Policy* 46
- Wilmshurst, Elizabeth et Susan Breau éd. *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Winter, Ryan. « Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can We Have Our Cake and Eat It Too? » (2000) 11 *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy* 223.
- Wittich, Stephan. « Domestic Implementation and the Unity of International Law » dans Andreas Zimmermann et Rainer Hofmann eds. : *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2006.
- Wong, Jarrod. « Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties : of Breaches of Contracts, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes » (2006) 14 *George Mason Law Review* 135.
- Wyler, Eric. « Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab » dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas eds. : *L'Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 2001.
- Zartman, William. « Pouvoir et Etat dans l'Islam » (1979) 12 *Pouvoirs* 5.
- Zemanek, Karl. « Unilateral Legal Acts Revisited » dans Karel Wellens éd. : *International Law : Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998.

Zhu, Lanye. « The Effects of the WTO Dispute Settlement Panel and Appellate Body Reports : Is the Dispute Settlement Body Resolving Specific Disputes Only or Making Precedent at the Same Time ? » (2003) 17 Temple International and Comparative Law Journal 221.