

POINT DE VUE

UNITE ET FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: « GLISSEZ, MORTELS, N'APPUYEZ PAS! »

par

Benedetto CONFORTI

*Professeur émérite de droit international
Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme*

1. La fragmentation du droit international est le sujet à la mode. Mise à part quelques opinions exprimées dans le passé, très concises du reste, par d'éminents juristes¹, un nombre impressionnant d'écrits lui ont été consacrés à partir de la fin du siècle passé jusqu'à aujourd'hui². Deux sym-

1 - L'auteur le plus cité à cet égard est Jenks, « Conflict of Law-Making Treaties », in BYIL, vol. 30 (1953), p. 405; voir aussi Jessup, « Do New Problems need New Courts? », in Proceedings of the Am. Society of IL, 1992, p. 940 et s.

2 - Voir notamment Hafner, « Les risques que pose la fragmentation du droit international », in Rapport de la CDI, 52^e Sess., 2000, p. 305 et ss.; Vigni, « The Overlapping of Disputes Settlements Regimes: An Emerging Issue of International Law », in IL, vol. XI (2001), p. 139 ss.; Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », in RCADI, vol. 297 (2002), p. 460 et ss.; Koskeniemi, Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », in Leiden JIL, vol. 15 (2002), p. 553 et ss.; Karagiannis, « La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? », in SFDI, Colloque de Lille, Paris 2003, p. 82 et ss.; Kamto, « Les interactions des jurisprudences internationales, ibid., p. 393 et ss.; Pawlowsky, « Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law », Cambridge, 2003; Craven, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law », in Finnish YIL, vol. XIV (2003), p. 3 ss.; Paulus, « Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation », in Nordic JIL, 2005, p. 297 et ss.; Treves, « Judicial Law-Making in a Era of 'Proliferation' of International Courts: Development or Fragmentation of International Law? », in Wolfrum, Roben, Developments of International Law in Treaty Making, Berlin 2005, p. 587 et ss.; Lindroos, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System », in Nordic JIL, vol. 74 (2005), p. 27 et ss.; Petersmann, « Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlements in International Trade », in Univ. of Pennsylvania J. of Int. Economic Law, 2006, p. 273 et ss.

posiums, auxquels ont participé un grand nombre de juristes, ont été organisés pour le traiter en profondeur³. La Commission de droit international des Nations Unies (CDI) s'en est occupée elle-même entre 2000 et 2006, en instituant un Groupe d'étude qui a rédigé plusieurs rapports dont le dernier, sorti en 2006, est très volumineux, se composant de 256 pages⁴. Les « conclusions » finales du Groupe figurent dans le rapport présenté par la CDI à l'Assemblée générale en 2006⁵. L'Assemblée en a pris note, sans prévoir leur transposition dans des actes formels⁶. En raison de leur nature d'« études », plutôt que d'ensemble de règles, de tels rapports peuvent être, eux-aussi, considérés comme une œuvre de doctrine.

A franchement parler, la lecture de cette masse considérable de pages ne compte pas forcément parmi les plus édifiantes. A part les répétitions, banalités et lapalissades, ce qui frappe est la tendance à entrer dans d'innombrables détails superflus – à couper, comme on dit vulgairement, les cheveux en quatre – dans une matière, telle que celle des rapports entre droit international général et spécial, dont il semble qu'elle se prête mal à des opérations de ce genre. Ceci nous remet à l'esprit l'exhortation que le poète Pierre Charles Roy adressait, pour plaisanter, aux patineurs, en leur disant « glissez, mortels, n'appuyez pas ». Cette exhortation fut elle-même par la suite rappelée par l'un des plus éminents juristes italiens du siècle passé, Santi Romano. Il l'utilisait pour recommander aux juristes de ne pas procéder à de « lourdes finesses », toujours « gênantes et inutiles », et à ne pas « rendre rigide ce qui est souple » ou éviter de « solidifier ce qui est fluide »⁷.

Ceci dit, après avoir traité rapidement une question assez générale que l'on retrouve dans les écrits sur la fragmentation, et qui consiste à se demander si celle-ci sape l'« unité de l'ordre juridique international », nous examinerons les divers secteurs dans lesquels le problème de la fragmentation a été posé. Avant tout, ceux qui nous semblent dignes d'attention plus que les autres seront examinés : il s'agit notamment du domaine des régimes spéciaux de responsabilité internationale, et de celui de la multiplication des tri-

bunaux internationaux, avec la possibilité concomitante d'interprétations divergentes de normes identiques.

2. Comme on l'a dit plus haut, un large débat s'est développé à l'occasion des recherches sur la fragmentation, à propos de la possibilité de considérer encore le droit international comme un ordre juridique unitaire⁸. En présence de systèmes de règles créées par traité – les droits de l'homme, le droit du commerce international, le droit de l'environnement, le droit de la mer, etc., systèmes qui, étant composés de règles et de moyens de garanties autonomes, sont en fait considérés comme causes de fragmentation – on a repris une discussion théorique. Elle rappelle de très près celle qui était si chère à la doctrine de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e, sur la possibilité de considérer le droit international comme un véritable ordre juridique ; elle porte également sur l'existence ou non d'un cadre normatif général de référence, sur la nature exclusivement conventionnelle des règles internationales, etc. A notre avis, à une époque comme la nôtre, où la communauté des Etats est caractérisée et structurée par des organisations universelles, dont tout d'abord les Nations Unies, où l'on affirme l'existence de normes impératives, où des règles générales régissent la formation, la validité et l'efficacité des traités, à savoir des instruments donnant naissance à ces systèmes particuliers de normes, mettre en question l'unité ou la nature juridique de l'ordre international est tout à fait inutile et déplacé. Au demeurant, la grande majorité de la doctrine parvient à la conclusion qu'en tout cas un ordre juridique global ne peut être nié ni au point de vue *formel* ni, bien qu'en partie, *matériel* (pour utiliser la distinction très efficacement élaborée par P.-M. Dupuy)⁹. Il est vrai que quelques auteurs sont d'avis contraire ; mais ils se basent sur des considérations difficiles à partager. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'on dit que le droit international n'est qu'un « set of particular human projects situated in time and place », et cela – semble-t-il – pour souligner que les juristes de chaque Pays ou groupe de Pays s'inventent un droit international à leur usage et sur la base de leur formation juridique particulière¹⁰ !

La CDI elle-même a travaillé sur ce thème. Dans les conclusions du Groupe d'étude soumises à l'Assemblée générale, citées plus haut, sont contenues des considérations que nous allons synthétiser tant elles s'affir-

3 - Voir « The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle », in NY JIL, vol. 31 (1998-1999), p. 679 et ss. ; « Diversity or Cacophony: New Sources of Norms in International Law », in Mich. JIL, vol. 2003-2004, p. 845 et ss.

4 - CDI, 58^e Sess. (2006), « Fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Rapport du Groupe d'étude, Doc. A/CN.4/L.682. (dorénavant cité comme Groupe d'étude, Rapport présenté par M. Koskeniemi, président).

5 - Rapport de la CDI, 58^e Sess. (2006), in GA, 61^e Sess., Doc. A/61/10, par. 233 et ss. Les conclusions du Groupe d'étude sont au par. 251 (dorénavant citées comme Conclusions).

6 - Voir le texte de la résolution proposée par la 6^e Commission à l'Assemblée plénière, Doc. A/C.6/61/L.14, n. 4. La résolution a été approuvée, par consensus, le 4 décembre 2006.

7 - S. Romano, « Frammenti di un dizionario giuridico », Milano, 1953, p. 117. L'exhortation est aussi rappelée par Sartre dans son ouvrage autobiographique « Les mots », Gallimard, 1964, p. 206, où l'auteur dit que sa grand-mère la répétait souvent, mais n'indique pas quelle en était la source. En effet, l'exhortation faisait partie d'une courte poésie dans laquelle Pierre Charles Roy (1683-1764) décrivait le patinage sur glace et qui était la suivante : « Sur un mince cristal l'hiver conduit leur pas / Telle est de nos plaisirs la légère surface / Glissez, mortels : n'appuyez pas ».

8 - Voir Abi Saab, « Cours général de droit intern. public, in RCADI, vol. 207 (1987), p. 105 et ss. ; Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique », cit. (*supra*, note 2), p. 58 et ss., et les auteurs qu'il cite ; Kingsbury, « Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals. A Systematic problem? », in « Symposium on the Proliferation of International Tribunals », cit. (*supra*, note 3), p. 688 et ss., et les auteurs qu'il cite.

9 - Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique » cit. (*supra*, note 2), 2^e et 3^e parties.

10 - Kennedy, « The Disciplines of International Law and Policy », in Leiden JIL, vol. 12 (1999), p. 18. Sur le défaut d'unité dans l'ordre international, mais avec des considérations d'ordre sociologiques, voir aussi Fischer-Lescano, Teubner, « Regime-collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », in « Symposium on the Proliferation of International Tribunals », cit. (*supra*, note 3), p. 999 ss., particulièrement. p. 1045 et ss.

ment à la fois prolixes et évidentes ; elles confirment les observations précédentes : le droit international est un « legal system » et non une « accumulation aléatoire » de normes [1] ; par conséquent, ses règles et ses principes doivent être interprétés en tenant compte d'autres règles et principes ; deux dispositions peuvent être en relation l'une avec l'autre en ce sens que l'une est utilisable dans l'interprétation de l'autre en vue de son application, clarification, mise à jour etc., et dans ce cas les deux dispositions doivent être appliquées conjointement ; en revanche, deux dispositions peuvent également être incompatibles entre elles mais toutes deux valables, et dans ce cas il faut faire un choix ; lorsqu'il s'agit de déterminer les relations entre normes, il faut se rapporter à la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment aux articles sur l'interprétation ; plusieurs normes concernant le même sujet doivent être interprétées, autant que possible, de façon à donner lieu à « un ensemble unique d'obligations compatibles »¹¹. On peut sincèrement se demander s'il était vraiment nécessaire d'entreprendre une si longue étude pour parvenir à de pareilles conclusions.

3. Une partie des travaux sur la fragmentation est consacrée, dans le cadre d'un sujet plus ample concernant les conflits entre droit spécial et droit général, à ce qu'on appelle les « self-contained regimes » (ou « régimes auto-suffisants »). Comme on sait, cette expression a été avant tout employée pour indiquer les régimes particuliers de responsabilité internationale prévus par des normes spéciales qui constituent par conséquent des exceptions aux règles générales sur la responsabilité. La même expression a été ensuite également utilisée, surtout par la CDI, à propos des rapports entre normes (primaires) spéciales et normes (primaires) générales, eu égard à tous ces ensembles de règles caractérisés par une forte autonomie, aussi bien sur le plan des prescriptions énoncées que des garanties de leur mise en œuvre. Les exemples les plus fréquents sont ceux des droits de l'homme, du droit humanitaire, du droit de l'environnement, du droit du commerce international et du droit de la mer.

Comme l'a rappelé B. Simma, considéré à juste titre comme l'auteur qui a été le premier à approfondir le sujet des normes particulières sur la responsabilité¹², c'est le Rapporteur spécial Ripaghen qui avait soulevé, dans ses rapports à la CDI, la question des régimes spéciaux de responsabilité. Il l'avait fait en affirmant la nécessité de tenir compte, à titre d'exception par rapport au régime général que la Commission élaborait, des conséquences des violations d'obligations internationales expressément prévues par les règles établissant ces obligations¹³. La proposition de Ripaghen fut retenue

11 - Conclusions., nn. (1)-(4).

12 - Simma, « Self-contained Regimes », in NYIL, vol. 16, 1985, p. 111 et ss. ; voir aussi Simma, Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », in EJIL, 2006, p. 483 et ss.

13 - Voir Simma, op. cit. (supra, note 12), pp. 115-117.

par la Commission et, après avoir figuré dans les différents rapports élaborés par celle-ci au cours des ans, elle inspire aujourd'hui l'article 55 du Projet définitif adopté en 2001¹⁴. En effet, l'article 55 affirme que ses dispositions sont sans préjudice des régimes de responsabilité qui se composent « de règles spéciales de droit international ».

Même si, comme il résulte du libellé de la proposition de Ripaghen et de l'article 55, les exemples de régimes spéciaux de responsabilité peuvent être également prévus par des règles coutumières¹⁵, c'est surtout au niveau des traités, et des ordres créés par des traités, que se produit ce phénomène. A cet égard Simma examine trois exemples, dont deux ne figurent pas, par ailleurs, parmi ceux généralement cités au titre de la fragmentation : les immunités diplomatiques, à la lumière de l'arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire des otages à Téhéran, le droit de la Communauté européenne et la matière des droits de l'homme. En substance, il parvient à une conclusion raisonnable : les régimes spéciaux peuvent, bien sûr, être plus ou moins complets, mais il ne faut pas exclure que le régime général puisse intervenir, soit pour tout ce que ces régimes n'ont pas prévu, soit dans le cas où ils ne fonctionnent pas.

A vrai dire, il ne nous semble pas que cela fasse ressortir des éléments particulièrement significatifs et différents par rapport à l'idée élémentaire et ancestrale d'après laquelle le particulier l'emporte sur le général. Si les régimes sont spéciaux, ils priment les généraux et, puisqu'il s'agit en tout cas de régimes qui se fondent sur des règles internationales, coutumières ou conventionnelles, il est difficile de nier que le droit général soit appelé à combler leurs lacunes. Il est en outre évident que le fait d'établir jusqu'à quel point le régime spécial est complet (ou entièrement self-contained) ou, encore, s'il est entièrement soustrait au droit général est une question d'interprétation. Celle-ci sera d'autant plus efficace si elle est faite par des instances juridictionnelles ou quasi juridictionnelles. Il est à cet égard significatif que de telles instances aient toujours montré, justement au gré de l'interprétation, une certaine tendance à affirmer que les ordres juridiques au sein desquels elles opèrent sont complets. La pratique des Cours internationales en matière de droits de l'homme ainsi que celle de la Cour des Communautés européennes, bien connue de tous, fournit nombre de preuves à cet égard. En réalité, il ne s'agit que d'une tendance ; il n'est en effet jamais possible de trou-

14 - Rapport de la CDI, 53^e Sess. (2001), UN Doc. A/56/10.

15 - Parmi les exemples on peut mentionner : le régime de la légitime défense ; il est non seulement prévu par l'art. 51 de la Charte des Nations Unies mais aussi reconnu par le droit international coutumier ; le principe, qui peut être tiré de la pratique, selon lequel tous les Etats ne doivent pas reconnaître d'effets extraterritoriaux aux actes des Gouvernements qui se sont affirmés par la force, comme réaction à l'action de ceux-ci ; l'appui, y compris la fourniture d'armes, aux mouvements de libération nationale - un appui qui autrement ne serait pas légitime en tant qu'emploi de la force - comme réaction à la violation du principe d'autodétermination des peuples (pour ces exemples voir Conforti, « Diritto internazionale », 7^e ed., Napoli, 2006, p. 352 et s.).

ver un système particulier de règles entièrement complet, et que cela n'est même pas possible, comme le soulignent avec raison B. Simma et P.-M. Dupuy¹⁶, dans le cas du système pourtant le moins « internationaliste » parmi les systèmes existants, à savoir le droit communautaire.

Là encore, la CDI est prodigue de lapalissades. Dans les conclusions du Groupe d'étude il y a tout d'abord une description des différents régimes spéciaux, allant des régimes en matière de responsabilité, aux ensembles de normes relatives à une région géographique particulière (par ex. les règles régissant le régime des fleuves) ou à un sujet particulier (par ex. la réglementation de l'emploi d'une arme particulière), jusqu'aux régimes constitués par des normes et des instruments de garantie relatifs à leur application, tels que le droit du commerce, le droit des droits de l'homme, le droit de l'environnement, etc. La Commission tient à préciser, au cas où quelqu'un aurait des doutes à cet égard, qu'un ensemble de normes spéciales peut se constituer sur la base d'un traité unique ou de plusieurs traités, ou d'un traité ou de traités intégrés par des développements successifs, tels que la formation de pratiques et coutumes successives. Quels sont donc les effets de la spécialité d'un régime ? Tout d'abord, étant donné que bien souvent ces régimes poursuivent un objet et des buts uniques, leur interprétation et leur application devrait tenir compte dans la mesure du possible, selon les conclusions du Groupe, de cet objet et de ces buts. En outre, ils l'emportent sur le droit général ; toutefois, ce dernier est appelé à combler leurs lacunes éventuelles ou à intervenir dans le cas où ces régimes spéciaux ne fonctionnent pas à cause de l'échec des institutions qui doivent les faire respecter, du manque persistant de la part d'une ou plusieurs Parties [mais dans ce cas il est également difficile que celles-ci soient amenées à respecter le droit général], de l'intervention de désuétudes, et ainsi de suite¹⁷.

4. Un autre secteur dans lequel le problème de la fragmentation a été posé plus sérieusement est celui de la multiplication des tribunaux internationaux, avec pour conséquence la possibilité de divergences dans l'interprétation de normes identiques¹⁸. Les exemples ne sont pas nombreux et sont toujours les mêmes : le plus fréquemment cité est celui de l'interprétation différente donnée respectivement par la CIJ en 1996, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, et par le Tribunal pour les crimes commis dans l'ex Yougoslavie en 1999, dans l'affaire *Tadić* – quant

16 - Simma, op. cit. (supra, note 12), p. 123 et ss.; Dupuy, op. cit. (supra, note 2), p. 450.

17 - Conclusions, nn. (11) - (16).

18 - Voir les auteurs cités à la note 2 et le « Symposium on the Proliferation of International Tribunals », cit. (supra, note 3). *Add.* : Guillaume, « The Future of International Judicial Institutions », in *JCLQ*, vol. 44 (1995), p. 862 et s.; Higgins, « Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom », *ibid.*, vol. 50 (2001), p. 122 et s.; Schwebel, « Fifty Years of the World Court: A Critical Appraisal » in *A.S.I.L., Proceedings*, 1996, p. 339 et ss.; Orrego Vicuña, Pinto, « The Peaceful Settlements of Disputes: Prospect for the Twenty-first Century », cité par Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique », cit. (supra, note 2), p. 473 et s.

à la notion de « contrôle effectif » de la part d'un Etat sur le conflit armé en cours dans un autre Etat¹⁹.

Il nous semble que, d'un côté, la multiplication des tribunaux internationaux doit être accueillie avec enthousiasme au sein d'une communauté qui se trouvait dans une situation tout à fait opposée ; que, de l'autre, l'éventualité de divergences d'interprétation – pour le moment très rares en pratique – est bien loin d'être forcément une catastrophe. Au contraire, les diversités de décisions jurisprudentielles sur la même matière sont, comme on l'a souvent remarqué, salutaires ; à travers la dialectique des cours et tribunaux, l'interprétation des règles internationales peut ainsi évoluer²⁰. On oublie, d'ailleurs, qu'un arrêt ne lie que les parties au procès. De plus, au regard du droit coutumier, ce qui est décisif n'est pas tellement l'opinion des juridictions. C'est plutôt le choix que les Etats finiront par opérer par leurs comportements (*diuturnitas*). D'autre part, des divergences quant à l'interprétation de normes internationales subsistent, depuis toujours, même entre les Cours nationales, c'est-à-dire entre organes judiciaires qui, tranchant des questions de droit international en tant qu'organes de leurs Etats respectifs, ont une influence encore plus directe sur la formation de règles internationales.

En outre, nous ne sommes pas convaincus par l'opinion selon laquelle la divergence entre deux ou plusieurs interprétations juridictionnelles pourrait donner lieu à des cas de *forum shopping*. La compétence des juges internationaux est fondée sur le consentement des parties ; on ne comprend dès lors pas pourquoi elles ne pourraient décider à quel juge s'adresser. Dans les cas où la possibilité de recours unilatéral, et donc de choix unilatéral du juge est prévue, celui-ci n'est que la conséquence de l'acceptation de la compétence du juge, en son temps manifestée par l'autre partie.

Il y a, enfin, une autre opinion qui paraît, à l'heure actuelle, utopique et peu convaincante au point de vue de la relation dialectique entre les cours et tribunaux et de la possibilité d'influences réciproques des uns sur les autres ; c'est la proposition tendant à attribuer à la CIJ un rôle prééminent. Tel est le cas, entre autres, de l'affirmation selon laquelle il faudrait attribuer à celle-ci une sorte de compétence préjudicielle sur les questions d'interprétation controversées²¹.

Il est curieux que la CDI, si prolixe dans d'autres cas, ne s'étende pas sur ce sujet dans les conclusions du Groupe d'étude présentées à l'Assemblée

19 - Sur ce cas et sur quelques autres cas de divergence entre Cours, indiqués d'ailleurs presque par tous les auteurs, voir Koskeniemi, Leino, « Fragmentation of International Law », cit. (supra, note 2), p. 362 et ss.

20 - Voir les sages considérations du regretté professeur Charney, « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? », in *RCADI*, vol. 271 (1998), p. 347 et ss.; *Id.*, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunal, in « Symposium on the Proliferation of International Tribunals » cit. (supra, note 3) p. 697 et ss.

21 - Sur la nécessité qu'une primauté soit reconnue à la CIJ voir les auteurs cités supra, note 18 (mais un point de vue différent est exprimé par Higgins, *ivi*, loc. cit.

générale. Le thème figure, bien sûr, dans les rapports du Groupe, dans la partie (sans qu'on sache pourquoi) consacrée aux « conflits entre droit spécial et droit général » ; c'est là que l'on fait référence au contraste entre les arrêts Nicaragua/États Unis et Tadic, et cela, soit pour souligner le risque que les contrastes entre jugements puisse saper la sécurité juridique comme la stabilité du droit et donner lieu à des cas de *forum shopping*, soit pour souhaiter que les juridictions cherchent à coordonner leurs jurisprudences respectives²². En ce qui concerne les conclusions de la CDI elles-mêmes, la matière nous semble rentrer dans la partie des considérations générales que nous avons déjà mentionnée, où l'on établit que des normes portant sur le même sujet devraient être interprétées, autant que possible, de manière coordonnée²³.

5. Le thème des conflits entre *lex specialis* et droit général – dont nous ne traiterons pas les aspects déjà examinés, se rapportant aux self-contained regimes ni ceux des divergences d'interprétation entre tribunaux internationaux – a été surtout abordée par le Groupe d'étude de la CDI dans ses différents rapports, notamment celui du 2006²⁴. Suivant la vieille maxime de bon sens selon laquelle le particulier l'emporte sur le général, on pourrait penser qu'il n'y a qu'à laisser faire l'interprète, en tenant compte du contenu des normes qu'il est appelé à appliquer en tant que normes spéciales. Pourtant, ce n'est pas la solution proposée dans ce document. Bien que, du point de vue de la substance, il ne nous semble pas que le Groupe d'étude ajoute beaucoup d'éléments significatifs, il développe néanmoins toute une série de considérations, lesquelles nous semblent dans certains cas évidentes ou dans d'autres trop subtiles. Le tout est accompagné de savantes citations de doctrine – de Grotius à Pufendorf et Vattel, de Anzilotti à Charles Rousseau – ainsi que de nombreuses références de jurisprudence où, au fond, l'on finit toujours par dire, avec des adaptations aux cas concrets, que le particulier prime le général²⁵.

Comme on l'a dit, il y a abondance de truismes. Tel est le cas quand on dit : que la *lex specialis* peut soit être en contraste avec le droit général, soit être un « développement, [une] mise à jour, ou spécification technique » du droit général [mais alors de quel droit spécial s'agit-il ?]²⁶ ; ou bien encore que le droit spécial ne peut déroger au droit général que dans les relations entre normes étant « au moins du même rang », alors qu'il serait, par exemple, difficile de penser que les États puissent déroger aux « aspects du droit commun de la responsabilité de l'État qui définissent les conséquences de violations graves d'obligations découlant des normes impératives du droit

international général »²⁷ ; ou que l'on a recours à la *lex specialis* « pour donner le pas à une norme conventionnelle sur une norme non conventionnelle »²⁸ ; que, puisque le droit international a pour la plupart un caractère positif, et qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les sources internationales, les États pouvant normalement y déroger, en prévoyant, comme on le déduit de la pratique des tribunaux internationaux, des droits et des obligations spécifiques pour la réglementation de leurs relations²⁹ ; en affirmant aussi que la dérogation au droit général peut également résulter d'une pratique particulière³⁰ ; ou encore que, la dérogation étant une exception au droit général, c'est lui qui régit l'interprétation de l'exception³¹ ; et ainsi de suite...

Les considérations citées ci-dessus, ainsi que d'autres passages contenant des notions élémentaires, comme celui relatif à la définition du principe de spécialité³², semblent plutôt destinées à des étudiants des facultés de droit plutôt que représenter une œuvre de codification. Il est vrai, comme le reconnaît le Groupe d'étude, que tous les manuels ne s'occupent guère de ce principe³³ ; on peut quoiqu'il en soit se demander s'il appartient à la CDI de faire œuvre d'éducation.

Il n'y a pas lieu de s'arrêter sur la partie des conclusions du Groupe d'étude relative au sujet examiné jusqu'ici³⁴. Elle ne font que refléter, de façon synthétique, les opinions exprimées par le Groupe dans ses rapports et que nous venons d'évoquer.

Il paraît en revanche plus important de désigner une autre question, elle aussi examinée par le Groupe d'étude : elle consiste à se demander si la règle de la *lex specialis* trouve application entre normes (conventionnelles) appartenant à des « régimes spéciaux » différents. A notre avis, s'il s'agit là d'un faux problème. Le cas que l'on mentionne à cet égard est celui des relations entre le droit de l'environnement et le droit du commerce international ; cela par référence à quelques décisions de l'Organe d'appel de l'OMC. Ce dernier tend à déclarer l'inapplicabilité dans le domaine du commerce international de règles telles que le principe de précaution, qui sont en train de s'affirmer dans le domaine de l'environnement³⁵. Il s'agit de la tendance, déjà

22 - Voir Groupe d'étude, Rapport, par. 49-52.

23 - Voir *supra*, par 2 *in fine*.

24 - Voir, pour la partie qui sera examinée ici, Group d'étude, Rapport, par. 56-122.

25 - Ibid., par. 59-63 (pour la doctrine) ; par. 60-84 (pour la jurisprudence).

26 - Ibid., par. 56-57.

27 - Ibid., par. 64.

28 - Ibid., par. 78.

29 - Ibid., par. 79-81 et 85.

30 - Ibid., par. 84.

31 - Ibid., par. 103.

32 - Ibid., par. 56.

33 - Ibid., par. 67.

34 - Conclusions, nn. (5)-(10).

35 - Voir Lindroos, art. cit. *supra*, note 2), p. 39 et ss. L'auteur est aussi de l'opinion que la règle de la *lex specialis* serait de plus difficile application dans le droit international ; ici, contrairement à ce qui se passe dans le droit interne, une hiérarchie parmi les sources ainsi que des structures institutionnelles feraient défaut ; il est toutefois difficile de comprendre ce que cela veut signifier, étant donné que la *lex specialis* s'applique justement et simplement entre des normes qui ont la même force du point de vue formel.

évoquée plus haut, des juridictions spéciales à considérer comme «self-contained» les régimes dont elles s'occupent. Encore une fois il s'agit cependant d'un problème d'interprétation des règles qu'une cour ou un tribunal est appelée à appliquer.

6. Le Groupe d'étude s'est occupé, évidemment afin de réaffirmer l'unité de l'ordre juridique international, de ce qu'il appelle «intégration systématique» et qui vise à «explicitement le rôle et le fonctionnement» de l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne³⁶. Comme il est bien connu, cet article prévoit, parmi les diverses règles sur l'interprétation des traités, que l'interprète doit aussi tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations des parties».

Ainsi que le reconnaît le Groupe d'étude lui-même, la pratique relative à cet article demeure fort limitée; en fait, la jurisprudence citée dans les rapports est constituée en très large mesure par des arrêts qui répètent tous, avec des variations non significatives, que dans l'interprétation il faut tenir compte du droit international général en vue de combler d'éventuelles lacunes ou d'établir le sens de termes ambigus ou du moins en tant que moyen auxiliaire d'interprétation³⁷. Ici encore, on peut se demander si, face à une disposition de ce genre, il est opportun de procéder à des spécifications et distinctions qui ne trouvent guère de correspondance dans la réalité et ne peuvent qu'aboutir à rendre rigide l'œuvre de l'interprète, laquelle comporte en soi des marges évidentes d'appréciation. Il faut cependant reconnaître que la plupart des spécifications ainsi apportées ne causent pas trop de dommage dès lors qu'elles n'ajoutent pas grand-chose non plus à la norme posée à l'article 31, 3, c). Tel est le cas de l'observation selon laquelle la norme prévoyant le recours à «toute règle pertinente» se réfère à des règles juridiques et non à des «principes plus larges ou à des considérations qui ne peuvent pas être fermement établies»³⁸; ou encore de l'observation selon laquelle la référence aux fins d'intégration est valable pour toutes les sources de droit général ainsi que pour les traités, s'ils sont applicables³⁹; ou encore [mais cela devrait être valable pour tous les cas] de la remarque selon laquelle le poids qu'il faut donner aux règles de référence ne peut qu'être décidé à chaque fois par l'interprète lui-même⁴⁰; ou enfin que, comme on peut le déduire des remarques contenues dans certaines décisions jurisprudentielles, on peut présumer soit que les parties à un traité aient voulu faire référence aux principes généraux de droit international pour résoudre des questions qu'elles n'avaient pas réglées, soit qu'elles n'avaient pas eu l'intention de

36 - Groupe d'étude, Rapport, par. 420.

37 - *Ibid.*, par. 433-454.

38 - *Ibid.*, par. 426, lett. (a).

39 - *Ibid.*, par. 426, lett. (b).

40 - *Ibid.*, par. 474.

contrevenir à ces principes ou à des obligations contractées antérieurement avec des Etats tiers⁴¹.

Une question plus consistante a néanmoins été soulevée par le Groupe d'étude; c'est celle du caractère, contextuel ou non, des règles générales ou conventionnelles utilisables afin d'intégration par référence au traité à interpréter⁴². Il est clair que cette question reflète celle, plus générale, de la méthode à utiliser dans l'interprétation d'un traité: faut-il en tout cas tenir compte de la volonté expresse ou présumée des parties au moment de sa conclusion, ou bien du sens objectif du texte ainsi que de son évolution dans le temps? A partir d'un *dictum* contenu dans la célèbre décision arbitrale du juge Huber, de 1928, dans l'affaire de l'île de Palmas, ainsi que des discussions au sein de la CDI à l'époque des projets de Convention sur le droit des traités, le Groupe d'étude, d'après lequel il s'agit d'une question de droit inter-temporel, arrive à conclure, ici à juste raison, que si le traité ne comporte pas de disposition à cet égard, il faut tenir compte des développements ultérieurs, notamment de ceux du droit coutumier et des principes généraux de droit⁴³.

Une autre question nous semble également importante; c'est celle relative à la possibilité d'utiliser un autre traité de manière «intégrative» alors que toutes les parties aux deux traités ne coïncident pas⁴⁴. Malgré la réponse négative donnée par quelques décisions jurisprudentielles, le Groupe d'étude adopte une solution plus articulée. On peut sûrement partager la thèse, bien claire, selon laquelle, dans les traités pouvant être décomposés en relations bilatérales entre les parties, il suffirait que les parties entre lesquelles se pose la question d'interprétation participent à l'un et à l'autre traité⁴⁵. Toutefois, pour les cas de traités non décomposables, le Groupe fait deux propositions. Selon la première, à vrai dire assez confuse et, à notre avis, peu utilisable, l'on devrait tenir compte des dispositions de l'autre traité au cas où celui-ci établit une «interprétation commune» de l'objet et du but du traité à interpréter ou au sens d'un terme utilisé dans ce traité. La deuxième proposition, au contraire sans équivoque mais quant à elle assez banale, est celle de la coïncidence de la norme conventionnelle de référence avec une règle coutumière. En pareil cas, cependant, il nous semble que la liaison à établir serait avec le droit coutumier lui-même et non pas avec un autre traité⁴⁶.

41 - *Ibid.*, par. 465.

42 - *Ibid.*, par. 429-432 et 475-478.

43 - Conclusions, nn. (22)-(23).

44 - Groupe d'étude, Rapport, par. 470-472.

45 - *Ibid.*, par. 472.

46 - Pour les deux propositions voir Conclusions, n. (21).

7. A notre avis, la partie sans doute la moins utile du travail effectué par la CDI sur la fragmentation est celle qui concerne la succession des traités dans le temps⁴⁷. Les conclusions auxquelles parvient le Groupe d'étude pourraient figurer dans un manuel élémentaire de droit international; ceci, bien qu'il s'agisse d'un sujet ayant récemment connu d'importantes contributions doctrinales, notamment pour ce qui est des conflits entre traités conclus par des parties non coïncidentes. En effet, dans les conclusions du Groupe de travail de la CDI (et là encore, nous nous bornons à rapporter synthétiquement les considérations qui y figurent) on lit: que, selon l'article 30 de la Convention de Vienne, les dispositions du traité postérieur l'emportent sur celles du traité antérieur lorsque les parties sont les mêmes et qu'il s'agit de la même matière, pourvu que le traité antérieur n'ait pas pris fin ou que son application ne soit suspendue⁴⁸; on lit aussi que la règle *lex posterior derogat priori* ne s'applique pas automatiquement si les parties ne sont pas les mêmes et qu'en l'absence de règle générale en la matière, l'Etat qui applique l'un des deux traités est responsable de son comportement envers les parties à l'autre traité qui sont tierces au premier⁴⁹; on recommande que lorsqu'il y a incompatibilité entre des traités relevant de régimes spéciaux différents, les parties doivent essayer de trouver des solutions «dans une optique d'accommodation mutuelle»⁵⁰; ou que, pour régler les différends en la matière, il faut avoir recours à une négociation ou à d'autres moyens de règlement des différends⁵¹; on observe également que, pour ce qui concerne les accords modifiant un traité multilatéral conclus entre certaines parties seulement, c'est l'article 41 de la Convention de Vienne [dont le contenu est paraphrasé dans les conclusions] qui s'applique⁵²; enfin que les Etats devraient s'employer à résoudre l'incompatibilité entre traités au moyen de clauses de coordination et de subordination⁵³. Toujours dans les conclusions, on affirme en outre que la présomption de la *lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque «les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but»⁵⁴. A cet égard, il est clair que, si en parlant de dispositions et d'instruments pertinents, on entend faire référence au traité postérieur, l'observation reste assez banale. Si, au contraire, on entend faire référence au traité antérieur, il ne semble pas que la thèse du Groupe d'étude puisse être soutenue. En effet, sur la base d'un principe commun de logique

juridique, une norme ne peut pas disposer à l'égard des règles contenues dans une norme postérieure au statut formellement équivalent. D'autre part, la jurisprudence citée à cet égard est soit ambiguë soit non pertinente⁵⁵, et la seule opinion doctrinale citée à l'appui de cette thèse est celle, bien connue, de Sir Hersch Lauterpacht, d'après laquelle, si le premier traité concerne une matière d'importance fondamentale, le traité postérieur ne pourrait pas y déroger⁵⁶.

Une question non traitée dans les conclusions, mais à laquelle sont consacrées quelques pages dans les rapports du Groupe d'étude, est celle relative au sens qu'il faut donner à l'expression «portant sur la même matière»; elle figure à l'article 30 de la Convention de Vienne pour indiquer les cas de traités successifs incompatibles⁵⁷. La seule considération raisonnable faite à cet égard est que «c'est en examinant si l'exécution d'un traité influe sur l'exécution de l'obligation contractée aux termes d'un autre traité que l'on répond à la question de savoir si les deux traités portent sur la même matière»⁵⁸. A notre avis, c'est là une des nombreuses questions pour lesquelles il faudrait tout simplement s'abstenir de prévoir des règles pour laisser tout au contraire l'interprète libre de son appréciation.

8. Enfin, ce n'est pas le lieu ici de s'étendre sur un autre point traité par le Groupe d'étude. Il concerne le *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et l'article 103 de la Charte des Nations Unies⁵⁹. Il s'agit, comme le relève exactement le Groupe, de cas où le rapport paritaire ordinaire entre les sources du droit international se transforme dans un rapport hiérarchique exceptionnel. Ce sujet a, peut-être, été inséré dans le cadre de la fragmentation simplement parce qu'en soulignant la hiérarchie, on a voulu réaffirmer l'unité de l'ordre juridique international. Quant aux considérations sur le fond (exemples de normes de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, y compris les obligations *erga omnes partes*, non coïncidence entre les premières

55 - Voir les décisions examinées dans le Groupe d'Etude, Rapport, par. 236-241. Il s'agit des décisions suivantes: l'Avis consultatif de la CIJ (1951) dans l'affaire des réserves à la Convention sur le génocide, où la Cour dit qu'une Partie contractante ne peut pas «détruire ou compromettre», par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, le but et la raison d'être de la Convention [on ne saisis pas très bien ce que signifie exactement «détruire ou compromettre» et surtout si la Cour veut simplement dire, comme nous le croyons, qu'on ne peut pas empiéter sur les rapports avec d'autres Parties à la Convention qui ne participent pas aux accords particuliers]; la décision de la Cour centraméricaine de justice (1917) dans l'affaire du canal de Panama entre Costa Rica et le Nicaragua, qui concerne les rapports entre deux traités bilatéraux et qui applique justement la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*; l'Avis consultatif de la CPIJ (1931) dans l'affaire du régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, où tout ce que dit la Cour c'est que l'Autriche, en concluant le traité de l'union douanière, avait violé les Traités de paix de Versailles et de Saint-Germain; la décision de la CPIJ (1934), ou mieux l'opinion de la minorité (de deux juges) dans l'affaire Oscar Cinn, opinion en faveur de la nullité de l'accord particulier successif, mais non partagée par la Cour; les décisions concernant la clause de la nation la plus favorisée, une clause qui n'a rien à voir avec le problème de la compatibilité d'un accord particulier avec un traité multilatéral.

56 - Voir Lauterpacht, «The Chinn Case», in BYB, 1935, p. 162 et ss.; Id., Rapport sur le droit des traités, Annuaire de la CDI, 1953, II, p. 27.

57 - Voir Groupe d'étude, Rapport, par. 253-256.

58 - Ibid., par. 254.

59 - Ibid., par. 324-409, Conclusions, nn. (31)-(42).

47 - Voir Group d'étude, Rapport, par. 223-323; Conclusions, nn. (24)-(30).

48 - Conclusions, n. (24).

49 - Ibid., n. (25).

50 - Ibid., n. (26).

51 - Ibid., n. (28).

52 - Ibid., n. (29).

53 - Ibid., n. (30). Pour un examen détaillé de ces clauses, telles qu'elles sont utilisées dans la pratique, voir, par ex., Conforti, «Diritto internazionale» cit. (supra, note 15), p. 84 et ss.

54 - Ibid., n. (27).

et les normes prévoyant les deuxièmes, invalidité des normes contraires au *jus cogens*, inapplicabilité des normes contraires à l'article 103 de la Charte, et autres choses du même genre), ce sont, là encore, des observations que l'on peut trouver dans n'importe quel manuel de droit international.

9 Pour conclure, il ne nous semble pas, tout d'abord, que le sujet de la fragmentation mérite une telle attention que celle que lui consacre la doctrine, CDI comprise. Il ne nous paraît pas non plus que la situation créée par la multiplication des « régimes spéciaux », y compris la multiplication des tribunaux, soit à dramatiser. A plus forte raison, il ne nous apparaît pas, contrairement à ce qui a été soutenu en doctrine, que la fragmentation risque de compromettre « la crédibilité, la confiance, et donc l'autorité du droit international »⁶⁰ [1]. Nous pensons au contraire que le phénomène, au-delà d'inconvénients possible mais pas insurmontables, est un signe évident de la vitalité du droit international ; un droit qui a toujours trouvé dans les règles conventionnelles, et dans les institutions créées par celles-ci, une possibilité d'expansion.

On peut d'ailleurs se demander si la fragmentation est vraiment une matière qui se prête à être traitée d'une manière globale, y envisageant toutes les relations entre droit général et droit spécial. Cette dernière observation semble trouver confirmation dans le choix des sujets traités sous ce titre. Ce choix, en effet, n'est pas sans arbitraire ; il aurait pu s'étendre à n'importe quel sujet dès lors que le droit international dans son ensemble pourrait être décrit en tenant compte des relations entre règles générales et particulières ainsi qu'entre règles particulières entre elles.

Il reste qu'une large part des sujets pris en considération a trait à l'interprétation des traités. Or, est-il nécessaire de souligner ici que l'interprétation est une activité confiée, en large mesure, à la sensibilité et à la sagesse de l'interprète ? Elle se prête fort mal à être figée dans des règles précises et détaillées. Selon une opinion nullement minoritaire en théorie générale du droit, il conviendrait plutôt de laisser ce domaine hors de toute réglementation juridique. Sans aller jusque-là, il y a toutefois lieu de se demander si les quelques règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne suffisent pas ; il y a aussi lieu de se demander si la jurisprudence internationale, qui fait si souvent référence à ces règles, ne l'aurait également appliquées si elles n'avaient pas été introduites dans la Convention.

60 - Hafner, op. cit. (*supra*, note 2) p. 315.