

**ROSARIO HUESA VINAIXA ET KAREL WELLENS, DIR.,
L'INFLUENCE DES SOURCES SUR L'UNITÉ ET LA
FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL,
BRUXELLES, BRUYLANT, 2006**

*Par Anne-Charlotte Martineau**

Nombreux sont les internationalistes qui s'interrogent aujourd'hui sur les conséquences découlant de la diversification du droit international. Le droit international se fragmente-t-il en différents régimes spécialisés, autonomes les uns des autres et indépendants du système global? Comment appréhender les phénomènes de fragmentation et quelle est l'influence des sources à leur égard? C'est pour réfléchir à ces questions que les professeurs Rosario Huesa Vinaixa¹ et Karel Wellens² ont organisé un séminaire à Palma au printemps 2005. L'ouvrage qu'ils dirigent rend compte des travaux présentés et des débats menés lors de ce séminaire. La thèse principale qui en ressort, comme le relève la professeure Wellens dans ses remarques introductives³, est que les sources exercent une influence ambivalente : elles peuvent aussi bien jouer en faveur de la fragmentation que de l'unité du droit international. L'ouvrage est d'ailleurs préfacé par le professeur Pierre-Marie Dupuy⁴, qui inscrit le débat dans la perspective universaliste du maintien de l'unité du droit international et de la résolution des tensions entre son unité formelle et son unité matérielle.

Sur un plan formel, l'ouvrage se divise en cinq parties qui reprennent les sources énumérées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁵. Sont abordés successivement les rôles des traités, de la coutume, des principes généraux, des décisions judiciaires et finalement, de la doctrine. La majorité des présentations sont suivies d'un commentaire qui répond à la thèse développée dans l'analyse principale.

Dans son étude sur le rôle des traités, le professeur Jorge Cardona Llorens⁶ revient sur l'idée répandue selon laquelle les traités seraient la principale cause de fragmentation. Il reconnaît qu'un traité peut à lui seul instaurer des régimes juridiques différents, notamment avec le jeu des réserves et des clauses d'exclusion. Il concède également que les phénomènes de fragmentation sont nombreux dès lors qu'il existe une pluralité de traités portant sur la même matière (par exemple la protection de

* Doctorante à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et à l'Université de Helsinki.

¹ Professeure de droit international public à l'Université des Îles Baléares.

² Professeur de droit international public à l'Université de Nimègue, aux Pays-Bas.

³ Karel Wellens, « Quelques réflexions introductives » dans Rosario Huesa Vinaixa et Karel Wellens, dir., *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 aux pp. 1-21.

⁴ Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas) et à l'Institut universitaire européen de Florence.

⁵ *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexe à la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

⁶ Jorge Cardona Llorens, « Le rôle des traités » dans Huesa Vinaixa et Wellens, *supra* note 3 aux pp. 25-51. L'auteur est professeur de droit international public à l'Université Jaume I. Castellon (Espagne).

l'environnement), sur des matières différentes, mais complémentaires (les droits de l'homme et le droit humanitaire) et sur des matières différentes mais dont les intérêts s'affrontent dans un cas précis (par exemple, entre un traité sur le commerce et un autre sur l'environnement). Or cette analyse paraît incomplète aux yeux du professeur Cardona Llorens, qui examine ensuite le rôle des traités dans le maintien de l'unité du droit international. Puisque l'unité matérielle du droit dépend de son unité formelle, il faut, selon lui, examiner si les règles secondaires permettent d'agencer et d'harmoniser les traités. Parmi les règles secondaires permettant de résoudre les conflits entre traités se trouvent les critères classiques de résolution des antinomies, ainsi que la nature des obligations impliquées (sont-elles réciproques, interdépendantes ou intégrales?). Il conclut qu'il existe suffisamment de normes secondaires pour éviter la fragmentation du droit international.

La deuxième partie de l'ouvrage se concentre sur le rôle de la coutume vis-à-vis de la fragmentation du droit et, pour se faire, les rôles de l'*opinio juris* et de la pratique sont étudiés séparément. Dans un premier temps, le professeur Rosario Huesa Vinaixa⁷ rappelle que l'*opinio juris* apparaît généralement comme un facteur d'unité du système international. Cependant, sa contribution à la fragmentation n'est pas totalement exclue; encore faut-il évaluer le rôle de l'*opinio juris* dans l'élaboration des sous-systèmes. Trois hypothèses sont examinées : l'existence d'une *opinio juris* liée à un régime conventionnel; l'émergence d'une *opinio juris* régionale; et, finalement, la possibilité d'une *opinio juris* « sectorielle », c'est-à-dire qui relève d'un secteur particulier du droit international. Le professeur Huesa Vinaixa considère que les *opinio juris* sectorielles ne constituent pas une menace pour l'unité du droit dès lors que chaque secteur, dont les frontières ne sont pas étanches, s'insère dans le système général selon un principe d'intégration systémique. Cette analyse est avalisée par la professeure Laurence Boisson de Chazournes⁸, qui apporte quelques remarques complémentaires sur le rôle de l'*opinio juris*. Elle relève notamment les rapports étroits qui existent entre l'*opinio juris* et les juridictions internationales, le juge jouant à la fois les rôles de « révélateur » et de « faiseur » de l'*opinio juris*.

Dans un deuxième temps, la professeure Photini Pazartis⁹ examine le rôle de la pratique dans la dialectique unité/fragmentation. Elle analyse les incidences de la pratique sur la règle coutumière du point de vue des rapports entre le général et le particulier. Autrement dit, l'auteure se questionne à savoir quelle est l'incidence de la pratique sur la généralité de la règle coutumière. Selon elle, les pratiques spécialisées et les pratiques déviantes sont peu nombreuses et elles sont encadrées, dans le domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire, par certaines normes de *jus cogens* ou *erga omnes*. De manière plus générale, la professeure Pazartis insiste sur l'importance de la pratique dans la formation du droit coutumier et du droit conventionnel. En effet, la pratique joue un rôle important dans l'application des

⁷ Rosario Huesa Vinaixa, « Le rôle de l'*Opinio Juris* » dans *ibid.* aux pp. 55-73.

⁸ Laurence Boisson de Chazournes, « Le rôle de l'*Opinio juris*; commentaire », dans *ibid.* aux pp. 75-80. L'auteure est professeure et directrice du Département de droit international public et organisation internationale de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

⁹ Photini Pazartis, « Le rôle de la pratique dans le droit coutumier » dans *ibid.* aux pp. 81-102. L'auteure est professeure agrégée de droit international public à l'Université d'Athènes.

règles coutumières et conventionnelles, ce qui accroît l'interpénétration des sources et, partant, diminue les risques de fragmentation.

Cette analyse est contestée par le professeur Marcelo Kohen¹⁰, qui s'emploie à démontrer le peu d'importance de la pratique dans le processus de formation du droit coutumier. Le droit international n'est pas tant ce que les États font, mais la façon dont ils justifient ce qu'ils font. De cet angle, l'élément subjectif de la coutume prend le pas sur la pratique. Le professeur Kohen réfute aussi l'idée selon laquelle les pratiques spécialisées et déviantes seraient peu importantes. Il établit une différence entre le « *persistent objector* » et le « *persistent violator* » : alors que le premier conteste l'existence de la règle, le second reconnaît son existence, mais essaie de la modifier. L'action du *persistent violator* ne pose pas des problèmes à l'unité du système, mais bien au système tout court.

La troisième partie de l'ouvrage aborde le rôle des principes généraux, lequel est analysé sous un angle pluraliste par la professeure Emmanuelle Jouannet¹¹. Elle insiste sur le rôle ambivalent des principes généraux suivant leur utilisation, voire leur manipulation par les acteurs, mais aussi suivant le caractère complexe de l'ordre juridique international. Selon elle, on assiste à une évolution qualitative des fonctions classiques des principes généraux, à savoir le maintien de la complétude et de la cohérence du système. Ces derniers renouvellent leur fonction de complétude en tant que « passeurs » horizontaux : ils passent d'un régime à l'autre de façon horizontale, assurant ainsi une harmonisation progressive des éléments constitutifs de chaque ordre partiel. Les principes généraux sont également devenus des instruments de hiérarchisation : ils apportent une certaine verticalité matérielle ou axiologique afin d'assurer la cohérence du système global. Ces deux fonctions renouvelées permettent de les concevoir comme des facteurs d'unité du droit international.

Mais ce bilan n'est que partiel : l'influence des principes généraux doit aussi être examinée en tenant compte du jeu politique des acteurs et du jeu logique de l'ordre lui-même. D'une part, en fonction du choix des acteurs (les États, les juges, la doctrine, la société civile...) et de l'utilisation politique qu'ils en font, les principes généraux peuvent jouer de façon ambivalente soit pour l'unité, soit pour la fragmentation. D'autre part, l'ordre juridique se développe et se complexifie d'une façon qui échappe en partie à la maîtrise des acteurs. La logique de l'ordre complexe, explique la professeure Jouannet, rejaillit sur la façon dont les principes généraux influent sur la fragmentation. En ce sens, les principes généraux sont pris dans un mouvement d'action/réaction avec le droit international. Cette analyse est largement partagée par le professeur Mariano J. Aznar Gómez¹², qui précise toutefois

¹⁰ Marcelo Kohen « Le rôle de la pratique dans le droit coutumier; commentaire », dans *ibid.* aux pp. 103-07. L'auteur est professeur de droit international public à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève.

¹¹ Emmanuelle Jouannet, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », dans *ibid.* aux pp. 115-53. L'auteure est professeure de droit international public à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

¹² Mariano J. Aznar Gómez « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international; commentaire » dans *ibid.* aux pp. 155-60. L'auteur est professeur titulaire de droit international public à l'Université de Valence.

que les contradictions sur le plan matériel ne pourront être résolues que si l'identification des valeurs et des intérêts est effectuée par l'ensemble de la communauté internationale, et non pas par les acteurs les plus puissants.

La quatrième partie de l'ouvrage porte sur le rôle des décisions judiciaires à l'égard de la fragmentation. Elle contient trois contributions, qui abordent respectivement le rôle de la Cour internationale de justice (CIJ), la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La sélection des juridictions, nous informe la professeure Wellens, s'explique en raison de la fréquence avec laquelle elles sont appelées à traiter de questions provenant de différentes branches du droit.

Tout d'abord, le professeur Philippe Weckel¹³ procède à une analyse du rôle de la CIJ face à la diversification du droit international. Il rappelle que la CIJ a admis la ramification du droit international, dans son avis consultatif sur l'utilisation de l'arme nucléaire¹⁴; elle ne pratique donc pas la résistance au processus de spécialisation normative. Par ailleurs, même si les différends territoriaux et maritimes représentent une part importante de son activité contentieuse, cela ne la cantonne pas dans un domaine « classique », par opposition aux instances spécialisées qui interviendraient dans des « branches » spécialisées. En tant qu'organe judiciaire de l'Organisation des Nations unies, la CIJ possède une légitimité, une représentativité et une autorité particulière qui assurent sa « centralité » au sein d'un système contentieux international décentralisé. Cette position est renforcée du fait de son influence vis-à-vis des autres juridictions internationales; elle reste le point de référence par rapport auquel les autres instances se positionnent. En somme, la CIJ sait parfaitement se servir de la baguette de chef d'orchestre dont elle a été munie. Elle reste cependant largement subordonnée aux acteurs dominants que sont les États. C'est pourquoi évoquer un « gouvernement des juges » dans la société internationale serait, aux yeux du professeur Weckel, complètement irréaliste.

C'est ensuite au tour d'un juge de la Cour européenne des droits de l'homme, Ineta Ziemele¹⁵, d'aborder le thème de la jurisprudence européenne en matière de droits de l'homme et de l'« intégrité » du droit international. L'auteur cherche à établir quels sont les rapports entre la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁶ et le droit international général et, plus précisément, dans quelle mesure les règles posées par la Cour sont compatibles avec les règles relevant du droit général. En examinant plusieurs affaires dans lesquelles la Cour a invoqué le caractère « spécial » de la *Convention* pour s'écarter du droit général, notamment la jurisprudence moins connue impliquant les relations entre les États baltes et la Russie, le juge Ineta

¹³ Philippe Weckel, « La CIJ et la fragmentation du droit international » dans *ibid.* aux pp. 167-85. L'auteur est professeur de droit international public à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

¹⁴ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226 à la p. 230.

¹⁵ Ineta Ziemele, « Case-Law of the European Court of Human Rights and Integrity of International Law » dans Huesa Vinaixa et Wellens, *supra* note 3 aux pp. 187-210. L'auteur est juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

Ziemele conclut que la Cour a généralement contribué à une meilleure compréhension des rapports entre le régime spécialisé des droits de l'homme et le droit international général.

Quant au système de règlement des différends de l'OMC, le professeur Joost Pauwelyn¹⁷ explique qu'il se situe à l'avant-scène du débat sur la fragmentation et ce, pour deux raisons. La première est la portée des accords de l'OMC, qui réglementent de nombreux domaines allant de l'environnement à la propriété intellectuelle. La seconde est la nature obligatoire et automatique du système commercial de règlement des différends. Ces facteurs font en sorte que les litiges impliquant des domaines variés, mais possédant un volet commercial, sont facilement portés devant les organes quasi-juridictionnels de l'OMC. Par contre, cela n'implique pas pour autant que le système commercial favorise la fragmentation. Le professeur Pauwelyn cherche à démontrer que le droit de l'OMC s'insère dans le système global, comme en témoignent les multiples références faites au droit international général et aux autres régimes spécialisés, à la fois par les auteurs des accords de l'OMC et par les organes d'application du droit. Ainsi, l'application du droit commercial par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel repose-t-elle largement sur la « boîte à outils » que sont les règles générales relatives aux traités et à la responsabilité internationale.

La cinquième et dernière partie de l'ouvrage s'interroge sur le rôle de la doctrine. Le professeur Anthony Carty¹⁸ propose une place renouvelée pour la doctrine en tant que source de droit international. En se fondant sur la distinction entre la doctrine et la dogmatique juridique, le professeur Carty montre le caractère problématique de la position classique de la doctrine en droit international et son incapacité à prendre en compte l'identité concrète des individus qui composent l'État. Seul le recours à d'autres disciplines, en particulier à l'ethnographie, à l'anthropologie et à la phénoménologie, permettra à la doctrine de rendre compte du monde réel et d'avoir un impact tangible sur les phénomènes en cours. Ses propos sont illustrés par une analyse des événements qui se sont produits au Royaume-Uni au début de l'année 2003 et qui ont conduit le gouvernement britannique à intervenir en Irak. Dans son commentaire, le professeur Ignacio Forcada¹⁹ synthétise cette vision tout en ajoutant que la « doctrine » renvoie à plusieurs phénomènes distincts que l'on doit distinguer. Ainsi analyse-t-il brièvement le rôle des praticiens, des académiciens et des professeurs.

Pour conclure, l'ouvrage traite d'une question d'actualité qui est celle de déterminer le rôle des sources à l'égard des phénomènes de fragmentation du droit

¹⁷ Joost Pauwelyn, « Le règlement des différends au sein de l'OMC – The World Trade Organization » dans Huesa Vinaixa et Wellens, *supra* note 3 aux pp. 211-29. L'auteur est professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université Duke (É.-U.) et ancien conseiller juridique pour le Secrétariat de l'OMC (1996-2002).

¹⁸ Anthony Carty, « A Renewed Place for Doctrine as the Source of International Law in a Time of Fragmentation » dans *supra* note 3 aux pp. 239-61. L'auteur est professeur de droit à l'Université d'Aberdeen.

¹⁹ Ignacio Forcada, « A Renewed Place for Doctrine as the Source of International Law in a Time of Fragmentation; commentaire » dans *ibid. supra* note 3 aux pp. 263-72. L'auteur est professeur de droit international public à l'Université de Castille- La Manche (Tolède, Espagne).

international contemporain. La pluralité des sources analysées par les intervenants, ainsi que la synthèse effectuée pour chaque source permettent au lecteur de faire un rapide tour d'horizon des enjeux soulevés par chacune d'elles. On regrettera cependant l'inégalité des contributions, certaines se distinguant tout de même grâce à leur originalité et leur finesse d'analyse. De manière plus générale, il aurait été souhaitable que les participants s'interrogent sur l'approche privilégiée par le symposium : pourquoi avoir adopté une perspective formaliste, fondée sur les « sources » énumérées à l'article 38, sachant que la fragmentation –sous l'angle de la déformalisation– en est précisément une remise en cause ? N'est-ce pas en soi un appel à l'unité? De même, le recours à la dialectique unité/diversité aurait pu être questionné, dès lors que la peur de fragmentation revient périodiquement chez les internationalistes en fonction de l'évaluation qu'ils font du système global. On regrettera aussi l'inégalité des contributions, certaines se distinguant néanmoins grâce à leur originalité et leur finesse d'analyse. Or, malgré son caractère parfois inégal, cet ouvrage constitue au final une contribution intéressante au débat relatif à la fragmentation du droit international.