

La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ?

Anne-Charlotte Martineau*

« *C'est devenu une banalité que de dire que le droit international est en pleine transformation* », affirmait déjà Maurice Bourquin dans son cours à La Haye en 1931¹. Soixante-quinze ans plus tard, il est tout aussi courant d'évoquer les bouleversements que connaît le droit international. On considère que l'expansion de son champ d'application, la spécialisation de son objet et la diversification de sa pratique tendent inéluctablement vers sa division –voire sa fragmentation– en différents régimes spécialisés². Ces nouveaux régimes, qui visent des régions ou des domaines particuliers et qui sont composés de règles primaires et secondaires spécifiques, revendiquent parfois leur autonomie par rapport au droit général et leur étanchéité par rapport aux autres régimes spécialisés. La notion de fragmentation sert donc à désigner la multiplication des conflits systémiques et normatifs qui découleraient de la diversification du droit et qui, pour certains, menaceraient son unité³.

Il est frappant de relever que le débat est avant tout mené par certains juges et par la doctrine qui, en raison de leur rôle ou de l'idée qu'ils se font de leur fonction, avertissent ou rassurent des dangers de fragmentation. De même, on peut noter que ce sont principalement les *conséquences* à attribuer aux phénomènes de fragmentation qui font l'objet de désaccords tandis que leur *existence* n'est guère contestée⁴. Le débat porte essentiellement sur la question de savoir si la fragmentation est positive ou négative, et non pas si elle renvoie à une réalité empirique. Or il est possible de questionner le recours à la notion de fragmentation pour décrire la tendance actuelle du droit international. Dans la mesure où celui-ci a déjà connu des moments de crise –certains considérant même qu'il s'agit d'une de ses pathologies chroniques–, quelle est la pertinence de cette notion pour décrire la réalité contemporaine ? Le débat sur la fragmentation témoigne-t-il d'une réelle et profonde transformation du droit ou n'est-il qu'une illusion d'optique engendrée par une répétition de la pensée ?

* Doctorant en droit international, allocataire-moniteur à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne ; DEA de Paris-1 (droit international) et DEA de Paris-X (théorie du droit). Contact : martineauac@hotmail.com L'auteur remercie les professeurs E. Jouannet, M. Koskenniemi et C. Landauer pour leurs relectures et commentaires.

¹ M. Bourquin, « Règles générales du droit de la paix (cours général) », *R.C.A.D.I.*, tome 35, 1931, p. 5.

² E. Jouannet, *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international*, article rédigé dans le cadre de la conférence de la SEDI en 2005, p. 2.

³ M. Koskenniemi, *Rapport préliminaire sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Groupe d'étude sur la fragmentation, Commission du droit international, ILC(CVI)/SG/FIL/CRD.1, 2004, p. 1.

⁴ Voir à titre d'exemple G. Hafner, « Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n° 4, 2004, pp. 849-863 et B. Simma, « Fragmentation in a Positive Light », *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n° 4, 2004, pp. 845-847.

Un retour sur l'histoire de la pensée internationaliste paraît ainsi indispensable pour mesurer l'ampleur des débats actuels. Seule une approche historique permet d'identifier les éléments de permanence et ceux de rupture et, partant, de clarifier la signification et la portée des phénomènes contemporains. L'objectif de cette étude n'est donc pas de trancher la question de la fragmentation mais de proposer quelques pistes de réflexion en retraçant les origines de cette notion dans le discours sur le droit. Autrement dit, il ne s'agit pas de déterminer si le droit international est oui ou non fragmenté mais d'examiner le discours doctrinal depuis le milieu du 19^{ème} siècle afin de comprendre pourquoi cette question est (de nouveau) à l'ordre du jour.

Si par conséquent l'on se penche sur les manuels et les ouvrages doctrinaux pour déterminer à quel moment la notion de fragmentation est apparue et par qui elle a été invoquée, on s'aperçoit rapidement qu'elle n'est pas récente et qu'elle est même d'usage assez fréquent chez les internationalistes. A vrai dire, cette notion renvoie à plusieurs phénomènes distincts et présuppose une conception systémique du droit qu'il importe de préciser (I). Une fois ces clarifications d'ordre épistémologique effectuées, il sera possible d'examiner la façon dont l'expansion, la spécialisation et l'institutionnalisation du droit international ont été appréhendées par la doctrine. Il s'avère que ces phénomènes ont été tour à tour applaudis et dénoncés par les auteurs et que ces cycles d'acclamation et d'anxiété coïncident avec la vision plus générale qu'ils entretiennent à l'égard du système dans son ensemble (II).

La notion de « fragmentation » et son présupposé systémique

Le terme de fragmentation renvoie au minimum à deux sens différents. Comme souvent pour les mots de même terminaison, l'expression désigne à la fois un processus et un résultat, une activité et son produit⁵. Soit la fragmentation est un processus d'éclatement (le droit se fragmente et se divise), soit elle en est le résultat (le droit est fragmentaire ou parcellaire). Cette distinction permet de comprendre pourquoi certaines propositions relatives à la fragmentation apparemment incompatibles sont néanmoins présentes dans un même discours juridique. Elle permet aussi de préciser la référence actuelle au terme « fragmentation » puisque l'on fait appel à son premier sens, qui est dynamique. On considère que le droit international « explose » en raison de la multiplication de ses règles spécialisées dont la mise en œuvre est assurée par des mécanismes institutionnels spécifiques.

A première vue, ces deux sens semblent mutuellement exclusifs : si le droit est parcellaire, il ne peut se diviser (on suppose qu'il l'est déjà) ; à l'inverse si le droit se divise, il ne peut être parcellaire (on craint précisément qu'il ne le devienne). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs affirment que l'on se trouve aujourd'hui face à une situation inédite. Le nouveau désordre mondial ne serait plus celui d'une société anarchique affaiblie par un sous-développement du droit mais au contraire par un sur-développement⁶. Le caractère fragmenté du droit ne proviendrait plus de sa paupérisation normative pour régir les relations entre Etats égoïstes mais de la prolifération chaotique de ses régimes spécialisés et régionalisés.

⁵ R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5^{ème} éd., UNAM, México, 2003, p. 71.

⁶ Voir à titre d'exemple V. Kanwar, « International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System », *Critical Sense*, Special Issue on States of Emergency, 2004, p. 44 : « *The new disorder is not the anarchical society of atomized states and inadequate cooperation, but the heterarchical proliferation of disparate international and regional regimes, institutions, and jurisdictions* ».

A vrai dire, ces deux sens sont étroitement liés : la fragmentation actuelle n'est que la suite logique de la négation du sens statique du terme. C'est parce que l'on définit le droit international par son caractère non-fragmenté que l'on craint désormais sa fragmentation. On peut le dire autrement : la notion de fragmentation telle qu'elle est aujourd'hui employée présuppose la formalisation du droit en tant que système ou ordre juridique⁷. Il est en effet difficile d'envisager une fragmentation si l'on est en présence d'un simple agrégat de normes non reliées les unes aux autres. Dans une conception systémique où les relations normatives sont étroitement définies, la présence d'antinomies peut au contraire être perçue comme menace pour la viabilité du système. Le débat sur la fragmentation présuppose plus précisément une définition *matérielle* du système juridique puisqu'on présente le droit international comme un ensemble possédant les qualités d'unicité, de complétude et de cohérence⁸.

Or, la présentation systémique du droit est l'objet de controverses épistémologiques⁹ et elle suppose à tout le moins une définition *stipulative* de la notion de système¹⁰. En effet, même si l'on conçoit le système juridique comme un objet réel, susceptible de connaissance, on ne peut pas le définir sur la seule base de données empiriques. On ne peut pas simplement se demander si le droit international est un système parce que la réponse dépend précisément de la définition que l'on aura donnée au terme « système ». Toute présentation systémique du droit international présuppose donc une définition stipulative de la notion de système, c'est-à-dire une définition qui n'a pas de prétention à la réalité et que l'on devra évaluer en fonction de son utilité ou de sa commodité. Si l'on accepte que le « système juridique international » ne puisse être défini que de manière stipulative, alors la méthodologie doit être renversée : il faut déterminer les avantages à qualifier le droit international de système juridique avant de chercher la définition appropriée.

Renverser la démarche analytique permet donc de chercher d'un point de vue historique les avantages que l'on obtient à considérer le droit international comme un système. Selon le professeur J.-L. Halpérin, la notion d'ordre juridique est apparue au début du 19^{ème} siècle pour « affirmer le caractère juridique des relations entre Etats et, au-delà du simple fondement contractuel, la primauté des normes internationales »¹¹. Ainsi la présentation systémique offrait-elle le double avantage d'affirmer le caractère *juridique* (et non politique) des relations

⁷ Les notions de système et d'ordre seront ici considérées comme synonymes. Voir C. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, *Ordre juridique ?*, 2001, pp. 19-39.

⁸ Sans entrer dans une discussion à ce sujet, ce présupposé a été adopté par le Groupe de travail de la CDI dont l'étude est axée sur « *les conflits normatifs qui attestent de l'expansion du droit international mais dont on estime parfois qu'ils peuvent menacer la cohérence du système juridique international* ». M. Koskenniemi, *Rapport préliminaire sur la fragmentation du droit international...*, *op. cit.*, p. 3.

⁹ C. Gregorczyk, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 281-301.

¹⁰ Ces propos s'inspirent de l'analyse de M. Troper, « Système juridique et Etat », pp. 161-176, in M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Léviathan, PUF, Paris, 1994, 358p.

¹¹ J.-L. Halpérin, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle », *Droits*, vol. 33, *Ordre juridique ?*, 2001, p. 48. C'est en effet en raison de son caractère fragmenté que l'existence ou la primauté du droit international s'est longtemps vue niée par une partie de la doctrine. Et c'est dans le but de répondre à cet argument (mettant en avant la précarité d'un droit dépendant de la force relative et des intérêts des Etats) que l'on a présenté le droit international comme formant un ordre juridique.

interétatiques et d'assurer la primauté du droit *international* (sur les droits internes)¹². C'est donc pour résoudre l'épineuse question de la relation entre l'Etat et le droit que les internationalistes ont travaillé sur des projets de création d'un système juridique allant « au-delà » des Etats en s'inspirant de manière plus ou moins forte du schéma interne :

« International law and institutions are the product of a professional ethos that has since the end of the 19th century sought to explain how an apparently “anarchic” aggregate of self-regarding sovereigns could still be united as “order” at some deeper level of existence, either as philosophical principle or sociological generalisation »¹³.

Nous verrons que c'est largement en raison de cet objectif –celui d'imposer des limites aux Etats souverains– que la position des internationalistes vis-à-vis des phénomènes de fragmentation se trouve à osciller de manière récurrente et cyclique entre la promotion et la dénonciation.

La fragmentation, une peur récurrente parmi les internationalistes

Si l'on examine les ouvrages publiés depuis le milieu du 19^{ème} siècle, on arrive à un double constat : d'une part, les internationalistes ont tour à tour appuyé et déploré la diversification normative et institutionnelle du droit et d'autre part, ces vagues d'acclamation et d'anxiété coïncident avec la perception plus générale qu'ont les auteurs quant au fonctionnement du système global. Quand le système traverse une phase critique, la spécialisation de ses règles est perçue comme une menace à son unité et à son intégrité. Créer ou renforcer des règles spécifiques ou régionales devient une tentative d'écarter les mécanismes universels et donc de freiner l'adoption de règles de portée générale. Quand le système est jugé apte à assurer la coordination et la coopération entre Etats, la spécialisation de ses règles est au contraire perçue comme un moyen d'atteindre ces objectifs, voire comme un laboratoire d'idées et de pratiques permettant de nouveaux progrès au niveau mondial. Ainsi la peur de fragmentation revient-elle périodiquement au sein de la doctrine dès lors qu'elle considère le système incapable d'imposer des limites au libre déploiement des souverainetés étatiques.

Une approche par « phases » paraît alors être la démarche la plus appropriée à notre analyse : elle permet à la fois de faire ressortir le caractère cyclique de l'inquiétude des internationalistes vis-à-vis des phénomènes de fragmentation et de contextualiser (et ainsi d'expliquer) le caractère ambivalent de leur perception à l'égard de ces mêmes phénomènes. Tout en étant conscient des limites que présente une telle démarche historique¹⁴, il s'agit de distinguer les « périodes » pendant lesquelles les auteurs ont globalement une vision emprunte soit de confusion, soit de confiance à l'égard du système international. Pour ce faire, nous prendrons appui sur les travaux du professeur D. Kennedy qui ont mis en lumière la succession de crises, de

¹² Autrement dit, à la question de savoir si l'Etat est dans ses relations diplomatiques soumis au droit ou s'il en est le seul créateur, on répond implicitement en faveur de la première hypothèse en décrivant un système *juridique* (et non politique) *international* (et non interne). D. Kennedy, « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box », *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 32, n° 2, 2000, p. 347.

¹³ M. Koskenniemi et P. Leino, « Fragmentation of international law? Postmodern anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2003, p. 556.

¹⁴ Voir généralement P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, Paris, 1996, spéc. pp. 161 et s.

remises en cause et d'exaltations du système ainsi que les implications qui en résultent pour la pensée internationaliste¹⁵. Ainsi la période de confiance dans laquelle évoluent les juristes entre 1870-1914 laisse-t-elle place à une période de doutes entre 1914-1925, elle-même suivie d'une nouvelle période prospère de 1925-1939. Le cycle se répète : une période de confusion de 1939-1969 précède une période de confiance de 1969-1989, laquelle conduit à la dernière période d'anxiété qui a débuté en 1989 et qui a donné lieu au débat actuel.

Il faut bien sûr reconnaître qu'en sélectionnant les exemples « emblématiques » ou « clés » parmi les ouvrages doctrinaux, on occulte sciemment des clivages internes et on procède à une reconstruction partielle et partielle. Il faut ajouter que les phénomènes de fragmentation ont préoccupé les auteurs de manière plus ou moins marquée suivant les périodes et que c'est aujourd'hui, incontestablement, que le débat a atteint son paroxysme. Mais au-delà de ces mises en garde, il apparaît clairement que le vocabulaire utilisé pour décrire et ainsi apprécier la diversification du droit transcende les époques. Le débat sur la fragmentation est véhiculé dans un cadre relativement limité de propositions, lesquelles reviennent en boucle dans le discours juridique.

Période de confiance : 1870-1914

A partir du milieu du 19^{ème} siècle jusqu'à l'aube de la Grande guerre, les juristes évoluent dans une atmosphère de confiance et d'innovation. On n'hésite pas à affirmer que « *les progrès accomplis dans le domaine du droit international sont considérables* » et que « *jamais la solidarité qui unit tous les hommes n'a été mieux saisie que de nos jours* »¹⁶. Pourtant les règles uniformes sont encore rares. Dans un tel contexte, la spécialisation des règles de droit est un phénomène souhaitable et souhaité en vue d'arriver à leur universalité.

Tout en reconnaissant l'absence d'un « *droit public reconnu et valable partout dans le monde* »¹⁷, il est courant de présenter l'universalité du droit international comme « *un rêve [...] réalisable* »¹⁸. Si Carlos Calvo fait allusion à un « *grand fractionnement des nationalités modernes* », il indique simplement par-là qu'il n'existe pas de « *code universel applicable* »¹⁹ et que le droit international se compose uniquement de quelques règles élaborées par les Etats civilisés. La question qui préoccupe alors les juristes est celle de faire de ce droit particulier un droit universel. S'affirmant ainsi comme « *la conscience juridique du monde civilisé* »²⁰, les

¹⁵ Principalement son article « *When Renewal Repeats: Thinking Against the Box* », *op. cit.*, mais aussi « *A New World Order: Yesterday, Today, and Tomorrow* », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 4, 1994, pp. 329-375 ainsi que « *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion* », *Q.L.R.*, vol. 17, 1994, pp. 99-136.

¹⁶ F. de Holtzendorff, *Eléments de droit international public*, traduction par G. Zographos, éditions Rousseau, Paris, 1981, pp. 37-38.

¹⁷ A.G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, traduction par J. Bergson, éditions Cotillon & fils, Paris, 1873, p. 2.

¹⁸ P. Fiore, *Organisation juridique de la société des Etats. Le droit international codifié et sa sanction juridique*, traduction par A. Chrétien, éditions Chevalier-Marescq, Paris, 1890, p. IV.

¹⁹ C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, 2^{ème} éd., Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1870, tome 1, p. V.

²⁰ En référence à l'article premier du Statut de l'Institut de droit international adopté en 1873 ainsi qu'à l'ouvrage de Martti Koskenniemi duquel s'inspire notre analyse : *The Gentle Civilizer*

auteurs (européens) sont optimistes : le droit international (européen) est appelé à devenir universel grâce aux entreprises de codification. Cette idée peut sembler peu originale²¹ mais la spécificité est ici que l'universalité du droit international s'obtient par la conclusion de traités généraux *et* particuliers.

Tout d'abord, le droit s'universalise par la conclusion de traités généraux qui portent sur les intérêts étatiques communs et qui voient le jour lors de congrès universels²². Nombreux sont les auteurs séduits par l'idée d'élaborer un traité général fixant une fois pour toutes les normes régulatrices des rapports entre Etats. Ainsi les Conventions de La Haye sont-elles systématiquement citées en exemple, de même que l'émergence des premières unions. Mais le droit s'universalise aussi par la conclusion de traités particuliers entre un cercle restreint d'Etats. Pour Pasquale Fiore, ces traités peuvent servir de « *modèles* »²³ à des traités spécifiques du même genre ; il sera possible d'extraire les principes universels de la pluralité des traités particuliers ainsi créés. De son côté, Henri Bonfils encourage lui aussi la création de règles particulières qu'il considère compatibles voire indispensables pour atteindre l'universalité du droit. Il voit d'un œil positif les « *codifications partielles, sous formes de traités* » puisque les Etats parties arriveront à accepter « *un certain nombre de principes, nombre qui ira en augmentant à mesure que la civilisation se perfectionnera* »²⁴. Ainsi les Etats européens sont-ils réputés être porte-parole de l'universel : pour John Westlake, la création de règles appartenant à « *une branche spéciale de droit international* » nécessite le seul consentement des Etats les plus intéressés dont l'entente est présumée représenter « *l'entente générale* »²⁵.

C'est donc grâce à un savant mélange du particulier et du général, ou la conciliation entre ce que Maxime-Emile Chauveau appelle déjà les tendances « *particulariste* » et « *cosmopolite* »²⁶ du droit international, que l'on obtiendra son unité et que « *de l'unité se dédui[ra] son universalité* »²⁷.

Période de confusion : 1914-1925

of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, XIV-569p.

²¹ Emer de Vattel entendait par exemple déjà le droit conventionnel comme une « *sorte de droit des gens positif* ». E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, éditions Rey et Gravier, Paris, 1820, pp. 105-106.

²² On encourage la tenue de congrès universels car « *la mise en œuvre des principes généraux du droit international sera mieux assurée si, à côté des grands Etats de l'Europe, les autres grandes puissances du monde, en particulier des Amériques, prennent part à la discussion de ces principes et concourent à leur promulgation* ». J.K. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1870, pp. 101-102.

²³ P. Fiore, *Nouveau droit international public*, traduction par P. Pradier-Fodéré, Durand & Pédone-Lauriel, Paris, tome 1, 1868, p. XXI.

²⁴ H. Bonfils, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Rousseau, Paris, 1894, pp. 880 et 883.

²⁵ J. Westlake, *Etudes sur les principes du droit international*, Thorin & fils, Paris, 1895, p. 89.

²⁶ M.E. Chauveau, *Le droit des gens ou le droit international public*, Rousseau, Paris, 1892, pp. 32 et 33.

²⁷ P. Fiore, *Organisation juridique de la société des Etats...*, *op. cit.*, p. IV.

L'édifice normatif international est fortement ébranlé par le déclenchement des hostilités, entraînant avec lui l'optimisme des auteurs. En raison du « *discrédit* » jeté par la guerre sur le droit international, celui-ci traverse une « *véritable crise* » qui exige de « *profondes modifications* »²⁸. Le ton dramatique est parfois plus nuancé mais il n'empêche que le rôle des règles spécialisées ou régionalisées est largement remis en cause par les internationalistes. La spécialisation des règles juridiques est en effet considérée comme partiellement responsable de la guerre ; ainsi son utilisation doit-elle être encadrée par la mise en place d'institutions à caractère universel.

Il est intéressant de noter que certains auteurs voient dans la spécialisation excessive des règles internationales l'une des causes de la guerre. A titre d'exemple, Antoine Pillet déplore « *la façon dont les règles ont été posées [à La Haye] et notamment leur rédaction trop poussée au détail* »²⁹ ; elles étaient trop spécifiques et de ce fait impossibles à respecter. A ses yeux, il est erroné de voir le progrès du droit dans le « *développement plus grand des textes* » ; il faut au contraire s'en tenir à quelques grands principes et « *réduire [les traités] à quelques formules brèves et nettes* »³⁰. Le respect du droit international passe désormais par sa généralisation et non par sa spécialisation.

Plus important encore, l'idée de l'universalisation du droit international par la civilisation des Etats est devenue obsolète. La mission civilisatrice de l'Europe n'est plus concevable. Mais si l'Europe ne peut plus parler au nom de l'universel, qui peut le faire ? Les opinions divergent. Pour le professeur brésilien Sa Vianna, « *l'axe de civilisation* » se déplace vers le Nouveau-Monde : c'est à lui qu'il revient de réformer le droit international³¹. L'Amérique a pour « *rude mission de créer un nouveau corps du droit international* » et non pas seulement de modifier le droit actuel qui s'est montré « *flexible, faible et plein de lacunes et de contradictions, trop souvent inspiré des formules romaines, inégalement appliqué et seulement par la guerre* »³². En revanche, pour des auteurs comme Paul Otlet, l'universalisation du droit ne peut plus être l'apanage d'une poignée d'Etats mais nécessite la mise en place d'un forum universel. Seul l'ensemble des Nations peut légitimement décider ce que « *sera [...] le monde au lendemain de la guerre* » en élaborant une « *constitution internationale* »³³. Ainsi l'idée d'une constitutionnalisation du droit international émerge-t-elle ici face à ce qui semble être un système fondé sur l'impérialisme et l'équilibre instable entre les intérêts égoïstes des Etats.

C'est cette deuxième vision qui sera favorisée par le Pacte de la SDN : l'universalisation du droit international ne passera plus par l'élaboration de traités particuliers ou par l'action privilégiée de quelques Etats provenant d'une seule région mais par une institution mondiale.

Période de consolidation : 1925-1939

²⁸ Ces termes sont ceux d'Alejandro Alvarez dans sa préface de l'ouvrage de K. Strupp, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, Rousseau, Paris, 1927, pp. VII-IX. Il tient déjà des propos pessimistes dans *La codification du droit international, ses tendances, ses bases*, Pedone, Paris, 1912, 294p.

²⁹ A. Pillet, *La guerre et le droit*, Uystpruyt-Dieudonné, Louvain, 1922, p. 133.

³⁰ *Ibid.*, p. 138.

³¹ S. Vianna, *L'Amérique en face de la Conflagration Européenne. Leçon inaugurale du cours de droit international public*, éditions Vasconcellos, Rio de Janeiro, 1916, p. 3.

³² *Ibid.*, pp. 4 et 5.

³³ P. Otlet, *Constitution mondiale de la Société des Nations. Le nouveau droit des gens*, Editions Atar, Genève, 1917, p. 5.

S'éloignant de la conception civilisatrice d'un droit universel qui s'imposerait à tous les Etats, les auteurs s'efforcent alors d'expliquer les mécanismes internationaux selon une approche scientifique ou sociologique. La fonction et la portée des règles spéciales et régionales s'en trouvent modifiées. Les constructions théoriques permettent en effet d'intégrer (et aussi de cantonner) les règles et les régimes particuliers dans un ensemble plus vaste et unifié.

Avec les systèmes élaborés par Hans Kelsen et Georges Scelle, l'unité de toutes les normes, générales et particulières, est garantie par un élément fondateur, qu'il soit de nature normative ou sociale. Les règles ne flottent plus dans le vide sans lien quelconque les unes avec les autres ; elles sont coordonnées entre elles selon un schéma précis et déterminé. Cette formalisation du droit altère les rapports entre le général et le particulier. Certes, le droit international demeure « *essentiellement un droit particulier* » parce que les normes communes sont « *assez limitées en nombre et souvent peu déterminées dans leur contenu* »³⁴. Cependant, son « *caractère particulariste* »³⁵ ne pose plus de difficultés : non seulement le droit international est-il complet mais le potentiel des règles particulières est (de nouveau) mis en avant comme source de progrès. Ainsi le droit particulier l'emporte-t-il sur le droit général en vertu du principe de la *lex specialis* et ce « *sans exception* »³⁶. Et surtout, comme l'explique Erich Kaufmann, aucune barrière ne sépare véritablement le droit général et le droit particulier. Le général fait toujours partie du particulier, il est « *sa force normative, son énergie vivante* »³⁷. En somme, la fragmentation n'existe pas.

En parallèle toutefois, les revendications panaméricaines continuent au travers d'Alejandro Alvarez. Celui-ci entend rompre avec « *la conception traditionnelle de l'universalité de toutes les règles juridiques* »³⁸ qu'il associe dorénavant au formalisme. Il prétend effectuer une analyse « *réaliste* »³⁹ d'après laquelle le droit international est par essence un droit particulier. Sa thèse est soutenue par Karl Strupp, pour qui « *la codification du droit international public ne peut se faire que fragmentairement, en tenant compte des différences qui existent entre les divers groupes juridiques* »⁴⁰. Ces auteurs revendiquent la fragmentation puisque elle seule reflète la

³⁴ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, LGDJ, Paris, 1999 (cours de 1929 à La Haye), p. 90. Les propos de Hans Kelsen sont similaires : en raison du degré élevé de décentralisation du droit international, « *les normes du droit dit international général sont inférieures en nombre et en importance aux normes locales [y compris] les normes du droit international dit particulier* ». H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, traduction par B. Laroche et V. Faure, LGDJ, Paris, 1997, p. 374. Même pour des auteurs solidaristes comme Georges Scelle, il n'est nullement problématique de reconnaître l'existence d'« *ordres juridiques internationaux particuliers* » puisque ceux-ci sont « *conditionnés, puis absorbés par les ordre juridiques internationaux plus larges (régionalisme international) et ces derniers, à leur tour, dans l'ordre juridique international global du droit des gens* ». G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46, tome IV, 1933, p. 343.

³⁵ J.L. Brierly, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58, tome IV, 1936, p. 16.

³⁶ A. Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 26, tome I, 1929, p. 330.

³⁷ E. Kaufmann, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 54, tome IV, 1935, p. 314.

³⁸ Préface de l'ouvrage de STRUPP (K.), *Eléments du droit international public...*, *op. cit.*, p. XI.

³⁹ *Ibid.*, p. XII.

⁴⁰ K. Strupp, *Eléments du droit international public...*, *op. cit.*, p. 21.

réalité : c'est seulement si l'on reconnaît l'absence d'un droit universel que l'on peut rendre compte de l'existence de droits régionaux.

Alors que cette présentation est critiquée par plusieurs comme étant « *exagérée* »⁴¹ et ainsi rapidement écartée, elle suscite chez Louis Le Fur une véritable inquiétude. Face à la multiplication des régimes régionaux (américain, asiatique, soviétique, musulman...), il s'interroge en 1933 dans des termes quasiment identiques à ceux d'aujourd'hui : « *Si chacun de ces groupements a une existence internationale distincte, avec des règles qui lui sont propres, n'y a-t-il pas coexistence de plusieurs droits internationaux, donc rupture de l'unité du droit international [...] ? Et ce séparatisme ne sera-t-il pas aggravé si ce groupement possède non pas seulement des règles propres, une législation particulière, mais aussi des organes propres ? N'y aura-t-il pas là scission, fractionnement du droit international ?* »⁴². Pour répondre par la négative, il distingue entre le principe d'unité et ce qu'il appelle les détails d'application : il existerait des principes fondamentaux communs à tous les droits régionaux tandis que les divergences ne porteraient que sur les règles spécifiques de mise en œuvre. Pour lui, la fragmentation ne doit pas exister.

Quoi qu'il en soit, la question de la « *compatibilité des normes juridiques contradictoires* »⁴³ se pose avec plus d'acuité. Dès 1932 Charles Rousseau signe un article consacré au problème qui soulève alors « *les difficultés les plus vives* »⁴⁴, à savoir celui de la compatibilité entre traités collectifs et traités particuliers. Partant de l'absence d'une solution synthétique et définitive, il remarque que la résolution de ces conflits s'effectue suivant deux méthodes opposées et que, par conséquent, la règle de la *lex specialis* n'est pas d'application « *évidente* »⁴⁵. Dans le même ordre d'idées, Jules Basdevant consacre dans son cours à La Haye en 1936 un chapitre entier aux rapports entre le général et le particulier. S'opposant au « *morcellement du droit international* », il déduit de la pratique l'existence de règles générales obligatoires pour tous les Etats à côté de celles particulières⁴⁶. A la question de savoir quelle règle l'emporte lorsque, sur une matière donnée, une règle générale et une règle particulière divergent, il répond que l'adage de la *lex specialis* « *ne semble pas [...] d'un grand recours* »⁴⁷. Puisque la primauté de la règle particulière sur la règle générale ne s'impose pas en toutes circonstances (lorsque par exemple la règle générale revêt un caractère impératif comme le Pacte par son article 20), alors les solutions ne peuvent être données qu'« *après examen attentif des particularités de chaque cas* »⁴⁸.

⁴¹ A. Bustamante y Sirven, *Droit international public*, Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 33. Voir aussi P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Rousseau, Paris, 1921 p. 21.

⁴² L. Le Fur, *Précis de droit international public*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1933, p. 303.

⁴³ Ch. Rousseau, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, 1932, pp. 132-192.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁶ J. Basdevant, « Règles du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58, tome IV, p. 492.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 493. Il précise qu'il s'agit d'une distinction basée non pas sur l'objet de la règle mais sur l'étendue du groupe qu'elle régit. Il ne s'agit donc pas de savoir si la règle spéciale déroge à la règle générale en raison de son contenu, mais « *si la règle d'une collectivité juridique étroite contenue dans une collectivité juridique plus large peut déroger à la règle de cette dernière collectivité* ».

⁴⁸ *Ibid.*, p. 496.

A l'approche de la seconde guerre mondiale, la peur de la spécialisation normative s'intensifie. En 1937, Robert Redslob s'attarde lui aussi sur la question des conflits de normes et sur l'incompatibilité entre un traité collectif et un traité particulier. Sa solution est sans appel : le principe de résolution n'est jamais la *lex specialis* mais toujours la *lex generalis*. En effet, le « *traité collectif prévaut toujours sur le traité particulier* »⁴⁹. Réagissant ainsi aux dérogations apportées au Pacte par les traités d'alliance et de neutralité, sa méfiance à l'égard de la spécialisation des règles est illustrative du discours de l'époque. On réaffirme (de nouveau) l'unité du droit international –et s'oppose ainsi à sa fragmentation– au travers de sa constitutionnalisation⁵⁰.

Période de confusion : 1939-1969

Tandis que l'impuissance du droit face aux atrocités commises durant la guerre empêche la simple reprise du Pacte, il n'y a pas de grand mouvement de rejet ou de renouvellement du droit international. La création de l'ONU s'inscrit dans la même lignée que la SDN en ce sens qu'elle constitue une (autre) tentative d'institutionnalisation universelle ; elle s'en démarque par le fait qu'elle s'envisage davantage comme le fruit d'une nécessité pratique que celui d'un grand dessein philosophique⁵¹. Ce tournant vers le pragmatisme juridique à vocation humaniste amène les auteurs à dénoncer la spécialisation et la régionalisation du droit qui sont perçus comme des embûches à son universalité.

Ce type de pragmatisme peut être illustré par la présentation que font les auteurs de la Charte : il est fréquent de la présenter comme la « *réaction éclatante de la personne humaine* » ou la « *source de toute inspiration et de tout progrès* », mais c'est immédiatement pour renchérir que la « *crise* » causée par l'usage immodéré du veto « *s'inscrit dans l'ordre des réalités actuelles* »⁵². Ce constat voulant que les perspectives du droit international soient, comme le dit Georg Schwarzenberger, « *incertaines* »⁵³ incite les internationalistes à faire deux types de remarques. D'une part, l'incapacité du droit à régler les problèmes de la société internationale montre qu'il est à la fois « *incomplet et fragmentaire* »⁵⁴. Cette critique est partagée par Paul Reuter pour qui « *l'ordre juridique international est [...] insuffisamment développé pour*

⁴⁹ R. Redslob, *Les principes du droit des gens moderne*, 1937, Rousseau, Paris, p. 19. Cette idée avait d'ailleurs déjà été exprimée par P. Fauchille, *Traité de droit international public, op. cit.*, p. 301.

⁵⁰ Dans sa conclusion sur « *l'amplification de l'ordre international* », Robert Redslob dénonce le phénomène incessant de spécialisation et soutient la création d'associations plus vastes en vue d'une « *fédéralisation* » des continents, à commencer par l'Europe –idée largement défendue en France à l'époque, à la fois par Scelle et Le Fur. *Ibid.*, pp. 285 et 289.

⁵¹ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations...*, *op. cit.*, p. 388.

⁵² Ces propos sont ceux de C. de Visscher, « Cours général de principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 86, tome II, 1954, p. 454 et p. 469.

⁵³ G. Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 87, tome I, 1955, p. 382. Il conclut en effet son cours en indiquant que l'intégration institutionnelle (par l'ONU) ne doit pas « *divert attention from the precariousness of the overall position and to create illusions on the actual realities of world affairs* ».

⁵⁴ E. Giraud, « Le droit international public et la politique », *R.C.A.D.I.*, vol. 110, tome III, 1963, p. 580.

résoudre les problèmes posés par la société internationale »⁵⁵. D'autre part, des auteurs comme Gerald Fitzmaurice s'inquiètent de l'existence de plusieurs courants qui menacent « *l'unité du droit international* », à commencer par le régionalisme et la revendication de circonstances spéciales ou d'intérêts particuliers⁵⁶. Dans le même ordre d'idées, Charles de Visscher condamne l'instabilité politique de l'époque car elle est « *peu propice à la création de règles générales* »⁵⁷. A ses yeux, l'un des grands problèmes de la justice internationale est son incapacité à établir une « *typologie suffisamment nette des situations internationales permettant de dégager des règles générales créatrices de sécurité juridique, susceptibles à leur tour de fonder la confiance des Etats dans l'administration du droit par le juge* »⁵⁸. En bref, il faut non seulement étoffer le droit international mais aussi l'uniformiser en vue d'assurer sa primauté et de préserver son unité.

Sir Hersch Lauterpacht voit lui aussi le développement institutionnel et la montée en puissance des droits de l'homme obscurcis par la menace constante d'une division du monde entre deux pôles opposés⁵⁹. Notons que cet auteur résout la question des lacunes grâce au rôle central qu'il accorde à l'interprétation dans la détermination du droit et à l'intérêt corrélatif qu'il porte aux interprètes judiciaires⁶⁰. Il ne lui restait plus qu'un pas à franchir pour résoudre la question des antinomies. En effet, pour pouvoir affirmer que des textes comportent des antinomies qui rendent nécessaire leur interprétation, il faut d'abord les avoir interprétés. C'est donc l'interprétation qui crée –et qui résout– les conflits de normes⁶¹. Le fait qu'il n'ait pas franchi ce cap s'explique par les liens étroits entre la morale et le droit que sa théorie présuppose (le droit étant défini par référence à sa finalité humaniste) et qui seront l'objet des critiques réalistes⁶².

Période de confiance : 1969-1989

⁵⁵ P. Reuter, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 103, tome II, 1961, p. 491.

⁵⁶ G. Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 92, tome II, 1957, p. 95. Partant d'une synonymie entre « l'uniformité » et « l'unité » du droit international, il veut démontrer que toute règle –régionale ou spéciale– repose ou fait partie du droit global.

⁵⁷ C. de Visscher, « Cours général de principes de droit international public », *op. cit.*, p. 271.

⁵⁸ R. Kolb, *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 286. Dans les pages qui précèdent (pp. 475-476), Charles de Visscher reconnaît pourtant que la complexité croissante des rapports internationaux et l'apparition de nouveaux intérêts économiques appellent à une individualisation des règles et nécessitent des solutions concrètes, détaillées et techniques –mais cette remarque ne l'empêche pas de déplorer l'absence de règles générales.

⁵⁹ H. Lauterpacht, « International Law after World War II », in *International Law: being the collected papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 2, University Press, Cambridge, 1970, p. 167.

⁶⁰ H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon, Oxford, 1933, pp. 77-87.

⁶¹ D'où bien sûr l'importance d'identifier les acteurs dont l'interprétation crée des effets juridiques ainsi que la place à accorder aux tribunaux. Voir généralement Ch. Perelman, *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965, 404p.

⁶² O. Jouanjan, *Dossier : Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, Nouvelle série, n° 4, 2000, 236p.

A côté de (et en réponse à) la lecture réaliste, un nombre croissant d'auteurs mettent en avant le « *momentum* inédit »⁶³ du droit international qui, grâce à l'extension de son champ d'application, à la multiplication de ses institutions et au gain d'importance des décisions judiciaires, évolue vers un « *droit commun de l'humanité* »⁶⁴. La spécialisation normative et institutionnelle redevient un élément positif pour développer ce « *droit de la coopération* »⁶⁵.

C'est à cette époque que la fameuse formule de Wolfgang Friedmann présente le droit international comme se transformant d'un droit de la coexistence en un droit de la coopération. Si cette dichotomie entre souveraineté et communauté n'est pas sans rappeler la tension entre les tendances particulariste et cosmopolite formulée par Maxime-Emile Chauveau en 1892⁶⁶ ou encore le rejet du droit classique en faveur d'un droit humaniste par Cornelius Van Vollenhoven en 1919⁶⁷, il n'empêche qu'elle suscite un véritable engouement chez les auteurs américains et européens⁶⁸. Ils réhabilitent alors les règles particulières créées par les organisations régionales et par les juridictions spécialisées précisément parce qu'elles participent au changement de la structure internationale. Comme l'explique Wolfgang Friedmann, les mécanismes spécialisés tels que les institutions européennes sont des « *laboratoires importants* »⁶⁹ dont les découvertes pourront contribuer au développement du système global.

Dans la même optique, René-Jean Dupuy regrette en 1979 que le droit traditionnel (universel) n'édicte pas de règles spécifiques pour certains Etats ou groupes d'Etats alors que leur situation particulière le justifie. En effet, le droit du développement (situationnel) demande à ce que des situations inégales soient traitées différemment. Pour y parvenir, il préconise le recours à des « *règles individualisées, différenciées et concrètes* »⁷⁰. Le traité devient l'instrument privilégié du droit de la coopération puisqu'il peut être modulé à l'infini selon les besoins spécifiques des Etats parties. Selon Paul de Visscher, cette plasticité du traité est précieuse dans ce qu'il appelle « *une communauté internationale en constante évolution* »⁷¹.

Etant donné que le droit international est de nouveau perçu comme en plein essor et appelé à régir de nouvelles matières, les auteurs sont tout naturellement amenés à s'interroger

⁶³ R.Y. Jennings, « General Course on Principles of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 121, tome II, 1967, p. 345.

⁶⁴ W.W. Bishop, « General Course of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 115, tome II, 1965, p. 165. L'auteur cite alors un passage de l'ouvrage de C. Wilfred Jenks, *A Common Law of Mankind* (1958).

⁶⁵ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens, 1964, xvi-410p.

⁶⁶ Voir *supra*, période de confiance 1870-1914.

⁶⁷ C. Van Vollenhoven, *Les trois phases du droit des gens*, La Haye, Nijhoff, 1919, IV-107p. Pour une analyse plus détaillée, voir E. Jouannet, « La critique de la pensée classique durant l'entre-deux guerres : Vattel et Van Vollenhoven (Quelques réflexions sur le modèle classique du droit international) », *Miskolc Journal of International Law*, vol. 1, n° 2, 2004, pp. 45-63.

⁶⁸ Voir C. Leben, « The Changing Structure of International Law Revisited: By Way of Introduction », *E.J.I.L.*, 1997, vol. 8, n° 3, pp. 399-408.

⁶⁹ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁰ R.-J. Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement », *R.C.A.D.I.*, vol. 165, tome IV, 1979, p. 125.

⁷¹ P. de Visscher, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 136, tome II, 1972, p. 79.

(une fois de plus) sur les répercussions de la « *complexité des systèmes régionaux* »⁷² sur la structure du système global. Ainsi la peur de la fragmentation du droit international revient-elle peu à peu parmi la doctrine. Par exemple, Louis Dubouis se demande en 1977 si « *le fractionnement de l'unité du régime juridique de la société internationale qu'entraîne toute norme régionale et, a fortiori, tout système de normes régionales, sert-il ou entrave-t-il le progrès du droit international ?* »⁷³. Refusant de donner une réponse tranchée, il indique que les Etats défendent tour à tour l'un et l'autre des systèmes en fonction de leurs intérêts. Ils justifient leurs actions soit sur la base du droit universel (en protestant contre les atteintes portées à son unité et à son efficacité par les règles régionales), soit sur la base du droit régional (en affirmant qu'ils renforcent ainsi l'efficacité de la règle la mieux adaptée aux situations de fait). La fragmentation ne serait ainsi que le résultat de l'instrumentalisation du droit par les Etats.

1989 – aujourd'hui : Période de remises en cause

Cette critique instrumentaliste laisse place à une dénonciation plus explicite : à la fin des années 1980, Ian Brownlie attaque la « *tendance à la fragmentation* » qui caractérise la doctrine trop enthousiaste⁷⁴. Le terme, qui ne sert plus seulement à dénoncer le morcellement du droit par région mais aussi par matière, est repris par plusieurs auteurs dont Pierre-Marie Dupuy qui craignent « *la parcellisation ou fragmentation du droit international en des domaines divers dont beaucoup semblent vouloir affirmer leur autonomie* »⁷⁵. La suite est bien connue : la fragmentation a été invoquée par divers présidents de la CIJ pour avertir des risques d'incohérence découlant de la concurrence juridictionnelle⁷⁶. Bien que cette vision apocalyptique n'ait pas reçu de soutien massif, les conséquences de la diversification du droit continuent à être un thème prisé par les internationalistes⁷⁷.

*
* *
*

⁷² L. Dubouis, « Les rapports du droit régional et du droit universel », p. 264, in S.F.D.I., *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 1977, 358p.

⁷³ *Ibid.*, p. 266.

⁷⁴ Il dénonce « *the tendency to fragmentation of the law which characterizes the enthusiastic legal literature. The assumption is made that there are discrete subjects, such as 'international human rights law' or 'international law and development'. As a consequence the quality and coherence of international law as a whole are threatened* ». I. Brownlie, « The Rights of People in Modern International Law », p. 15, in J. Crawford, *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1988, x-238p.

⁷⁵ P.-M. Dupuy, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », p. 19, in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996, 346p.

⁷⁶ Voir le discours prononcé par le juge Schwebel devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 26 octobre 1999 et ceux prononcés par le juge Guillaume devant la Sixième Commission le 27 octobre 2000 et le 31 octobre 2001. Disponibles sur le site internet de la CIJ : www.icj-cij.org

⁷⁷ Comme le montre le rapport final du Groupe d'étude de la CDI récemment transmis à l'Assemblée générale : « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Rapport du Groupe d'étude de la Commission de droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

Sans méconnaître le fait que la peur de la fragmentation puisse être présentée de façon plus fine et nuancée, on constate qu'elle revient périodiquement chez les auteurs en fonction de l'évaluation qu'ils font du système global. La fragmentation s'inscrit ainsi dans la dialectique entre diversité et unité dans laquelle la présentation du droit international semble enfermée depuis ses origines. C'est en effet en raison de la diversité du droit que l'on a cherché à le présenter sous la forme d'un ensemble unifié ; c'est en raison de la diversification du droit que l'on considère aujourd'hui son unité menacée. Certes, cette dualité ne lui est pas propre dans la mesure où le renvoi successif à ces deux notions est courant pour décrire l'histoire moderne⁷⁸. Sans chercher ici à attribuer à cette dualité une fonction de cohérence narrative, il est à tout le moins possible d'en déduire que le sens à attribuer aux phénomènes de fragmentation dépend de la position de celui qui l'invoque et –surtout– que la fragmentation actuelle n'est pas l'aboutissement d'une évolution qui s'imposerait au droit international. S'il est vrai que la fragmentation d'aujourd'hui n'est pas identique à celle que craignaient Louis Le Fur en 1933 et Louis Dubouis en 1977, elle est avant tout le résultat de nos choix, c'est-à-dire de notre façon de définir et d'envisager le droit international.

⁷⁸ M. Koskenniemi, *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, Harvard, Mars 2005, p. 3.