

# La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme?

Eve-Lyne Comtois-Dinel

*Lex Electronica*, vol. 11 n° 2 (Automne / Fall 2006)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.pdf>

---

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>2</b>
<b>I. EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL ET FACTEURS DE FRAGMENTATION.....</b>	<b>2</b>
1. PROLIFÉRATION D'INSTITUTIONS INTERNATIONALES .....	2
2. MULTITUDE DE TRIBUNAUX JUDICIAIRES INTERNATIONAUX .....	3
3. LES RÉGIMES AUTONOMES.....	4
4. DIVERSIFICATION DES SOURCES.....	5
5. CONFLITS DE NORMES .....	6
<b>II. L'UNITÉ COMME RAISON-MÉTHODE.....</b>	<b>7</b>
1. NORMATIVISME .....	7
1.1. <i>Constitutionnalisme</i> .....	8
2. PLURALISME JURIDIQUE .....	9
2.1. <i>Pluralisme juridique: vers un changement de paradigme?</i> .....	10
<b>III. LA HIÉRARCHIE : UN MODÈLE DÉSUET?.....</b>	<b>13</b>
1. ÉTUDE DE CAS : CONFLIT DE RATIONALITÉS ENTRE LE COMMERCE ET L'ENVIRONNEMENT .	15
2. LA THÉORIE DES RÉSEAUX.....	17
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>18</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>20</b>

## Introduction

Le XXe siècle a été marqué par une accélération de la production normative devant réguler la société internationale. Ainsi, le droit international a connu un phénomène d'expansion incontestable. Cette évolution normative étant le reflet de facteurs macro-économiques et socio-politiques qui appellent à une plus grande interdépendance entre les acteurs sur la scène internationale. De nombreux écrits se sont penchés sur le phénomène de mondialisation en dirigeant leur analyse sur la concurrence exercée à l'égard de l'État et sur sa souveraineté; plusieurs acteurs parvenant de plus en plus à s'affranchir de sa tutelle. Tel est le cas des personnes privées, des organisations non-gouvernementales, des multinationales du commerce et des services, mais aussi celui des organisations internationales qui se détachent et aspirent à une autonomisation grandissante face à l'État. On assiste alors à un phénomène cumulatif nouveau, qui s'aborde d'un point de vue horizontal dans une société internationale décentralisée, dont les experts en droit international commencent à craindre : celui d'une fragmentation du droit international.

Cette expression emporte l'idée de troubles, d'incertitudes, de désordre et de complexité. Elle se conçoit essentiellement d'un point de vue négatif. Or, cette étude analysera les impacts théoriques de cette fragmentation remarquée par plusieurs et portera un questionnement relatif au concept d'unité comme conception rationnelle du droit, en l'occurrence en droit international. Si l'on suppose une fragmentation du droit international, *a contrario*, on croit que l'unité semblait être existante *a priori*. Nous chercherons donc à démontrer si l'on assiste actuellement à une fragmentation du droit international ou essentiellement à un changement de paradigme. Les craintes d'une fragmentation du droit international démontre-t-elle simplement la vertu du rationalisme à entretenir l'accord total entre la raison et le réel en ne se montrant pas aveugle à l'expérience, soit aux phénomènes porteurs de complexité? Si le positiviste normativiste, comme théorie susceptible d'appréhender le phénomène du droit semble en crise, quel paradigme juridique est le plus susceptible d'expliquer ce phénomène d'expansion du droit international? En conséquence, selon quels postulats, l'unité du droit international doit-elle se concevoir? Finalement, quels éléments de solution peuvent être dégagés pour pallier aux risques de fragmentation du droit international?

## I. Expansion du droit international et facteurs de fragmentation

Le droit international est dynamique. Il connaît actuellement un phénomène constant d'expansion. Il en résulte toutefois la crainte d'une fragmentation du droit international. Plusieurs facteurs cumulatifs viennent expliquer les menaces à l'unité du droit international.

### 1. Prolifération d'institutions internationales

Une augmentation sensible de la création d'organisations internationales agissant dans tous les domaines, autant au plan régional qu'au plan international, caractérise l'architecture internationale depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Plusieurs auteurs se questionnent quant aux conséquences de cette prolifération institutionnelle. Selon un recensement effectué par

le *Yearbook of International Organizations*, le nombre d'organisations internationales publiques aurait doublé vers le milieu du siècle dernier, en passant de 37 en 1909 à 118 en 1954 et de 365 en 1984<sup>1</sup>. On estime aujourd'hui que le nombre d'organisations internationales se situerait dans un intervalle de 500 à 700<sup>2</sup>. Plusieurs auteurs appréhendent ce phénomène sur le plan normatif, étant entendu que cette croissance peut être perçue comme la multiplication d'ordres juridiques partiels constitués d'organisations internationales sur la base de leurs actes respectifs.

Les organisations sont constituées selon deux forces compétitives : 1) la volonté souveraine des États *versus* le droit international général comme source de la capacité et de la personnalité juridique des organisations internationales; 2) le traité comme élément constitutif de l'organisation *versus* la personnalité juridique objective de l'organisation internationale<sup>3</sup>. Les influences des théories du contrat social, notamment celle de Hobbes, voudraient qu'à l'interne, l'individu cède tout à l'État. Au niveau international, George Scelle parlera de dédoublement fonctionnel<sup>4</sup>, puisqu'il n'existerait pas une telle scission entre l'organisation internationale et l'État. Ainsi, les menaces à l'unité du droit international reposent sur la crainte que l'organisation internationale connaîtrait une dynamique plus ou moins affirmée d'autonomisation. Selon Catherine Brölmann, tandis que « les organisations ne sont pas totalement 'fermées' pour agir entièrement de leur propre accord face aux États, elles ne sont pas suffisamment 'ouvertes' pour être accommodées par le droit international général »<sup>5</sup>. Régissant désormais de nouveaux domaines tels que l'économie, l'environnement, les droits de la personne, le droit humanitaire, la santé, l'énergie, etc., les organisations internationales agissent selon une logique fonctionnelle, obéissant de moins en moins à une logique territoriale<sup>6</sup>. La fragmentation du droit international repose alors sur l'articulation entre ces ordres juridiques spéciaux formés par les organisations internationales à savoir si les actes créés par elles conservent une cohérence et si ces ordres juridiques n'entre pas en conflit avec l'ordre juridique international général.

## 2. Multitude de tribunaux judiciaires internationaux

Le second facteur de fragmentation, beaucoup plus récent quoique lié au précédent, est caractérisé par la multiplication sensible des juridictions internationales à compter des années 1990. Le *Project on International Courts and Tribunals* a identifié environ 125 institutions internationales dans lesquelles des autorités indépendantes rendaient des décisions judiciaires<sup>7</sup>. Ce changement quantitatif a été accompagné d'une transformation et d'une expansion

---

<sup>1</sup> Yearbook of International Organizations (2000-2001), Vol. 1B, à la p. 2407. Cité dans Niels M. Blocker et Henry G. Schermers (dir.), *Proliferation of International Organization: Legal Issues*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2001 à la p. 3

<sup>2</sup> *Ibid.*, à la p. 4

<sup>3</sup> Catherine Brölmann, "A Flat Earth? International Organization in the System of International" (2001) *Nordic J. Int'l L.* 319 aux pp. 319-320.

<sup>4</sup> Georges Scelle, *Droit International Public: Manuel Élémentaire*, Paris, Domat-Montchrestien, 1944 aux pp. 21-22. Pour une critique relative à la théorie du dédoublement fonctionnel, voir Antonio Cassese, « Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublement fonctionnel) in International Law » (1990) 1 *European Journal of International Law*, à la p. 210-34.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 320.

<sup>6</sup> Brölmann, *supra* note 3 à la p. 323.

<sup>7</sup> Gunther Teubner et Andreas Fisher-Lescano, « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law » (2003-2004) 25(4) *Mich. J. Int'l L.*, 999 à la p. 1000.

remarquable de la nature et des compétences de ces instances. On compte bien sûr la Cour internationale de justice (CIJ), mais aussi le Tribunal du droit de la mer, les divers tribunaux pour les réparations, les cours hybrides, les organes judiciaires de commerce et d'investissement, les tribunaux régionaux des droits de la personne, ainsi que toutes les cours régionales<sup>8</sup>, mais aussi celle de l'instance d'appel de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et la création récente des tribunaux pénaux « ad hoc » pour juger les crimes contre la paix et la sécurité internationale : le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)<sup>9</sup>. Si la création de multiples tribunaux internationaux est, selon certains, un signe de la maturité croissante du droit international<sup>10</sup> et le miroir de la légalité des relations internationales<sup>11</sup>, d'autres ne verront pas d'un si bon œil cette constellation d'organes interpréter et appliquer le droit seulement en fonction des standards inhérents à leur domaine spécifique<sup>12</sup>. La question se pose alors d'une suffisante garantie dans l'unité d'interprétation des normes internationales appliquées par ces diverses juridictions.

### 3. Les régimes autonomes<sup>13</sup>

Un autre facteur mettant en cause l'unité de l'ordre juridique international est celui de la multiplication des « systèmes spécifiques de rétribution des conduites étatiques »<sup>14</sup>. Il est généré notamment par les régimes de contrôle d'application de certaines normes juridiques, qui ne sont pas toujours établies par voie conventionnelle. Les experts y voient des systèmes autogérés pratiquement sans lien avec les règles générales (régimes autonomes)<sup>15</sup>. La fragmentation du droit international s'observe donc par la tendance à une « compartimentalisation »<sup>16</sup> excessive des domaines droit international. Associé au concept de régime autonome, la notion de *lex specialis* concerne aussi des régimes juridiques étant plus spécifiques dans leur contenu pouvant exclure l'application du droit international général. Le droit diplomatique, le droit international des droits de la personne, le droit international humanitaire, le droit international de l'environnement, le droit international du commerce sous l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont des exemples de *lex specialis* ou de régimes autonomes<sup>17</sup>. L'existence de ces systèmes de contrôle n'est pas sans lien avec les phénomènes précédents (développement des organisations

---

<sup>8</sup> Par exemple, la Cour européenne de justice, Court of Justice of the European Free Trade Association (EFTA), Court of Justice of the Benelux Economic Union (Benelux CJ) pour en nommer quelques unes.

<sup>9</sup> Cesar P.R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle" (1998-99) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., 709 aux pp. 717-18; Jonathan I. Charney, «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals» (1998-1999) 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. aux pp. 697-708.

<sup>10</sup> Pemmaraju Sreenivasa Rao, «Multiple International Judicials Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation» (2003-2004) 25(4) Mich. J. Int'l L. à la p. 930.

<sup>11</sup> Voir Robert O. Keohane et Helen V. Milner (dir.), *Internationalization and domestic politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 308 p.

<sup>12</sup> Gerhard Hafner, « Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law » (2003-2004) 25(4) Mich. J. Int'l L., p. 849-863; C.P.R. Romano, *supra* note 9 aux pp. 710-751.

<sup>13</sup> Bruno Simma, « Self-contained Regimes » (1985) 16 Y.B. Int'l L., aux pp. 111-136.

<sup>14</sup> Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2000, à la p. 21 [ci-après : *DIP*].

<sup>15</sup> Simma, *supra* note 13 à la p. 111.

<sup>16</sup> Rao, *supra* note 10 à la p. 933.

<sup>17</sup> *Ibid.*

internationales et multiplication des juridictions internationales) et en particulier avec le second. Selon Pierre-Marie Dupuy, « [de tels régimes] offrent bien souvent des modes alternatifs de règlements des différends combinant, de façon inventive, la négociation, l'assistance technique et la sanction économique »<sup>18</sup>. Le régime conventionnel de protection de la couche d'ozone est un exemple des plus cités.

#### 4. Diversification des sources

Le droit international classique oppose les normes juridiquement obligatoires aux règles de conduite ou de comportement qui peuvent être souhaitables, mais dépourvues par elle-même d'autorité juridique. Cette approche uniforme de la normativité internationale est remise en question depuis quelques décennies. Il existe d'un côté des obligations à l'autorité renforcée (ex. *jus cogens*) et d'un autre, des normes à l'autorité atténuée (ex. la *soft law*). Ainsi, pour Jean Combacau, « la normativité serait démultipliée et son autorité diversifiée »<sup>19</sup>. Le recours accru à des formes souples de normativité (*soft law*), particulièrement dans le cas d'actes d'organisations internationales<sup>20</sup>, constitue une crainte pour plusieurs auteurs. La *soft law* possède essentiellement une nature de recommandation pour l'articulation des droits et des obligations des États, ce qui peut constituer « une confusion sur la nature normative des prescriptions en général »<sup>21</sup>. Ainsi, la *soft law*, qui n'apparaît pas au titre des sources formelles énumérées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ)*<sup>22</sup> [conventions, coutumes et principes généraux], peut alors être interprétée et appliquée différemment – ou pas – par différents États. Tandis que certains croient que cette diversification enrichit le droit international<sup>23</sup>, d'autres, notamment l'école normativiste, verront que cette altération ou relativité<sup>24</sup> du droit sape les bases de l'obligation juridique et de la notion même de droit. Cette

---

<sup>18</sup> Dupuy, *DIP*, *supra* note 14 à la p. 21.

<sup>19</sup> Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6 éd., Paris, Domat, 2004 à la p. 49.

<sup>20</sup> La *soft law* comprend aussi « les déclarations des conférences intergouvernementales, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les recommandations des organisations internationales, les dispositions souples d'un traité, les conventions non ratifiées, les actes concertés non conventionnels, les gentlemen's agreements, les avis consultatifs, les opinions individuelles et les dissidences des juges de la Cour internationale de Justice (CIJ), et les codes de conduite ou initiatives privées volontaires émanant d'acteurs non étatiques comme les entreprises multinationales » Isabelle Duplessis, « La mollesse et le droit international : mode d'emploi privilégié pour une société décentralisée » (à paraître -2005)

<sup>21</sup> Rao, *supra* note 10 à la p. 931.

<sup>22</sup> Annexe de la Charte des Nations Unies, adoptée le 26 juin 1945, C.N.U.C.I.O. vol. 15 à la p. 365.

<sup>23</sup> Voir notamment Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 560 p.

<sup>24</sup> Prosper Weil, « Toward Relative Normativity in International Law? » (1983) 77 A.J.I.L. 413 : Les premières craintes sur la fragmentation du droit international sont formulées par Prosper Weil. Ces analyses portent notamment sur la valeur juridique souvent accordée aux principes et déclarations, en ce qu'elles deviennent normatives, même si elles ne possèdent pas de valeur normative au temps de sa création. Il fait aussi remarquer qu'un principe de droit international devient *jus cogens*, obtient le statut de normes péremptoires ou devient un principe dont sa violation est un crime international, non pas par contenu du principe, mais par la reconnaissance de la communauté internationale lui étant accordée par la communauté internationale. Une fois ce principe reconnu et accepté par cette communauté internationale, cette norme sera *ipso jure* imposée sur tous les États, incluant ceux qui étaient en désaccord. D'autre part, selon le droit international, un État n'est pas obligé d'honorer les obligations d'un traité qu'il n'a pas acceptées ou les obligations du droit coutumier dont il s'est constamment opposé. Cette

dilution de la forme et du contenu du droit international serait un des facteurs susceptibles de mener à une fragmentation du droit international<sup>25</sup>.

## 5. Conflits de normes

Traditionnellement, le droit international était un droit de *coexistence* entre des États souverains reposant essentiellement sur des questions de souveraineté territoriale, de relations diplomatiques, sur un droit de la guerre et sur un droit des traités de paix. Si les régimes juridiques étaient essentiellement fondés sur les traités conclus par les États, ils opéraient néanmoins les uns les autres dans une certaine isolation. La mission des institutions de Bretton Woods était dédiée aux préoccupations économiques mondiales au même titre que celle de l'Organisation des Nations Unies l'était pour les préoccupations politiques mondiales. Depuis la fin de la guerre froide, on est passé à un droit régulant la *coopération* entre les États pour la poursuite d'objectifs communs<sup>26</sup>. La période actuelle se caractérise donc par une interdépendance croissante entre les États, mais aussi entre les domaines du droit international (commerce et environnement, droits de l'homme et développement économique, etc.). On assiste donc à une expansion du nombre de normes internationales et, par conséquent, à une augmentation du potentiel de conflit entre ces normes. Pour Pauwelyn, les causes du potentiel de conflit de normes sont opposables à la nature du droit international. Sans législateur ni exécutif centralisé, il existe alors sur la scène internationale autant de producteurs de droit qu'il existe d'États et d'organisations internationales. La question des conflits de normes nécessite alors une analyse d'un point de vue horizontal – entre deux normes du droit international – plutôt que d'un point de vue vertical – entre des normes internationales et des normes étatiques. Pour Pauwelyn, plusieurs cas de figure démontrent que très peu de liens structurels ont été établis entre les institutions internationales, elles jouissent de faibles niveaux de cohérence et le droit international souffre d'une insuffisance de règles pour résoudre ces conflits, que ce soit dans des régions géographiques différentes ou dans les domaines divers du droit<sup>27</sup>.

---

dichotomie dans l'invocation des obligations du droit international apparaît pour Prosper Weil une source de fragmentation.

<sup>25</sup> Rao, *supra* note 10 à la p. 931; sur la *soft law* voir notamment C. M. Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law" (1999) 36 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 850-866; Kenneth Abbott and Duncan Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance » (2000) 54(3) *International Organization*, p. 421-456; R.R. Baxter, "International Law in 'Her Infinite Variety'" (1980) 29 *Int'l & Comp. L. Quart.*, p. 549-853; Dinah Shelton, "Compliance with International Rights Soft Law" (1997) 29 *Studies in Transnational Legal Policy*, p. 119-143; Dinah Shelton (dir.), *supra* note 23.

<sup>26</sup> Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 17 [ci-après: *Conflict of Norms*]; Joost Pauwelyn, « Bringing Fragmentation and Unity: International Law as A Universe of Inter-Connected Islands » (2003-2004) 24(5) *Mich. J. Int'l L.*, aux pp. 903-916.

<sup>27</sup> Pauwelyn, *Conflict of Norms*, *supra* note 26 à la p. 93; voir aussi Klaus T. Samson, « Human Rights Coordination Within de UN System » dans Philip Alston (dir.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Clarendon; Oxford University Press, Oxford: Toronto: 1992. Sur la coordination entre les organisations internationales, voir Nicolas Valticos, « Activités normatives et quasi normatives; «Contrôle» dans Jean-Marie Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2<sup>e</sup> éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 461 aux pp. 483-484.

## II. L'unité comme raison-méthode<sup>28</sup>

Le phénomène d'expansion du droit international est porteur d'incertitudes et de complexité. La prolifération d'institutions internationales et la création de multiples tribunaux judiciaires internationaux entraînent de nouvelles formes de normativités, un potentiel accru de conflits de normes et l'existence de régimes autonomes. Ces conséquences font craindre une fragmentation du droit international. *A contrario*, on peut supposer l'unité comme postulat de la théorie juridique, comme dogme de la raison. Nous analyserons donc comment l'unité est fonction du droit selon deux paradigmes - le normativisme et le pluralisme juridique - et quels éléments de solution chacun de ces paradigmes proposent aujourd'hui pour réduire la complexité.

### 1. Normativisme

Chez les normativistes, l'unité se conçoit par la systématisation qui elle se conçoit essentiellement par la hiérarchie des normes. La hiérarchie des normes va conduire l'ordre, l'unité et la linéarité du droit. Cette conception du droit est moniste, car les normativistes ne voient que l'État comme créateur de droit et comme système étant le plus abouti.

Pour H.L.A. Hart, le système juridique est constitué de normes primaires et de normes secondaires. Les règles primaires sont les règles qui dictent des comportements, tandis que les règles secondaires sont celles qui permettent de faire évoluer, améliorer, abolir, modifier les règles primaires. Deux conditions sont nécessaires pour qualifier un système juridique, soit une obéissance générale aux règles du système par ses sujets, soit une acceptation des normes secondaires par les autorités<sup>29</sup>. Dans *The Concept of Law*<sup>30</sup>, Hart établit que c'est l'existence de « rules of recognition » socialement acceptées qui permettent aux autorités d'identifier et de changer les normes primaires et de décider, si ces dernières normes ont été violées, quelle sanction appliquer. En conséquence, les « rules of recognition » constituent l'élément unificateur qui transforme un ensemble de règles contraignantes en un système cohérent.

D'autre part, Kelsen explique que le fondement de la force obligatoire du droit par une loi dite « loi de normativité ». Formant un système, les lois sont ordonnées, hiérarchisées. Chaque norme tire sa force obligatoire d'une norme supérieure et, inversement, chaque norme sert de fondement à une norme suprême qui se situe au sommet de la hiérarchie. Cette dernière devient le principe d'intégration du système tout entier (*Grundnorm*). La validité du système est également pour Kelsen intimement liée à son effectivité.

---

<sup>28</sup> Edgar Morin, *La complexité humaine: la réforme de la pensée*, Paris, Flammarion, 1994 aux pp. 260-62. Selon Edgar Morin : «La rationalité produit des systèmes cohérents d'idées ou de théories. Or. , [...] les théories tendent à se durcir en doctrine qui, dès lors, se referment et deviennent rationalisatrices. La rationalisation abandonne la méthode rationnelle (dialogue avec le réel) au profit de la logique du système doctrinaire qu'elle croit prouver à jamais. La rationalisation devient alors aveugle à l'expérience. [...] La raison-idole produit le rationalisme, c'est-à-dire a) une vision du monde postulant l'accord total entre le réel et le rationnel; b) une éthique anthroposociale affirmant que tous les actes humains peuvent et doivent être rationnels dans leur principe, leur conduite et leur finalité. À l'inverse, la raison-méthode est instrumentalisée. [...] Pour sauver et développer la rationalité, il faut rendre capable d'affronter la complexité, c'est-à-dire la multidimensionnalité, l'incertitude, la contradiction ».

<sup>29</sup> Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p. 88.

<sup>30</sup> Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1965.

Au regard de ces théories, il ressort que l'existence d'un principe unificateur, soit le concept de « basic norm » sous le modèle de Kelsen ou le concept de « rules of recognition » sous celui de Hart, transforme le droit en un système juridique valide et unifié.

### 1.1. Constitutionnalisme

Le droit international est un système qui diffère des paradigmes du système juridique interne des États. Contrairement à ces derniers où une structure normative est perceptible (constitution, législation primaire, législation secondaire), les normes internationales sont généralement considérées être sur le même niveau normatif (coutumes, traités, principes généraux du droit). Dans la société internationale, les règles secondaires comme la *Convention de Vienne sur les traités* sont considérées sur le même niveau normatif que les normes primaires qu'elles régulent<sup>31</sup>. Si le droit est perçu comme l'imposition hiérarchiquement ordonnée d'un contrôle social émanant de l'existence *de facto* d'un seul pouvoir souverain et en théorie, sur une «*Grundnorm*» ou sur une «rule of recognition» socialement acceptée, la persistance de la structure horizontale du droit international dans un contexte de mondialisation devient éminemment problématique.

Continuant le projet théorique du XIXe siècle<sup>32</sup>, plusieurs auteurs continuent de penser l'effectivité et la validité de la structure du droit international de la même manière qu'elles puissent exister dans les systèmes étatiques. Ces auteurs ont proposé immédiatement, comme élément de solution à la fragmentation, des traits de constitutionnalisation du droit international pour pallier aux menaces de l'unité à l'ordre juridique international. Partant du principe que le droit international manquait de structure hiérarchique, cette évolution du droit viendrait organiser la prolifération d'institutions et le potentiel de conflits de normes. L'adoption de l'article 103 de la Charte des Nations Unies aurait ouvert la voie à un tel développement : « en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout accord international, les premières prévaudront »<sup>33</sup>. De plus, tout comme Kelsen, certains peuvent identifier une «*Grundnorm*» supérieure aux autres normes internationales. Pour Tahvanainen, la protection de certaines normes par obligations *erga omnes*<sup>34</sup> et l'approbation de l'existence de règles impératives (*jus cogens*)<sup>35</sup> contribuent à la constitutionnalisation du droit international, mais aussi à une certaine forme de hiérarchie des

---

<sup>31</sup> Weil, *supra* note 24 à la p. 428.

<sup>32</sup> Martti Koskeniemi, *Global Legal Pluralism : Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, Harvard, 5 March 2005 à la p. 8.

<sup>33</sup> Charte des Nations Unies, art. 103

<sup>34</sup> Barcelona Tractation, Light & Power Co. (Belg. c. Spain), 1970 I.C.J. 3. Une règle *erga omnes* est la reconnaissance d'obligations impératives impossible de dérogation conventionnelle.

<sup>35</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 53 et 64 :

Art. 53 : Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Art. 64 : Si une nouvelle norme impératrice survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.



normes. La constitutionnalisation du droit international mènerait au développement d'un ordre juridique international plus objectif<sup>36</sup>. En ce sens, le droit positif a changé de visage et cette tendance doit se poursuivre en élevant les droits de la personne au statut d'obligations *erga omnes* ou de *jus cogens* pour ainsi protéger les valeurs fondamentales et les intérêts communs de la communauté internationale.

Pour Jean-Marie Dupuy, l'existence d'obligations *erga omnes* nécessite l'intervention d'une autorité judiciaire pour la protection de ces normes et montrer leurs implications aux États<sup>37</sup>. Il accepte le modèle de Hart en décrivant, contrairement à lui, que le droit international serait composé autant de règles substantielles (règles primaires) que de règles formelles (règles secondaires)<sup>38</sup>. Elles ont pour fonction de créer, modifier ou annuler d'autres normes internationales. Pour lui, des règles formelles seraient désormais présentes à l'intérieur du droit international grâce à son expansion. L'unité substantielle du droit international s'aperçoit notamment par l'existence d'obligations *erga omnes* dans les normes concernant l'interdiction de l'emploi de la force, la mise hors de la loi du génocide, le principe de non-intervention, le droit des gens et la protection de certains droits de la personne. Selon lui, la Cour internationale de justice (CIJ) pourrait remplir un rôle accru d'harmonisation pour réduire les conflits de normes. Il s'agit plus d'une question de politique judiciaire que de faisabilité technique, car selon lui, la CIJ est hantée par sa propre ambition démontrée dans l'affaire *Nicaragua*<sup>39</sup> où elle a exercé son pouvoir *jurisdictio* (pouvoir normatif). Elle préfère désormais ignorer la question le plus possible en se référant aux caractéristiques spécifiques de la cause lorsqu'elle est confrontée à des cas substantiels du droit<sup>40</sup>. La création d'un ordre juridique international doit passer nécessairement par l'attribution d'un rôle central de la CIJ pour venir interpréter la substance et l'étendue des principes du droit international<sup>41</sup>. Plus le système évolue et se complexifie, emportant avec lui un potentiel de conflits d'obligations, plus les États nécessitent l'aide d'un tiers parti.

## 2. Pluralisme juridique

À savoir ce qui caractérise l'unité, une différente approche se trouve dans les écrits de Santi Romano. Tenant de l'école dite institutionnaliste sociologique<sup>42</sup>, ses théories ont un côté prophétique pour notre époque. On lui doit d'avoir approfondie et enrichie la notion d'ordre juridique. En théorie, des unités se constituent en « ordre juridique » et l'élément intégrateur de ces ordres juridiques se comprend par la notion de « relevance ».

Selon Romano, le droit ne doit pas être pensé seulement à partir du concept de norme. Il est plus qu'un ensemble de normes. Il est même plus qu'un système de normes, si le mot « système » devait être pris dans son sens qui renverrait à une quelconque idée de cohérence logique<sup>43</sup>. Pour

---

<sup>36</sup> Annika Tahvanainen, « Comments to Professor Hafner » (2003-2004) 25(4) Mich. J. Int'l L., 685 à la p. 867.

<sup>37</sup> Dupuy, *DIP*, *supra* note 14 à la p. 806.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 19

<sup>39</sup> Affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua

<sup>40</sup> Pierre-Marie Dupuy, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice » (1998-1999) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., aux pp. 803-804.

<sup>41</sup> *Ibid.*, à la p. 804.

<sup>42</sup> Inspirée en France des travaux de Hauriou, Duguit et Renard.

<sup>43</sup> Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1946, p. VII.

qualifier ce type de globalité, Santi Romano parlera plutôt d' « ordre juridique » et d'institutions. Il constate que :

« la nécessité de considérer un ordre juridique comme une unité [...] a été maintes fois relevée. Elle est même devenue une sorte de lieu commun des théories de l'interprétation des lois; mais il est étrange qu'elle n'ait jamais été utilisée et poussée jusqu'à ses conséquences logiques pour la définition du droit »<sup>44</sup>

Guy Rocher précise que les « conséquences logiques » de l'unité de l'ordre juridique dont parle Santi Romano consistent à faire éclater le cadre trop étroit qui réduit le droit aux seules normes et règles juridiques, « [c]ar ce qu'[il] conteste, c'est précisément une conception trop restreinte. [...] Le droit dans sa totalité est plus que les normes, il les dépasse et les englobe »<sup>45</sup>. En ce sens, Romano considère que Kelsen propose une vision partielle du droit.

Le droit dans sa totalité est alors *institution* et c'est elle qui donnera corps à l'ordre juridique. L'institution se définit comme « (1) 'un corps social'; doté d'une (2) 'existence objective et concrète', ayant (3) une individualité 'apparente, visible'. Elle est une unité (4) 'stable et permanente'; (5) elle peut être composée de personnes formant un groupe, une association, mais elle transcende ces personnes, leur individualité, leur existence »<sup>46</sup>. En théorie, l'ordre juridique est donc une totalité institutionnelle, il apporte cohésion et il est organique.

Toutefois, Romano rompt radicalement avec le monisme et le dogmatisme juridiques. Pour lui, il existe un pluralisme juridique qui réside dans la conception qu'il existe autant d'ordres qu'il existe d'institutions<sup>47</sup>. Dans un contexte de pluralisme juridique, l'unité générale s'aperçoit donc entre les ordres juridiques au regard de la notion de « relevance ». Pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conformes aux conditions de mises en œuvre par un autre ordre »<sup>48</sup>. Cette notion lui permet d'élaborer différents types de rapport de hiérarchie, mais aussi de succession, de dépendance et d'interinfluence<sup>49</sup> entre les ordres juridiques.

## 2.1. Pluralisme juridique: vers un changement de paradigme?

La vision du pluralisme juridique semble aujourd'hui être au centre de deux forces opposées, l'une poussant vers une fragmentation du droit international et l'autre vers une inter-connectivité et une cohérence entre les ordres juridiques. Comme ces forces interagissent, un nouvel ordre juridique international émerge. Il n'est ni complètement fragmenté, ni complètement unitaire<sup>50</sup>. Selon cette vision, cet ordre universel doit donc être décrit comme pluraliste.

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, à la p. 8, cité dans Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques » dans Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 123 à la p. 130

<sup>45</sup> *Ibid.*, à la p. 130.

<sup>46</sup> *Ibid.*, à la p. 131.

<sup>47</sup> Romano, *supra* note 43 à la p. 77.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 106

<sup>49</sup> Rocher, *supra* note 45 à la p. 131.

<sup>50</sup> William W. Burke-White, « International Legal Pluralism » (2003-2004) 25(4) Mich. J.Int'l L. à la p. 977.

Selon la théorie du pluralisme juridique, l'ordre juridique est «une entité qui se conduit selon les normes, mais qui conduit les normes elles-mêmes»<sup>51</sup>. Ainsi conçue, la notion d' « ordre juridique » au sens de Romano, n'est pas seulement un ensemble statique de normes constituant un ensemble juridique plus ou moins cohérent, mais elle constitue aussi une entité dynamique qui conduit les normes elles-mêmes dans un développement dynamique cohérent<sup>52</sup>.

En effet, la diversification des sources est fonction de l'expansion de droit international. La conception du pluralisme juridique vient rompre avec la vision normativiste que les règles tirent leur juridicité de la coercition ou de l'existence de la sanction. Le pluralisme juridique et la sociologie verront que « ce n'est pas dans l'univers des règles elle-même qu'on peut déceler ce qui distingue le juridique du non juridique, le droit du non droit. Ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit, c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique »<sup>53</sup>. Serait alors obligation une norme qui émerge d'un ordre juridique.

D'autre part, l'expansion du droit international se conçoit comme des phénomènes dynamiques qui appellent à une analyse parallèle et comparée des ordres juridiques et de leur développement<sup>54</sup>. Cette conception devient intéressante pour expliquer l'évolution du droit international, des organisations internationales et de leur droit dérivé. En effet, :

« la notion d'ordre juridique ne constitue pas simplement un concept susceptible de clarifier les idées et de préciser les rapports entre les diverses normes et institutions. En plus de cet incontestable avantage théorique, le recours à la catégorie d'ordre juridique présente [...] un avantage incontestable par rapport à l'approche classique du droit des traités »<sup>55</sup>.

L'approche du pluralisme juridique apporte donc une vision alternative au constitutionnalisme comme solution à la fragmentation du droit international en analysant les liens entre les normes et les institutions. Chaque ordre est « relevant ». En effet, les liens entre l'ordre juridique international général et les ordres juridiques internationaux particuliers peuvent varier sensiblement, mais il ne saurait, selon cette théorie, y avoir des ordres qui puissent être complètement autonomes dans ce domaine. Ce qui distingue l'ordre juridique international général des ordres particuliers est naturellement le fait que ceux-ci visent des domaines spécifiques. Ils peuvent comporter des ensembles de normes spécifiques et des techniques juridiques qui leur sont propres, tout en n'étant pas partie du droit international général, sans pour cela que ces règles généralement plus spécifiques lui soient contraires<sup>56</sup>.

Une étude conduite en 1995 par le *Netherlands Yearbook of International Law* a regardé différents domaines du droit international - le droit diplomatique, le droit de la guerre, le droit international des droits de la personne, le droit international de l'environnement, le droit du GATT/OMC, le droit de l'espace et le droit de l'Union européenne – pour ainsi analyser la

---

<sup>51</sup> Rocher, *supra* note 45 à la p. 131.

<sup>52</sup> Nicolas Valticos, « Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international » dans Jerzy Makarczyk (dir.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Kluwer Law, The Hague/London/Boston, 1996, 301 à la p. 302.

<sup>53</sup> Rocher, *supra* note 45 à la p. 136.

<sup>54</sup> Valticos, *supra* note 52 à la p. 303.

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

question des régimes autonomes au regard du droit international général<sup>57</sup>. Cette étude s'est penchée sur les règles secondaires à l'intérieur des régimes spéciaux et ont cherché à savoir s'ils deviendraient un risque, constituaient une menace à l'unité globale et à l'efficacité du droit international. Cette étude a souligné dans plusieurs sens que les règles de ces régimes spécifiques déviaient du droit international général, mais sans aboutir pour autant à une conclusion assez négative :

*« On balance, the relative autonomy of special fields has been used by different actors involved, as far as the secondary rules are concerned, in a way which, at the same time, promoted and guaranteed the growing effectiveness of their own particular set of primary rules, without putting in jeopardy the unity or coherence of the international legal order »<sup>58</sup>.*

Même si cette étude a souligné que les régimes spéciaux ne portaient pas atteintes au droit international général, il a été conclut que les régimes fermés ou autonomes posaient moins problèmes que les régimes semi-autonomes qui appliquent les concepts du droit international général, mais selon une perspective spéciale. La menace à l'unité du système seraient plus dirigées en ce sens, non pas vers les nouveaux régimes semi-autonomes, mais par l'application du droit international général par de nouveaux organes représentant des intérêts qui ne seraient pas identiques aux régimes plus vieux<sup>59</sup>. Pour Pauwelyn, le droit international est conçu comme un univers d' « *inter-connected islands* ». La fragmentation serait alors résultante de l'existence de « *self-contained islands* » en perte de lien avec les autres branches du droit international. D'après lui, les institutions spécialisées doivent continuer à créer et appliquer leur droit spécialisé et ce, tout en prenant en compte autant le droit international général et que le droit créé dans les autres institutions<sup>60</sup>. « *If all fora were to follow this approach, fragmentation and unity of international law could go and in hand, when it comes to law-enforcement, conflicting rulings could largely be avoided* »<sup>61</sup>.

Finalement, il s'avère que, sous la conception du pluralisme juridique, l'ordre doit se concevoir comme le maintien de la conformité des ordres juridiques spéciaux avec le droit international général et la conservation de quelques liens structurels leur permettant de préserver une unité. Tous ces ordres juridiques doivent donc être intégrés et avoir recours aux mêmes sources du droit international.

-----

En résumé, cette analyse du normativisme et du pluralisme juridique démontre que l'unité est fonction de la rationalité en droit. Dans chacune de ces théories, l'unité se conçoit respectivement par le concept de « système », dans lequel son effectivité et sa validité reposent sur la hiérarchie des normes, et par le concept de « relevance » où les ordres juridiques spéciaux sont structurellement liés au droit international général. Les normes, tout comme les institutions, ne peuvent exister dans un vacuum.

---

<sup>57</sup> Martti Koskenniemi et Päivi Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties* » (2002) *Leiden J. Int'l L.* 553 à la p. 561

<sup>58</sup> K.C Wellens, *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, The Hague, Nijhoff, 1995, à la p. 28 cité dans Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 561

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> Pauwelyn, « *Inter-Connected Islands* », *supra* note 26 à la p. 904.

<sup>61</sup> *Id.*

En effet, chacune de ces théories rencontre le principe d'intégration normative : chaque norme est liée à une autre norme du droit international, soit par des liens structurels hiérarchiques, de succession et d'influence sous la théorie du pluralisme juridique, soit par une « rule of recognition » ou une « Grundnorm » sous la théorie du normativisme<sup>62</sup>.

Toutefois, au regard de ces concepts, on observe que ces deux théories proposent la hiérarchie pour réduire la complexité. Si la théorie juridique se réfère essentiellement au rationalisme pour fonder sa justification, les principes rationnels ne peuvent se défaire d'une explication normativiste – hiérarchique – pour démontrer leur contenu<sup>63</sup>. La hiérarchie devient donc une sorte de figure emblématique de la simplification, du traitement rationnel de la réalité et une conception relationnelle « anti-complexe » qui se doit d'aspérer tout débordement.

### III. La hiérarchie : un modèle désuet?

Face à la menace de l'unité de l'ordre juridique international, la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies a consacré une série d'études et examens approfondis venant interpellier le droit positif et ce, pour prévenir la fragmentation. En 2000, la CDI a observé nombre de conflits entre certains régimes juridiques et leurs organes d'application du droit : entre les normes de la Charte des Nations Unies et autres règles, entre l'immunité et les droits de la personne, entre l'environnement et le commerce<sup>64</sup>. Cette étude a suggéré que l'absence de hiérarchie posait une carence à la crédibilité, à la fiabilité et par conséquent, à l'autorité du droit international. La CDI a proposé l'élaboration d'une nouvelle convention pour régler ces conflits. Dans un autre rapport élaboré en 2004<sup>65</sup>, la CDI a étudié les questions de la *lex specialis*, des régimes autonomes et des conflits de normes. Le Groupe d'étude a finalement interprété que la hiérarchie reflétait le développement du droit<sup>66</sup> et a soutenu qu'une certaine hiérarchie devrait être développée aux fins des techniques de règles de conflit.

Nous soutenons que le concept de fragmentation du droit international constitue essentiellement une remise en question des postulats de l'école positiviste. Comme le prétend Edgar Morin, il ne suffirait d'accéder à la compréhension par des voies réductrices de l'extraordinaire complexité des choses. Denys de Béchillon ajoutera qu' :

« une approche véritablement complexe de notre fascination inconsciente de la hiérarchie, ici entendue comme outil réducteur de la complexité, [...] doit conduire, plus globalement, à réfléchir encore sur le statut et la fonction de la rationalité en droit et surtout sur le nombre extrêmement limité des formes d'expression de ce que nous tenons pour des modes d'appréhension et de traitement rationnels de la réalité »<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Shany, *supra* note 29 à la p. 100.

<sup>63</sup> Koskenniemi, *Global Legal Pluralism : Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, Harvard, 5 March 2005 à la p. 21; voir aussi Edgar Morin, *supra* note 28 à la p. 262.

<sup>64</sup> Gerhard Hafner, *Risks Ensuing from the Fragmentation of International Law*, dans Commission du droit international, Report of the Working Group on Long-Term Programme of Work, CDI, 25 juillet 2000.

<sup>65</sup> Commission du droit international (CDI), *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Chap. X, 56<sup>e</sup> Session, 2004, 265 à la p. 284.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 306

<sup>67</sup> Denys de Béchillon, « L'ordre juridique est-il complexe? » dans Denys de Béchillon (dir.) *Les défis de la complexité : Vers un nouveau paradigme de la connaissance? Autour de Edgar Morin et Georges Balandier*, Paris, l'Harmattan, 1994 à la p. 59.

De même, plusieurs auteurs soutiendront aussi l'idée que la hiérarchie est un modèle réducteur pour concevoir l'unité à un niveau global. Pour Teubner, « [lawyers] identify a danger to the unity of international law because the conceptual-doctrinal consistency, the clear hierarchy of norms and the effective judicial hierarchy that was developed within the nation-states, is lacking »<sup>68</sup>. Pour Koskenniemi, les préoccupations de fragmentation du droit international seraient une sorte de caprice exclusivement créée et amplifiée par la CIJ au sens où elle connaîtrait désormais une 'perte de contrôle' ou une 'absence de plan' pouvant seulement se traduire par « *the concrete worry [...] about loss of control by me, absence of an overall plan under my institution* »<sup>69</sup>. Il conclut que les débats sur la fragmentation du droit international seraient simplement une volonté hégémonique de la CIJ et constate, en somme, que :

*« Here no overall solution – a single hierarchy – is available. The ICJ, a human rights body, a trade regime or a regional exception may each be used for good and for ignoble purposes and it should be a matter of debate and evidence, and not of abstract “consistency”, as to which institution should be preferred in a particular situation »*<sup>70</sup>.

Koskenniemi fait donc remarquer une impossibilité logique à la présence d'un seul centre ou d'un organe centralisé devant préserver à lui seul la cohérence, la légitimité et l'effectivité d'un ordre pluraliste international.

Nous avons démontré également en deuxième partie que le pluralisme juridique constituait un paradigme plus susceptible d'appréhender le phénomène du droit dans un contexte de mondialisation, mais qu'il ne pouvait toutefois se départir d'une conception rationnelle hiérarchique pour expliquer la « *relevance* » entre les ordres juridiques. Selon cette théorie, les ordres juridiques spéciaux doivent agir en conformité avec le droit international général. La fragmentation du droit international signifierait-elle alors la perte du potentiel d'organisation hiérarchique dans une société pluraliste internationale? Là où le processus dynamique d'autonomisation des organisations internationales au regard de l'État et face au droit international général se poursuit; où les organes d'application du droit se conjuguent avec les organes de production du droit pour ainsi former des régimes autonomes également en perte de conformité avec le droit international général, les conflits de normes qui en résultent naîtraient non pas comme résultat d'erreurs techniques, mais plutôt, comme effets politiques ou fonctionnels, selon Teubner. Autrement dit, l'idée d'une organisation hiérarchique ou pyramidale autant des normes que des institutions et le projet de constitutionnalisation de la société internationale ne pourraient, dans un même ordre d'idées, suffisamment contenir la complexité grandissante de la société internationale.

Grandement influencé par Luhmann<sup>71</sup>, Teubner illustre brillamment la fragmentation de l'ordre pluraliste international. Selon lui, la différenciation nationale du droit est désormais remplacée par

---

<sup>68</sup> Teubner et Fisher-Lescano, *supra* note 7 à la p. 1002.

<sup>69</sup> Martti Koskenniemi et Päivi Leino, *supra* note 57 à la p. 576.

<sup>70</sup> *Ibid.*, à la p. 576.

<sup>71</sup> Niklas Luhmann aurait perçu une certaine différenciation fonctionnelle de la société moderne pouvant mener à la fragmentation. Ses théories accordent une vision alternative à l'approche institutionnaliste des théories juridique et politique. Pour Luhmann, les sociétés modernes sont vues comme émergeant via des systèmes fonctionnels et de communication qui traversent les sociétés en étant irrespectueux non seulement des frontières *territoriales*, mais aussi des frontières *institutionnelles*. Sa théorie met l'accent sur les systèmes économiques, politiques, juridiques, scientifiques et sur les mass-médias, la religion, les arts et l'amour. Aucun système de communication n'est

une fragmentation fonctionnelle dans une société globale décentralisée. Cette fragmentation apparaît sous la création de sphères sociales de plus en plus autonomes. Pour lui, le modèle de constitutionnalisation du droit international serait en processus d'organisation, mais la persistance du postulat normativiste ne se situerait plus au niveau global, mais se déplacerait plutôt à l'intérieur de ces sphères<sup>72</sup>. En faisant référence aux régimes autonomes, Teubner qualifie ces sphères sociales de régimes auto-constitutionnels puisqu'elles tendent à se constituer de plus en plus de manière constitutionnelle. Faisant chacune la promotion de leur rationalité propre, elles aspireraient dorénavant à une validité globale : les droits de la personne, le commerce, l'environnement, la science, la santé. Comme l'exprime Koskenniemi, « *in the language of political theory, the organs are engaged in a hegemonic struggle in which each hopes to have its special interest identified with the general interest* »<sup>73</sup>. Ces sphères poursuivraient en quelque sorte une mission « rationalisatrice ». Dans une société décentralisée et polycentrique, les régimes produisent des normes juridiques conflictuelles qui s'illustrent comme des conflits institutionnels surgissant des politiques conduites par les organisations internationales. Ces conflits s'opèrent selon la dialectique suivante : droit international du commerce v. droit international de la santé (OMC v. OMS); droit international du commerce v. droit international des droits de la personne; droit international du commerce v. droit international de l'environnement. Pour Teubner, ce sont les conflits de rationalité qui agissent comme barrière à l'unité et à l'intégration hiérarchique des divers régimes et mènent à une fragmentation du droit international global.

## **1. Étude de cas : conflit de rationalités entre le commerce et l'environnement**

La création de l'Organe de règlement des différends (ORD) permanent de l'OMC en 1995 a, pour plusieurs analystes, non seulement constitutionnalisé le droit international du commerce, mais aussi permis de mettre en place un modèle de constitutionnalisation du système international<sup>74</sup>. Pour Teubner, à un niveau global, le modèle de constitutionnalisation serait passé du système des relations internationales à des secteurs sociaux différenciés. Il parle alors de pluralisme constitutionnel à l'échelle globale, de l'émergence de constitution à l'intérieur des systèmes autonomes<sup>75</sup>. Cette idée semble douteuse pour Koskenniemi, mais il s'étonne toutefois de constater qu'en sept ans, 250 jugements ont été appliqués sous l'organe de règlement des différends, ce qui peut, à son sens, le caractériser de régime spécial<sup>76</sup>. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont tenus d'appliquer seulement le droit de l'OMC qui consiste essentiellement

---

privilegié, ni vu au *centre* de la société. Ils sont caractérisés par une autonomie normative, des relations complexes et par une interdépendance. Selon Teubner, Luhmann décrivait lui-même comme hypothèse spéculative que le droit global connaîtrait une fragmentation radicale. Cette fragmentation consisterait à une transformation de phénomènes normatifs (politiques, morale, juridique) en des phénomènes cognitifs (économie, science, technologie); une transformation qui serait effectuée pendant la transition d'une société organisée nationalement en une société globale. Inger-Johanne Sand, « Polycontextuality as an Alternative to Constitutionalism » dans Christian Joerges, Inger-Johanne Sand et Gunther Teubner (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004, 41 à la p. 47.

<sup>72</sup> Teubner et Fisher-Lescano, *supra* note 7 à la p. 1015.

<sup>73</sup> Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 562.

<sup>74</sup> Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 571.

<sup>75</sup> Teubner et Fisher-Lescano, *supra* note 7 à la p. à la p. 1015.

<sup>76</sup> Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 571

aux accords conclus sous les auspices de l'OMC ainsi qu'à la jurisprudence établie par ses organes<sup>77</sup>. Le système de l'OMC n'est pas fermé au droit international général. L'article 3(2) du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* prévoit que les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent interpréter les accords en vertu des règles coutumières d'interprétation du droit international public<sup>78</sup>. Lorsque l'Organe d'appel stipule que les accords ne peuvent être lus en isolation du droit international public, cela signifie que le droit international général entre dans le système de l'OMC par le canal de l'interprétation des traités en fonction du contexte normatif pertinent<sup>79</sup>. Il apparaît donc que les Groupes spéciaux de l'OMC et l'Organe d'appel soient appelés à appliquer le droit international général puisque les accords n'ont pas expressément exclu cette option.

Toutefois, même si l'OMC a recours au droit international général, il reste que sa mission consiste à faire la promotion du libre commerce. Cette mission « rationalisatrice » s'est notamment heurtée à la mission des environnementalistes. Dans l'affaire du *bœuf aux hormones*<sup>80</sup>, l'Organe d'appel n'a pas retenu la pertinence du principe de précaution. Il l'a reconnu comme un principe autonome au regard du droit international coutumier. Il a conclu que même si le principe de précaution avait obtenu le statut de principe sous le droit international de l'environnement, il n'était pas devenu contraignant au regard du droit international coutumier, suggérant que s'il devenait ainsi coutume, ce principe aurait été relevant au droit de l'OMC<sup>81</sup>. Cette interprétation suggère donc que la validité d'une norme au regard d'un régime spécial – le droit international de l'environnement – permet aux organes de l'OMC d'être libres d'appliquer ou non ce principe sous le motif que l'OMC ne fait pas partie de ce régime. Est-ce que cela signifie que les règles du droit international humanitaire, du droit de la mer ou du droit de l'espace puissent subir la même interprétation selon laquelle ces régimes ne seraient pas « relevant » au regard du droit de l'OMC?

Les débats sur la position environnementale, sociale, culturelle et sur les droits de la personne *vis-à-vis* du libre commerce demeurent encore aujourd'hui ouvert, mais il ne convient pas pour le présent propos d'ouvrir ce débat. Il suffira tout simplement de souligner que, selon cette perspective, l'extension des juridictions des organes de l'OMC au droit international général et aux accords hors OMC contribuent à soulever plusieurs critiques. En effet, les interprétations du droit international général faites sous le système de l'OMC peuvent contribuer à la création de précédents non seulement à l'intérieur de l'OMC, mais plus généralement pour les autres instances judiciaires. Pour Koskenniemi, « *if one really believes that the WTO Agreement has brought citizens all over the world more freedom, non-discrimination and economic welfare gains than probably any other international treaty, then there is no doubt that one will tend to think highly of the particular hierarchies it has stimulated* »<sup>82</sup>. Plus les juridictions des organes de l'OMC deviennent extensives, plus les autres tribunaux et organes de mise en œuvre risquent de se chevaucher. Finalement, comme le système de l'OMC continue à faire ses preuves en termes

---

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> OMC, *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/28-dsu.doc](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.doc)>, art. 3(2).

<sup>79</sup> Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 572.

<sup>80</sup> OMC, *Affaire bœuf aux hormones*, 12 juillet 1999.

<sup>81</sup> Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 572.

<sup>82</sup> Koskenniemi et Leino, *supra* note 57 à la p. 573.



d'efficacité, il agit ainsi comme modèle puisqu'il confirme avec plus d'ardeur son influence grandissante à promouvoir ses propres intérêts, ce qui peut constituer une forte motivation à vouloir user du même modèle.

## 2. La théorie des réseaux

La société globale est donc une société caractérisée par l'absence d'un seul centre. Aucune autorité ne semble être dans une position d'assumer la coordination de cette fragmentation sociétale. Le droit traditionnel serait-il lui-même apte à jouer ce rôle? L'émergence de nouvelles formes de droit qui opèrent à travers les lignes traditionnelles est un des aspects majeurs de la globalisation. L'expansion d'un réseau de « légalités » ne serait pas basée sur un ensemble cohérent de hiérarchie normative et institutionnelle<sup>83</sup>. L'émergence de nouvelles formes de normativité comme la *soft law* serait la conséquence de cette transformation. Le code binaire légal/illégal est alors appelé à étendre ses frontières<sup>84</sup>. Tandis que la «sanction» perd sa place à être le concept central de la définition du droit, la «règle» perd sa position stratégique à en être le cœur, et lorsque l'on passe d'une *structure* à un *processus*, les éléments centraux d'un ordre juridique sont dorénavant les actes de régulation et de communication plutôt que les règles juridiques traditionnelles<sup>85</sup>. De plus, la globalisation représenterait une forte mixité de régimes juridiques pluralistes, accompagnés de variables structures organisationnelles et thématiques : des systèmes étatiques – comme le système de règlement des différends sous l'OMC ou le système adjudicatif de la *Convention sur le droit de la mer* – à des régimes hybrides ou privés<sup>86</sup>. Cette dernière catégorie inclut le domaine croissant de la standardisation technique, la nouvelle structure de gouvernance de l'Internet et le domaine de l'arbitrage transnational.

Si la pensée hiérarchique est abandonnée au niveau global, la théorie des réseaux semble devenir une réponse théorique plus adéquate pour expliquer l'expansion du droit international et les liens devant garantir l'unité dans une société internationale polycentrique et décentralisée. Cette théorie vient rationaliser et englober dans la théorie les facteurs de complexité. Pour Teubner, la méthode la plus réaliste consiste à développer des formes de droit hétérogènes - kaléidoscopiques - qui se limiteraient elles-mêmes à créer des pertes de relations entre les fragments du droit. Ceci pourrait être accompli à travers un processus sélectif de réseautage qui solidifie déjà normativement les réseaux factuels entre les régimes juridiques. Combinant plusieurs logiques d'action, les réseaux agissent entre des systèmes fonctionnels autonomes, des organisations formelles et des régimes autonomes. Teubner identifie trois lignes directrices devant être appliquées pour le réseautage décentralisé des régimes juridiques :

1. « *Simple normative compatibility instead of hierarchical unity of law*;
2. *Law-making through mutual irritation, observation and reflexivity of autonomous legal orders*;
3. *Decentralized modes of coping with conflicts of laws as a legal method* »<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Oren Perez, «Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law » (2003) 10 Ind. J. Global Legal Stud. 25 à la p. 25.

<sup>84</sup> Voir Hart, *supra* note 30.

<sup>85</sup> Stefan Oeter, «International Law and General System Theory » (2001) 44 German Y.B. Int'l L. 72 à la p. 74.

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> Teubner et Fisher-Lescano, *supra* note 7 à la p. 1018.

Pour cet auteur, en l'absence de principes ordonnés de manière hiérarchique, de compétences centralisées et de pouvoirs collectifs contraignants, l'absence de hiérarchie serait remplacée par une solidification de l'observation mutuelle entre les réseaux et par des mesures informelles de compatibilité. Une décision finale contraignante par une seule autorité est substituée par une variété de positions observationnelles dans un réseau; « *a process in which network nodes mutually reconstruct, influence, limit and control, and provoke one another, both which never leads to one final collective decision on substantive norms* »<sup>88</sup>. En ce sens, les processus communicationnels, la transparence et l'accessibilité doivent être les premiers commandements pour arriver à une cohérence du système, à l'unité du droit global.

## Conclusion

Au regard de cette étude théorique, nous devons conclure que la fragmentation du droit international signifie essentiellement un changement de paradigme. Cette expression qui emporte l'idée de troubles et d'incohérence constitue principalement une crainte de l'école normativiste. Fonctions de l'expansion internationale, la prolifération d'institutions internationales, la multitude de tribunaux judiciaires, la diversification des sources du droit international, le potentiel de conflits de normes et l'existence de régimes autonomes agissent comme débordement au cadre de ce modèle théorique. Ces conséquences sont, en somme, l'illustration de l'agonie du modèle théorique normativiste au niveau global. En effet, le modèle hiérarchique n'étant plus en mesure de contenir la complexité grandissante de la société internationale, la théorie du pluralisme juridique semble plus apte à expliquer ce processus d'expansion. Cette société est pluraliste. La multitude d'organisations internationales et la prolifération de tribunaux judiciaires internationaux, les régimes qui en résultent subissent une tendance à une autonomie croissante au regard autant des États que du droit international général. Nous élaborons finalement comme hypothèse que, tandis que la hiérarchie serait de moins en moins susceptible de garantir l'unité entre ces ordres juridiques, ce dernier modèle coordonnerait paradoxalement de manière accrue l'intérieur des sphères globales. Comme le suggère Teubner, ces sphères seraient en processus de constitutionnalisation.

La théorie de Teubner offre une vision contemporaine du pluralisme juridique. Dans une société décentralisée et globalisée, la polycentricité semble mieux décrire la réalité. Chaque centre aspire à une validité globale en vertu d'une mission « rationalisatrice ». Ce sont des processus dynamiques, plutôt que des structures, qui émergent sur la scène globale ne pouvant être régulés seulement par une conception positiviste du droit. Cette conception se relativise et différentes formes de normativité possèdent dorénavant la fonction d'intégration et de liaison de l'ordre international pluraliste. La théorie des réseaux offre une conception alternative venant pallier à l'absence de hiérarchie entre les ordres juridiques à un niveau global. Ces réseaux sont communicationnels et poussent à une intense réflexion juridique sur ce qui peut caractériser l'unité dans un contexte global. L'unité semble existante, les processus d'unification sont mouvants, mais l'unité présente à un niveau global sous-tend de nombreuses contradictions. Les conflits de normes sont ainsi la conséquence de rationalités en contradiction.

Pour Edgar Morin, il faut éviter de tomber dans des représentations simplistes de la réalité. Il faut entreprendre la complexité comme réforme de la pensée. Bien que la fragmentation du droit

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 1019.

international sous-tende l'idée de chaos, le rationalisme se montre ici sensible à l'expérience, aux transformations, pour expliquer le réel. Le rationalisme doit pallier aux phénomènes de complexité en les faisant entrer dans des conceptions explicables. Tandis que nos représentations sont statiques, le réel est toutefois un dynamisme constant. L'anarchie, le désordre, la complexité, les conflits semblent décrire les temps présents.

Selon la sociologie, ces contradictions entre l'économie, l'environnement, les droits de la personne, la culture, sont la conséquence d'un processus social, mais elles peuvent tout autant être la conséquence d'intérêts politiques comme le soutient Koskenniemi. Assiste-t-on simplement à une différence de langage? Il semble que cette période d'expansion et de globalisation soit difficile pour le juriste. Koskenniemi remarque que ressurgit la même conception du droit international qu'au XIXe siècle en pensant le droit international comme les systèmes étatiques pour venir pallier à la fragmentation. Selon lui, une certaine analogie semble se dégager entre le concept d'État et celui d'organisation internationale ou de régime. À l'époque, le concept d'État était lui-même conflictuel, indéterminé et ouvert. Ce concept n'a jamais été réellement une entité close, leurs frontières ont toujours été ouvertes et leurs principes continuent encore aujourd'hui à se contredire. L'État comme l'organisation internationale reste en somme une représentation. Alors, est-ce que le formalisme juridique et son instrumentalisation sont capables de capturer toute la réalité?

## **Bibliographie**

### Monographies

- Béchillon, Denys de (dir.) dans *Les défis de la complexité : Vers un nouveau paradigme de la connaissance? Autour de Edgar Morin et Georges Balandier*, Paris, l'Harmattan, 1994, 211 p.
- Blocker, Niels M. et Henry G. Schermers (dir.), *Proliferation of International Organization: Legal Issues*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2001.
- Combacau, Jean et Serge Sur, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Domat, 2004, p. 49.
- Daillier, Patrick et Alain Pellet, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, 1510 p.
- Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000, 809 p.
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1965.
- Joerges, Christian, Sand, Inger-Johanne et Gunther Teubner (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004, 386 p.
- Keohane, Robert O. et Helen V. Milner (dir.), *Internationalization and domestic politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 308 p.
- Morin, Edgar, *La complexité humaine: la réforme de la pensée*, Paris, Flammarion, 1994, 380 p.
- Makarczyk, Jerzy, (dir.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Kluwer Law, The Hague/London/Boston, 1996, 301 à la p. 302.
- Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 348 p.
- Romano, Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1946, 174 p.
- Shany, Yuval *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 348 p.
- Dinah Shelton (dir.), *Commitment and Compliance: the Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, 592 p.

### Périodiques

- Abbott, Kenneth and Duncan Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance» (2000) 54(3) *International Organization*, p. 421-456
- Baxter, R.R., « International Law in 'Her Infinite Variety'» (1980) 29 *Int'l & Comp. L. Quart.*, p. 549-853; Dinah Shelton, «Compliance with International Rights Soft Law» (1997) 29 *Studies in Transnational Legal Policy*, p. 119-143
- Burke-White, William W. « International Legal Pluralism » (2003-2004) 25(4) *Mich. J.Int'l L.* à la p. 977.
- Brölmann, Catherine, «A Flat Earth? International Organization in the System of International» (2001) *Nordic J. Int'l L.* 319 aux pp. 319-320.

Charney, Jonathan I., «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals» (1998-1999) 31 N.Y.U. J. Int'l L.& Pol. aux pp. 697-708.

Chinkin, C. M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law" (1999) 36 International and Comparative Law Quarterly, p. 850-866.

Commission du droit international (CDI), *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Chap. X, 56<sup>e</sup> Session, 2004, p. 265-307.

Duplessis, Isabelle, « La mollesse et le droit international : mode d'emploi privilégié pour une société décentralisée » 2005, in press

Dupuy, Pierre-Marie, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice » (1998-1999) N.Y.U. J. Int'l L.& Pol. pp. 791-831.

Fassenbender, Bardo, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community » (1998) 36 Colum.J. Transnat. L. 529 à la p. 584

Hafner, Gerhard, « Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of Internatioonal Law » (2003-2004) 25(4) Mich. J. Int'l L., p 849-863.

Hafner, Gerhard, *Risks Ensuing from the Fragmentation of International Law* dans Commission du droit international, Report of the Working Group on Long-Term Programme of Work, CDI, 25 juillet 2000.

Koskeniemi, Martti, *Global Legal Pluralism : Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, Havard, 5 March 2005, 21 p.

Koskeniemi, Martti et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties» (2002) 15 Leiden J. Int'l L. p. 553 -579.

Petersmann, Ernest Ulrich, «Contitutionnalism and International Adjudication : How to Constitutionnalize the UN Dispute Settlement System? » (1999) 31 N.Y.U. Int. L. & Pol. 753 à la p. 767.

Perez, Oren, «Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law » (2003) 10 Ind. J. Global Legal Stud. p.25-64.

Pauwelyn, Joost, « Bringging Fragmentation and Unity: International Law as A Universe of Inter-Connected Islands » (2003-2004) 24(5) Mich. J. Int'l L., aux pp. 903-916

Rao, Pemmaraju Sreenivasa, «Multiple International Judicials Forums : A Reflection of the Growing Strenght of International Law or its Fragmentation» ( 2003-2004) 25(4) Mich. J. Int'l L. pp. 929-961.

Rocher, Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques » dans Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 123

Romano, Cesar P.R., «The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle" (1998-99) N.Y.U. J. Int'l L.& Pol, 709 aux pp. 709-751.

Simma, Bruno, «Self-contained Regimes» (1985) 16 Y.B. Int'l L., pp. 111-136.

Stern, Brigitte, «L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC» (2003) 2 R.G.D.I.P. p. 257-303.

Tahvanainen, Annika, « Comments to Professor Hafner » (2003-2004) 25(4) Mich. J. Int'l L., pp. 685-868.

Teubner, Gunther et Andreas Fisher-Lescano, «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law » (2003-2004) 25(4) Mich. J.Int'l L., 999 -1046.

Valtico, Nicolas, « Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international» dans Jerzy Makarczyk (dir.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Kluwer Law, The Hague/London/Boston, 1996, 302-322.

Valticos, Nicolas, «Activités normatives et quasi normatives; «Contrôle» dans Jean-Marie Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2 éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 461-484.

Weil, Prosper «Toward Relative Normativity in International Law? » (1983) 77 A.J.I.L. 413