

LA MULTIPLICATION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES : DE LA NÉCESSITÉ DE REMETTRE QUELQUES PENDULES À L'HEURE

Julien Fouret and Mario Prost

Volume 15, Number 2, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069387ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069387ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fouret, J. & Prost, M. (2002). LA MULTIPLICATION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES : DE LA NÉCESSITÉ DE REMETTRE QUELQUES PENDULES À L'HEURE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 15(2), 117–138. <https://doi.org/10.7202/1069387ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2002

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

LA MULTIPLICATION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES : DE LA NÉCESSITÉ DE REMETTRE QUELQUES PENDULES À L'HEURE

Par Julien Fourret*
et Mario Prost**

Qu'il y ait ici un centre où ces intérêts communs se reconnaissent et se définissent dans des conférences universelles –où leur garantie réciproque est assurée par des conventions d'arbitrage ou de juridiction internationale, ce n'est pour aucune d'elles une menace, c'est pour toutes une sauvegarde.¹

Le sujet de ce premier éditorial s'est naturellement imposé aux directeurs de cette nouvelle *Chronique de règlement pacifique des différends internationaux*. Nous expliquons, en préambule à ce volume, les raisons qui ont poussé à sélectionner, comme objet de notre démarche scientifique, la jurisprudence de quatre juridictions internationales : la Cour internationale de Justice (CIJ), le Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que les deux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (TPIY et TPIR).

Un choix a donc été fait. Un choix arbitraire mais raisonné et justifié à de nombreux égards, comme nous l'exposons plus haut. Un choix tout de même, entre une multitude impressionnante de juridictions internationales. Nous aurions tout aussi bien pu nous concentrer sur les activités du Tribunal international pour le droit de la mer, l'Organe de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ou la Cour européenne de Justice, pour ne citer que quelques exemples significatifs.

Après que le choix fut fait, il demeurait encore une interrogation : que signifie cette multiplicité, ce « foisonnement » de juridictions internationales² pour les développements présents et futurs du droit international? La question n'est pas nouvelle. Elle est l'objet de débats doctrinaux nombreux et animés depuis plus d'une décennie. Elle conserve pourtant toute sa pertinence.

La raison en est simple. À quelques exceptions près, deux thèses s'opposent diamétralement quant aux conséquences de ce phénomène. Les uns, majoritaires, s'empressent de tirer la sonnette d'alarme face à cette « prolifération » qui menace

* Assitant d'enseignement et étudiant en LL.M., Institut de Droit Comparé, Faculté de Droit - Université McGill; Maîtrise et D.E.J.A. II (Université Paris X - Nanterre); D.E.A. Droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X - Nanterre).

** Assistant d'enseignement et Doctorant, Institut de Droit Comparé, Faculté de Droit - Université McGill; Maîtrise (Université Panthéon-Sorbonne - Paris I), D.E.A Droit international public et organisations internationales (Université Panthéon-Sorbonne - Paris I).

¹ Léon Bourgeois, *Pour la Société des Nations*, Paris, Georges Crès et Cie – Collection Gallia, 1914 à la p. 62.

² Peter Leuprecht, « Conférence inaugurale », Colloque du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation, *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence*, Hôtel Crown Plaza, Montréal, 26 mai 2003 [non publié].

l'unité du droit international et qui, *in fine*, fait peser un risque de fragmentation sur l'ordre juridique international. Les autres opposent à ce catastrophisme un optimisme certain, faisant valoir que cette multiplication est le facteur nécessaire d'une meilleure « justiciabilité » du droit international. Mais ce qui frappe, à la lecture de ces différentes thèses, c'est le manque de nuance. Le manque de nuance quant aux diagnostics tout d'abord, et en particulier quant au postulat de départ relatif à l'« unité » du droit international. Le manque de nuance également quant aux risques virtuels, nous tenterons de le démontrer, qui peuvent découler du phénomène en question³. Le manque de nuance enfin quant aux remèdes à apporter.

Le contraste entre la monochromie des thèses en présence et l'extrême complexité du droit international et des relations qu'il entend régir ne pouvait que nous interpeller. Et à y regarder d'un peu plus près, l'on se rend bien compte de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure.

Notre ambition n'est, bien entendu, pas celle d'une étude exhaustive de la question. Nous nous contenterons ici de soulever certaines interrogations et de suggérer quelques pistes de réflexion. Ce faisant, nous commencerons par questionner la véritable nature du phénomène envisagé. S'agit-il d'un fait nouveau? Est-ce un phénomène pathologique? Ou bien est-il le reflet d'une évolution dynamique de la société internationale? Nous tenterons par la suite de faire la lumière sur les véritables problèmes qui, à nos yeux, s'inscrivent dans le sillage des nouvelles juridictions, en insistant notamment sur la question de la lisibilité du droit international, sa *compartmentalisation*, et le *forum shopping*. Nous terminerons en évoquant quelques-unes des dispositions qui peuvent être adoptées afin de faire face aux défis que lance la multiplication des juridictions au droit international.

I. La multiplication des juridictions internationales : un phénomène nouveau?

Les origines du débat qui nous anime ici sont à trouver dans un fait qui n'est pas sujet à caution: la multiplication des juridictions internationales. On peut pourtant s'étonner qu'elle soit régulièrement présentée comme une nouvelle donnée dans le droit international, une évolution récente, voire inédite.

Il est vrai que d'importantes juridictions ont été créées ces vingt dernières années. On pourra penser au Tribunal international pour le droit de la mer⁴, aux deux TPI⁵, à l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC⁶ ou encore à la CPI⁷,

³ Voir *infra* 3.

⁴ Institué par la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, signée le 10 décembre 1982 et entrée en vigueur le 16 novembre 1994, en ligne: site du Tribunal <http://www.itlos.org/start2_fr.html>, article 287.

⁵ Institués respectivement par la *résolution 827* du Conseil de sécurité (1993) pour le TPIY et la *résolution 955* du Conseil de sécurité (1994) pour le TPIR, en ligne: site des Nations Unies <<http://www.un.org/french/documents/scres.htm>>.

qui vient donner une assise institutionnelle permanente à ses prédécesseurs *ad hoc* de Nuremberg, Tokyo, Arusha et La Haye.

Mais comment parler sérieusement d'une « accélération »⁸ spectaculaire du mouvement dans les années 1990 lorsque l'on considère le nombre de juridictions qui ont été créées entre 1945 et le début des années 1990? Mentionnons ici, outre évidemment la CIJ, créée en 1945 dans le cadre de l'ONU, la Cour européenne des droits de l'homme⁹, la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁰, la Cour de Justice des communautés européennes¹¹, la Cour centre-américaine de Justice¹², la Cour de Justice de la communauté andine¹³, la Cour de Justice du Bénélux¹⁴, le CIRDI¹⁵, le Tribunal des différends irano-américain¹⁶. On pensera encore aux juridictions administratives dédiées au contentieux de la fonction publique internationale, tel le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail, le Tribunal administratif des Nations Unies ou encore le Tribunal administratif de la Banque Mondiale.

Est-ce à dire que les évolutions récentes ne sont en rien différentes des précédentes? Certainement pas. Il convient de noter que la création des juridictions les plus récentes répond à une logique sensiblement différente qu'auparavant. Si, à l'issue de la seconde guerre mondiale, les nouvelles juridictions répondaient à un besoin d'*institutionnalisation* des mécanismes de règlement pacifique des différends, l'on remarque aujourd'hui une généralisation des régimes juridictionnels marqués par une compétence *obligatoire*. La nouvelle génération de juridictions se fonde bien souvent sur une obligation conventionnelle de porter le différend devant un organe particulier, ainsi que d'en respecter la décision¹⁷. C'est le cas par exemple pour

⁶ Voir le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* annexé aux Accords de Marrakech instituant l'OMC, en ligne: site de l'OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/docs_f.htm>.

⁷ Insituée par le *Statut de Rome*, 17 juillet 1998, en ligne: site de la CPI <<http://www.icc-cpi.int/php/show.php?id=basicdocuments>>.

⁸ Voir Mireille Couston, « La multiplication des juridictions internationales. Sens et dynamiques » (2002) 129 J.D.I. 5 à la p. 7.

⁹ Instituée par la *Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signée à Rome le 4 novembre 1950, en ligne: Cour européenne des droits de l'homme <<http://www.echr.coe.int/Convention/Convention%20countries%20link.htm>>.

¹⁰ Insituée par la *Convention américaine des droits de l'homme*, signée à San José le 22 novembre 1969 en ligne: site de la Cour <<http://www.corteidh.or.cr/index-ingles.html>>.

¹¹ Instituée par le *Traité de Rome*, signé le 25 mars 1957, en ligne: site de la CJCE: <<http://www.curia.eu.int/fr/instit/txtdocfr/index.htm>>.

¹² Instituée par le *Protocole de Tegucigalpa*, signé le 13 décembre 1991, en ligne: site du Secrétariat général du Système d'intégration centre-américain <<http://www.sgsica.org/>>.

¹³ Instituée par le *Traité créant la Cour de Justice de l'accord de Cartagena*, signé le 28 mai 1979, en ligne: sur le site de la Communauté Andine <<http://www.comunidadandina.org/ingles/treaties.htm>>.

¹⁴ Instituée par le *Traité créant l'Union économique du Bénélux*, signé à La Haye le 3 février 1953, en ligne: site de l'Union économique Bénélux <<http://www.benelux.be>>.

¹⁵ Instituée par la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (dite de Washington)*, signé à Washington le 18 mars 1965, 33 J.D.I. 50.

¹⁶ Instituée par l'*Accord d'Alger*, signé le 19 janvier 1981, en ligne: sur le site du Tribunal <<http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>>.

¹⁷ Voir Phillip Sands, Ruth Mackenzie et Yuval Shany, dir., *Manual on International Courts and Tribunals*, Londres – Edinburgh – Dublin, Butterworths, 1999 aux pp. XXVI-XXVIII.

l'ORD. On pourra encore souligner le succès des « mécanismes de mise en œuvre », traduction peu satisfaisante du « compliance mechanism » anglais, ou en d'autres termes des procédures non contentieuses visant à contribuer à un meilleur respect des obligations conventionnelles et à prévenir au mieux les escalades contentieuses. C'est le choix qui a été opéré dans le cadre du régime de protection de la couche d'ozone.

Mais enfin, et ce malgré ces quelques nouveautés, la multiplication des juridictions internationales n'est, *per se*, véritablement pas inédite. Il pourra certes être fait état de l'« hétérogénéité croissante des moyens juridictionnels sur la scène internationale »¹⁸. On pourra encore prendre note de l'*activité* croissante des tribunaux internationaux. Il ne faut pourtant pas y voir les signes d'une « multiplication sans précédent » des juridictions internationales.

Le premier enseignement est donc clair : nous n'avons pas affaire à un phénomène nouveau.

II. La multiplication des juridictions internationales : un phénomène pathologique?

Ce constat n'épuise toutefois pas la question qui nous anime. Sans être nouveau, ce phénomène de multiplication des *fora* peut demeurer problématique, voire pathologique.

Que faut-il donc craindre? À en croire le Juge et ancien Président de la CIJ, Gilbert Guillaume, « le danger est à nos portes »¹⁹. Et le danger n'est pas des moindres puisqu'il s'agit tout bonnement, selon lui, du « chaos en droit international public »²⁰. Passée l'émotion vive suscitée par une telle annonce... il s'agit de reprendre nos esprits et de comprendre ce dont il s'agit.

Le danger serait celui d'une fragmentation du droit international. Ce droit des gens, héritage commun que nous avons reçu du XIX^e siècle et du XX^e siècle, courrait le risque de se briser sous le coup de décisions divergentes de la part des différentes juridictions. Ainsi, à un droit uniforme et homogène se substituerait un droit protéiforme, à géométrie variable. Un droit atomisé ne répondant plus à la fonction sociale pour laquelle il a été créé. Le risque serait d'autant plus grand que les multiples juridictions ont été établies sans souci aucun d'organisation hiérarchique, privant le droit international des mécanismes institutionnels d'harmonisation du droit qui peuvent exister en droit interne. Les juges internationaux, indépendants, pourraient fort bien déclencher une « guerre des droits ».

Mais avant de se laisser envahir par le spleen de l'internationaliste, il convient d'apporter quelques réserves majeures à cette vision alarmiste. Cette hypothèse présuppose en effet deux idées dont il convient de vérifier qu'elles résistent

¹⁸ Mireille Couston, *supra* note 8 à la p. 7.

¹⁹ Gilbert Guillaume, « La Cour internationale de Justice – Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire » (1996) 100 R.G.D.I.P. 323 à la p. 331.

²⁰ *Ibid.*, à la p. 333.

à l'épreuve des faits. Elle présuppose en premier lieu la véritable unité du droit international. Elle présuppose également la réalité des divergences jurisprudentielles pressenties.

A. L'unité du droit international

Craindre la fragmentation du droit international, c'est craindre pour l'unité du droit international. C'est craindre pour l'idée largement répandue selon laquelle le droit international doit s'entendre comme préexistant, objectif, impersonnel, homogène et identique pour tous²¹. On admet en effet que « la notion de communauté internationale sous-entend la communauté juridique fondée sur le fait que tous les États sont soumis à un même droit »²².

Ce postulat est pourtant discutable à bien des égards et la réalité quotidienne du droit international le démontre assez bien. De toute évidence, le droit international est temporellement, matériellement et géographiquement relatif. Pas plus que la société internationale dont il vise à ordonner les relations, le droit international n'est homogène. Il est fait d'une juxtaposition de règles générales et de règles particulières, de règles universelles et de règles régionales. En somme, et pour employer les mots de David Kennedy, le droit international représente « a set of particular human projects situated in time and place »²³.

C'est formuler un vœu pieux que d'ériger en absolu l'unité du droit international. On sait qu'en l'absence d'un législateur international, ce sont les États qui demeurent les principaux artisans de la genèse du droit international. Ils en sont de ce fait également les interprètes principaux. Comme l'a clairement rappelé la Cour permanente, en application de l'adage *ejus est interpretari cujus est condere*, dans une société internationale dépourvue d'autorité exécutive et juridictionnelle « le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer »²⁴. Il existe certes des règles d'interprétation uniformes, telles celles codifiées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁵, mais il demeure que les États ont en principe compétence discrétionnaire pour interpréter le droit qu'ils ont créé. De ce fait, le droit international est intrinsèquement et naturellement sujet à la diversité des interprétations. Certains domaines du droit international portent d'ailleurs la marque directe de cette absence d'autorité interprétative centralisée. On pourra penser notamment au droit des immunités souveraines. S'il est en effet admis en droit international, de façon incontestée et coutumière, que chaque État, en vertu du

²¹ Philip C. Jessup, « The International Court of Justice Revisited » (1971) 11 Va.J.Int'l L. 299 à la p. 307.

²² Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 39.

²³ David Kennedy, « The Disciplines of International Law and Policy » (1999) Leiden J.Int'l L. 1 à la p. 18.

²⁴ *Affaire Jaworzina* (1923), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 8 à la p. 17.

²⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354 aux pp. 362-363, art. 31 à 33.

principe d'égalité souveraine, jouit de l'immunité de juridiction et d'exécution sur le territoire de tout autre État, demeurent encore aujourd'hui de grandes incertitudes eu égard aux limites précises de cette immunité, et en particulier sur les entités publiques concernées ainsi que sur les actes couverts. Ici, le contenu du droit international varie en fonction de la jurisprudence des juridictions internes de chaque État. La notion d'unité du droit international en ressort fortement relativisée. Elle est illusoire, car le droit est relatif et non absolu.

La récente crise diplomatique qui a accompagné la guerre, que certains ont qualifiée d'agression²⁶, menée par les États-Unis en Irak, a, pour sa part, parfaitement illustré la réalité d'un droit international soumis à des divergences d'interprétation radicales. Elle a mis en lumière le différend transatlantique profond existant sur le dossier de l'emploi de la force en droit international. Au sein même de la « vieille Europe » des déchirures bien réelles sont apparues quant au sens à donner au *Jus ad Bellum*, au droit d'aller à la guerre. Il convient de noter que ces divergences sont apparues à propos d'un principe fondamental du droit international, la prohibition du recours à la force dans les relations internationales, dont il est largement admis qu'il appartient aux normes de *Jus cogens*, ces normes mêmes qui sont définies par l'adhésion qu'ils suscitent de la part de la « communauté internationale des États dans son ensemble »²⁷.

On a parlé d'un « droit international américain »²⁸. On pourrait tout aussi bien parler d'un droit international canadien, français, russe, chinois, nigérian ou brésilien. C'est bien sûr pousser la logique à son extrême. Mais cela rend à dire vrai bien compte de la *babélisation* du droit international. Il s'agit de garder à l'esprit qu'un droit international unique et homogène est certainement une noble aspiration, un objectif louable. Ce n'est pourtant pas la réalité de ce droit qui, en pratique, est déjà en quelque sorte fragmenté, tiraillé ou éclaté, dans son interprétation et son application, entre ses différents sujets.

Pourquoi dès lors qualifier de « chaotique » une prétendue fragmentation, qui donc appartient doré et déjà au quotidien du droit international, parce qu'elle serait le fait de juridictions internationales? Il faut, croyons nous, accepter cette donnée inévitable, sans toutefois s'interdire d'aspirer à plus d'uniformité, au bénéfice d'une plus grande stabilité et prévisibilité juridique.

B. Le choc des jurisprudences : un problème virtuel

En admettant même que le droit international soit homogène, unique, et doive le rester, la théorie de la fragmentation présuppose encore de véritables conflits de jurisprudence entre ces « nouvelles » juridictions. Nous suggérons que de tels

²⁶ Alain Pellet, « L'agression », *Le Monde* (23 mars 2003), en ligne: site du Monde <<http://www.lemonde.fr>>.

²⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 25, à la p. 367, art. 53.

²⁸ M.M.L.. Savelberg, *Le problème du droit international américain*, La Haye, A.A.M. Stols, 1946.

conflits relèvent aujourd'hui de la spéculation et que le problème est très largement virtuel.

En premier lieu, il convient de souligner que dans la majorité des cas, les juridictions sont créées dans le but de trancher des différends géographiquement ou matériellement délimités. Comme l'a avancé Sir Robert Jennings, « the new tribunals are designed to deal with some class of case, limited sometimes by region, sometimes by subject-matter, sometimes by both »²⁹. Le risque qu'un conflit intervienne entre la jurisprudence du CIRDI et celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est en réalité très faible, voire nul.

On a pu avancer toutefois qu'un problème nouveau pourrait surgir du fait que les plus récentes instances ont été établies à l'échelle universelle³⁰. L'on assisterait donc à un phénomène distinct de la seule régionalisation ou de la spécialisation des juridictions internationales. Là où les juridictions régionales répondent au besoin d'adaptation du droit international aux circonstances locales ou régionales, les nouvelles juridictions établies au niveau mondial, tel le Tribunal international pour le droit de la mer ou l'ORD, risqueraient de briser l'ordre juridique international. Mais là encore, le danger demeure virtuel. L'étendue relative du mandat de ces tribunaux ne laisse en effet pas présager de graves chevauchements de jurisprudence. Le Tribunal international pour le droit de la mer n'a, par exemple, compétence que pour connaître des différends relatifs « à l'interprétation ou à l'application de la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer] »³¹. Pour sa part, l'ORD « a pour but de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords [de Marrakech] »³².

Mais au-delà de ces considérations statutaires, il faut encore remarquer que, là même où différentes juridictions sont amenées à se prononcer sur les mêmes questions de droit international, l'expérience nous prouve qu'elles font preuve d'une grande cohérence. Contrairement à l'idée largement répandue³³, la majorité des tribunaux internationaux est engagée dans une même dialectique. Les fondements du droit international demeurent les mêmes, indépendamment du tribunal qui tranche le différend. Jonathan Charney, auteur d'un remarquable cours présenté à l'Académie de droit international sur le sujet³⁴, insistait il y a peu sur l'absence générale de contradictions dans l'analyse des principes généraux du droit international. Selon lui,

²⁹ Robert Jennings, « The Role of the International Court of Justice » (1997) 68 B.Y.I.L. 1 à la p. 59.

³⁰ Pierre-Marie Dupuy, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice » (1999) 31 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 697 à la p. 698.

³¹ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, en ligne : site du TDIM <http://www.itlos.org/start2_fr.html>, article 288.

³² *Memorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, en ligne : site de l'OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/docs_f.htm>, article 3(2).

³³ Idée qui se fonde largement sur la surmédiation du précédent intervenu entre la CIJ et le TPIY quant à la notion de « contrôle effectif ». Voir l'affaire *Tadic*.

³⁴ Jonathan I. Charney, « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals ? » (1998) 271 Rec. des Cours 101.

« the different international tribunals of the late twentieth century do share relatively coherent views on [...] doctrines of international law »³⁵.

Cette convergence n'est d'ailleurs pas hasardeuse. Elle est bien souvent le fruit d'un dialogue interjuridictionnel³⁶ qui se manifeste parfois par d'explicites références aux décisions d'autres juridictions spécialisées dans un domaine particulier. L'attitude de la Cour européenne de Justice est exemplaire à cet égard. Dans un avis rendu en 1991 à propos de la création d'un Espace économique européen, elle affirmait sans réserve que :

lorsqu'un accord international prévoit un système juridictionnel propre qui comprend une Cour compétente pour régler les différends entre les parties contractantes à cet accord et, par conséquent, pour en interpréter les dispositions, les décisions de cette Cour lient les institutions de la Communauté, y compris la Cour de Justice.³⁷

Cette affirmation théorique s'est d'ores et déjà manifestée à propos de l'application par la Cour de la *Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³⁸. Dans cette hypothèse, la Cour se réfère aux interprétations données par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)³⁹ et a, de façon constante, insisté sur le caractère subsidiaire de sa compétence en matière d'application et d'interprétation de la CEDH⁴⁰. Robert Badinter en concluait il y a peu que « jusqu'à aujourd'hui, très rares ont été les cas où un désaccord manifeste a pu être constaté entre les deux Cours. Loin de s'ignorer, elles ont recherché en règle générale une convergence de vue »⁴¹.

Une complète uniformité des décisions n'est bien entendu pas envisageable. Des zones de frictions existeront toujours. Mais nous rejoignons le Professeur Denys Simon dans son affirmation que « la guerre des droits n'aura pas lieu »⁴². Les

³⁵ Jonathan I. Charney, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals » (1999) 31 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 697 à la p. 698.

³⁶ Tullio Treves, Allocution dans le cadre du panel « La multiplication des juridictions risque-t-elle de rendre le droit international incohérent ? », Colloque du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation, *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Hôtel Crown Plaza, Montréal, 26 juin 2003 [non publié].

³⁷ *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, 2^e alinéa du Traité CEE – « Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association Européenne de Libre-Échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace Economique Européen », C-1/91, [1991] E.C.R. I-6079 à la p 1-6106 au par. 39.*

³⁸ Supra note 11.

³⁹ Voir par exemple l'affaire *Dow Benelux c. Commission*, C-85/87, [1989] E.C.R. I-3137, aux pp. 1-3157 au par. 29.

⁴⁰ Voir F.G. Jacobs, « European Community Law and the European Convention on Human Rights » dans D. Curtin et T. Heukels, dir., *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994 à la p. 564.

⁴¹ Robert Badinter, « Unité ou pluralisme ? À propos de la garantie des droits de l'homme en Europe » (2000) 13.1 R.Q.D.I. 15 à la p. 30.

⁴² Denys Simon, Allocution dans le cadre du panel « Les juridictions régionales : renforcement ou émiettement du droit international ? », Colloque du centre d'études sur le droit international et la

différentes juridictions internationales ont fait preuve de sagesse et de circonspection dans le passé. Rien ne laisse présager qu'elles doivent changer d'attitude à l'avenir. L'unité du droit international n'est pas une valeur absolue. Les conflits jurisprudentiels relèvent encore du risque potentiel. Le chaos n'est pas aux portes de notre discipline.

La multiplication des juridictions internationales n'est donc pas, sauf à se tromper sur les postulats de départ, un phénomène pathologique. Pas plus que l'extension spectaculaire du champ d'application matériel du droit international n'a provoqué sa fragilisation ni remis en cause sa nature profonde⁴³, la multiplication des juridictions internationales n'implique sa fragmentation. Nous croyons au contraire qu'elle est le reflet d'une évolution irrépessible et dynamique du droit international.

III. La multiplication des juridictions internationales : un phénomène systémique et dynamique

S'émouvoir de la multiplication des juridictions internationales, c'est peut-être, donc, se méprendre sur les postulats de départ. C'est surtout occulter un pan entier de l'histoire du droit international moderne. Il y a fort à parier en effet que ce foisonnement juridictionnel répond en réalité à un besoin clair de la communauté internationale et du droit qui la régit. Dans cette perspective, le phénomène devrait non pas s'analyser comme symptomatique mais comme systémique.

Plus en avant, répondant à un besoin pressant de l'ordre juridique international, il devrait encore être perçu comme bénéfique et dynamique. Il convient certainement de se demander si la multiplication des juridictions internationales ne présente pas, *in fine*, plus d'opportunités pour l'avancement du droit international qu'elle ne le menace⁴⁴.

A. Un phénomène systémique

La multiplication des juridictions internationales constitue un *épiphénomène*, la manifestation accessoire d'un phénomène essentiel.

Depuis les années 1950, en même temps que les relations internationales se diversifiaient et s'intensifiaient, le droit international a connu de prodigieux développements, non seulement dans la modernisation de ses acquis traditionnels, mais également dans son expansion à des domaines nouveaux et spécialisés⁴⁵.

mondialisation, « Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ? », Hôtel Crown Plaza, Montréal, 26 mai 2003 [Non publié].

⁴³ Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public » (1982) 251 Rec. des Cours 12 à la p. 89.

⁴⁴ Stephen M. Schwebel, « Reflections on the Role of the International Court of Justice » (1986) 61 Wash. L.Rev. 1061 à la p. 1070.

⁴⁵ Georges Abi-Saab, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks » (1999) 31 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 919 à la p. 923.

Investissant ces nouveaux domaines, tels la protection internationale des droits de l'homme ou de l'environnement, le droit international, sans se fragmenter, s'est complexifié.

C'est là justement le phénomène essentiel auquel répond la multiplication des juridictions internationales. Cette complexification du droit international, renforcée par l'émergence progressive de nouveaux sujets du droit international, a en effet créé un besoin nouveau⁴⁶. Un besoin en particulier de tribunaux spécialisés.

On ne saurait demander toujours aux neuf juges de la CIJ, par exemple, de trancher avec un niveau d'expertise constant des affaires touchant au droit de la mer, au droit de l'environnement, aux droits de l'homme ou au droit du commerce international. La Cour mondiale a certes, dans le passé, démontré une grande habilité à trancher des différends afférents à ces questions. On pourra penser par exemple au rôle déterminant de la Cour dans le développement du droit de la mer⁴⁷. Mais il s'est agi principalement de poser les jalons essentiels de ces branches nouvelles du droit international. Au regard du droit de la mer par exemple, la contribution majeure de la Cour fut de définir les principes fondamentaux devant guider la résolution des questions de délimitation maritime. Depuis, le droit de la mer s'est considérablement enrichi et ce dernier englobe désormais bien plus que les seules questions de délimitation maritime, comme en témoigne l'extrême complexité de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*.

On ne saurait lui demander également de trancher des litiges faisant intervenir des entités non étatiques, elle n'est tout simplement pas compétente pour ce faire⁴⁸.

Le Juge Guillaume a suggéré que « de nouvelles juridictions ne devraient être instituées que dans les cas où leur création apparaît indispensable »⁴⁹. Nous croyons justement que ces impératifs nouveaux commandent véritablement l'établissement de nouvelles juridictions, capables de répondre aux défis lancés au droit international moderne ainsi que de connaître ces questions que leurs prédécesseurs ne peuvent embrasser seuls. Sans cela, l'ordre juridique international sera structurellement inapte à prendre en charge ces contentieux d'avenir.

C'est donc la nature complexe du système juridique international contemporain qui appelle la création de nouvelles juridictions. Plutôt que de « prolifération » pathologique ou morbide, plutôt que de « cancérisation », c'est de *spécialisation* qu'il s'agit, d'adaptabilité aux objets nouveaux du droit international. En cela, le phénomène de multiplication des juridictions internationales est endogène et systémique.

⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 926.

⁴⁷ Voir Prosper Weil, *The Law of Maritime Delimitation – Reflections*, Cambridge, Grotius, 1989, à la p. 8. Sur la contribution de la Cour au développement progressif du droit international, voir notamment Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958.

⁴⁸ L'article 34 (1) du statut de la Cour internationale de Justice dispose que « seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour ».

⁴⁹ Gilbert Guillaume, *supra* note 19, à la p. 332.

B. Un phénomène dynamique

Au delà de la mise à disposition des justiciables de juridictions spécialisées et compétentes pour connaître de problèmes pointus de droit international, la multiplication des juridictions internationales est doublement dynamique.

La dynamique est d'abord fonctionnelle. L'effervescence juridictionnelle d'après-guerre, confirmée lors des deux dernières décennies, participe en effet à l'ancrage progressif de l'État de droit dans les relations internationales en favorisant la « justiciabilité » des différends internationaux⁵⁰. Benedict Kingsbury l'a fait remarquer :

whatever the hazards of non-hierarchical proliferation, it has been the only way, and perhaps a very good way, to increase third-party settlement of international disputes through law-based forums.⁵¹

Qu'il soit anarchique ou non, le phénomène rend possible un recours quasi-systématique à une tierce partie et à la règle de droit pour désamorcer, dédramatiser ou trancher de façon définitive les conflits sur la scène internationale. Il rend de ce fait bien moins illusoire l'obligation générale de règlement pacifique des différends, inscrite à l'article 33 de la *Charte des Nations Unies*, et pourrait, *in fine*, représenter l'avènement d'une véritable « fonction judiciaire » internationale⁵². La règle de droit, en tant que norme contraignante dont la violation entraîne des conséquences préétablies, en sort grandie dans les relations internationales.

Mais la dynamique fonctionnelle, à savoir, un recours plus fréquent et plus général aux instances judiciaires dans les relations internationales, s'accompagne également d'une dynamique substantielle⁵³. La systématisation du recours à des tiers impartiaux pour la résolution des différends internationaux pourrait en effet aller de paire avec le développement et la diffusion d'un droit plus adapté, plus performant et efficace ; au fond, d'un *meilleur* droit international.

Au travers d'un dialogue inter juridictionnel animé par un esprit de complémentarité, plutôt que de rivalité, un développement créatif et itératif du droit international doit pouvoir prendre place⁵⁴. Le pluralisme intellectuel que génère le pluralisme juridictionnel porte en effet en lui les germes d'un système plus complexe, mais plus raffiné, d'interprétation du droit international. On peut espérer qu'un

⁵⁰ François Crépeau, Allocution dans le cadre du panel « Le droit international peut-il faire l'économie d'une hiérarchie judiciaire? », Colloque du centre d'études sur le droit international et la mondialisation, *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence?*, Hôtel Crown Plaza, Montréal, 26 mai 2003 [non publié].

⁵¹ Benedict Kingsbury, « Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? » (1999) 31 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 679 à la p. 686.

⁵² Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 30 à la p. 796.

⁵³ Mireille Couston, *supra* note 8 à la p. 103.

⁵⁴ Benedict Kingsbury, *supra* note 51, aux pp. 681-682.

phénomène d'ensemencement réciproque entre institutions assure la propagation d'idées nouvelles et progressistes.

Le droit international a souvent été taxé de conservatisme. C'est un travers quelque peu inévitable pour un ordre juridique décentralisé, privé de législateur et dont la pierre angulaire demeure, malgré quelques évolutions notoires, le consentement unanime des États à être lié par lui. Du foisonnement de juridictions pourrait justement naître un foisonnement d'idées neuves indispensables au maintien d'un débat public légitimant sur la scène internationale. En ce sens, la multiplication des juridictions internationales serait vecteur de modernité et d'adaptabilité de l'ordre juridique international aux circonstances nouvelles de l'ordre mondial ; un vecteur, en somme, d'inventivité.

Fonctionnelle et substantielle, la dynamique qu'engrange la multiplication des juridictions internationales est saine. Elle contribue finalement, croyons-nous, à renforcer le tissu juridique supra étatique et c'est un signe, donc, de la maturité croissante de la communauté internationale.

IV. Les problèmes résiduels

Le phénomène de la multiplication des juridictions internationales présente donc, nous avons tenté de le démontrer brièvement, bien des opportunités pour l'avancement, quantitatif et qualitatif, du droit international. Notre propos n'est toutefois pas angélique au point de prétendre que cette multiplication ne soulève aucune difficulté. Ces difficultés existent. Leur nature et leur gravité ne laissent pourtant pas présager une confusion et un désordre stériles en droit international.

Ce sont trois défis que la multiplication des juridictions lance au droit international : celui du *forum shopping*, celui de la *lisibilité* du droit international, et celui, enfin de la *compartimentalisation* du droit international.

A. Le *forum shopping*

Le terme anglo-saxon de *forum shopping* désigne une pratique, bien connue des internationalistes privatistes, consistant en une manœuvre par laquelle les parties effectuent librement un choix entre toutes les juridictions qui offrent leur compétence juridictionnelle⁵⁵. L'important dans cette pratique, c'est que le choix du for est effectué non pas en fonction de critères géographiques ou matériels préétablis, mais en fonction de critères d'opportunité ayant trait à la qualité et à la substance du jugement qui sera rendu. Il s'agit donc, de fait, d'une « manipulation des critères de *compétence juridictionnelle* »⁵⁶.

⁵⁵ Voir l'étonnant manuel de J.H. Carel et Baron Van Lynden, éd., *Forum Shopping*, Londres – Hong Kong, LLP Publishers, 1998, qui entend aider le lecteur à tirer le meilleur profit de cette procédure.

⁵⁶ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001 à la p. 175.

Naturellement, la multiplication des juridictions internationales fait peser un risque nouveau de *forum shopping* en droit international public⁵⁷. Les demandeurs possèdent en effet aujourd'hui, bien plus qu'il y a 50 ans, la possibilité de trouver la juridiction qui sera la plus à même de répondre à leurs attentes ou encore qui offrira les plus grandes possibilités de mise en œuvre, contraignante ou non, des décisions. Il existe d'ailleurs certains signes avant-coureurs d'une telle pratique. On pensera notamment à la décision des États-Unis de porter l'affaire des *périodiques*⁵⁸ devant l'ORD. Ce faisant, ils ont évité la procédure offerte dans l'enceinte de l'ALENA, où le Canada, autre partie au litige, aurait pu arguer d'un moyen de défense bien plus efficace, à savoir l'exception culturelle, qu'il n'est pas en mesure d'invoquer devant l'ORD⁵⁹.

Il pourrait découler de cette propension nouvelle au *forum shopping* un détournement de la finalité première du droit international. Plutôt que de servir l'instauration d'une communauté internationale fondée sur des règles de droit reflétant les aspirations unanimes des États, le droit international pourrait être instrumentalisé au service des intérêts « privés » ou « égoïstes » des États. Le choix d'une juridiction particulière pour trancher un différend international serait, dans cette perspective, le moyen pratique pour les parties de choisir le droit international qu'elles veulent se voir appliquer.

Si l'on comprend le droit international, à l'instar de la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*, comme l'ensemble des règles qui tendent à assurer la « co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs »⁶⁰, il est légitime de s'émouvoir du *forum shopping* qui, nous venons de le souligner, tend à faire du droit un instrument servant les intérêts étroitement compris des justiciables au détriment de ces « buts communs » qui forment l'essence du droit des gens. Le *forum shopping* ne devient toutefois véritablement problématique que si un ensemble de conditions sont réunies.

Il présuppose en premier lieu l'existence d'un tribunal « normalement compétent » auquel il est fait dérogation. On parlera de *forum shopping* lorsqu'il est établi qu'il existe un tribunal dont le demandeur a éludé la compétence normale afin de privilégier une autre juridiction dont il est pressenti que la décision sera plus satisfaisante⁶¹. C'est la raison pour laquelle on désigne le phénomène, en droit international privé, comme pouvant entraîner une « fraude au jugement ».

⁵⁷ Voir par exemple Benedict Kingsbury, *supra* note 51 à la p. 683.

⁵⁸ OMC, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, (1997) OMC Doc. WT/DS31/R (Rapport du groupe spécial), OMC, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, (1997) OMC Doc. WT/DS31/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

⁵⁹ Exemple évoqué par le Professeur Armand de Mestral, Allocation dans le cadre du panel « Les accords de commerce justifient-ils d'un régime particulier? », Colloque du centre d'études sur le droit international et la mondialisation, *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence*, Hotel Crown Plaza, Montréal, 26 mai 2003 [non publié].

⁶⁰ *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10 à la p. 18.

⁶¹ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *supra* note 56 à la p. 266.

Il est loin d'être certain que l'on puisse parler de « tribunal normalement compétent » en droit international. Rappelons avant tout le caractère facultatif de la justice internationale⁶². Le droit international ne prescrit aucun recours systématique et obligatoire aux moyens juridictionnels de règlement des différends et ne prévoit qu'une obligation générale de règlement pacifique des différends par le biais de procédures souvent non contentieuses telles la négociation, l'enquête, la médiation ou la conciliation. C'est toujours du fait du consentement des parties qu'un tribunal international est compétent pour connaître d'un différend. Il est dès lors impossible d'identifier dans l'ordre juridique international un tribunal généralement et normalement compétent.

Plutôt que de parler de *forum shopping*, il convient donc, croyons-nous, de parler en droit international public de *forum choosing*, comme désignant le choix par les parties entre diverses juridictions pouvant être simultanément compétentes pour un même litige sans jamais qu'une seule puisse se prévaloir d'une compétence l'emportant sur les autres.

D'autres raisons expliquent encore l'inadéquation de la rhétorique du *forum shopping* à la réalité du droit international public. On pensera notamment au fait que le problème du *forum shopping* se niche dans l'exploitation par les parties de divergences de points de vue entre juridictions. Nous avons souligné plus haut le caractère largement hypothétique de telles divergences en droit international et la grande homogénéité qui prévaut encore aujourd'hui dans l'interprétation de ce droit, malgré la multiplication et la diversification des juridictions internationales⁶³. Tant que les juridictions internationales resteront engagées dans une dialectique commune, l'incidence véritable du *forum choosing* restera très limitée.

Certes, un problème de prévisibilité juridique peut surgir, pour le défendeur, de l'absence de certitude quant à la juridiction vers laquelle le demandeur va se tourner. Mais l'important à l'échelle mondiale, comme le rappelait la CIJ en pleine crise diplomatique à Téhéran, demeure que « une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres »⁶⁴. Ce qui compte, c'est bien de « civiliser les rapports entre États »⁶⁵. Savoir quelle juridiction connaît les faveurs des États pour ce faire ne compte finalement qu'assez peu.

⁶² Patrick Daillier et Alain Pellet, *supra* note 22 à la p. 863.

⁶³ Voir la partie II B, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

⁶⁴ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, [1980] CIJ Rec. 3 à la p. 43.

⁶⁵ Prosper Weil, *supra* note 43 à la p. 37.

B. La lisibilité du droit international

La question de la lisibilité du droit international nous paraît par contre plus sérieuse et mérite une attention toute particulière.

La multiplication des juridictions internationales est, nous le suggérons plus haut, un épiphénomène. Elle est le reflet institutionnel de la complexification et de la *babélisation* du droit international. Mais la coexistence non hiérarchisée d'une multitude de tribunaux internationaux n'est pas seulement ce *reflet* institutionnel. Elle constitue également une source nouvelle de complexification du droit.

En premier lieu, et malgré une certaine homogénéité dans l'application et l'interprétation du droit international par ces juridictions, on ne saurait occulter totalement l'existence de sensibilités particulières. Dans ce foisonnement désordonné de tribunaux, chaque organe possède en effet sa propre source de légitimation⁶⁶. C'est de la composition même de ces juridictions que va bien souvent découler cette sensibilité particulière. On comprendra que les membres de l'ORD, majoritairement experts en commerce international, n'abordent pas nécessairement les questions intéressant la société internationale de la même façon que les professeurs de droit international siégeant à la CIJ. Si les principes du droit international demeurent globalement uniformes, le cheminement intellectuel qui accompagne leur application et leur interprétation pourra ainsi varier en fonction de la juridiction saisie du litige.

Mais la simple multiplication du nombre de décisions de justice rend également, pour des raisons évidentes, plus malaisée l'élaboration d'une vision d'ensemble du droit international. Là où, à la veille de la seconde guerre mondiale, le développement judiciaire du droit international était encore le fait quasi-exclusif de la Cour permanente de Justice internationale, il est le fait aujourd'hui d'une constellation hétérogène de tribunaux internationaux. Pour comprendre le droit international de nos jours, on ne peut faire l'économie d'une lecture attentive des décisions rendues par ces juridictions. Ce n'est donc qu'au terme d'un exercice particulièrement difficile que l'on pourra prétendre à une vision d'ensemble du droit international.

Pour ces raisons, nous rejoignons le Professeur Emmanuel Decaux lorsqu'il affirme que, faute d'un système global et ordonné, hiérarchisé et progressif, « la profusion [...] des modes de règlement des différends nuit à la lisibilité de l'ensemble »⁶⁷. Pendant longtemps, c'est le caractère secret de la diplomatie qui a rendu laborieuse la lecture du droit international. Cette époque est aujourd'hui révolue. Mais la multiplication des juridictions internationales et la profusion de décisions judiciaires qui l'accompagne vient redonner toute son actualité à la question de la lisibilité, et plus largement de la connaissance, du droit international.

On connaît aujourd'hui toute la difficulté que revêt l'appréhension du droit communautaire pour le profane. Cela n'est qu'au prix d'une gymnastique

⁶⁶ Georges Abi-Saab, *supra* note 45, à la p. 926.

⁶⁷ Emmanuel Decaux, « Règlement des différends » dans Denis Alland, dir., *Droit International Public*, Paris, P.U.F., 2000, 447 à la p. 459.

intellectuelle souvent douloureuse et d'une migraine parfois sévère que l'on parvient à extraire d'un ensemble extrêmement complexe de directives, de règlements, de décisions de justices, de décisions de la Commission, du Conseil ou du Parlement, l'essence du droit communautaire. Notre intention n'est pas ici d'émettre un jugement critique sur le fond du droit communautaire. En la forme toutefois, il faut constater que ce droit est peu comestible pour le non communautariste...

Il convient donc, croyons-nous, de se pencher avec attention sur la question de la lisibilité du droit international afin qu'il ne souffre pas à l'échelle internationale des maux qu'il connaît déjà à l'échelle régionale. L'enjeu n'est bien entendu pas qu'esthétique. Il est aussi très pratique. Un droit international opaque, diffus et confus ne parviendra jamais à civiliser les rapports entre États de façon satisfaisante. C'est encore plus vrai si à la question de la lisibilité s'ajoute celle de la *compartimentalisation* du droit international.

C. Le risque de *compartimentalisation* des disciplines

Le problème de la *compartimentalisation* des disciplines est sensiblement différent de celui de la fragmentation du droit international. Il désigne en effet à nos yeux la tendance au cloisonnement des disciplines, à savoir l'inclinaison à considérer, à étudier, à enseigner ou à appliquer les différentes branches du droit international en *isolation clinique* des autres domaines du droit international, et plus largement du droit international général⁶⁸. Il ne s'agit donc pas du risque d'atomisation du droit international dû à des divergences jurisprudentielles, mais bien du danger de *saucissonnage* du droit des gens par le biais d'une lecture autarcique des différents domaines spécialisés du droit international.

Le phénomène est déjà particulièrement évident dans certains domaines. On pensera notamment au droit européen qui, de façon récurrente maintenant, est présenté comme un ordre juridique autonome, ne relevant ni vraiment du droit international, ni vraiment du droit national. Comme si l'Union européenne n'était pas une organisation internationale créée par des traités internationaux et composée d'États souverains⁶⁹... On pensera également au domaine du développement durable où malgré l'absence d'instruments contraignants consacrant les principes dégagés au *Sommet de la terre* à Rio, certains experts parlent déjà d'un « droit international du développement durable » englobant les domaines du « sustainable international trade law », « sustainable international biodiversity law », « sustainable human rights law and poverty eradication », « sustainable international natural resources law » ou encore « sustainable international climate change law and vulnerability »⁷⁰.

⁶⁸ C'est un problème qui n'a suscité que très peu de commentaires doctrinaux jusqu'à aujourd'hui. Voir tout de même l'avertissement lancé par le Professeur Brownlie à ce sujet: Ian Brownlie, « Problems of Specialization » in Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982 à la p. 45.

⁶⁹ Voir à ce sujet Alain Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire » (1994) 5 *Rec. des Cours de l'Académie de droit européen* 211.

⁷⁰ Voir les programmes de recherche, par ailleurs d'une grande qualité, du *Center for International Sustainable Development Law*: <<http://www.cisd.org/programmes.html>>.

Le danger avec cette propension à la *compartimentalisation*, c'est qu'elle crée l'illusion de sous-systèmes complètement autonomes, fondés sur des principes propres, et totalement indépendants du droit international général⁷¹. Relayée par les tribunaux internationaux, elle peut avoir des conséquences extrêmement fâcheuses pour le développement du droit international. Un exemple l'illustre parfaitement. Appelé à se prononcer sur le statut juridique du principe de précaution, l'Organe d'appel de l'OMC offre, dans l'affaire du *bœuf aux hormones*, la conclusion suivante : « le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier *de l'environnement* » mais « la question de savoir s'il est largement admis comme principe de droit international coutumier ou *général* est moins claire ». L'Organe d'appel ponctue son raisonnement en affirmant que « le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité »⁷². Sans nuance aucune, l'Organe d'appel transforme ici en droit le cloisonnement académique des disciplines. Il affirme que le principe de précaution peut bien être consacré en tant que droit coutumier *de l'environnement*, il ne se sent pas lié par lui, puisqu'il est mandaté pour interpréter l'*Accord général* à la lumière du droit international *général*.

Une telle conclusion n'est absolument pas fondée en droit. La Commission du droit international a clairement écarté l'idée des « self-contained regimes » ou « régimes auto-suffisants » dans ses travaux. À ses yeux, cette théorie, centrée autour de l'idée qu'une partie des régimes multilatéraux peut s'affranchir de certaines règles du droit international général, et qui trouve ses fondements dans une interprétation erronée de la position de la CIJ dans l'affaire des *Otages américains*⁷³, doit être formellement écartée⁷⁴.

En réalité, la division du droit international en plusieurs sous disciplines relève de la commodité académique. Elle doit aider à mieux comprendre et à mieux illustrer toute la complexité et la diversité du droit international contemporain. Mais il demeure que « le droit international ne se définit pas par les matières qu'il régit, mais par les fonctions qu'il remplit dans la société des États »⁷⁵. Si bien qu'il faut écarter l'idée d'une véritable normativité hermétique des différentes branches du droit. De la même façon que le plus spécialisé et le plus spécialiste des chirurgiens ne saurait faire fi des enseignements de la médecine générale lorsqu'il opère un patient à cœur ouvert, la plus spécialisée des branches du droit international ne saurait faire abstraction des principes du droit international général dans la réglementation de son domaine particulier.

⁷¹ Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 30, à la p. 796.

⁷² *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, (1998) DMC Doc. DS26/AB/R – OMC Doc, WT/DS48/AB/R au no. 123 (rapport de l'Organe d'appel).

⁷³ Voir Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 30 à la p. 797.

⁷⁴ Willem Riphagen, « Second Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility » (Doc NU A/CN.4/344) dans *Yearbook of the International Law Commission 1981*, vol. 2, partie 1, New York, NU, 1983 aux pp. 85-86 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1981/Add.1), et pour le changement de position: Gaetano Arangio-Ruiz « Fourth Report on State Responsibility » (Doc NU A/CN.4/444) dans *Yearbook of the International Law Commission 1992*, vol. 2, partie 1, New York, NU, 1995 aux pp. 35-42 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1992/Add.1).

⁷⁵ Prosper Weil, *supra* note 43 à la p. 99.

Un éminent internationaliste soulignait il y a plus de 50 ans que « tout spécialiste est libre de délimiter et de désigner sa discipline comme bon lui semble, mais cette délimitation matérielle n'a de sens pour le progrès de la connaissance que si elle ne s'inscrit pas en rupture avec le legs que nous a laissé l'expérience »⁷⁶. Il existe certes un besoin d'« approfondissement de la science »⁷⁷. Mais il doit se faire sans isolationnisme normatif. Pour le progrès du droit international, il faut que les multiples et diverses juridictions internationales résistent à la tentation de la *compartimentalisation*. Les juges doivent conserver à l'esprit que leur travail s'inscrit dans la continuité de leur prédécesseurs et qu'ils appartiennent à un ensemble qui les dépasse, dans le temps et l'espace. Ce devra être une donnée essentielle dans notre analyse future du phénomène de la multiplication des juridictions internationales.

V. Remarques conclusives

Que retenir donc de cette analyse? Peut-être, comme le suggère Prosper Weil, que les internationalistes sont des êtres étranges, « [m]asochistes parmi les masochistes »⁷⁸. En tous cas, qu'ils se sont certainement torturés plus que nécessaire sur la question de la multiplication des juridictions internationales.

Notre propos est que la situation contemporaine est somme toute relativement *normale*, c'est-à-dire, pour reprendre la définition du *Petit Robert*, qu'elle n'est « affectée d'aucune modification pathologique ». L'évolution est, en définitive, souhaitable et nécessaire à un développement dynamique du droit international. Un auteur l'a souligné avec pertinence :

il semble préférable de multiplier les moyens de règlement, même si ceux-ci peuvent se chevaucher, plutôt que de chercher à les tenir bien distincts et de s'exposer au risque de ne couvrir que partiellement les différends à venir : le 'trop plein' dans ce domaine est clairement préférable au 'trop vide'.⁷⁹

Notre propos, c'est également qu'en lieu et place de la *fragmentation*, c'est le double défi de la *lisibilité* et de la *compartimentalisation* que la multiplication des juridictions internationales lance à notre discipline. Pour y faire face, l'idée d'une hiérarchisation juridictionnelle s'impose naturellement. Nous pensons pourtant qu'elle n'est ni souhaitable, ni surtout réalisable dans l'état actuel de la société internationale. La doctrine, cousine oubliée des sources du droit international, peut par contre enfin se révéler comme la source indispensable d'éclairage savant sur un droit international diversifié et complexifié.

⁷⁶ Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 1964, 5^e éd., à la p. 13 [notre traduction].

⁷⁷ J.P.A. François, « L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international » in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Librairie Sirey, 1961 à la p. 280.

⁷⁸ Prosper Weil, *supra* note 43 à la p. 41.

⁷⁹ Lucius Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques » (2001), 288 Rec. des Cours 245 à la p. 300.

A. Une hiérarchisation juridictionnelle?

Pour parer aux désordres que la multiplication des juridictions internationales pourrait causer, une solution circule sur toutes les lèvres: l'établissement d'une véritable hiérarchie juridictionnelle, dont la vertu première serait de contribuer au développement d'un droit international plus uniforme et harmonieux⁸⁰. De manière moins elliptique, le désir est celui de la consécration de la CIJ en tant que Cour suprême de l'ordre juridique international, capable de connaître des différends internationaux en dernier ressort et de censurer la mauvaise application du droit international par les autres tribunaux. Moins radicale peut-être est la suggestion du Juge et ancien Président de la Cour, Gilbert Guillaume, de mettre en place un mécanisme de renvoi préjudiciel devant la CIJ, tel qu'il existe déjà, pour le droit communautaire, devant la CJCE⁸¹.

Est-ce là une évolution désirable? Rien n'est moins sûr. On peut en effet considérer que l'idée d'une cour suprême vient s'inscrire en contradiction avec l'aspiration des États à une plus grande diversité des *fora* pour connaître leurs différends. Jonathan Charney a noté que la mise en place d'une « Supreme Court of International Law [...] would undermine the community's desire for diverse forums since many of the perceived advantages of such forums would become impossible to attain within such a hierarchical structure »⁸². Pour sa part, la Juge Higgins souligne que hiérarchiser l'ensemble juridictionnel international, ce serait nuire à l'équilibre global du système et « re-establish the old order of things and ignore the very reasons that have occasioned the new decentralization »⁸³. En somme, instaurer une hiérarchie juridictionnelle, ce serait passer sous silence le fait que la multiplication des juridictions internationales répond à un besoin véritable de la communauté internationale. Un besoin de juridictions diverses, variées et spécialisées, capables d'embrasser le contentieux d'avenir. La solution n'est de ce fait pas nécessairement désirable.

Elle n'est surtout pas envisageable dans l'état actuel de la communauté internationale. En premier lieu, imaginer la CIJ en tant que cour suprême du droit international, c'est imaginer l'existence d'un véritable système juridique à la tête duquel siègeraient les 15 sages du Palais de la paix. Or il est permis de douter qu'un tel système existe dans l'ordre international⁸⁴. La société internationale contemporaine est encore largement décentralisée, anarchique, acéphale et quand bien même l'ordre juridique international se complexifie et se raffine, il ne constitue pas encore l'ossature véritable d'un système juridique international. Sir Robert Jennings a

⁸⁰ Elihu Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, Grotius Publications, 1991 aux pp. 109-112.

⁸¹ Gilbert Guillaume, *supra* note 19 à la p. 332.

⁸² Jonathan I. Charney, *supra* note 35 à la p. 698; Voir aussi, Georges Abi-Saab, *supra*. note 45 aux pp. 926-927.

⁸³ Rosalyn Higgins, « Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom » (2001) 50 I.C.L.Q. 121 à la p. 122.

⁸⁴ Voir Benedict Kingsbury, *supra* note 51 à la p. 680.

souligné que « we do not seem to have a 'judicial system', properly so-called, in international law »⁸⁵. C'est un obstacle structurel de taille dans l'organisation d'une hiérarchisation juridictionnelle.

Plus en avant, la nature statutaire de la Cour empêche pour l'instant qu'elle soit considérée comme organe d'appel ou de cassation de l'ordre juridique international. La Cour est en effet, il faut souligner, un tribunal de première instance. Rien n'indique dans la *Charte des Nations Unies*, ni dans le Statut de la Cour, qu'elle doive être considérée comme l'interprète définitif du droit international. La placer à la tête du système juridique international impliquerait donc une révision complète de son statut et de ses règles de fonctionnement.

Pour ces raisons, il n'est pas opportun aujourd'hui d'envisager la hiérarchisation formelle de l'ordre juridictionnel international, si tant est qu'il existe. Il ne s'agit pas pour autant de nier le rôle que la CIJ peut jouer dans le maintien d'une certaine uniformité ou harmonie en droit international. Par le biais de son autorité scientifique, de son leadership intellectuel, la Cour a toujours représenté une référence incontournable dans l'analyse, l'apprentissage ou la pratique du droit international. À elle donc de savoir perpétuer cette tradition d'excellence dans l'analyse du droit international et de contribuer à l'avenir à une meilleur lisibilité du droit international, comme elle a contribué par le passé à son développement.

On peut considérer, à l'instar du Juge Lachs, que « la Cour est la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies »⁸⁶. Elle n'est pourtant pas cette pierre philosophale du droit international que certains appellent de leurs vœux. Par son prestige et son autorité naturelle, et non par sa position statutaire ou hiérarchique, elle pourra concourir à faire face aux défis que lancent la multiplication des juridictions internationales.

B. Une nouvelle raison d'être pour la doctrine!

[L]es Savants se doivent de comprendre les besoins changeants du monde dans lequel ils vivent [...].⁸⁷

Il a toujours été malaisé de comprendre le rôle de la doctrine en droit international public. L'article 38 du *Statut* de la CIJ dispose, rappelons-le, que :

⁸⁵ Robert Jennings, *supra* note 29 à la p. 48.

⁸⁶ *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Royaume-Uni)*, Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 14 avril 1992 (opinion individuelle de M. Lachs), [1992] C.I.J. rec. 26.

⁸⁷ André Oraison, « Réflexions sur la 'doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' (Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées) » (1991) 24 *Rev. B.D.I.* 507. à la p. 577.

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : [...]
 - d. [...] la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit [...]

La doctrine serait donc une source du droit international. Mais une source *de seconde zone* seulement, puisqu'elle ne constitue qu'un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Reste à comprendre ce que la « détermination » des règles de droit peut signifier...

Michel Virally suggère que, si le rôle de la doctrine a considérablement décliné depuis le début du siècle, elle continue à jouer « un rôle éminent pour diffuser la connaissance de la coutume »⁸⁸. Le rôle de la doctrine serait donc didactique. Il s'agirait, par l'analyse rigoureuse des processus de formation du droit, de mettre en lumière le droit positif, en particulier là où ce droit est diffus et non écrit, c'est-à-dire à l'égard du droit coutumier. René-Jean Dupuy a parlé à ce propos de « fonction de révélation » de la doctrine⁸⁹.

On a dit également que le rôle de la doctrine serait de détecter « les imperfections du système juridique international et de proposer les moyens d'y remédier »⁹⁰. La doctrine serait alors un réservoir d'idées destinées à faire progresser le droit international. Par l'émission d'alertes scientifiques, la doctrine remplit alors une « fonction d'anticipation »⁹¹.

Nous suggérons que la multiplication des juridictions internationales et les défis qu'elle lance au droit international représentent une opportunité formidable pour la doctrine de se réapproprier, au-delà des fonctions susmentionnées, son statut de source auxiliaire de droit international.

La démultiplication des décisions de justice et leur complexité croissante rendent en effet absolument indispensable l'intervention d'un tiers qualifié, capable d'assurer la digestion efficace de cette masse étourdissante d'informations. Nous rejoignons Robert Jennings lorsqu'il souligne la modernité de la doctrine en tant que source auxiliaire de droit international :

the subsidiary means for the ascertainment of the law [...] are today probably of greater importance than ever before; and that it is these two sources which are most likely to bring certainty and clarity in the places

⁸⁸ Michel Virally, « À propos de la 'lex feranda' » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, 519 à la p. 520 ; Pour une analyse des difficultés pour la doctrine de trouver sa place dans le système des sources du droit international, André Oraison, *supra* note 89.

⁸⁹ René-Jean Dupuy, « La contribution de l'Académie au développement du droit international » (1973) 138 *Rec. des Cours* 45.

⁹⁰ André Oraison, *supra* note 87 à la p. 531.

⁹¹ René-Jean Dupuy, *supra* note 89 à la p. 64.

where the mass of material evidences is so large and confused, as to obscure the basic distinction between law and proposal [...].⁹²

La doctrine peut et doit être cet *appareil digestif du droit international*.

Que les « publicistes les plus qualifiés » ne s'offensent pas d'être réduits à un tube digestif... La mission est noble et ardue. Sans l'intervention d'une doctrine dynamique, le droit international deviendra véritablement et durablement illisible, submergé par lui-même. Trop de droit international pourrait tuer le droit international... C'est donc là véritablement, croyons-nous, la nouvelle *raison d'être* de la doctrine.

Il ne s'agit toutefois pas de venir contrarier la volonté explicite des États de limiter le statut de la doctrine à celui d'une source auxiliaire du droit international. Rappelons avec Manfred Lachs que

teachers are not legislators, nor lawmakers in international relations. The 'teachings' of the most highly qualified publicists of various nations are only 'subsidiary means for the determination of rules of law'. *Without them, however, the law would certainly not be what it is.*⁹³

La doctrine ne prendra jamais le pas sur les décisions politiques. Ce serait là une vision simplement utopique et irréaliste. C'est ainsi en sachant garder sa place que la doctrine gagnera en crédibilité et en efficacité. À cette condition, elle sera le catalyseur d'un droit international public plus exhaustif et plus intelligible.

Quant aux auteurs de ces quelques lignes, ainsi qu'aux contributeurs de cette chronique, ils n'appartiennent pas encore à ces « publicistes les plus qualifiés » ... Gageons toutefois qu'ils contribueront modestement à mieux comprendre le droit international et son développement juridictionnel.

⁹² Robert Y. Jennings, « What is International Law and How Do We Tell it When We See It? », 37 *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 59, dans Martti Koskenniemi, dir., *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000, 26 aux pp. 46 – 47.

⁹³ Manfred Lachs, « Teaching and Teachings of International Law » (1976) 151 *Rec. des cours* 163, à la p. 169 [Nos soulignés].