

Brice Crottet

UNE TENTATIVE DE REFORMULATION
DE LA THÉORIE DES CONTRAINTES

APPLICATION À LA QUESTION DE LA FRAGMENTATION
DU DROIT INTERNATIONAL*

La théorie réaliste de l'interprétation définit la norme comme la signification objective d'un acte de volonté de sorte que les énoncés juridiques n'auraient un sens objectif que dans la seule mesure où un interprète habilité le leur aurait donné. Une telle conception de l'interprétation soulève néanmoins de nombreuses difficultés au vu de l'indétermination et de l'indéterminabilité des normes juridiques qui en résulte. Le pouvoir interprétatif ou normatif des acteurs du système juridique se transformerait en un pouvoir arbitraire¹. Les conséquences d'une telle présentation ont été critiquées à de nombreuses reprises, qu'il s'agisse de mettre en avant leur caractère destructurant du Droit, ou encore l'impasse méthodologique qui en résulte².

La théorie des contraintes offre sur ce point, un correctif important, expliquant dans une grande mesure l'intérêt que lui ont porté les juristes et théoriciens français. La théorie des contraintes juridiques se présente comme un complément de la théorie réaliste de l'interprétation en expliquant le dilemme

* Je tiens à remercier Messieurs les Professeurs Michel Troper et Guillaume Tusseau d'avoir bien voulu lire et critiquer une première version de ce texte, mais également de m'avoir soutenu tout au long de sa rédaction, malgré leurs désaccords avec certaines analyses qui y sont présentées.

1. La théorie réaliste de l'interprétation peut ainsi avoir pour effet de nier que les interprètes expriment réellement les raisons de leurs décisions. Par exemple, la motivation des décisions juridictionnelles ne serait qu'un artifice visant à dissimuler les raisons réelles ayant guidé le processus de décision (V. par exemple Troper M., « La motivation des décisions constitutionnelles », in Forières P., Perelman Ch. (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 287-302).

2. Rials (S.), « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n°37, pp. 49-85 ; Pfersmann (O.), « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie – En réponse à Michel Troper », *R.F.D.C.*, 2002-4, pp. 759-788 ; Id., « Contre le néo-réalisme juridique – Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002-4, pp. 789-836 ; V. de manière générale, Leben (Ch.), « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in Haarscher (G.), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 215-235.

qui en résultait : malgré leur liberté, les acteurs du système « s'orientent vers un nombre restreint de solutions » en raison des contraintes juridiques résultant de la physionomie du système juridique. Elle permet en effet d'expliquer pourquoi les acteurs d'un système juridique agissent ou peuvent agir d'une manière déterminée et/ou déterminable³, malgré leur liberté relative ou maximale⁴, en raison des contraintes qui pèsent sur eux⁵. Ces contraintes seraient objectives en ce sens que la physionomie du système juridique placerait l'acteur rationnel (*homo juridicus*)⁶ dans une situation de fait face à laquelle il est contraint d'adopter un comportement déterminé (production d'une norme, d'une méta-norme, d'un concept ou d'une théorie)⁷.

Une analyse conjointe de ces théories ouvre la voie à une nouvelle compréhension des systèmes juridiques. Malgré la liberté des interprètes, ceux-ci agissent d'une manière déterminée en raison de leur position institutionnelle dans un système juridique déterminé et des contraintes qu'ils supportent à l'intérieur de celui-ci. L'*homo juridicus* est donc contraint d'agir d'une manière cohérente avec les éléments qui lui sont strictement extérieurs mais qu'il doit prendre en compte en raison de leurs significations dans le système dans lequel il évolue. La cohérence des systèmes juridiques n'est donc plus expliquée par référence à des principes ou à une représentation axiologique ou téléologique

3. Comme l'expriment M. Troper et V. Champeil-Desplats : « C'est d'une causalité faible qu'il s'agit, qui permet de comprendre *a posteriori* que certains événements se sont produits. On ne se borne pas à soutenir que si un comportement s'est produit, c'est qu'il avait des causes ; on veut rechercher lesquelles » (Champeil-Desplats V., Troper M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, p. 14). L'objet de la théorie des contraintes n'est donc pas de prévoir le comportement futur des acteurs d'un système déterminé. Mais, comme nous le verrons, il est possible d'extrapoler cette théorie de manière à fournir un modèle permettant d'anticiper un certain nombre de solutions futures.

4. Nous retenons volontairement une formulation large, les auteurs mentionnant que la théorie des contraintes reste pertinente, que l'on adhère à la théorie réaliste de l'interprétation, ou que l'on considère plus simplement que les acteurs du système disposent d'un pouvoir interprétatif (V. spéc. Champeil-Desplats V., Troper M., « Introduction », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, p. 1).

5. V. de manière générale, Champeil-Desplats V., Troper M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 11-23.

6. V. *ibid.*, p. 15. La rationalité de l'*homo juridicus* peut en soi être discutée et il est possible de renvoyer ici à la difficile détermination de ce qu'est une rationalité juridique. Nous nous contenterons, ici, de renvoyer aux notions de raison formelle et de raison pratique, sans entrer dans le débat de l'existence et/ou de la spécificité de la logique juridique.

7. Nous reprenons la typologie des contraintes en fonction de leurs effets sur le discours juridique (*ibid.*, p. 16).

du Droit, mais par le positionnement que chacun des acteurs d'un système adopte par rapport à un ensemble d'éléments juridiques (acteurs ; énoncés ; décisions ;...). La théorie des contraintes constitue donc une théorie spécifique de la cohérence des ordres juridiques⁸.

I. La théorie des contraintes comme théorie explicative de la cohérence des systèmes juridiques

La théorie des contraintes s'intéresse en tout premier lieu, non pas à la cohérence d'un ensemble d'éléments appelé système juridique, mais bien au comportement d'un acteur de celui-ci pour apprécier les causes explicatives de sa décision, elle-même jugée rationnelle et cohérente. La théorie des contraintes n'envisage donc pas directement l'ensemble, mais seulement les relations qu'entretiennent le système et un de ses acteurs.

En ce sens, la théorie des contraintes repose nécessairement sur une conception particulière des notions d'ordre juridique ou de système, bien que cette conception ne soit pas explicitée en soi. Tout au plus est-il possible de déduire de la présentation de la théorie des contraintes que le système ou l'ordre considéré ne s'impose pas en soi à ses acteurs comme une vérité immanente du droit. Dans cette perspective, le système juridique est une représentation conceptuelle permettant d'ordonner rationnellement les données objectives que l'acteur peut observer.

En retour, la théorie des contraintes n'explique pas non plus la nécessité de disposer d'un référent d'observation. En effet, si chaque acteur d'un système est libre de prendre une décision juridique, c'est-à-dire, jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'interprétation, et est placé dans une situation de fait différente des autres acteurs du système, alors, la théorie des contraintes ne peut simultanément expliquer le comportement adopté par plusieurs acteurs. Dit autrement, la théorie des contraintes suppose d'identifier en premier lieu l'acteur dont le

8. Si cet apport de la théorie des contraintes apparaît en filigrane dans son exposé explicatif, il est possible de trouver dans un écrit antérieur de Michel Troper une version plus convaincante de celle-ci (Troper M., « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in Pfersmann O., Timsit G. (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation – Journée d'étude internationale du 14 juin 1999*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 35-48). Dans cet article, Michel Troper relie de manière explicite contraintes juridiques et cohérence du droit (V. spéc., *ibid.*, p. 48). Tout au long de cet exposé, nous nous référons d'ailleurs à cet article pour montrer certains aspects de la théorie des contraintes qui ne sont qu'implicitement ou très faiblement présents dans l'exposé explicatif de celle-ci.

comportement est analysé et d'apprécier ses relations avec les autres acteurs et leurs propres comportements⁹.

La portée explicative de la théorie des contraintes est donc, tout à la fois, limitée et nouvelle. Elle récusé, nécessairement, toute tentative de fonder un système ou ordre juridique sur une représentation exclusive des valeurs ou des buts, mais n'offre sur ce point, aucune justification alternative. Elle fournit une nouvelle explication à la cohérence des systèmes juridiques fondée sur une représentation de la rationalité de leurs acteurs. Pourtant, comme toute théorie de la cohérence, elle repose également sur une forme de circularité du raisonnement.

Toute théorie de la cohérence des ordres ou systèmes juridiques repose en effet sur un concept de « cohérence » lui-même ambigu : il peut désigner, soit l'absence de contradictions formelles (cohérence formelle), soit l'absence d'incompatibilité aux préférences et valeurs des acteurs d'un système juridique (cohérence substantielle).

La cohérence formelle est une exigence logique fondamentale dans la théorie des systèmes, mais également un critère permettant d'apprécier un raisonnement ou une théorie. Néanmoins, elle présuppose, pour être pleinement opératoire en droit, une certaine forme d'interprétation de manière à déterminer si une contradiction existe ou non. La cohérence substantielle suppose, quant à elle, d'identifier la valeur, le but ou la préférence qui permette d'apprécier si les deux éléments analysés sont mus par une relation de compatibilité ou non¹⁰.

9. Il ne s'agit pas d'une exigence explicite de la théorie des contraintes. Pourtant, parmi les contributions illustratives de celle-ci, toutes se réfèrent implicitement à un référent d'analyse : Véronique Champeil-Desplats analyse ainsi la position spécifique du Conseil d'Etat (Champeil-Desplats V., « L'arrêt *Koné*, produit et sources de contraintes », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 53 et s.) ; Arnaud Le Pillouer, à l'Assemblée nationale constituante de 1789 (Le Pillouer A., « De quelques contraintes de l'Assemblée nationale constituante », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 63 et s.) ; Pierre Brunet, à la justification proposée par le Corps législatif pour reconnaître sa compétence décrétole (Brunet P., « Du général au particulier des contraintes de la représentation – Sur la distinction des lois et des décrets et sa justification », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 79 et s.) ; etc.

10. V. sur ce point, Alexy R., Peczenik A., « The Concept of Coherence and its significance for discursive rationality », *Ratio Juris*, 1990-1/suppl., pp. 131 et s. ; V. également les variations du concept de cohérence suivant l'objet auquel il s'applique, dans Hage (J.), « Law and Coherence », *Ratio Juris*, 2004-1, pp. 87-105. L'idée de cohérence en droit semble néanmoins première, comme l'explique par ailleurs l'intérêt que lui portent des auteurs comme Dworkin (à travers la notion d'*integrity*) ou encore Neil MacCormick (V. respectivement, Dworkin R., *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, pp. 247 et s. ; MacCormick N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, P.U.F., 1996, 322 p., et spéc., pp. 126 et s. ; et sur une discussion des différentes représentations de la cohérence en droit, Schiavello A., « On "Coherence" and "Law" : an analysis of different models », *Ratio Juris*, 2001-2, p. 236).

Il ressort de cette présentation schématique que l'argument de cohérence substantielle dispose d'une certaine force en raison de son acceptation large comme règle logique fondamentale, mais également d'une certaine pauvreté dans la mesure où, en l'absence d'un processus d'identification des valeurs, objectifs et préférences, elle dissimule certains présupposés à l'origine du jugement porté sur les relations entre deux éléments d'un même système. Même si une décision est présentée comme cohérente par rapport à un référent axiologique – comme un principe –, cela ne permet pas de déterminer la signification de celui-ci. Plusieurs acteurs peuvent donc prendre des décisions qui peuvent être présentées comme « cohérentes » alors même qu'ils auraient des conceptions différentes du même principe. La puissance de l'argument de cohérence substantielle n'a ici d'égal que ce qu'il occulte : les présupposés axiologiques du raisonnement servent tout à la fois de fondement et de justification au raisonnement et à la solution finalement adoptée. Dit autrement, la cohérence substantielle offre toujours un argument puissant pour justifier un raisonnement qui dissimule en réalité sa propre circularité et n'éclaire pas ses présupposés, ceux-ci étant présentés d'une manière unitaire et fondée sur une justification de second ordre.

La théorie des contraintes se distingue de ces théories en ce que la cohérence dont il est question cesse d'être un paradigme du système pour devenir un *paradigme des acteurs de ce système*. En effet, la théorie des contraintes suppose que les acteurs du système soient confrontés, dans leurs choix, aux données objectives du système qui déterminent causalement – au sens faible¹¹ – les comportements qu'ils peuvent adopter.

Si ces acteurs peuvent ne pas agir rationnellement, leur comportement rationnel est d'opérer un certain nombre de choix d'une manière que leurs décisions s'intègrent à l'ensemble préexistant et soit, de la sorte, cohérent. La théorie des contraintes fournit donc une explication des *choix rationnels* des acteurs en raison de la *rationalité* qui en est attendue¹². La théorie des contraintes est donc affectée par une même circularité du raisonnement à la différence qu'elle n'est pas fondée sur une quelconque représentation du système juridique, mais sur une représentation de la rationalité des acteurs de celui-ci.

11. V. Champeil-Desplats V., Troper M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, p. 14.

12. Eric Millard exprime implicitement une telle critique dans sa comparaison entre le réalisme à l'œuvre dans la théorie des contraintes et le réalisme scandinave. Il explique ainsi que les réalistes scandinaves refuseraient probablement cette rationalité de l'acteur en ce que cette rationalité n'est qu'une modélisation (V. Millard E., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, p. 152). Cette modélisation est à l'origine même de la circularité que nous dénonçons puisque son abstraction permet d'éviter toute confrontation avec le comportement rationnel que les acteurs réels du système adoptent.

Malgré cette circularité du raisonnement, cette représentation reste particulièrement intéressante. L'*homo juridicus* désigne ici un acteur habilité du système, qui cherche à défendre ou même étendre sa propre sphère de compétence et préserver son existence institutionnelle en fournissant des justifications acceptables de ses choix et décisions au regard des positions institutionnelles et des décisions des autres acteurs habilités du système¹³.

Ce concept d'*homo juridicus* éclaire les présupposés réalistes à l'origine de la théorie des contraintes, mais laisse également place à deux types de considérations distinctes qui sont le signe d'une évolution de la conception réaliste ici à l'œuvre : des considérations fondant ainsi ce qu'il convient d'appeler une conception institutionnaliste du droit ; des considérations liées aux formes de justification en droit révélant une conception stratégique de l'argumentation en droit¹⁴. Ces deux nouveaux points éclairent finalement l'intérêt et la portée que peut revêtir la théorie des contraintes pour les juristes, et non plus seulement pour les seuls théoriciens du droit.

II. Considérations sur la portée analytique d'une théorie « stratégique » des contraintes

La théorie des contraintes a été originellement présentée comme une théorie explicative des comportements passés des acteurs, et non comme un outil permettant de prévoir le comportement futur des acteurs – celle-ci paraissant dès lors d'un intérêt limité¹⁵. Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats reconnaissent néanmoins que le concept d'*homo juridicus* ouvre la voie à un versant stratégique de la théorie des contraintes.

13. V. Champeil-Desplats V., Troper M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 15-16.

14. Si ces aspects ne semblent qu'indirectement présents dans le livre exposant la théorie des contraintes (à l'exception, peut-être, de l'introduction de V. Champeil-Desplats et de M. Troper, où les deux auteurs exposent d'une manière plus nette le lien entre cette théorie et la justification en droit ; V. l'introduction, in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*), tel n'est pas le cas dans l'article antérieur, et précité, de M. Troper (V. Troper (M.), « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in Pfersmann O., Timsit G. (Dir.), *op. cit.*, pp. 35-48) : M. Troper souligne en effet, d'une part, le poids de l'argumentation dans de telles contraintes, mais également l'aspect formel, voire institutionnel que revêt une telle présentation.

15. V. également les critiques dans Millard E., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 153-154 ; et Pfersmann O., « Critique de la théorie des « contraintes juridiques » », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 124-126.

Ils estiment ainsi que l'*homo juridicus* opère des choix d'une manière déterminée, à savoir qu'il a une « propension » à défendre, sauvegarder sa propre sphère de compétence « en fournissant des justifications institutionnellement acceptables de ses choix »¹⁶. Les deux auteurs précisent ensuite, en note de bas de page : « Il reste que, sauf à adopter une conception large de la stratégie, les contraintes ne se manifestent pas toujours dans un contexte stratégique. Il peut en effet exister des cas où un acteur a été contraint d'adopter telle solution ou tel comportement alors qu'il ne recherchait aucune fin précise. Autrement dit, le rapport de moyen à fin que présuppose toute stratégie est absent »¹⁷.

Cette présentation n'est pourtant pas convaincante : il est possible de considérer qu'existe une contradiction entre la caractérisation proposée de l'*homo juridicus* et les précisions apportées en note de bas de page. En effet, le concept d'*homo juridicus* est défini par le but recherché, au-delà de toute considération juridique, par les acteurs habilités du système. Donc, à tout le moins, tout acteur habilité doit nécessairement justifier sa propre position institutionnelle, c'est-à-dire la pleine réalisation de l'objet et du but que lui assigne un énoncé juridique qu'il interprète. Toute justification de sa part poursuit donc une fin, même si cette fin minimale consiste à la pleine mise en œuvre de ses compétences¹⁸.

En minimisant ainsi le versant stratégique de la théorie des contraintes, ses auteurs n'explicitent pas comment la justification en droit est nécessairement affectée par la structure institutionnelle de l'ordre juridique de référence, ni même comment l'interprétation, par un acteur considéré, de son propre énoncé habilitant interagit avec les choix acceptables que les autres acteurs peuvent justifier dans l'interprétation de leurs propres habilitations. Dit autrement, minimiser le versant stratégique de la théorie des contraintes a pour effet de

16. Champeil-Desplats V., Troper M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 15-16.

17. *Ibid.*, p. 15, note de bas de page 2.

18. Le débat se déplace dès lors sur le sens de la « stratégie ». Il est possible de retenir une notion neutre de stratégie, comme l'y invite d'ailleurs les auteurs de la théorie des contraintes : la stratégie doit se comprendre comme une rationalisation des moyens utilisés afin de réaliser un objectif conforme à la conception retenue de son propre but, quelle que soit la manière de le définir ou les critères employés. La stratégie suppose par conséquent que les choix opérés le sont conformément à un ensemble d'éléments, à la fois intériorisés (le but de l'acteur et les règles du jeu telles que ce dernier les interprète), et externes (les autres acteurs et leurs propres interprétations de ces règles). La notion de stratégie semble certes appauvrie, mais elle rend compte également de la dimension de jeu, comme l'y invite M. Troper et V. Champeil-Desplats en reprenant implicitement la distinction entre *game* et *play*. V. sur cette distinction, les écrits de F. Ost et M. Van der Kerchove, et en particulier, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 ; et *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, et spéc. pp. 125 et s.

passer sous silence l'intérêt de cette conception institutionnaliste dans l'appréciation du processus de justification et d'argumentation en droit¹⁹.

En révélant le versant stratégique de la théorie des contraintes, il est dès lors possible de concevoir une théorie « réaliste » en mesure d'apporter une méthode d'analyse et de compréhension du comportement des acteurs juridiques d'un système (A). Une telle théorie stratégique de l'argumentation en Droit peut ainsi fournir un cadre conceptuel pertinent pour appréhender certaines controverses actuelles : certains de ses développements seront ainsi confrontés à la problématique de la « fragmentation du droit international » (B).

A. Présentation d'une théorie stratégique de l'argumentation en Droit :

Un acteur d'un système (acteur-référent) exerce, dans ce cadre, une activité créatrice en opérant des choix entre différents sens possibles des énoncés juridiques à l'aide de choix entre différentes méthodes interprétatives, toutes admissibles en soi. Cette activité interprétative est néanmoins déterminée par l'interprétation que l'acteur retient de l'énoncé qui l'habilite, elle-même fonction d'une conception de sa fonction et des moyens dont il dispose pour la réaliser.

Pourtant, dans la mesure où les énoncés juridiques qu'il applique appartiennent à un système juridique, processus dépendant de l'interprétation retenue des critères de validité des normes, l'interprétation de l'énoncé habilitant est également déterminée par la conception ainsi retenue du système juridique, normatif et institutionnel, dont l'acteur est un organe d'application. En ce sens, la position institutionnelle des autres acteurs est une donnée objective qui opère une certaine forme de contrainte sur la liberté d'interprétation dont dispose l'acteur-référent.

Cette position institutionnelle n'est pourtant pas connaissable en soi, et ressort nécessairement d'une opération d'interprétation des énoncés habilitant chacun des acteurs concurrents. La position institutionnelle des autres acteurs est donc contingente, d'une part, à l'interprétation qu'ils retiennent eux-mêmes de leurs propres énoncés habilitant, et, d'autre part, de l'interprétation que l'acteur-référent retient de ces énoncés. Cette contingence de la

19. Ou du moins minore-t-elle dès lors la place du processus argumentatif en droit et son influence sur les relations entre les différents acteurs du système. Le lien entre la théorie des contraintes et l'argumentation en droit est pourtant présentée, dans certains écrits, comme fondamental (V. en particulier, Troper M., « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in Pfersmann O., Timsit G. (Dir.), *op. cit.*, pp. 35-48).

position institutionnelle des autres acteurs ouvre la voie à des représentations concurrentes des finalités et valeurs que poursuit le droit, mais également des objectifs de chacun des acteurs et de leurs moyens respectifs. Cette concurrence ne signifie pas, en revanche, qu'existe, en droit positif, des incohérences interprétatives ou axiologiques de sorte que le système cesserait d'être (re) présenté comme cohérent et complet²⁰. Il est, sur ce point, nécessaire d'apprécier comment chacun des acteurs peut avoir connaissance des interprétations que retiennent les autres acteurs du système, tant de leurs habilitations que des règles juridiques primaires.

Chaque acteur perçoit en effet les interprétations des acteurs concurrents à travers la publicité des actes et l'exigence de motivation. La distinction entre « *Norm als Gedank* » et « *Norm als Realität* »²¹ permet de comprendre que les acteurs d'un même système mettent en œuvre deux processus intellectuels distincts dans l'application des règles de droit et l'interprétation de leurs habilitations. La notion de *Norm als Gedank* rend compte ici du processus interprétatif – et libre – des énoncés dont on cherche à déterminer la signification en droit. En revanche, la réception des interprétations retenues par les acteurs concurrents permet de considérer qu'existe une signification objective d'un acte de volonté résultant, non pas d'une opération intellectuelle attribuable à l'acteur-référent, mais qu'il reçoit en ce qu'il est une précision sur le sens conféré à un énoncé par un autre acteur.

En revanche, cette réception de la norme, en tant que réalité qui s'impose à l'acteur-référent, est évidemment indépendante de la volonté originelle de l'autre acteur²². Cette connaissance n'est possible qu'à travers la motivation retenue pour justifier l'existence d'un seul sens, conforme au droit, attribué à

20. Cohérence, complétude et décidabilité ne sont pas autre chose, dans cette perspective, que des paradigmes que les acteurs du système suivent rationnellement, à moins de juger qu'ils appartiennent à un système juridique voué à disparaître ou dépendant.

21. Nous reprenons ici une partie des explications fournies par Ch. Grzegorzcyk, dans « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in Champeil-Desplats V., Grzegorzcyk Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 31-33.

22. Elle ne peut, d'ailleurs, jamais être connue. V. sur ce point les discussions relatives à la notion de volonté rationnelle du législateur et son poids argumentatif important : Nowak L., « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique », in Perelman Ch. (dir.), *Études de logique juridique – Contribution polonaise à la théorie du droit et à l'interprétation juridique*, Bruxelles, Bruylant, vol. III, 1969, p. 83 ; Ost F., « L'interprétation logique et systémique et le postulat de rationalité du législateur », in Van Der Kerchove M. (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1978, pp. 115 et s. ; Bobbio N., « Le bon législateur », in Hubien H. (éd.), *Le raisonnement juridique – Legal Reasoning – Die Juridische Argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 243-249 ; Ziembinski Z., « La notion de rationalité du législateur », *A.P.D.*, 1978, pp. 175-187, et spéc., p. 175.

un énoncé. Cette considération ne permet pas d'exclure que d'autres raisons aient pu gouverner le processus de décision, mais, en tant que seul élément objectivement vérifiable, toute autre raison ne peut être que supposée, et non prouvée. Il faut donc présumer, en retour, que la motivation contient l'ensemble des éléments ayant gouverné l'adoption de l'acte²³.

La motivation des actes juridiques est donc le seul élément permettant à l'acteur-référent d'apprécier, premièrement, le sens conféré à une règle de droit par un autre acteur ; deuxièmement, la conception retenue par le second acteur de sa propre habilitation ; et enfin, la représentation axiologique que ce dernier retient du système juridique auquel l'acteur-référent et lui-même appartiennent. Les deux derniers éléments ne sont pourtant pas connaissables en soi et dépendent de la forme retenue de la motivation. En revanche, le processus d'argumentation que contient la motivation, aussi courte soit-elle, permet de percevoir et/ou de comprendre la conception retenue par son auteur de sa propre norme d'habilitation et de la représentation du système sur lequel elle repose : les techniques et méthodes juridictionnelles/argumentatives/interprétatives, les concepts utilisés et les méta-normes sur lesquelles repose l'argumentation sont autant d'éléments analytiquement pertinents pour ces représentations.

L'acteur-référent est donc placé dans une situation de liberté institutionnelle limitée par l'appréciation et l'analyse qu'il porte sur les méthodes interprétatives, argumentatives, les concepts et les interprétations retenus par les autres acteurs de sorte que sa propre argumentation doit rendre compte de ces discours – de leur forme et de leur substance – pour préserver la cohérence du système juridique.

Néanmoins, cette contrainte première ne provient pas, en tant que telle, des données du système – en tant que représentation d'éléments objectifs –, mais d'un impératif rationnel²⁴. En effet, le système juridique cesse d'être un élément objectif qui s'impose à l'acteur-référent pour devenir une représentation de sa propre position institutionnelle par rapport aux autres acteurs, ainsi que des moyens dont il dispose pour réaliser les finalités, axiologiques ou politiques, attachées au Droit. Chacun des acteurs met donc en œuvre sa propre représentation du système – mais pas forcément contraire aux représentations des autres acteurs – qui, au-delà de ses spécificités, suppose de le tenir pour cohérent.

La cohérence, autant formelle que substantielle, du système est donc un paradigme des acteurs du système en cela qu'elle se présente comme un impératif logique de tout processus intellectuel en droit, mais elle ne permet pas de déterminer les valeurs et buts défendus par le Droit. La reconnaissance d'un tel paradigme des acteurs du système permet de comprendre le poids argumentatif

23. V. *supra*, note 1.

24. V. *supra* note 20.

attaché à la cohérence, malgré – ou en raison de – ses ambiguïtés : si la cohérence s'exprime comme une donnée imposée à l'acteur, il s'agit également d'une ressource argumentative considérable pour faire valoir sa propre conception du système juridique, à savoir pour réaliser ses propres finalités.

Cette théorie stratégique de l'argumentation en droit repose sur un certain nombre de présupposés communs à la théorie réaliste de l'interprétation (liberté de l'interprète ; interprétation comme acte de volonté ; indéterminabilité *a priori* du sens des énoncés juridiques) et semble aboutir à des conclusions comparables à la théorie des contraintes. Plusieurs différences notables doivent néanmoins être soulignées.

Elle permet de placer la motivation au cœur du processus discursif entre les différents acteurs du système, bien que la motivation soit elle-même soumise à un travail interprétatif. En ce sens, elle refuse tout présupposé relatif à la motivation, reconnaissant ainsi que l'argumentation et la justification doivent être au cœur de l'analyse du discours d'un acteur du système, pris isolément ou dans ses relations avec les discours des autres acteurs de celui-ci²⁵.

Elle insiste sur la relativité de ce processus discursif en raison des choix politiques ou axiologiques qui gouvernent l'interprétation, tant des règles de droit primaires, que des énoncés habilitants. Ces choix, en particulier les choix axiologiques, deviennent, dès lors, un objet premier de l'analyse du droit positif, bien qu'indirectement. En effet, si les droits positifs sont déterminés en partie par une représentation axiologique de la société, ces valeurs ne peuvent être connues qu'à travers l'analyse des formes et méthodes argumentatives employées dans leurs discours par chacun des acteurs²⁶. Les valeurs ne sont donc pertinentes que dans la seule mesure où elles sont un élément des discours des acteurs habilités du système²⁷.

Elle impose également, dans l'analyse des droits positifs, de choisir et de déterminer le référent d'analyse, à savoir un acteur considéré, pour apprécier sa représentation du système juridique et ses choix axiologiques et politiques tels qu'ils ressortent de son discours justificateur, et, enfin, d'apprécier les relations entre les différents acteurs au vu de ces éléments. Le système juridique cesse

25. *Comp.* avec Troper M., « La motivation des décisions constitutionnelles », in Foriers P., Perelman Ch. (dir.), *op. cit.*, pp. 287-302.

26. V. également, pour une telle perspective : MacCormick N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996, 322 p.

27. Sur la nécessité de considérer le droit dans ses relations avec la Justice, malgré les difficultés méthodologiques qui en résulte, V. Leben Ch., « Le droit, quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, 1990, n°11, pp. 35-40 ; Leben Ch., « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in Haarscher G., *op. cit.*, pp. 215-235.

donc d'être posé comme un ensemble cohérent et objectif pour être considéré comme une représentation cohérente que chaque acteur retient au vu de sa propre position institutionnelle et de la position institutionnelle concurrente des autres acteurs.

Cette approche stratégique des discours des acteurs du système ouvre ainsi la voie à une appréciation des prétentions concurrentes des différents acteurs sans néanmoins porter de jugement de valeur sur leurs motivations. Elle permet également d'apprécier les divergences axiologiques et politiques au sein d'un même système. La dimension stratégique de la méthode proposée offre ainsi un outil d'analyse, non plus seulement du comportement passé des acteurs, mais également de leurs décisions ou justifications futures.

B) L'apport de cette théorie stratégique de l'argumentation à l'analyse du droit positif : l'exemple de la « fragmentation du droit international »

La portée méthodologique de cette présentation théorique doit néanmoins être illustrée de manière à en apprécier l'utilité pour l'analyse des droits positifs. Plusieurs controverses juridictionnelles et doctrinales peuvent être citées à l'appui de la méthode proposée. Le droit international offre, sur ce point, un terrain favorable à l'emploi de la méthode proposée.

Depuis plusieurs années, la doctrine s'interroge en effet sur l'unité et, inversement, sur la fragmentation du droit international²⁸ : l'ordre juridique

28. Les thèmes des conflits en droit international ou de l'unité de l'ordre juridique international ont donné naissance à de nombreux ouvrages et travaux, sans qu'il soit possible d'en dresser une liste exhaustive (de nombreuses références sont mentionnées dans les notes qui suivent). Il convient, à ce titre, de distinguer plusieurs types de travaux sur la question.

Une première série de travaux traitent d'une manière indirecte de la fragmentation du droit international. Ces derniers font de la fragmentation du droit international, un véritable danger qui pèse sur la cohérence du droit international, et, plus généralement sur le respect d'une certaine hiérarchie des valeurs en son sein. La fragmentation du droit international ressort davantage d'un ressenti que d'une démonstration et sert de cadre général pour l'analyse d'un ou plusieurs régimes spécifiques de droit international. V. spéc., pour une critique de telles analyses : Koskenniemi M., Leino P., « Fragmentation of international Law ? Postmodern Anxieties », *L.J.I.L.*, 2002, pp. 554-579; Dupuy P.-M., « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », in Huesa Vinaixa R., Wellens K. (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. V-XXII.

Une deuxième série de travaux traitent en revanche la fragmentation, à la fois d'une manière directe et d'un point de vue théorique. Sur ce point, il convient de se référer aux analyses très fines menées par M. Koskenniemi sur cette question, et en particulier sa dénonciation du débat tel qu'il est posé : Koskenniemi M., « International Law : Between Fragmentation and Constitutionalism », Canberra

international ne bénéficie pas, en effet, d'une centralisation institutionnelle telle qu'elle permette d'apprécier de manière unitaire les prétentions de ses différents acteurs. La multiplication des juridictions internationales et des organes d'application du droit *lato sensu* met en doute la possibilité de reconnaître une certaine cohérence au système juridique international, voire renforce le risque d'interprétations contradictoires et/ou incompatibles des normes juridiques. Plusieurs analyses ont été proposées de cet éclatement institutionnel et de ses conséquences normatives :

1) Les premières prennent appui sur un concept spécifique d'ordre juridique. L'existence d'un ordre juridique international suppose une unité qui doit être recherchée à travers deux séries d'éléments : les uns qui participent à consacrer une unité formelle (critères d'identification et de validité des normes juridiques internationales), les autres participants à son unité matérielle (principes et valeurs fondamentaux du droit international). Cette analyse présuppose ainsi une cohérence nécessaire de l'ordre juridique international à travers deux séries d'éléments qui permettent aux acteurs de la préserver²⁹. Cette présentation traditionnelle est néanmoins décevante en ce qu'elle part d'une conception unitaire de la notion d'ordre juridique pour analyser les éléments de celui-ci, sans néanmoins, ni les remettre en cause, ni pousser l'analyse au-delà de ces deux aspects. Il est posé par hypothèse que l'ordre juridique international est unitaire, et donc cohérent, mais aucune analyse des risques de conflits (institutionnels ou normatifs) n'est proposée.

Lecture, 27 novembre 2006, <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MCAnberra-06c.pdf> (dernière visite le 28 mars 2012), 18 p. ; Koskenniemi M., « The Fate of Public International Law : Between Technique and Politics », *Modern Law Review*, 2007, vol.70, n°1, pp. 1-30 ; Koskenniemi M., Leino P., « Fragmentation of international Law ? Postmodern Anxieties », *L.J.I.L.*, 2002, pp. 554-579 ; Koskenniemi M., « Global Legal Pluralism : Multiple regimes and multiple modes of thought », Harvard Presentation on global legal pluralism, 5 mars 2005, <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf> (dernière visite le 28 mars 2012), 21 p. enfin, pour les travaux de la CDI présidés par M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682.

29. V. spéc., pour une telle approche, Dupuy P.-M., « Le maintien ou la disparition de l'unité du système juridique international », in Ben Achour R., Laghmani S. (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Paris, Pedone, 1997, pp. 17-54 ; Id., « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, vol. 297. V. également les nuances apportées par l'auteur dans Id., « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », in Huesa Vinaixa R., Wellens K. (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. V-XXII.

2) Les deuxièmes constatent le danger de conflits normatifs et institutionnels résultant de la structure même du droit international. De manière générale, ces présentations peuvent être qualifiées de « conflictualistes » dans la mesure où elles préjugent de l'imminence de conflits normatifs et institutionnels de manière à présenter une conception particulière de la structure que devrait avoir l'ordre juridique international ou les valeurs qu'il devrait défendre³⁰. En l'absence d'unité institutionnelle, l'unité normative du système pourrait être mise en péril en raison du risque de conflits normatifs, c'est-à-dire, d'incohérence dans l'interprétation des règles juridiques internationales. Deux dangers distincts peuvent ainsi être perçus :

a) l'existence d'une antinomie ou d'une contradiction entre deux règles de telle sorte qu'un sujet de droit international soit placé dans une situation telle qu'il ne peut respecter une des deux normes sans en violer l'autre³¹.

b) l'existence d'une même règle de droit international qui pourrait faire l'objet d'interprétations concurrentes par deux organes d'application du droit international de sorte qu'un sujet de droit pourrait ne pas connaître le comportement qu'il est censé devoir adopter³².

Les auteurs qui défendent une telle position estiment nécessaire de trouver, dans les règles, principes et concepts de droit international, des moyens de résoudre ces conflits. Leur résolution devrait prendre, selon ces présentations, trois formes distinctes :

i) *La recherche d'une cohérence axiologique du droit international* : la première consiste à employer certains concepts (*jus cogens* ; obligations *erga omnes* ; primauté conférée aux droits de l'homme ; principes généraux) de manière à forger une unité axiologique et/ou téléologique du droit international ;

ii) *La recherche d'une cohérence institutionnelle du système juridique international* : la deuxième permet, au terme d'une certaine conception de la légitimité

30. Pour une telle approche « conflictualiste » en droit international, et plus spécialement en droit de l'OMC, V. Pauwelyn J., *Conflict of Norms in Public International Law: How the WTO Law relates to other rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 554 p.

31. Il s'agit ici de l'hypothèse classique de l'antinomie en droit. V., de manière générale, Perelman Ch. (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, 404 p. ; et Bobbio N., *La teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turin, 1960.

32. Ce danger est, quant à lui, spécifique au droit international et doit être rattaché au mouvement de juridictionnalisation du droit international. Sur ce thème, V. S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, 545 p.

des organes d'application du droit international, de conférer une primauté institutionnelle à certains plutôt qu'à d'autres³³.

iii) *La recherche d'une cohérence normative du système juridique international* : cette troisième forme vise à résoudre tout conflit entre normes de droit international, soit en favorisant une interprétation conciliatrice (article 31.3.c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités), soit en précisant la hiérarchie normative à l'œuvre dans l'ordre juridique international (*jus cogens* ; obligations *erga omnes* ; etc...) et les règles existantes de résolutions des conflits.

Il ne s'agit évidemment que d'une schématisation rudimentaire des différentes positions adoptées sur la fragmentation du droit international : des considérations téléologiques et axiologiques permettent de justifier la primauté conférée à un acteur du système plutôt qu'à un autre – comme l'implique, d'ailleurs tout jugement sur la légitimité des acteurs et organes –, ou encore intervenir dans la résolution des conflits normatifs – l'interprétation en droit faisant nécessairement intervenir des justifications de second ordre³⁴.

Ces considérations axiologiques ou téléologiques ne sont pourtant pas expliquées, mais posées, sans qu'une analyse de la justification proposée par les acteurs ne vienne étayer les jugements sur la nécessité de disposer de ces outils pour retrouver la cohérence et l'unité de l'ordre juridique international³⁵. De manière générale, ces présentations présupposent l'existence de conflits normatifs et institutionnels sans néanmoins analyser les conditions nécessaires à leur identification³⁶. La théorie stratégique de l'argumentation en droit propose, ici,

33. Il convient, en particulier, de noter les propositions faites pour créer une hiérarchie juridictionnelle permettant à la CIJ de connaître de demandes préjudicielles de la part d'autres juridictions internationales. V. en particulier, sur ce point, les propositions de Guillaume G., « The Future of International Judicial Institutions », *I.C.L.Q.*, 1995-4, pp. 848-862. ; Id., « L'Organisation des Nations Unies et ses juges », *Pouvoirs*, 2004, vol.109, pp. 89-102 ; *contra* Higgins R., « The ICJ, the ECJ, and the integrity of the international law », *I.C.L.Q.*, 2002-1, pp. 1-20 ; Id., « A Babel of Judicial Voices ? Ruminations from the Bench », *I.C.L.Q.*, 2006-4, pp. 791-804.

34. V. également, pour une dénonciation d'une telle attitude, *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 480.

35. De manière générale, rare sont les auteurs qui envisagent les questions de conflits normatifs en rapport avec les positions institutionnelles des acteurs considérés. V. néanmoins, en ce sens, Vranes E., « Jurisdiction and Applicable Law in WTO Dispute Settlement », *G.Y.B.I.L.*, 2005, pp. 265-289 ; V. également *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 410s.

36. V. néanmoins, bien que son approche puisse paraître critiquable, Vranes E., « The definition of « Norm conflict » in International Law and legal theory », *EJIL*, 2006-2, pp. 395-418 ; V. également,

de renverser cette position. Elle suppose tout d'abord de considérer l'hypothèse d'un conflit normatif, puis de le distinguer des conflits institutionnels :

1) *Contradictions, contrariétés normatives, et interprétation des énoncés juridiques* : L'existence d'un conflit normatif entre deux règles de droit suppose en effet que chacune des règles soient interprétées d'une telle manière qu'elles apparaissent contradictoires. Cette opération est donc, en tout premier lieu, le fait des acteurs du système de référence qui, pour constater une telle antinomie, doivent justifier l'interprétation strictement contraire de chacune des règles³⁷. Ce constat d'antinomie peut être finaliste dans la mesure où l'acteur justifie ainsi l'existence d'une contradiction et, ainsi, la mise en œuvre d'une règle de résolution des conflits de normes³⁸. Cette entreprise de justification est donc déterminée par la nécessité de faire prévaloir une règle sur l'autre, elle-même justifiée par une interprétation de la seconde règle.

2) *Contradictions, contrariétés interprétatives et conflits institutionnels* : Cette justification présente pourtant un coût important pour l'acteur-référent³⁹.

Kammerhofer J., « Unearthing structural uncertainty through neo-Kelsenian consistency: Conflicts of norms in international law », in www.esil-sedi.org/english/pdf/kammerhofer.pdf. De la même manière, le Rapport adopté par la CDI sur ses conclusions relatives à la fragmentation du droit international, révèle une réflexion intéressante sur la notion de conflit : V. ainsi, *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 21-26.

37. V. sur la notion d'antinomie, Bobbio N., « Des critères pour résoudre les antinomies », in Bobbio N., *Essais de théorie du droit*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 1998, pp. 89-103, également disp. in Perelman Ch. (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965 ; sur la distinction entre les rapports de contradictions et les rapports de contrariété entre deux règles, Bobbio N., *La teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turin, 1960. V. enfin, pour une conclusion sur ce point en droit international, *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 412.

38. En effet, seule une interprétation constatant une contradiction permet de mettre en œuvre les règles de résolution des antinomies, même si cette mise en œuvre peut conduire à des lacunes de second ordre, c'est-à-dire des hypothèses où l'application des règles de résolution des antinomies ne permet pas de mettre fin à cette contradiction en raison d'une contradiction seconde entre les règles de résolution des antinomies. V. Bobbio N., *La teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turin, 1960 ; Bobbio N., « Des critères pour résoudre les antinomies », in Bobbio N., *Essais de théorie du droit*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 1998, pp. 100 et s.

39. V. sur la notion de coût et son utilité pour comprendre la théorie des contraintes, Elster J., « Droit et causalité », in Champeil-Desplats V., Grzegorzczak Ch., Troper M., *op. cit.*, pp. 117-121 ; V. également sur les notions de conflit dans la métaphore du jeu appliqué au droit, Ost F., Van der Kerchove M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, pp. 139 et s.

En effet, les acteurs d'un système déterminé ne peuvent exclusivement agir d'une manière à révéler des conflits normatifs, sauf à considérer que le système normatif dispose d'une structure suffisamment hiérarchisée pour permettre de les résoudre sans conséquences dommageables pour celle-ci. La justification d'une hypothèse de contradiction s'avère d'autant plus difficile que l'acteur dispose d'un vaste choix entre différents sens possibles d'une même règle et qu'il sera souvent possible de concilier les deux règles à travers des choix interprétatifs raisonnables. L'acteur a donc intérêt, dans un certain nombre de cas, à justifier l'existence d'une contrariété qu'il résout à l'aide d'une interprétation conciliatrice des deux règles, plutôt qu'à constater une simple et pure contradiction, à moins de vouloir, dans ce cas, affirmer sa propre autorité et ouvrir potentiellement la voie à un conflit institutionnel⁴⁰.

3) *Les conflits institutionnels et les coûts d'un conflit normatif* : Un conflit institutionnel est visible lorsque plusieurs acteurs d'un même système retiennent des interprétations différentes et contraires d'une même règle de droit, chacune ayant des incidences sur les moyens mis en œuvre par chacun de ces acteurs pour réaliser leurs propres fonctions dans ce système. Le coût d'un conflit normatif dépend néanmoins de la structure même du système juridique, tel qu'il ressort de l'interprétation retenue des différents acteurs de celui-ci.

Le coût d'un conflit normatif s'exprime ainsi de manière particulière en droit international, en raison de sa structure institutionnelle et normative largement décentralisée. Le droit international ne dispose pas de règles de résolution des antinomies comparables à celles qui se présentent traditionnellement en droit interne en ce sens qu'elles trouveraient appui dans une hiérarchisation institutionnelle et normative⁴¹ : l'absence de hiérarchie des sources se conjugue ici à l'absence de hiérarchie institutionnelle pour conférer au droit international un aspect apparemment rudimentaire⁴². Les discussions sur la fragmentation

40. V. également *infra* sur les techniques d'évitement des conflits institutionnels apparents. Le choix, par un acteur, de révéler un conflit apparaît comme un point stratégique important (V. spéc. B.H.L. Hart, *Stratégie*, Paris, Perrin, 2007, trad. et introduction par L. Poirier ; V. également pour une telle dimension dans le jeu et sur ses conséquences dans l'approche des relations systémiques en droit, Ost F., Van der Kerchove M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, pp. 139 et s.).

41. Les règles de résolution des antinomies sont en effet similaires, en droit international et en droit interne, mais leur application se révèle plus délicate dans le premier ordre en raison de sa structure. V. *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 26 : « Cependant, en droit international, comme on le verra aussi dans la section E ci-dessous, les hiérarchies sont beaucoup moins fréquentes et beaucoup moins solides. De nombreux types de principes interprétatifs sont censés contribuer à la résolution des conflits ».

42. Cette présentation ne signifie pas qu'il convienne, selon nous, de présenter le droit international

du droit international révèlent implicitement cette difficulté : les notions de *jus cogens* et/ou d'obligations *erga omnes* permettraient de fonder axiologiquement une hiérarchie des normes en fonction de leur nature impérative ou dérogeable, sans pour autant qu'elle trouve un appui dans un système institutionnel permettant d'en rationaliser l'interprétation ou l'application.

L'accent est dès lors placé sur la conciliation des différentes règles internationales qui, si elles n'apparaissent pas directement contradictoires, pourraient néanmoins être perçues comme incompatibles : cette considération éclaire ainsi le débat relatif à l'interprétation conciliatrice ou intégrative en droit international au vu de l'article 31.3.c) de la Convention de Vienne. Cette disposition met en avant la nécessité d'interpréter une règle conventionnelle en tenant compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Des controverses sont nées sur les critères permettant d'apprécier la pertinence de la règle de droit ainsi invoquée, mais également sur le sens du terme « parties » (les parties à un différend ; une grande majorité des parties à la convention dont il est question ; ou l'ensemble des parties à cette convention). Une vision favorable à l'intégration du droit international affronte ainsi une interprétation plus stricte de la technique d'interprétation de l'article 31.3.c)⁴³. Il est pourtant douteux de faire de l'article 31.3.c) un instrument en faveur d'une cohérence retrouvée du droit international.

a) Premièrement, l'objet même de l'article 31.3.c) était originellement la question du droit intertemporel : une convention doit-elle être interprétée conformément au droit international au moment où elle a été conclue, ou au

comme un « bric-à-brac ». Le caractère décentralisé du droit international ne fait pas obstacle à ce qu'il soit représenté comme un ordre ou comme un système (V. Combacau J., « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, 1986, pp. 88-105 ; ou encore la réaction de I. Brownlie aux critiques adressées par H.L.A. Hart au droit international dans Brownlie I., « The reality and efficacy of international law », *B.Y.B.I.L.*, 1981, pp. 1-8).

43. Pour une vision favorable à une interprétation intégrative, V. Pauwelyn J., « Bridging fragmentation and unity : International Law as universe of inter-connected Islands », *Michigan J.I.L.*, 2004, pp. 903-916 ; Id., « Reply to Joshua Meltzer », *Michigan J.I.L.*, 2004, pp. 924-927 ; Marceau G., « A call for coherence in international law – praises for the prohibition against clinical isolation in WTO dispute settlement », *J.W.T.*, 1999-5, pp. 87-152 ; Id., « Conflict of norms and conflict of jurisdictions. The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other treaties ? », *J.W.T.*, 2001-6, pp. 1081-1104 ; pour une interprétation plus stricte de l'article 31.3.c), V. notamment, Meltzer J., « Interpreting WTO Agreements – A commentary on Professor Pauwelyn's Approach », *Michigan J.I.L.*, 2003-2004, pp. 917-923. V. de manière générale, sur cette disposition, McLachlan C., « The principle of systematic integration and article 31 3 c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, 2005, pp. 279-320.

moment de son application *lato sensu* ?⁴⁴ Cette question semble ainsi déconnectée du débat tel qu'il est actuellement posé⁴⁵.

44. La question de l'interprétation a été fortement débattue devant la CDI, après avoir été complètement ignorée. La question du droit intertemporel a été à l'origine de la formulation retenue dans le Rapport Waldock présenté aux Etats (V. ainsi, Troisième Rapport sur le droit des Traités par Waldock H., *Ann. C.D.I.*, 1964, II, Doc. A/CN.4/167, pp. 54-57 et pp. 63-64). Pourtant, afin de laisser l'interprète libre de choisir entre une interprétation évolutive et une interprétation « originaliste », la rédaction de cette disposition fut modifiée et la question du droit intertemporel ne fut pas résolue (V. *Ann. C.D.I.*, 1966-I, tome 2, pp. 203-204 ; V. de manière générale, sur la volonté de la CDI d'éviter une formalisation excessive des méthodes et techniques d'interprétation, Sur S., *L'interprétation en droit international*, Paris, LGDJ, 1974). Cette difficulté explique ainsi la formulation ambiguë de l'article 31.3.c), mais n'explique pas comment il a pu servir de justification à une interprétation intégrative en droit international. De la même manière, les membres de la CDI semble avoir voulu sciemment éviter de répondre à la question de l'étendue du renvoi ainsi opéré, comme l'indique d'ailleurs la suppression du terme « général » – pouvant renvoyer exclusivement au droit coutumier – de l'énoncé finalement retenu (V. en particulier, Cinquième rapport et sixième rapport Waldock, Compte rendu analytique des travaux de la commission, *Ann. C.D.I.*, 1966-I, tome 2, pp. 210-211 ; § 70-72 ; V. également, *Ann. C.D.I.*, 1966-I, tome 2, p. 209, § 58).

Seule la réaction allemande au texte présenté aux Etats préfigure en partie la discussion actuelle : « la règle énoncée à l'alinéa c du paragraphe 3 de l'article 27 diffère des autres dispositions de l'article 27, en ce sens qu'elle a trait à un ensemble de règles qui ne sont pas directement liées au traité en question. (...) Ne serait-il pas raisonnable, et même nécessaire, d'essayer d'interpréter les traités de façon qu'ils ne soient pas incompatibles avec les traités antérieurs que les parties ont conclus avec d'autres Etats ? Lorsqu'il y a une possibilité d'interpréter un traité de telle sorte qu'il soit compatible avec les autres obligations d'une partie, cette interprétation doit prévaloir afin d'éviter les obligations contradictoires et l'on ne saurait présumer qu'un Etat, en concluant un traité avec un autre Etat, ait eu l'intention de violer ses obligations vis-à-vis d'un Etat tiers » (O.N.U., *Conférence des Nations-Unies sur le droit des traités ; Documents officiels*, New-York, Publications des Nations-Unies, 1^{ère} session, 1969, p.187, § 10). Lors de la deuxième session, la délégation allemande insista sur ce point : « La délégation allemande estime également que, lorsqu'il est dit au paragraphe 3 qu'il sera tenu compte, pour l'interprétation des traités, de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », il s'agit non seulement des règles générales de droit international, mais également des obligations conventionnelles existant entre les parties. Les traités ne doivent pas seulement être interprétés, autant que possible, dans un sens conforme au droit international ; il faut aussi, chaque fois que cela est faisable, les interpréter dans un sens compatible avec les obligations que le traité impose aux parties, afin d'éviter des conflits entre obligations conventionnelles » (O.N.U., *Conférence des Nations-Unies sur le droit des traités ; Documents officiels*, New-York, Publications des Nations-Unies, 2^{ème} session, 1969, pp. 60-61, § 66).

45. L'analyse des débats de la CDI montre avant tout une évolution dans l'interprétation et l'utilisation de cette méthode d'interprétation : l'intertemporalité au fondement de cette disposition est désormais un élément, parmi d'autres, de ce que recouvre l'interprétation intégrative de l'article 31.3.c) (V. ainsi, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/1_9_2006_francais.pdf).

b) Deuxièmement, la règle d'une interprétation conciliatrice en droit international a été formulée par la Cour internationale de Justice avant que les discussions sur le droit inter-temporel ne soient ouvertes devant la CDI, ou même indépendamment de toute référence à cette disposition de la Convention de Vienne.

Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, la CIJ a formulé d'une manière particulièrement nette une présomption d'absence de conflits entre normes de droit international : « C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant »⁴⁶. La CIJ, dans son *Avis sur l'interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Égypte* a également rappelé : « Or, une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide : elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie »⁴⁷. Les controverses relatives à l'article 31.3.c) sont donc avant tout le signe d'une crainte particulière et actuelle au regard d'un foisonnement institutionnel et normatif que connaît le système juridique international⁴⁸.

c) Enfin, il est possible de s'interroger sur la pertinence que revêtent ces discussions sur l'article 31.3.c) posées dans l'abstrait, sans aucune référence à la position spécifique dans laquelle est placée l'acteur devant faire face à un risque de contrariété de plusieurs règles de droit international⁴⁹. Dit autrement,

46. CIJ, *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (Exceptions préliminaires), 26 novembre 1957, *C.I.J. Recueil* 1957, p. 142.

47. CIJ, *Avis sur l'interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Égypte*, Avis consultatif du 20 décembre 1980, *C.I.J. Recueil* 1980, p. 76, § 10. V. également, en l'absence de référence à l'article 31.3.c), l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* (CIJ, *Projet Gabcikovo Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil* 1997, pp. 67-68, § 112) : « En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international. Au moyen des articles 15 et 19, de nouvelles normes en matière d'environnement peuvent être incorporées dans le plan contractuel conjoint ».

48. V. spécialement, Koskenniemi M., Leino P., « Fragmentation of international Law ? Postmodern Anxieties », *L.J.I.L.*, 2002, pp. 554-579. Il est par ailleurs intéressant de noter que le poids de l'article 31.3.c) dans l'arrêt Godler de la CEDH, qui reste la première décision juridictionnelle citant cette disposition, est particulièrement faible. Les opinions séparées des juges discutent ainsi les méthodes et techniques interprétatives employées, sans néanmoins se référer à cette disposition précise (V. spéc. l'opinion séparée de Gerald Fitzmaurice sous *Golder c. Royaume-Uni*).

49. V. spéc. Vranes E., « Jurisdiction and Applicable Law in WTO Dispute Settlement », *G.Y.B.I.L.*, 2005, pp. 265-289; Wellens K., « Observations finales », in Huesa Vinaixa R., Wellens K. (dir.), *op.*

un discours général sur les méthodes d'interprétation et de conciliation de différentes normes ne peut faire abstraction de l'utilisation que les acteurs du système peuvent en faire. D'une part, le discours des acteurs est nécessairement déterminé par la conception qu'ils retiennent de leurs propres compétences. Des considérations téléologiques et axiologiques interviennent ici dans le choix des moyens employés pour concilier deux règles de droit. D'autre part, le discours des acteurs révèle également un choix sur la nécessité, d'un côté, de révéler ou non un risque de contrariété entre deux règles et, de l'autre, de la résoudre. Le coût d'un conflit normatif ne s'exprime donc pas tant dans la résolution d'antinomies que dans le choix de mettre en avant une contrariété entre les sens possibles de plusieurs règles de droit.

La pratique des acteurs du système juridique international montre ainsi une certaine prudence dans l'utilisation de l'article 31.3.c). Rares sont les cas où les juridictions internationales se réfèrent explicitement à cette disposition de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁰ – et certaines de ces décisions, comme le Rapport *Produits Biotechnologiques* du Groupe spécial de l'OMC, ont une portée amoindrie en raison de leur contexte politique⁵¹. Et dans de nombreux cas, il est tout aussi possible de considérer que les acteurs ont cherché

cit., pp. 276-277 ; V. également, bien que sa position semble implicitement rejoindre celle que nous mettons en avant, Bartels L., « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *J.W.T.*, 2001-3, pp. 499-519. V. également, et de manière générale, la nécessité de penser la fragmentation du droit international en rapport avec le raisonnement juridique que les acteurs du système doivent tenir, *Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 33s.

50. V. notamment, CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, Req. n°4451/70, § 35-36 ; Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique, *Eshpahanian v. Bank Tējarat*, sentence du 29 avril 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Report*, vol. 2, 1983-I, p. 161 ; CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie (Fond)*, Req. n°15318/89, *Rec. CEDH*, 1996-VI, § 44 ; CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt Req. n°35763/97, *Rec. CEDH*, 2001-XI, p. 100, § 55 et 56 ; CEDH, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *Rec. CEDH*, 2001-XI, § 35 et 36 ; CEDH, 21 novembre 2001, *McElhinney c. Irlande*, *Rec. CEDH*, 2001-XI, § 36 et 37 ; CIJ, *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161, § 41 ; Cour permanente d'arbitrage, *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR)*, sentence finale (Irlande c. Royaume-Uni) (2 juillet 2003), *ILM*, vol. 42 (2003), pp. 1137s, § 99s. ; Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Produits biotechnologiques*, WT/DS291/R., WT/DS292/R., WT/DS293/R., 29 septembre 2006, § 7.67.

51. Pour une critique du Rapport *Produit biotechnologiques* du Groupe spécial, V. par exemple, Henckels C., « GMOs in the WTO : A Critique of the Panel's Legal Reasoning in *EC - Biotech* », *Melbourne J.I.L.*, 2006-2, pp. 278-305.

une interprétation conciliatrice de plusieurs règles de droit sans néanmoins se référer à cette disposition⁵².

Cette attitude des juridictions internationales – qu’il est possible d’étendre à d’autres acteurs institutionnels du système juridique international – montre également que les conflits normatifs ou les contrariétés interprétatives dissimulent souvent des conflits institutionnels ; et inversement, le refus de révéler un conflit normatif ou une contrariété interprétative marque une volonté d’éviter un conflit institutionnel futur et/ou prévisible⁵³.

4) *Les relations discursives entre les acteurs du système et les techniques employées pour dissimuler les conflits institutionnels*⁵⁴ : La théorie stratégique

52. L’affaire des plates-formes iraniennes est symptomatique d’une certaine émulation que crée l’article 31.3.c), et, en ce sens, d’une utilisation exagérée de celui-ci (Affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d’Amérique)*, précité, p. 161, § 41). Dans cet arrêt, la CIJ reste particulièrement succincte sur la portée de l’article 31.3.c) : « Une interprétation de l’alinéa d) du paragraphe 1 de l’article XX selon laquelle les ((mesures » qui y sont prévues pourraient même comprendre un recours illicite à la force par une partie contre l’autre ne serait guère compatible avec l’article premier. En outre, conformément aux règles générales d’interprétation des traités telles qu’elles ont trouvé leur expression dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l’interprétation doit tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties)) (alinéa c) du paragraphe 3 de l’article 31). La Cour ne saurait admettre que l’alinéa d) du paragraphe 1 de l’article XX du traité de 1955 ait été conçu comme devant s’appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l’emploi de la force, de sorte qu’il puisse être utilement invoqué, y compris dans le cadre limité d’une réclamation fondée sur une violation du traité, en cas d’emploi illicite de la force. L’application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d’interprétation confiée à la Cour par le paragraphe 2 de l’article XXI du traité de 1955. ». En revanche, les analyses les plus détaillées sur ce point doivent être trouvées dans les opinions séparées et dissidentes. De plus, il n’est pas évident qu’il faille en appeler à cette disposition pour traiter des relations entre le droit international général et le droit conventionnel.

A titre d’illustration, il est également possible de citer l’arrêt *Poulsen* de la CJCE où la Cour utilise une technique intégrative d’interprétation sans citer la disposition de la Convention de Vienne : « A titre liminaire, il convient de relever, tout d’abord, que les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international et que, par conséquent, l’article 6, précité, doit être interprété, et son champ d’application circonscrit, à la lumière des règles pertinentes du droit international de la mer » (CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden (ministère public) et Peter Michael Poulsen, Diva Navigation Corp.*, aff. C-286/90).

53. De la même manière, révéler le risque de conflit normatif dans l’affaire *des plates-formes pétrolières* marque certainement la volonté, pour la CIJ, de réaffirmer la « primauté » qu’il convient de donner au respect du droit international général et de l’interdiction du recours à la force en particulier.

54. Nous sommes en grande partie d’accord avec les inquiétudes dont fait état le Rapport de la CDI sur la fragmentation : « La façon dont il est « tenu compte » de ces « autres règles de droit » est capitale pour les parties et pour l’issue d’une affaire. Le principe d’intégration systémique dépasse pourtant le

de l'argumentation propose enfin d'évaluer, à partir des discours des différents acteurs, l'existence et le danger d'un conflit institutionnel tel qu'il résulte d'interprétations contraires d'un seul et même énoncé. Il ne s'agit pas ici de révéler uniquement la possibilité d'un conflit normatif. Il convient au contraire de mettre en avant, d'une part, les différences méthodologiques et conceptuelles pouvant entraîner une contradiction interprétative, et, d'autre part, les différences conceptuelles qui affectent la mise en œuvre, par les acteurs, de leurs fonctions respectives dans l'ordre juridique de référence. Elle propose, consécutivement, d'analyser leurs discours de manière à apprécier, d'un côté, les techniques et méthodes employées pour éviter tout conflit normatif, et ainsi, les conflits institutionnels, et, de l'autre, comment celles-ci sont mises en œuvre conformément à l'interprétation qu'ils retiennent de leurs propres habilitations.

Ces techniques peuvent ainsi consister à se référer expressément aux actes et décisions des autres acteurs du système de manière à légitimer ses propres interprétations, soit en les présentant comme des contraintes objectives qui s'imposent et justifient la conception qu'il retient de sa propre compétence, soit qu'elles justifient une interprétation venant elle-même contraindre d'autres acteurs du système : les références aux décisions de la CIJ dans les Rapports de l'Organe d'appel de l'OMC justifient, tant une certaine conception de sa propre habilitation, que certaines interprétations évolutives qui ont pu, néanmoins, être critiquées par les Membres⁵⁵ ; les actes d'organisations internationales peuvent

cas individuel. En veillant à ce que le résultat ne soit pas dissocié de l'environnement juridique et que des règles voisines soient prises en compte – peut-être appliquées, invalidées, momentanément mises à l'écart –, la décision prise reflète aussi l'environnement juridique et institutionnel (préférences de fond, choix sélectifs et objectifs politiques), ce qui est loin d'être négligeable dans un monde institutionnel décentralisé et spontané dont les priorités et les règles sont souvent mal définies. Il y va aussi du développement constructif et critique des institutions internationales, en particulier des institutions chargées de faire appliquer le droit. Considérer ces institutions comme isolées les unes des autres et ne prêtant attention qu'à leurs propres objectifs et préférences revient à faire du droit un simple instrument destiné à réaliser les objectifs d'un régime. Or, le droit a aussi pour objet de protéger des droits et de faire respecter des obligations, en particulier les droits et obligations qui prennent appui sur un intérêt public, général. Sans le principe d'« intégration systémique », il serait impossible d'exprimer et de conserver le sens du bien commun de l'humanité, lequel ne se réduit pas au bien d'une institution ou d'un « régime » particulier » (*Fragmentation du droit international, difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude à la CDI, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, § 480). En revanche, les développements qui suivent tendent à expliquer comment les acteurs peuvent, dans leurs relations mutuelles, déployer des discours spécifiques tendant à la sauvegarde de leurs propres compétences, tout en les préservant de tout jugement venant critiquer l'incohérence de leurs comportements.

55. V. spéc. pour une étude de la justification mise en œuvre par l'Organe d'appel dans son Rapport *Crevettes* et son utilisation de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notre thèse,

également être invoquées utilement devant l'Organe d'appel, en dehors de toute clause de renvoi inter-conventionnel, marquant ainsi, d'une part, l'intégration de l'OMC dans un système institutionnel plus vaste, et, d'autre part, la reconnaissance des travaux d'autres organisations internationales⁵⁶.

Il est également possible qu'une référence implicite à certaines notions puissent, par un effet d'analogie des motivations, permettre de concilier les interprétations retenues par deux acteurs dont les compétences sont énoncées dans des instruments différents, et, ainsi, nourrir un dialogue entre différentes institutions ayant pourtant des sphères de compétences distinctes : La reconnaissance d'un droit d'accès aux médicaments dans la Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique ouvre ainsi la voie à un dialogue entre, d'un côté, l'OMC et ses Membres, et, de l'autre, les institutions sanitaires internationales, chacune des parties agissant de manière à préserver sa propre sphère de compétence sans néanmoins entrer directement en conflit avec les intérêts de l'autre⁵⁷ ; de la même manière, la reconnaissance d'une notion d'urgence sanitaire international dans le nouveau Règlement Sanitaire International ouvre

L'OMC et la protection de la santé publique, Thèse Paris II, 2010, pp. 389-416 (V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998).

56. V. spéc., Bartels L., « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *J.W.T.*, 2001-3, pp. 499-519.

57. Les négociations sur les ADPIC et l'accès aux médicaments ont en effet vu se succéder différentes phases par lesquelles les PDEM d'un côté, et les PVD de l'autre, ont cherché à réaliser leurs objectifs. La déclaration de Doha constitue en ce sens une première étape permettant la reconnaissance de cette problématique importante pour les PVD, tandis que dans une deuxième phase, les PDEM ont cherché à minimiser la portée de cette déclaration en restreignant l'accessibilité du mécanisme pour les Membres qui en auraient besoin (V. Conseil général, *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique – Décision du Conseil général du 30 août 2003*, WT/L/540 et Corr.1, 1^{er} septembre 2003 ; Conseil général, *Amendement de l'Accord ADPIC – Décision du 6 décembre 2005*, WT/L/641, 8 décembre 2005). Sur ce point, V. Shanker D., *Fault lines in the World Trade Organization: An analysis of the TRIPS Agreement and Developing Countries*, Thèse, University of Wollongong, 2002, 435 p.; Shanker D., « The Paragraph 6 Solution of the Doha Public Health Declaration and Export under the TRIPS Agreement », *J.W.I.P.*, 2004-3, pp. 365-400). L'OMS emploie le même concept d'accès aux médicaments pour agir sur la question des droits de propriété intellectuelle. L'Assemblée Mondiale de la Santé a, sur ce fondement, développé son action sur ce thème de manière à mettre en œuvre ces compétences (V. ainsi, *Stratégie et plan d'action mondiale pour la santé publique, l'innovation et la propriété intellectuelle*, 68^{ème} Assemblée Mondiale pour la Santé, WHA 61.21, 24 mars 2008). Chacune de ces institutions emploient ainsi les instruments de l'autre, ainsi que ses concepts, de manière à protéger ses propres prérogatives. Une telle réflexion peut également être menée sur la notion d'accès aux médicaments de la Déclaration de Doha et ses interactions avec le concept de médicament essentiel tel que mis en œuvre dans le cadre de l'OMS.

la voie à de nouvelles stratégies argumentatives dans l'interprétation des articles 5.7 de l'Accord SPS et 2.10 de l'Accord OTC de l'OMC⁵⁸.

Ces considérations ne signifient pas que des conflits institutionnels ne peuvent pas voir le jour, mais simplement que de nombreuses techniques sont employées par les acteurs pour éviter de les révéler tout en préservant leurs propres fonctions, et, par là, une certaine conception des objectifs qu'ils poursuivent. La question des ADPIC et de l'accès aux médicaments fournit une illustration de ce mouvement de va-et-vient par lequel chacun des acteurs a essayé de contraindre l'autre à favoriser, soit l'accès aux médicaments, soit la protection des droits de propriété intellectuelle. Cette tension ne s'exprime pas, néanmoins, à travers un conflit normatif, mais à travers un jeu interprétatif où les concepts développés par un des acteurs sont employés par l'autre de manière à protéger ses propres intérêts tout en préservant la « cohérence » du Droit.



Ce mouvement discursif permet finalement d'appréhender les relations entre les différents acteurs d'un même système d'une manière dynamique : il révèle les différences axiologiques et téléologiques entre les acteurs d'un même système et les moyens qu'ils mettent en œuvre dans la poursuite de leurs propres

58. L'article 5.7 de l'Accord SPS, et son équivalent dans l'Accord OTC, prévoient que les Membres peuvent adopter des mesures d'urgence de manière à protéger la santé publique contre une crise sanitaire importante. Les Membres restent soumis à des obligations de type procédural visant, notamment, à prouver que les Membres ont agi conformément à l'état des connaissances scientifiques. L'interprétation de l'article 5.7 de l'Accord SPS a fait l'objet d'une vive controverse : les Membres ont en effet utilisé cette disposition à la manière d'un moyen de défense affirmatif alors que l'origine de sa négociation devait être trouvée dans différentes crises sanitaires, et notamment, à l'épidémie de choléra au Pérou. De son côté, le règlement sanitaire international a introduit une nouvelle notion d'urgence sanitaire internationale permettant à l'OMS de mettre en œuvre certaines compétences liées à la recherche et à la diffusion d'information.

L'analyse conjointe du nouveau RSI et des articles 5.7 de l'Accord SPS et 2.10 de l'Accord OTC semble de nature à favoriser une coopération accrue entre l'OMS et l'OMC, et notamment, parce que l'OMS est observateur devant le Comité SPS de l'OMC (V. sur ce point, spéc., Thierry D., « Le nouveau règlement sanitaire international : vers plus d'efficacité pour combattre les épidémies », *R.D.S.S.*, 2007-3, pp. 455-456, et spécialement, n.b.p. 40. ; V. également, notre thèse, *L'OMC et la protection de la santé publique*, Thèse, Paris II, 2010, pp. 191-192). Le concept d'urgence sanitaire peut ici être utilisé par l'OMS pour justifier des interventions de plus en plus étroites avec le comité SPS, notamment pour assurer une protection adéquate de la santé des populations en fournissant aux Membres des données scientifiques qui pourraient leur faire défaut lors des discussions abordés au sein du Comité SPS.

buts – tels que ressortant de l'interprétation de leurs habilitations respectives. Cette présentation théorique offre ainsi la possibilité d'analyser d'une manière renouvelée les controverses posées en termes de légitimité des acteurs. Elle offre également une méthode relativiste d'analyse du droit positif qui, fondée sur certains présupposés réalistes, permet néanmoins d'appréhender la pleine incidence des valeurs sur le fonctionnement du système juridique.

Brice Crottet

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)