

International Law in Motion: Some New Insights

A Tribute to Late Professor François Rigaux

M. Mohebi, A. Pellet, V. Lowe, P. d'Argent

PUL PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE LOUVAIN

Remarques sur le pluralisme juridique et sur les relations entre systèmes

Alain Pellet*

François Rigaux est l'un des premiers concepteurs du pluralisme juridique¹. À côté de l'ordre international et de la multiplicité des ordres étatiques, il identifie divers ordres interétatiques particuliers à vocation restreinte, mais également de nombreux ordres juridiques « déterritorialisés » constituant l'« espace transnational » : ordres juridiques religieux, règles de milieux professionnels spécifiques, ordres sportifs, etc., qui induisent un « système de relativité générale » dont son cours général à La Haye portera le titre².

Envisageant les relations entre ordres juridiques sous l'angle de ce que j'ai appelé le « perspectivisme », je partage largement cette façon de voir : il existe une pluralité d'ordres juridiques, qui va très au-delà de l'opposition – ou de la complémentarité – entre droit interne et droit international public (1) et chacun de ces systèmes³ se prétend « souverain », comme le roi de France s'affirmait jadis « empereur en son royaume »⁴ (2).

* Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre ; ancien Président de la Commission du Droit international des Nations Unies ; Président de la Société française pour le Droit international ; membre de l'Institut de Droit international. Avec mes remerciements à Tessa Barsac, consultante en droit international, pour son aide dans la préparation de cette contribution qui est largement fondée sur un chapitre de mon cours général de droit international public à l'Académie de Droit international de La Haye (« Le droit international à la lumière de la pratique – L'impossible théorie de la réalité », à paraître).

¹ Voy. la notice que lui a consacré F. LATTY dans la « Galerie des internationalistes » sur le site de la Société française pour le droit international (SFDI), www.sfdi.org/internationalistes/rigaux/.

² F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale – Cours général de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1989, pp. 9-408.

³ Sur la distinction entre ordres et systèmes juridiques, voy. *infra*, p. 104.

⁴ Voy. not. R. FEENSTRA, « Jean de Blanot et la formule *Rex Franciae in regno suo princeps est* », in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, pp. 885-895.

1 Pluralité des « systèmes » juridiques

Définir le droit international comme « le droit applicable à la société internationale »⁵, c'est reculer pour mieux sauter car cela suppose de déterminer ce qu'est la société internationale. S'agit-il de l'ensemble des sujets du droit international ? Mais ils sont aujourd'hui très diversifiés et, surtout, ils sont la plupart du temps à la fois sujets du droit international et du droit interne. L'État ? Il est le sujet par excellence du droit international public mais il l'est aussi du droit public interne. L'individu ? Il est le sujet par excellence du droit interne, mais il l'est devenu du droit international... Donc, il faut chercher autre chose. Peut-être dire que le droit international est l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent aux relations internationales – c'est-à-dire aux relations, quels qu'en soient les acteurs, qui comportent un élément d'extranéité ?

L'inconvénient (ou l'avantage) d'une telle approche est que ceci constitue une définition extrêmement vague qui caractérise non pas le droit international public mais un ensemble très diversifié de normes à portée internationale, quelles que soient leurs origines, qui correspond assez largement à ce que Philip Jessup avait appelé, dans un petit livre publié en 1956, le droit « transnational » (*Transnational Law*)⁶. Il y incluait, outre les relations juridiques internationales directement nouées par les personnes privées entre elle-même et un État, le droit international public et le droit international privé ainsi que le droit interne à portée internationale. Dans l'esprit de ce grand juriste américain, il s'agissait donc d'une sorte de *melting pot* juridique ; le mot « transnational » recouvrait en fait tous les phénomènes comportant un facteur

5 P. DALLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 8^e éd., 2009, p. 43, n° 1. Pour une critique de cette définition, que, à la réflexion, je crois justifiée, voy. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/A.U.F., 2005, p. 387.

6 Pour une résurgence récente – mais infiniment moins claire – de la même idée, voy. la notion de « Global Administrative Law ». Voy. not. : B. KINGSBURY, « The Concept of "Law" in Global Administrative Law », *EJIL*, 2009, pp. 23-57 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, 2005, pp. 5-61. C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? – A Global Administrative Law*, CEDIN/C.I.F.F., Paris, Pedone, 2011, 393 p.

7 P.C. JESSUP, *Transnational Law*, Yale U.P., 1956, VIII, 115 p. Curieusement, François Rigaux ne fait que mentionner en passant l'ouvrage de Jessup dans son cours général *infra*, note 2, p. 238 n. 1, alors qu'il s'agit de la première tentative convaincante de présentation du pluralisme juridique. Voy. aussi C. TIETJE, A. BROUDER et K. NOWROT (dir.), *Philip C. Jessup's Transnational Law Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, Halle-Wittenberg, Martin-Luther-Universität, Paper No. 50, 2006, p. 45 ; R. COTTERREL, « What is Transnational Law », *Law and Social Inquiry*, 2012, vol. 37, pp. 500-524 ; H. KOH, « Transnational Legal Process », *Law Review*, 1996, pp. 181-208. La même approche est retenue par D. CARREAU et F. MARRELLA, *Droit international*, Paris, Pedone, 11^e éd., 2012, not. p. 69 et s.

d'extranéité et rassemblait l'ensemble du droit international public et du droit national à portée internationale (y compris le droit international privé). Cette conception avait le grand mérite de ne pas exclure des phénomènes se situant à la marge des deux systèmes juridiques ou présentant un rapport à l'un d'eux avec une certaine dose d'originalité : droit administratif international, contrats conclus entre un État et une entreprise étrangère, etc. Une telle présentation reflète bien la réalité : la société internationale est régie par plusieurs ensembles de règles ayant vocation à encadrer les relations entre ses membres, qui se complètent mais peuvent entrer en conflit.

On oppose couramment le droit international public – dont les règles découlent, pour faire simple, des sources énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) et de sources analogues – au droit international privé – dont la définition, ou les contours, ne vont pas sans poser problème.

François Rigaux le présente comme le droit qui « a pour objet les rapports que nouent par-dessus les frontières nationales les personnes relevant de la compétence d'États différents, ainsi que ceux qui portent sur un bien ou sur un fait localisé hors du territoire de l'État dont relèvent les personnes intéressées »⁸. Ainsi défini, il inclut, au moins dans les pays monistes, les normes conventionnelles, ce qui entraîne un « chevauchement » avec le droit international public, les mêmes règles relevant à la fois de celui-ci et du droit international privé.

Comme l'a souligné François Rigaux :

C'est par leurs institutions respectives plus encore que par leurs sujets ou par leurs normes que le droit international (qualifié de public) se distingue du droit international privé. L'ordre juridique international a ses sources propres, énumérées dans l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, il s'est donné des organes mis en place par la Charte des Nations Unies et il n'est pas privé d'un système au moins embryonnaire de compétence juridictionnelle. À l'inverse, à défaut d'institutions qui y seraient propres, il n'existe pas d'ordre juridique international privé. Les situations juridiques transfrontières comme les sujets de droit qui y participent relèvent de la compétence des États, ce sont en principe les seuls organes des États, juridictions et autorités administratives, qui appliquent ou font exécuter les règles de conflit de lois. Telle est la véritable raison pour laquelle le droit international privé est une branche du droit interne à l'instar du droit commercial ou du droit pénal. Il en résulte deux conséquences. L'une est qu'une définition systématique du droit international privé est dénuée de pertinence scientifique : le fonctionnement des autorités et des juridictions étatiques dans des domaines qui en sont souvent séparés, telle l'application des normes administratives, fiscales ou pénales, relève au même titre que les conflits de lois de l'ordonnement interne des États. La pertinence de ces distinctions ou de ces classements est plus didactique ou pratique

F. RIGAUX, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, t. I^{er}, 2^e éd., 1987, p. 4.

que méthodologique. La seconde conséquence est la rupture méthodologique radicale entre le droit international et le droit international privé, ce qui, loin d'interdire de s'intéresser à l'incidence du premier sur le second (plus exactement sur l'intégralité du droit interne des États), conduit au contraire à procurer une présentation plus adéquate de leurs rapports mutuels.⁹

C'est confirmer ce qu'avait déjà relevé la Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I.) : les règles de « la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois [...] font partie du droit interne » sauf dans l'hypothèse où elles peuvent être « établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce [...] cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des États »¹⁰. De la difficulté de faire la distinction – mais aussi de l'impossibilité d'établir une différenciation rigide entre droits internationaux public et privé...

La position de la Cour permanente est également intéressante en ce qu'elle montre qu'une même situation (en l'occurrence celle résultant d'un contrat) peut être régie par des règles relevant de systèmes normatifs différents. La Cour précise d'ailleurs un peu plus loin : « il est bien possible que ce ne soit pas la même loi qui régit l'obligation sous tous les rapports »¹¹. En revanche, cette position est assez datée tant en ce qui concerne la définition du droit international privé qu'elle semble confiner aux conflits de lois que, plus encore, celle du droit international public, réduit à n'être que le droit entre les États – conformément à la conception hyper dominante à l'époque.

Une telle définition apparaît intenable aujourd'hui et confirme qu'il est évidemment impossible de définir le droit international public en fonction de ses sujets. Bien sûr, il peut s'agir des États : ils sont au centre du droit international public, mais ils n'en sont plus les sujets exclusifs, étant remarqué qu'il y a aussi des sujets de droit au regard du droit interne. De même d'ailleurs les individus, sujets de droit national par excellence, peuvent (et doivent) être considérés comme possédant une « certaine mesure de personnalité juridique internationale »¹².

Faute de pouvoir distinguer les « droits internationaux » par leurs sujets respectifs, il convient de s'intéresser au droit international « tout court » considéré comme étant celui des relations internationales, c'est-à-dire des relations, quels qu'en soient les acteurs, qui comportent un élément d'extranéité – soit

⁹ *Op. cit.* note 2, p. 29.

¹⁰ C.P.J.I., arrêt, 12 juillet 1929, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, série A, n° 20, p. 41. Selon la Cour permanente, le « vrai droit international » est le droit international public, sans doute réduit au seul droit interétatique...

¹¹ *Ibid.*

¹² Cf. l'avis consultatif de la C.I.J. du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, qui applique l'expression aux organisations internationales (*Recueil* 1949, p. 179).

parce qu'elles se déroulent simultanément ou successivement sur le territoire de différents États ou dans des espaces internationaux, soit parce que les personnes concernées ont des nationalités différentes, soit parce qu'un ou plusieurs acteurs entendent que leurs décisions produisent des effets hors du territoire sur lequel ils agissent.

Dans cette perspective, on ne saurait s'en tenir aux seuls droits internationaux public et privé. Et d'abord parce que le droit international privé n'est pas la seule branche du droit interne qui a vocation à encadrer les relations internationales. Même en retenant la définition large le définissant comme le droit régissant les relations entre personnes privées comportant un élément d'extranéité¹³, on néglige tout un pan du droit qui peut être appelé à régir les relations internationales : celles-ci ne se limitent en effet pas aux activités des personnes privées ; il convient donc d'inclure également dans notre panier l'ensemble des normes de droit interne ayant pour objet de réglementer les activités internationales de l'État, de ses organes et de ses agents¹⁴. Il s'agit de tout le droit national dès lors qu'il est susceptible de s'appliquer aux relations internationales.

Parmi ces règles internes à objet international, il y a, bien sûr, celles du droit international privé, mais aussi, par exemple, celles, constitutionnelles, concernant la conclusion des traités, celles, conventionnelles ou coutumières (et souvent prétoriques), sur les immunités des États étrangers et de leurs agents, ainsi que, de façon peut-être inattendue, celles relatives à la création des personnes morales de droit interne comme les sociétés ou les associations à but non lucratif puisque :

Dans ce domaine, le droit international est appelé à reconnaître des institutions de droit interne qui jouent un rôle important et sont très répandues sur le plan international. Il n'en résulte pas nécessairement une analogie entre ses propres institutions et celle du droit interne et cela ne revient pas à faire dépendre les règles du droit international de catégories de droit interne. Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de la compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne.¹⁵

Droit international public, droit interne à portée internationale (incluant le droit international privé mais ne s'y limitant pas), la dichotomie n'épuise pas la diversité des corps de règles – pour s'en tenir à cette terminologie juridiquement neutre – ayant vocation à encadrer les relations internationales.

¹³ J. SALMON, *op. cit.*, note 5, p. 386.

¹⁴ Du reste, il arrive que l'enseignement du droit international soit réduit à cet aspect des choses, comme c'est souvent le cas notamment dans les universités des États-Unis. C.I.J., arrêt, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Recueil* 1970, pp. 33-34, par. 38.

Il faut y ajouter en premier lieu les droits internes des organisations internationales qualifiées de « règles des organisations internationales » par la Convention de 1986 sur les traités conclus par les organisations internationales et par la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) dans ses articles sur la responsabilité de celles-ci de 2011 qui les définissent dans des termes très voisins :

[L]'expression "règles de l'organisation" s'entend notamment des actes constitutifs, des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation internationale adoptés conformément aux actes constitutifs, ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation.¹⁶

On peut se demander si les « règles de l'organisation » ainsi définies forment un ensemble normatif distinct du droit international public. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question par oui ou par non ; la réponse peut être nuancée. Il est clair que ces ensembles normatifs ont des liens étroits avec le droit international public : les actes constitutifs de la quasi-totalité des organisations internationales, qui sont au sommet de ce corps de règles, sont des traités multilatéraux, régis à ce titre par le droit international, mais ils sont aussi la « constitution » de l'organisation internationale qu'ils instituent.¹⁷

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) n'a pas dit autre chose dans son avis 1/91 du 14 décembre 1991 sur la création de l'Espace économique européen, même si elle a inversé l'ordre des facteurs : « [L] traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. »¹⁸

Dans ces conditions, il semble légitime de considérer ces ensembles normatifs, dérivés du droit international mais présentant par rapport à lui une certaine autonomie, comme des « ordres juridiques de droit international », comme l'avait fait la CJCE dans son célèbre arrêt *Van Gend en Loos* de 1963 :

[L]'objectif du traité CEE [...] est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique

¹⁶ Article 2, b, du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, annexé à la Résolution 66/100 de l'Assemblée générale du 9 décembre 2011 et présenté avec les commentaires de la Commission in *Ann. C.D.I.*, 2011, vol. II, 2^e partie, p. 38. L'article 2, § 1, j), de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 dispose : « L'expression "règles de l'organisation" s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation, des décisions et résolutions adoptées conformément auxdits actes et de la pratique bien établie de l'organisation. »

¹⁷ Voy. C.I.J., avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par l'État dans un conflit armé*, *Recueil 1996*, pp. 74-75, par. 19.

¹⁸ C.J.C.E., Avis 1/91, 14 décembre 1991, *Recueil 1991*, p. I-6102.

Le pluralisme juridique plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants.

que ce traité constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien qu'il faille conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, leurs droits souverains, et dont les sujets sont que dans des domaines restreints, mais également leurs ressortissants.¹⁹

non seulement les États membres mais également leurs ressortissants.¹⁹ C'était très raisonnable et très exact. Les Communautés européennes étaient des organisations internationales²⁰, comme l'est maintenant l'Union européenne, établies par des traités que les États membres peuvent modifier conformément aux règles du droit des traités, et dont ils peuvent sortir – il est vrai formellement aux règles de tous ordres comme le montre le processus du Brexit. non sans difficulté de tous ordres comme le montre le processus du Brexit.

La CJCE n'en est, malheureusement, pas restée là et s'est employée, dès l'année suivante, à « démarquer le droit communautaire du droit international afin de mieux assurer sa primauté »²¹. Dans son célèbre arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964, elle définit à nouveau le droit communautaire comme étant un « ordre juridique propre intégré au droit des États membres » – ce qui ne suscite pas d'objection – mais sans mentionner le droit international – ce qui est plus problématique.

Au demeurant, même si l'arrêt *Costa* continue à constituer le fondement de la vulgate européenne, cette omission est plus spectaculaire que convaincante. Elle n'empêche pas que le droit de l'Union soit cerné par le droit international public et que, comme ses prédécesseurs, l'Union européenne reste une organisation internationale dont l'acte constitutif est à l'origine d'un ordre juridique fortement intégré et plus développé que celui de toutes les autres organisations internationales (y compris les autres organisations d'intégration qui ont éclos en Afrique et en Amérique latine) – mais un ordre juridique de droit international tout de même. Il en va ainsi, à vrai dire, des droits internes de toutes les organisations internationales, à commencer par celui des Nations Unies, certes moins sophistiqué que celui de l'Union européenne, mais qui n'en présente pas moins des caractéristiques particulières notamment du fait de l'esquisse de hiérarchie des sources qu'il institue, se distinguant ainsi clairement du droit international public général.

Est-ce à dire que, en s'inspirant de la théorie institutionnelle de Santi Romano, toute institution secrète un ordre juridique, voire qu'elle est elle-même un ordre juridique²² ? C'est peut-être excessif. Il me semble qu'il faut se placer

¹⁹ C.J.C.E., arrêt, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26-62, *Recueil 1963*, p. 23 – italiques ajoutées.

²⁰ A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *R.C.A.D.I.*, 1997, vol. V, liv. 2, pp. 193-271.

²¹ B. DE WITTE, « Retour à "Costa" – La primauté du droit commentaire à la lumière du droit international », *R.T.D. eur.*, 1984, p. 442.

²² S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 19.

dans une perspective moins formaliste, plus sociologique, et s'en tenir au vieil adage *ubi societas, ibi jus*. Ce n'est pas l'institution qui secrète – moins encore qui est – le droit, c'est la société. Ou peut-être faut-il adopter un moyen terme : la société *institutionnalisée* – pas une bande de voleurs comme l'a montré Kelsen (même si je ne partage pas sa démonstration fondée sur l'absence de contrainte), pas non plus la famille, contrairement à ce qu'estimait Santi Romano, en bon catholique fascinant²³ – mais, de manière plus convaincante, les églises ou les unions de syndicats ou d'organisations patronales. C'est que, comme l'a fortement souligné Michel Virally, « [u]n ordre juridique positif n'est pas seulement une collection de règles abstraites, intellectuellement conçues et ordonnées entre elles par des rapports logiques. Il est en même temps un ensemble de normes gouvernant une société et lui conférant une structure : un ordre social, une réalité socio-historique. En un mot, l'ordre juridique est un fait social. Comme tous les faits sociaux, il se constate. Autrement dit, il relève d'un jugement de réalité avant toute chose... »²⁴ Ceci, à vrai dire, rejoint la position de Santi Romano lorsqu'il écrit par ailleurs que le caractère juridique « lui vient du pouvoir social qui fait [la norme] ou du moins la sanction »²⁵.

Malgré de savantes exégèses²⁶, il est difficile de concevoir la différence entre l'ordre juridique ainsi conçu et la notion de système juridique telle que la définissent les professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé : « ensemble de règles, autonome et complet, qui contient en puissance la solution de tout problème de droit qui peut se poser »²⁷.

Tous les systèmes normatifs – ou ordres juridiques – décrits ci-dessus sont directement ou indirectement (s'agissant des « droits internes » des organisations internationales), d'origine étatique ou inter-étatique. Mais la question se pose de savoir si d'autres ensembles de règles, n'émanant pas de l'État et dont dès lors, le caractère institutionnel est moins clair, sont susceptibles de répondre à une telle définition.

²³ *Ibid.*, pp. 54 et 72.

²⁴ M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *Rev. dr. publ.*, 1966, vol. 82, par. 85, également publié in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir : essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 55.

²⁵ S. ROMANO, *op. cit.* note 22, p. 38.

²⁶ Voy. en particulier D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2008, XVI, 356 p.

²⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, 11^e éd., 2014, p. 76.

Tel est le cas en ce qui concerne le concept de *lex mercatoria* élaboré, dans les années 1960, par des observateurs attentifs de la vie des affaires, que son concepteur, Berthold Goldman, a défini comme « un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources qui ont progressivement alimenté et continué d'alimenter les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international »²⁸. L'idée ne manque pas de séduction intellectuelle. Certes, on a reproché au concept de *lex mercatoria* « résolument écarté » par François Rigaux²⁹ d'avoir pour finalité première de servir des intérêts économiques³⁰, son absence de territorialité³¹ ou encore l'inexistence de la société mercatique à laquelle elle s'appliquerait³².

Je ne pense pas que ces critiques soient fondées. Elles reflètent essentiellement une vision interniste des choses : comme la *lex mercatoria* ne ressemble pas au droit national, elle ne peut pas être, et n'est pas, du « vrai droit ». La notion est, à vrai dire, beaucoup moins déconcertante pour un internationaliste de droit public :

tout comme le droit international public, la *lex mercatoria* est caractérisée par sa décentralisation normative ; et
par des mécanismes de sanction imparfaits³³ ; et

²⁸ B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 2^e édition, 1977, Paris, Éditions du CNRS, 1980, p. 36. Voy. l'article fondateur du même auteur : « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 177-192.

²⁹ F. RIGAUX, *op. cit.* note 2, p. 69.

³⁰ Voy. P. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 100 ; C. PAMBOUKIS, « *Lex Mercatoria*, an International Régime without State », *Revue hellénique de droit international*, 1993, p. 261 ; A. PELLET, « La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 54.

³¹ V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Joly éditions, 1990, p. 143, n. 142 ; F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, London, New York, Tokyo, North Holland, 1992, p. 275.

³² Voy. E. LAMBERT, « Sources du droit comparé ou supranational », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1933, p. 498 ; P. LAGARDE, « Approche critique de la *Lex Mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 135-137 ; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 396 ; F. RIGAUX, *op. cit.*, note 2, p. 256.

³³ A. PELLET, *op. cit.*, note 30, pp. 53-74.

comme lui, elle n'est pas territorialisée ; elle s'applique à des activités plutôt qu'à des espaces géographiques déterminés.

À ce dernier point de vue, François Rigaux avait forgé un concept caractérisé fort bien : celui d'« espace juridique »³⁴, que j'ai toujours considéré comme particulièrement fécond³⁵ mais qu'il n'a malheureusement développé³⁶. Il s'agit d'un ensemble d'activités auxquelles s'applique un corps de règles particulier (provenant, le cas échéant, de plusieurs ordres juridiques distincts), définition qui s'applique parfaitement à la *lex mercatoria* bien que l'éminent auteur en récusa l'existence même pour des raisons qui me paraissent plus idéologiques que scientifiques.

Considérant que « pas plus qu'il n'existe un ordre juridique qui regrouperait toutes les confessions religieuses ou toutes les organisations sportives, il n'existe un seul ordre juridique transnational se posant en rival de l'ordre juridique international, celui-ci étant le seul qui puisse aspirer à pareille universalité », Rigaux n'en admettait pas moins que « dans l'espace transnational se laisse distinguer un nombre indéterminé d'ordres juridiques ayant chacun leurs sujets, leurs institutions, leurs normes, leur secteur d'activité ».

En tout cas, si la *lex mercatoria* existe (et constitue un espace juridique), elle n'est pas seule de son espèce. D'autres corps de règles remplissent des fonctions comparables dans d'autres « sociétés » non étatiques et présentent des caractéristiques voisines³⁷. Ainsi, on a parlé – et l'on continue de parler quoique peut-être de manière moins assurée – de *lex sportiva*, définie comme « un ordre juridique transnational » développé par « le mouvement sportif »³⁸,

³⁴ Voy. not. F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone 1977, pp. 408 et s. et 442 et s.

³⁵ Voy. A. PELLET, *op. cit.*, note 30, p. 59 ; *Le cadre juridique de la vie économique internationale* Sciences politiques, 1983, pp. 14 et s. ; « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement », in *Thesaurus Acroasiens* vol. XIX, 1992, p. 316 ; « Préface », in SFDI, colloque de Rouen, *Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014, p. 5.

³⁶ Ainsi, il n'en est pas directement question dans son cours général à l'Académie de droit international (*supra*, note 2).

³⁷ En ce sens : L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Mondialisation et règlement des différends : défis et réponses », *International Law FORUM du droit international*, n° 4, 2002, pp. 27-28, l'auteur invite à reconceptualiser le droit international en termes de « droit internormatif » consistant en « un tissu de normes issues d'ordres juridiques différents ainsi qu'à des normes sociales, techniques, économiques, écologiques et politiques » (p. 30) ; G. SCHAFER et C. COYE, « From International Law to Jessup's *Transnational Law*, From Transnational Law to *Transnational Legal Orders* », *School of Law, University of California, Irvine, Legal Studies Research Paper Series No. 2017-02*, 18 p.

³⁸ F. LATTY, « Rapport introductif », in F. LATTY *et al.* (dir.), *Sport et droit international*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 30.

ou encore de *lex electronica*³⁹. Le rapprochement, souvent fait⁴⁰, avec le droit canon (les lois et règlements des autorités catholiques gouvernant l'Église et ses fidèles) est moins convaincant car il émane d'une entité fortement institutionnalisée qui, pour ne pas être un État souverain, n'en présente pas moins avec lui des ressemblances non négligeables, alors que les droits, les *leges* mentionnés ci-dessus, pour divers qu'ils soient, sont caractérisés par leur informalité ou leur éparpillement institutionnel.

Pourtant, il ne fait pas de doute que ces activités humaines, marquées par un degré important d'internationalité (l'utilisation de l'Internet en particulier est en grande partie – quoique pas exclusivement – déterritorialisée), font l'objet de réglementations qui échappent largement au droit d'origine étatique. Et d'ailleurs, quand bien même celui-ci joue un rôle dans leur encadrement, cela ne suffit pas à dénier à ces réglementations le caractère d'ordres ou de systèmes juridiques : toute activité humaine est susceptible d'être régie par plusieurs corps de règles distincts⁴¹.

Il y a pourtant une raison qui, à la réflexion, peut faire douter du bien-fondé du compartimentage auquel conduit la définition de ces ordres juridiques en fonction de l'activité à laquelle leurs règles s'appliquent. Cette raison, c'est justement l'importance de leurs points communs : contournement des droits étatiques, rôle considérable du droit souple et, surtout, des tribunaux arbitraux qui recourent essentiellement au droit contractuel et aux principes généraux de droit. Forte de ces constatations, la doctrine contemporaine en est venue à s'interroger plutôt sur l'existence d'un « ordre juridique arbitral », dans lequel on peut voir une résurgence de la *lex mercatoria*, qui engloberait ou regrouperait l'ensemble de ces systèmes anationaux⁴².

³⁹ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYKHELEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *International Business Law Journal*, 1997, p. 548 ; « La *lex electronica* correspond à l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique ». Voy. aussi P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in C.A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 221 : « La notion prétend contribuer à rendre compte des différents phénomènes normatifs encadrant les participants à la communication électronique comme celle se déroulant sur Internet. »

⁴⁰ Voy. not. F. LATTY, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 16 et s.

⁴¹ Voy. *supra*, p. 101.

⁴² Voy. par ex. : F. GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Fondation Varennes, Clermont-Ferrand, 2011, XVI, 308 p. ; plus nuancé : D. SINDRES, *op. cit.* note 26 ; T. SCHULTZ, « The Concept of Law in Transnational Arbitral Legal Orders and Some of its Consequences », *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, pp. 59-85 ; E. GAILLARD, *The Culture of International Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2017, pp. 74-76.

La théorie est séduisante. L'existence d'un juge de droit commun n'est certes pas la condition de l'existence d'un ordre juridique (faute de quoi le droit international public devrait être relégué dans le non-droit) mais rien n'interdit de considérer que le recours à une certaine catégorie de juges (ici les arbitres non étatiques) donne à un système normatif sa cohérence. Le problème en l'occurrence est qu'il lui donne en même temps son incohérence : faute d'un mécanisme juridictionnel centralisé, les arbitres appelés à intervenir dans les litiges internationaux commerciaux ou relatifs aux investissements affirment (abusivement) leur « souveraineté »⁴³ et entendent statuer en toute indépendance sans forcément se préoccuper des décisions antérieures rendues sur des problèmes voisins de ceux dont ils sont saisis. Ceci nuit à l'unité de la jurisprudence et à la sécurité des rapports juridiques et peut conduire à hésiter à qualifier de système ce qui, à certains égards, apparaît comme un non-système.

Peut-être alors faut-il raisonner différemment et admettre qu'il y a actuellement d'ordres juridiques que de tribunaux arbitraux ou de traités à l'origine de leur création – ce qui rejoint la façon de penser de Santi Romano. C'est ainsi qu'à raisonné récemment un tribunal arbitral que j'ai présidé dans une affaire concernant l'application du Traité sur la Charte européenne de l'énergie de 1994 par l'Espagne. Dans sa décision sur la compétence, le tribunal a considéré que ce traité était sa « constitution » (« The ECT is the "constitution" of the Tribunal »⁴⁴) et, quoiqu'il ait mis le mot « constitution » entre guillemets, cette expression, qui a été critiquée⁴⁵, traduit bien ce que nous voulions dire, à savoir que le traité instituant le tribunal est sa « loi suprême » derrière laquelle toute règle contraire doit céder. Moyennant quoi, il faut s'entendre : il est bien évident qu'un traité créant un tribunal arbitral, quand bien même il contiendrait des règles de fond, ne saurait mettre à la disposition de celui-ci toutes les règles qui lui sont nécessaires pour résoudre le litige qui lui est soumis. Mais c'est du traité l'instituant que l'arbitre va dégager le droit qu'il lui appartient d'appliquer en recherchant le droit applicable au cas par cas en fonction de l'intention des parties. Et l'on peut estimer que, dans la mesure où cette intention est recherchée non dans le contrat lui-même mais dans le traité (ou, dans le cas d'arbitrages institutionnalisés comme le Tribunal irano-américain des

⁴³ Voy. A.K. BJORKLUND, « The Emerging Civilization of Investment Arbitration » in T.E. CARBONNEAU et A.M. SINOPOLE (dir.), *Building the Civilization of Arbitration*, Simmonds & Hill, 2010, p. 272.

⁴⁴ CIRDI, Decision on Jurisdiction, 6 juin 2016, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ARB/13/30, par. 71-90.

⁴⁵ Voy. not. F. LATTY, « Le point de vue du droit international des investissements », in SFDI, *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, Journée d'études de Lille, Paris, Pedone, 2017, p. 131.

réclamations ou le CIRDI, dans les traités) créant le tribunal, cet ordre juridique est, selon la formule de l'arrêt *Van Gend en Loos* de la CJCE, « un nouvel ordre juridique de droit international ».

Ainsi, comme François Rigaux l'a remarquablement théorisé, le droit des relations internationales ne saurait se réduire au droit international public ou privé. Il comprend un grand nombre de systèmes normatifs et institutionnels de nature fort diverse même si, tout bien considéré, ils se définissent tous, peu ou prou, par rapport à l'État. Ils se complètent pour encadrer ces relations non sans entrer parfois en concurrence, ce qui pose le problème des rapports qu'ils entretiennent les uns avec les autres.

2 Les relations entre systèmes juridiques

Ces rapports sont d'une très grande complexité – dont l'opposition traditionnelle entre monisme et dualisme rend mal compte. D'abord parce qu'elle repose sur une approche binaire qui prétend opposer le droit international au droit interne *au singulier* – et c'est le dualisme – ou les réunir en un seul ordre juridique à l'intérieur duquel on pourrait hiérarchiser l'ensemble des normes qui le composent les unes par rapport aux autres – et c'est le monisme. L'opposition est cependant d'emblée mal posée, ne serait-ce que parce qu'il n'existe pas un droit interne : il y en a autant que d'États ; la fonction première des règles de conflit de lois, qui sont au cœur du droit international privé, est d'ailleurs de désigner, dans une situation présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité, lequel des droits en présence doit être appliqué.

En outre, on ne peut limiter ainsi la discussion au droit international et au droit étatique⁴⁶ : puisqu'il existe, à côté des droits d'origine étatique des systèmes normatifs extérieurs à l'État, il est impossible, *a fortiori*, de poser en termes binaires la question des rapports entre ordres juridiques – ou des « rapports de systèmes »⁴⁷. Dès lors, il ne peut s'agir de dualisme. Si opposition il y a, elle est entre monisme (le droit est un) et pluralisme (il existe une pluralité de systèmes juridiques qui s'ignorent mutuellement). Comme (presque) tous les jours, il est impossible de trancher catégoriquement entre ces deux positions, trop extrêmes, même si l'observation de la réalité fait assez nettement pencher la balance en faveur de la seconde de ces positions : le pluralisme.

Pour simplifier, on peut considérer que :

⁴⁶ Voy. F. RIGAUX, *op. cit.*, note 8, p. 11.

⁴⁷ Les deux expressions conviennent : je ne suis guère sensible aux complications doctrinales lorsqu'elles ne me paraissent pas « opérationnelles » dans la vie réelle du droit. Pour une démonstration savante visant à établir l'importance concrète de la distinction en droit international privé français, voy. D. SINDRES, *op. cit.*, note 26.

1. il y a des ordres juridiques et chacun regarde les autres comme externes, différents et, parfois, indifférents ; et
2. ces ordres juridiques entretiennent certes des rapports les uns avec les autres, mais chacun se veut ou supérieur à tous les autres (et telle est la prétention qui se trouve à la base du monisme juridique⁴⁸) ou exclusif, unique (et c'est le postulat du dualisme).

Le monisme, c'est sa définition, postule l'unité de l'ordre juridique par opposition au dualisme (ou au pluralisme strict) qui constate l'imperméabilité des ordres juridiques les uns par rapport aux autres, chacun organisant à sa façon et à sa guise la hiérarchie de ses normes⁴⁹.

Intellectuellement, le monisme n'est pas sans attrait, ne fût-ce que parce qu'il devrait – en théorie du moins – éviter les conflits entre règles juridiques, chacune, à quelque « système » qu'elle appartienne, trouvant son fondement dans une règle supérieure qui permettrait de résoudre *in fine* tous les problèmes d'incompatibilité entre deux ou plusieurs règles⁵⁰. Mais le monisme se heurte à une objection théorique insurmontable : rien ne permet de démontrer logiquement quelle est la source de la règle suprême sur laquelle tout l'édifice est construit ; celle-ci est purement axiomatique. En outre et surtout, le monisme repose sur une hypothèse que dément l'observation de la réalité. Comme l'a écrit François Rigaux, « [e]n l'absence d'un métasystème et parce que chaque ordre juridique particulier est autonome, il règle à sa manière et selon la perspective qui lui est propre les relations qu'il entretient avec les autres systèmes, pure modalité de son propre fonctionnement. »⁵¹ Dès lors, un juge interne fera toujours prévaloir la loi suprême de son pays sur les règles

⁴⁸ Qu'ils le veuillent ou non, les monistes acceptent l'idée de la différenciation des ensembles normatifs – les appeler « systèmes » plutôt qu'ordres juridiques ne change pas grand-chose à l'affaire.

⁴⁹ L'expression « hiérarchie des normes » est usuelle ; il serait, en l'occurrence, sans doute plus exact de parler de « hiérarchie des sources ».

⁵⁰ Hans Kelsen, en général présenté comme le chantre le plus cohérent du monisme, allait moins loin dans la seconde édition de sa *Théorie pure du droit* (Paris, Dalloz, 1962, trad. C. Eisenmann) : il y admet que l'unité entre droit international et droit étatique n'est pas réalisée à l'heure actuelle, mais qu'il existe seulement « une unité scientifique de la totalité du droit ; autrement dit qu'il est possible de comprendre droit international et ordres étatiques comme un système de droit unitaire » (p. 430).

⁵¹ F. RIGAUX, *op. cit.*, note 8, p. 13.

du droit international, et ceci même dans un pays comme la France se réclament du « monisme constitutionnel »⁵², c'est-à-dire un État dont la Constitution pose le principe de la supériorité de certaines normes d'origine internationale sur les lois internes, voire même sur elle-même⁵³. Mais, dans tous ces pays, ce principe est posé par la Constitution (qui peut toujours être modifiée) et est appliqué par les juges nationaux pour cette raison. Ainsi, en France – pays qui a, le premier, adhéré à la doctrine moniste dès 1946 –, le Conseil d'État a considéré, en 1998, dans un arrêt d'Assemblée – sa formation la plus solennelle – « que si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁵⁴. Tout récemment encore, dans un avis relatif à l'accueil des migrants en France, le Conseil d'État a rappelé qu'un « règlement européen qui imposerait à la France [...] une demande d'asile au motif qu'un pays peut être regardé comme un pays tiers sûr pour le demandeur [...] ne serait pas conforme » à la Constitution et que sa mise en œuvre « imposerait une modification de celle-ci »⁵⁵. La primauté de la Constitution est évidente *a fortiori* dans les pays dualistes dont le parangon est l'Angleterre, où les normes du droit international n'ont d'effet qu'après avoir été transposées en droit interne. De même, la Cour constitutionnelle italienne a, dans une décision récente qui a fait couler beaucoup d'encre, écarté le régime international des immunités déterminé par la CIJ dans son arrêt de 2012 en l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, l'estimant contraire à la Constitu-

⁵² Voy. A. PELLET, « Vous avez dit "monisme" ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.

⁵³ Voy. not. Allemagne (article 25 de la Loi fondamentale), Pays-Bas (articles 91, 93, 94 et 120 de la Constitution).

⁵⁴ C.E. France, assemblée, arrêt, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286 et 20287. La Cour de cassation a adopté une position similaire à celle du Conseil d'État dans un arrêt d'Assemblée plénière du 2 juin 2000 (n° 99-60274, *Bulletin*, 2000, A.P., n° 4, p. 7) : « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de la Constitution mais sur un principe général du droit ».

⁵⁵ Voy. « Voulu par l'UE, le principe "pays tiers sûr" est jugé inconstitutionnel par le Conseil d'État », *Le Monde*, 14 juin 2018, p. 7.

⁵⁶ C.C. italienne, arrêt 238/2014, 22 octobre 2014. Voy. C.I.J., arrêt, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*, Recueil 2012, p. 99.

événuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires.⁶¹

Et l'arbitre transnational lui-même considère que le traité qui l'institue constitue sa loi suprême. Ainsi, dans la décision *RREEF Infrastructure c. États-Unis* sur la compétence affirmant que le Traité sur la Charte de l'énergie était sa « constitution »⁶², le tribunal arbitral a tiré de cette constatation la conséquence logique qu'en cas de contradiction entre les dispositions de cet instrument et le droit de l'Union, le premier prévalait⁶³.

Ces prises de position ne sont pas compatibles avec une vision moniste du droit quoique, si l'on y réfléchit, le « dualisme » ou le pluralisme ne sont, au fond, que des monismes pluriels : chacun des ordres juridiques qui concourent à l'encadrement des relations internationales se comporte comme s'il était seul au monde. Mais c'est alors de « perspectivisme » qu'il faut parler : selon que l'on se place dans la perspective du droit interne, ou du droit international, ou du (ou des) droit(s) européen(s)⁶⁴, ou de la *lex mercatoria*, etc., ce sont les règles propres à chacun de ces ordres qui prévaudront (et que les juges, s'il en existe, devront appliquer en priorité). Celles ayant d'autres origines ne trouveront à s'appliquer que si, et dans la mesure où, les règles propres de l'ordre juridique considéré le prévoient ou y renvoient – ce qui arrive fréquemment et permet un « lissage » du droit en assurant une certaine harmonisation entre les différents ordres juridiques concernés. Ainsi, rien n'empêche que des passerelles soient créées entre des ordres juridiques différents, que l'on pense, aux renvois préjudiciels que peuvent effectuer les juges nationaux des États membres de l'UE à la CJUE⁶⁵, ou, en vertu du Protocole 16 à la CvEDH, interprétation conforme, « interactions normatives »⁶⁶ ou « dialogue des juges »

⁶¹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Recueil* 1964, p. 1141. Voy. aussi C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des Finances c. SA Simmenthal*, aff. 106/77, *Recueil* 1978, p. 629.

⁶² Voy. *supra*, note 44.

⁶³ CIRDI, Décision sur la compétence, 14 avril 1988, *SPP c. Égypte [ARB/84/3]*, par. 74 ; voy. aussi par ex. CIRDI, *AES c. Hongrie*, ARB/07/22, 23 septembre 2010, par. 7.6.6 et s. ; CIRDI, *Electrabel c. Hongrie*, ARB/07/19, SA, 25 novembre 2015, par. 4.1.18. Dans une affaire du même type, la C.J.U.E. a, au contraire, fait prévaloir le droit de l'Union sur un traité bilatéral d'investissement (Gde ch., 6 mars 2018, *Slovakische Republik/Achmea BV (demande de décision préjudicielle du Bundesgerichtshof – Allemagne)*, aff. C-284/16, dispositif).

⁶⁴ Celui découlant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est aussi un ordre juridique (européen) même s'il n'attire pas autant l'attention à cet égard que celui de l'Union.

⁶⁵ Articles 256 et 267 du TFUE.

⁶⁶ J.-F. FLAUS, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », in J.-F. FLAUS, *Droits sociaux et droit européen : bilan et prospective de la protection normative*, in J.-F. FLAUS, actes de la journée d'études du 19 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 89-112 ; « Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et interactions normatives dans le domaine de la protection des droits de l'homme », in G. COHEN-JONATHAN

Pour un juge international au contraire, selon la célèbre formule de la CPJI dans son arrêt de 1926 sur la *Haute-Silésie polonaise*, « les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des États au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »⁵⁷. En conséquence, « dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité »⁵⁸. Dès lors, « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »⁵⁹.

Il en va de même bien sûr des juges européens, de Luxembourg comme de Strasbourg, particulièrement soucieux de faire prévaloir les traités qu'ils ont la charge d'appliquer sur les droits nationaux des États membres ou parties. Ainsi, dans un arrêt du 17 décembre 1970, la CJCE a-t-elle considéré que :

[L']invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État.⁶⁰

Ceci est vrai à plus forte raison des lois ou règlements nationaux car, selon une autre formule célèbre de l'arrêt *Costa* de 1964 :

La force exécutive du droit communautaire ne saurait en effet varier d'un État membre à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures sans mettre en péril la réalisation des buts du traité [...] ; les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement

⁵⁷ C.P.J.I., arrêt, 25 mai 1926, *Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19 ; voy. aussi not. Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie, avis n° 1, 29 novembre 1991, *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 264 ; O.R.D., Brésil – Aéroports (Canada), Rapport de l'Organe d'appel [WT/DS46/AB/RW], 21 juillet 2000, par. 46 ; Tribunal international du droit de la mer (T.I.D.M.), arrêt, 14 avril 2014, *M/V « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau), T.I.D.M. Recueil 2014*, p. 71, par. 226.

⁵⁸ C.P.J.I., avis consultatif, 31 juillet 1930, *Question des communautés gréco-bulgares*, série B, n° 17, p. 32 ; voy. aussi C.J.I., avis consultatif, 26 avril 1988, *Obligation d'arbitrage*, *Recueil* 1988, pp. 34-35 ; arrêt, 20 juillet 2012, *Obligation de poursuivre ou d'extrader*, *Recueil* 2012, p. 459, par. 108.

⁵⁹ C.P.J.I., avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A, n° 44, p. 24. Voy. aussi, par ex., sentence arbitrale, 26 juillet 1875, affaire du *Montijo (Colombie c. États-Unis)* : « Un traité est supérieur à la Constitution. La législation de la République doit s'adapter au traité, non le traité à la loi » (J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitration to which the United States Has Been Party*, Washington, US Government Printing Office, 1898, p. 1850). Voy. aussi l'article 3 des Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

⁶⁰ C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Recueil* 1970, p. 1125 ; 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, *Recueil* 1979, p. 3727 ; C.J.U.E., 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06, *Recueil* 2010, p. I-8064, par. 61.

assurent une féconde « fertilisation croisée »⁶⁷ en vue de « dompter la pluralité et la complexité »⁶⁸.

Il reste que, *in fine*, le dernier mot revient à l'ordre juridique dans lequel le juge, plus largement l'interprète, se situe ; ni monisme, ni dualisme, mais perspectivisme. Mais, en vérité, ce n'est pas le tout dernier mot... Car, en réalité, les différents ordres – ou systèmes – juridiques qui encadrent les relations internationales ne sont pas également efficaces, même s'ils s'influencent tous peu ou prou mutuellement⁶⁹. Certes, vu « de l'intérieur », étudié « en lui-même », chacun constitue un ensemble cohérent et autosuffisant mais à deux points de vue au moins, l'ordre juridique étatique surpasse tous les autres. D'une part, seul ou avec d'autres, l'État est à l'origine de tous les ordres juridiques concurrents – du moins si l'on écarte l'hypothèse de la *lex mercatoria* – y compris de l'ordre arbitral ou des ordres « arbitraux ». D'autre part, l'État conserve le monopole de la contrainte sur son territoire. De ce fait, il est, par nécessité, le garant ultime de l'application effective de toutes les règles de droit, quelle qu'en soit l'origine. On peut dire, s'agissant des rapports entre les ordres (ou les systèmes) juridiques, que même s'il n'existe aucun rapport hiérarchique entre eux, et donc aucune supériorité des uns sur les autres (sinon ce ne serait plus des ordres juridiques et on retomberait dans le monisme), concrètement, « à la fin, c'est toujours l'État qui gagne ».

et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 265-273 ; L. BUGORGNE-LARSEN et al. (dir.), *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, 380 p.

⁶⁷ Voy. M. DELMAS-MARTY, « L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 95-128, p. 113.

⁶⁸ L. BUGORGNE-LARSEN, « L'ère dialogique en question(s). De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, p. 780.

⁶⁹ F. RIGAUX, *op. cit.*, note 2, pp. 40-41.