RÉFLEXIONS
SUR « LA DOCTRINE DES PUBLICISTES
LES PLUS QUALIFIÉS
DES DIFFÉRENTES NATIONS »
(Flux et reflux relatifs des forces doctrinales
académiques et finalisées)

PAR

André ORAISON

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION

Une question mérite d'emblée d'être posée à l'occasion de la troisième année de la Décennie des Nations Unies pour le droit international (1990-1999) décrétée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. dans sa résolution 44/23 du 17 novembre 1989 : « *la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations* » est-elle en train de passer des « *sommets aérés* » aux « *valons brumeux* » ? Cette interrogation iconoclaste a en fait pour prémices un cri d'alarme lancé par quelques caciques universitaires qui déplorent un « recul » de la doctrine en droit international comme en droit interne et par ricochet — selon certains — un « affaiblissement du Droit » (1).

Après avoir mis l'accent sur l'apport des Savants à la création des règles juridiques, le Français Michel VIRALLY affirme ainsi en 1981 : « Le rôle de la doctrine a considérablement décliné depuis le début du siècle (et surtout depuis trente ans). On assiste à une prise de conscience de plus en plus claire de l'importance politique du droit international, devenu pour les gouvernements une chose trop importante pour être laissée aux juristes et surtout aux professeurs » (2). Le Tchèque Antoine HOBZA avait déjà déclaré en 1950 que « celui qui ne voit dans le droit ancien que l'ordre et dans le droit nouveau que l'anarchie » peut avoir la conviction que le « droit est en déclin » avant de préciser : « La réalité est cependant tout autre. Tan-

(1) Cf. CARTY (A.), *The decay of international law?*, Manchester University Press, 1986, 138 p. ; BREDIN (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », *Mél. Hébraud*, 1981, p. 121 : « L'effacement de la doctrine, le discrédit de la loi, l'exaltation du « précédent », la montée de l'équité, ce ne sont sans doute que des signes, parmi d'autres, d'un phénomène maintes fois décrit : le déclin du Droit ».

(2) Cf. « À propos de la *lex ferenda* », *Mél. Reuter*, 1981, p. 520.

dis que le *droit* évolue continuellement, la science du droit reste longtemps emprisonnée dans des conceptions vétustes et dans un formalisme périmé. *Ce n'est pas le droit qui est aujourd'hui en déclin mais l'influence de la science juridique sur l'évolution du droit* » (3).

Une fraction de la doctrine serait-elle atteinte d'hypocondrie ou les juristes internationalistes sont-ils réellement dans l'incapacité d'appréhender le phénomène juridique dans son ensemble ? Doivent-ils dans cette dernière hypothèse s'engager dans une vaste réflexion sur les objectifs et la restructuration de la recherche juridique ? Voici quelques-unes des questions auxquelles nous devons tenter de répondre. Mais auparavant un problème plus prosaïque se pose : comment définir la doctrine ?

Ce terme polysémique a ici deux sens voisins qu'il faut distinguer dès l'abord. Il signifie parfois la position exprimée par des responsables politiques investis de compétences étatiques à un moment donné de la conjoncture internationale. C'est dans cette première acception qu'il est possible de citer comme archétypes les doctrines TOBAR ou BREJNEV. MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET assurent qu'il importe peu que ces dernières aient des incidences sur le plan juridique — *reconnaissance ou souveraineté* — car « leur raison d'être est politique » (4). Elles n'ont pas en vérité pour ambition d'énoncer le droit international mais plutôt, selon l'expression de Guy DE LACHARRIÈRE, une « politique juridique extérieure ». Dans un sens plus technique — dorénavant seul pris en compte — le Président Jules BASDEVANT définit la doctrine par une formule lapidaire : « Conception et interprétation du Droit présentées par les auteurs dans leurs ouvrages de science juridique » (5). Mais il faut déjà observer que le vocable retenu dans cette seconde acception n'est pas lui-même dépourvu d'ambiguïtés. La doctrine est souvent perçue comme un agrégat dont les divers éléments constitutifs formeraient un *tout indivisible*. Dans une perspective critique, M. Michel MIAILLE précise que « tout se passe comme s'il n'y avait ni dissidence ni opposition » (6). Or la doctrine, loin d'être un « corps de pensée organisé » et homogène, est plutôt une *abstraction* qui méconnaît la pluralité des genres. Ne pourrait-on pas soutenir à la limite qu'il y a autant de doctrines qu'il y a de juristes puisque chacun d'eux est conduit à apprécier les faits en fonction de son tempérament particulier ? Le mot « doctrine » désigne, sous cet angle, la conviction d'un Savant sur un point de droit ou la solution qu'il donne à une question qui fait l'objet d'une controverse.

(3) Cf. « Effets internationaux des nationalisations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bath, 1950, Tome I, p. 81.

(4) Cf. NGUYEN QUOC Dinh, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit International Public*, Éditions L.G.D.J., 1987, p. 360.

(5) Cf. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Éditions Sirey, 1960, p. 218.

(6) Cité in ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1988, p. 104.

Mais qui a plus exactement vocation à incarner la doctrine juridique ? Convient-il par exemple d'opposer les praticiens aux théoriciens qui seraient ainsi les seuls composants de la doctrine ? À cette nouvelle interpellation fait écho une réponse apparemment diaphane pour de nombreux auteurs. Toute personne ayant des connaissances en droit international peut se considérer comme membre de la doctrine des internationalistes dès lors qu'elle expose librement une opinion susceptible d'influence. Le double critérium de la *compétence* et de l'*indépendance* permet déjà d'imaginer l'ampleur de la « galaxie doctrinale » avec toutefois la réserve élémentaire selon laquelle *les publicistes des différentes nations sont plus ou moins compétents et plus ou moins indépendants*.

La doctrine ainsi définie a connu une phase de diversification. De la Renaissance au milieu du XIX^e siècle, elle comprend des écrivains du droit isolés les uns par rapport aux autres et appartenant pour la plupart au monde des Universités. La doctrine professorale a bénéficié pendant une période plus que tricentenaire d'un quasi-monopole en matière d'identification et de systématisation des règles juridiques. Quelques savants ont à cet égard fait florès en exerçant une influence indélébile sur la formation du droit international positif du XVI^e au XVIII^e siècle, considérés comme les Siècles d'Or de la doctrine pour un grand nombre d'auteurs. De fait, il n'est peut-être pas exagéré de soutenir avec le Président Manfred LACHS que « certains ont inscrit leur nom pour des siècles dans l'histoire du droit international » (7). C'est le cas des précurseurs comme l'Espagnol VITORIA ou le Néerlandais GROTIUS qui occupent un rang élevé sur le proscenium du panthéon juridique dans la mesure où tous deux ont réussi à faire admettre le principe de la limitation de la souveraineté des États par le droit naturel. Mais les études individuelles de maîtres de plus en plus isolés dans leur tour d'ivoire entrent en compétition à la fin du XIX^e siècle avec les travaux collectifs des sociétés scientifiques permanentes dont la plus ancienne et la plus connue est l'Institut de droit international fondé en Belgique en 1873 à l'initiative de publicistes éminents comme l'Écossais JAMES LORIMER ou l'Argentin CARLOS CALVO. Les auteurs cessent par ailleurs à la même époque d'être principalement des universitaires agissant à titre personnel ou dans des cénacles purement privés.

À cette doctrine classique de théoriciens purs — généralement appelée « doctrine académique » ou « doctrine de réflexion » — dont les membres interviennent quand ils veulent et sur les sujets de leur choix s'est graduellement superposée, dès l'aube du XX^e siècle, une doctrine nouvelle de praticiens — que l'on peut encore désigner « doctrine finalisée » ou « doctrine d'action » — engagée dans des procédures spécifiques de nature diplomatique, normative ou contentieuse.

(7) Cf. *Le monde de la pensée en droit international. Théories et pratique*, Éditions Economica, 1989, p. 226.

Les juges des tribunaux internationaux incarnent ainsi la doctrine finalisée lorsqu'ils rédigent en conscience des opinions séparées qui sont autant de commentaires critiques des décisions de justice. En usage dans les pays anglo-saxons, le surgissement de cette pratique sur la scène interétatique remonte à la fin du siècle dernier avec la montée en puissance de l'arbitrage qui reste le mode exclusif de règlement juridictionnel des différends jusqu'en 1920, date à laquelle s'affirment progressivement les opinions individuelles ou dissidentes des juges inamovibles des Cours universelles de La Haye. Les unes et les autres peuvent être assimilées à des productions doctrinales dès lors qu'elles ne coïncident pas avec le point de vue officiel exposé par l'Assemblée du Palais de la Paix dans ses arrêts ou avis. Certains juristes internationaux peuvent également être considérés comme constituant une branche efficiente de la doctrine finalisée au XX^e siècle lorsqu'ils ont pour mission de donner — sur des problèmes généralement importants — des avis scientifiques suivant leur conscience aux gouvernements étatiques. Il convient enfin de faire une place de choix à la Commission du droit international des Nations Unies (C.D.I.) créée en 1947. Bien qu'elle soit un organisme officiellement préposé par l'O.N.U. à la tâche de la codification des coutumes, la C.D.I. fait sans conteste une œuvre de nature doctrinale. Elle donne en effet de solides garanties de technicité et d'impartialité dès lors qu'elle comprend quelques-uns des plus grands juristes du monde « possédant une compétence reconnue en matière de droit international » et agissant en toute liberté par rapport à leur État d'appartenance. Sa contribution à la codification conventionnelle du droit international est déjà monumentale si on la compare aux résultats des travaux antérieurs officiels ou officieux.

L'inventaire des différents éléments qui forment aujourd'hui la « constellation doctrinale » s'est manifestement enrichi depuis plus d'un siècle. Celui qui est proposé ici n'est d'ailleurs pas exhaustif (8). Évoquer le repli des forces doctrinales à la suite de ces prolégomènes n'apparaît-il pas de prime abord abstrus ?

La réponse à la question de savoir si la doctrine est entrée dans une phase « crépusculaire » ne saurait être en vérité péremptoire. Les remarques précédentes montrent déjà qu'elle doit être modulée en fonction des rameaux de plus en plus nombreux qui l'incarnent. L'abaissement dont on parle a en d'autres termes beaucoup plus de chance d'être sectoriel que global. Il apparaît en outre bien délicat à évaluer. Il ne suffit pas en effet de décréter le déclin de la doctrine. Encore faudrait-il pouvoir le démontrer. La question est alors de savoir s'il est possible de déterminer l'emprise de la science du droit et les oscillations kaléidoscopiques de son impact sur le

(8) Voir *infra* le cas spécifique des avocats généraux près la Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E.) ainsi que les opinions formulées individuellement en son sein par les membres de la Commission du droit international des Nations Unies.

droit. Mais le dénouement de cette problématique est *a priori* aléatoire pour deux raisons.

Comme le fait observer M. Jean RIVERO, cette recherche est d'abord difficile dans l'absolu « dans la mesure où les cheminements de la pensée ne laissent point de trace après eux » (9). Faut-il rappeler que le droit n'est pas une science exacte contrairement à la chimie ou à la physique ? La science du droit ne peut subséquemment que constater d'une manière diffuse les besoins d'une société complexe et sans procéder à des découvertes spectaculaires de nature à bouleverser soudainement le cours des choses. Dans le même ordre d'idées, la littérature du droit est rarement indiquée dans les décisions rendues par les tribunaux internationaux permanents sans que l'on puisse pour autant prétendre qu'elle ne joue aucun rôle dans l'orientation de leur jurisprudence. Mais parce qu'elle est précisément si peu citée, il est d'autant plus malaisé de connaître avec certitude la portée de son influence. Autant dire, dès à présent, que l'autorité morale et scientifique de la doctrine juridique est pratiquement « impossible à quantifier ».

La littérature juridique se caractérise ensuite par son aspect de plus en plus hétéroclite et il est relativement aisé d'illustrer cette diversité grandissante. Représentant « l'épine dorsale » de la doctrine universitaire, les professeurs de droit exposent leurs idées dans des écrits dont la gamme est immense : articles, manuels, monographies, notes ... Il faut encore mentionner les nombreuses résolutions des sociétés savantes publiées dans des annuaires, les projets d'articles des organes codificateurs comme la Commission du droit international qui deviennent des règles de droit après avoir été ratifiés par les États, les opinions individuelles et dissidentes émanant des juges ou des arbitres internationaux, les avis donnés par les juriconsultes indépendants qui conseillent les gouvernements ainsi que les communications et rapports présentés « en conscience » par des juristes de renom lors de Conférences diplomatiques réunies pour créer des règles conventionnelles nouvelles ou pour codifier les règles coutumières existantes. Autant dire également que l'autorité de la doctrine juridique est devenue au fil des ans de plus en plus « malcommode à localiser ».

En dépit de cette double restriction, il est néanmoins permis d'établir une dichotomie clarificatrice en reconnaissant notamment avec MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET que « le poids » des opinions doctrinales varie dans la pratique « de façon sensible selon qu'elles s'expriment dans un cadre pédagogique, de libre discussion académique, ou qu'elles s'insèrent dans une procédure internationale (diplomatique, normative ou contentieuse) ». Une telle affirmation — qui repose implicitement sur le dogme d'une doctrine bicéphale — mérite examen. *A priori* fondée, elle doit en vérité être tempérée par une double remarque.

(9) Cf. « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *Pages de doctrine*, L.G.D.J., 1980, p. 63.

D'abord, le *limes* entre doctrine de réflexion et doctrine d'action n'est pas toujours facile à tracer dans la mesure où ces deux catégories de forces doctrinales sont le plus souvent composées — loi du dédoublement fonctionnel oblige — par les mêmes personnes et plus exactement par les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Il existe de surcroît une pérennité collaboration entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en vue d'assurer « le progrès du droit international ».

Dans les développements suivants, nous nous efforcerons en fait de démontrer que la doctrine des internationalistes joue toujours dans son ensemble un rôle considérable en dépit d'interrogations récurrentes sur son déclin et que le phénomène tant redouté du déclin relève de toute façon beaucoup plus du relatif que de l'absolu. Dans un système juridique international en mutation accélérée depuis la fin de la seconde guerre mondiale, il faut plus précisément mettre l'accent — d'une part — sur le reflux partiel et le redéploiement prévisible de la doctrine finalisée (II) — d'autre part — sur le déclin relatif et la restructuration en cours de la doctrine académique (I).

I. LE DÉCLIN RELATIF ET LA RESTRUCTURATION EN COURS DE LA DOCTRINE ACADÉMIQUE

On a souvent entendu dire que les forces doctrinales traditionnelles exerçaient un impact moindre de nos jours qu'autrefois. L'assertion selon laquelle la doctrine des théoriciens n'est plus ce qu'elle était est sans doute exacte.

Il faut toutefois la nuancer de manière sensible en mettant en balance le redéploiement ou la restructuration en cours de la doctrine purement académique à l'époque contemporaine (B) et sa régression ou son déclin au reste tout relatif sur le plan historique (A).

A. Le déclin relatif de la doctrine académique

Une observation préliminaire de nature à rasséréner les internationalistes pourrait être formulée de la manière suivante. La doctrine en général n'est certainement pas immarcescible. L'amointrissement de son influence est cependant beaucoup moins frappant dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques nationaux.

Il est en réalité loisible de vérifier cette thèse en approfondissant une double proposition. Le repli de la doctrine des internationalistes en tant qu'autorité n'est d'abord que partiel. La doctrine académique n'a jamais été par ailleurs une source formelle du droit international.

a) La doctrine académique n'a jamais été
une source formelle du droit international

La doctrine pure est parfois mise en corrélation avec d'autres notions avec lesquelles elle présente des affinités plus ou moins étendues : *épistémologie, idéologie, jurisprudence, science juridique, source du droit*. Concernant ce dernier point, il importe d'emblée de vider une querelle sémantique. Que faut-il entendre par « sources du droit » ? Bien que consacrée par l'usage dans le langage des juristes, cette expression a en fait toujours été au cœur de vives polémiques. Louis CAVARÉ soutient par exemple que « le terme de « sources » est impropre » avant d'ajouter : « Il faudrait le réserver aux origines sociales et profondes du Droit » (10). Ne conviendrait-il pas en vérité, dans une thématique générale de la notion de « sources du droit », d'établir le départ entre le processus créateur d'une norme juridique et la norme résultant dudit processus ? Or — comme le souligne M. Hugo CAMINOS — « la notion de sources s'applique tant au processus qu'à la norme ». Le concept est donc non seulement *métaphorique* mais aussi *amphibologique*.

Point n'est besoin cependant d'avoir recours à l'innovation terminologique à condition de spécifier le sens dans lequel on entend l'employer. M. Serge SUR constate ainsi que le vocable « source » vise parfois l'ensemble des données de base qui déterminent l'évolution du droit : « relations de puissance, idéologies, systèmes culturels, etc ». (11). Ces facteurs extra-juridiques, souvent impalpables et casuels, correspondent à ce qu'il est convenu d'appeler les « sources matérielles du droit ». À ces dernières — qui ne participent que par contrecoup au processus d'émergence du droit positif — s'opposent les « sources formelles du droit ». On désigne par là les formes sous lesquelles les normes juridiques prennent corps ou, suivant la locution de Charles De VISSCHER, les « procédés d'élaboration technique du droit » (12).

Dans l'ordre interne, c'est la Constitution qui détermine les autorités compétentes pour créer les règles juridiques. Le problème paraît assurément plus ardu à résoudre dans un ordre international dépourvu de Loi fondamentale. Où dès lors trouver trace des diverses techniques de formation du droit ? Paul REUTER répond qu'elles sont parfois répertoriées dans les chartes constitutives de certains tribunaux internationaux à vocation universelle et à compétence générale. On peut ici effectivement faire référence à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale instituée le 16 décembre 1920 sous l'égide de la S.D.N. et dont les dispositions ont été reprises par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice incorporé à la Charte de l'O.N.U. du 26 juin 1945. En vertu de ce texte

(10) Cf. *Le Droit International Public Positif*, Éditions Pedone, 1967, p. 214.

(11) Cf. THIERRY (H.) et autres, *Droit International Public*, Éditions Montchrestien, 1986, pp. 33-34.

(12) Cf. « Contribution à l'étude des sources du droit international », *R.D.I.L.C.*, 1933, p. 402.

capital de droit positif, la Cour a pour mission « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ». Elle applique à cette fin les traités « établissant des règles expressément reconnues par les États en litige », « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Outre cette triade — au demeurant non hiérarchisée des sources formelles du droit international — l'article 38 précise que la Haute juridiction internationale « applique » — « *comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* » (c'est nous qui soulignons) — « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

Cette « disposition pragmatique » est cependant loin d'être univoque (13). Le Professeur Ian BROWNLIE avance par exemple que les mots « applique » et « auxiliaire » pourraient laisser accroire que l'article 38 vise dans un sens littéral des sources autonomes du droit international dès lors qu'il ne fixe pas une ligne de démarcation tranchée entre sources formelles ou sources proprement dites et simples moyens susceptibles de les déceler (14). L'incertitude conceptuelle paraît *a priori* d'autant plus grande que ce texte égraine les unes et les autres dans un même paragraphe. Mais une pareille déduction est manifestement inacceptable. Aucun internationaliste n'a d'ailleurs pris prétexte de cette « faille rédactionnelle » pour soutenir une telle interprétation. Le Français NGUYEN QUOC Dinh fait valoir à ce sujet : « Un moyen de détermination du droit n'équivaut pas à un moyen de création du droit ». C'est dire, en d'autres termes, que la doctrine et la jurisprudence ne sont pas des forces directement créatrices du droit.

Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi dans l'absolu. La question peut plus précisément être envisagée sous un angle historique. Un parallèle s'impose à cet égard entre l'ordre juridique international et certains ordres juridiques internes dans lesquels s'est produite une évolution radicale. Lord Arnold Mc NAIR souligne par exemple que la doctrine fut une véritable source du droit dès le Haut-Empire romain dans la mesure où les *responsa* des *Prudentes* — investis du *jus publice respondendi* — avaient force de loi et étaient assimilées aux rescrits impériaux et aux sentences des juges (15). Plus tard, au Moyen Âge, après la renaissance du droit romain, une grande autorité était reconnue à une doctrine unanime et constante (*communis opi-*

(13) Elle a d'ailleurs été critiquée dès l'origine et dans son entièreté. Rédigé parfois en termes pléonastiques ou anachroniques, l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye dresse surtout des sources formelles du droit international une liste lacunaire dès lors qu'il ne mentionne ni les actes unilatéraux élaborés par les États souverains ni les résolutions prises par les organisations internationales.

(14) Cf. *Principles of Public International Law*, Clarendon Press Oxford, 1966, pp. 2-3.

(15) Cf. *Roman Law and Common Law*, Cambridge University Press, 1952, pp. 12-15. Promulguée en 426 par l'Empereur Valentinien III, la Loi des citations prescrit de suivre les avis émis par certains juriconsultes — Gaius, Modestin, Papinien, Paul, Ulpian — en posant des règles à suivre au cas où ces juristes seraient en désaccord sur les questions à trancher.

nio doctorum). Mais il en va tout autrement de nos jours. Le Français René DAVID atteste que la doctrine a cessé d'être de façon directe une source du droit dans les systèmes juridiques nationaux modernes « en ce sens que l'on n'est plus obligé de donner effet à ce qu'elle enseigne » (16). La méconnaissance d'une opinion doctrinale, même communément admise, ne peut jamais en conséquence constituer un cas d'ouverture du pourvoi en cassation.

La solution consacrée dès l'origine dans la société interétatique est en revanche restée inaltérable. La doctrine ne s'est jamais vue attribuer un pouvoir normatif. Hans KELSEN note que la *science du droit* « ne peut pas prescrire quelque chose comme le fait le droit ». Mais pourquoi les écrits doctrinaux n'acquièrent-ils jamais par eux-mêmes « force juridique » ? Après avoir souligné que les Savants analysent et apprécient le droit, M. Charles ROUSSEAU répond qu'ils sont impuissants à le créer pour la simple raison qu'ils n'ont « aucunement reçu compétence à cette fin d'un organe étatique ou interétatique quelconque » (17). Dans le même ordre d'idée, Georges SOELLE affirme : « Les juristes n'ont aucune compétence officielle pour rechercher et formuler la règle de droit » (18). Par sa rationalité, un tel raisonnement a en fait entraîné l'adhésion de l'unanimité des spécialistes du droit international (19). Tous reconnaissent nonobstant que le corpus doctrinal est loin d'être sans valeur dès lors qu'il peut être utilisé pour éclairer les gouvernements et les Sages en prouvant l'existence des règles juridiques. Cette précision a été formulée en termes clairs par le juge français André WEISS dans une opinion dissidente célèbre à la suite de l'arrêt rendu le 7 septembre 1927 par la C.P.J.I. dans la non moins célèbre affaire du « Lotus » ayant opposé la France à la Turquie :

« Le droit international ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes. Il ne tire pas non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice, même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des moyens d'en découvrir quelques aspects, d'en dégager quelques principes et de donner à ces principes une formule satisfaisante » (Série A, n° 10, p. 43).

La doctrine n'est donc pas une source du droit international au sens formel du terme mais plus humblement une autorité. Ce n'est pas un *succédané*

(16) Cf. « La doctrine, la raison, l'équité », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1986-1, p. 121.

(17) Cf. *Droit International Public*, Editions Dalloz, 1987, p. 87.

(18) Cf. « Essai sur les sources formelles du droit international », *Mél. Geny*, 1934, Tome III, p. 426.

(19) On ne peut donc pas sérieusement présumer que les Savants qui considèrent la doctrine comme une source au sens large du terme dans leurs écrits aient voulu lui conférer le pouvoir d'établir formellement de nouvelles règles de droit. Ils expriment plus modestement le souhait de la voir figurer parmi l'ensemble des forces qui exercent une emprise sur les juridictions internationales et — plus généralement encore — dans la catégorie des sources matérielles du droit international. Voir en ce sens ECONOMIDÈS (C.), « Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international », *A.F.D.I.*, 1988, p. 131.

des normes juridiques mais plutôt un simple *adjuvant* mis en œuvre pour identifier et déterminer leur contenu. Exposé concrètement dans une consultation lors d'un litige interétatique ou abstraitement et par avance dans une étude théorique, un point de vue doctrinal est donc inadéquat pour engendrer le droit positif. Il en est ainsi quelle que soit par ailleurs la notoriété de son auteur. Même une doctrine unanime et pérenne n'aura jamais la valeur d'une règle de droit. C'est dire que les forces doctrinales ne sauraient être mises sur le même plan que les traités et les coutumes ou les principes généraux qui peuvent seuls contraindre les sujets de droit. Il y aurait dans l'hypothèse contraire une précarité inadmissible en raison autant des inévitables divergences doctrinales que de leur grande versatilité. Les États qui sont très attachés à leur souveraineté refusent de surcroît d'être liés par des normes qu'ils n'élaboreraient pas eux-mêmes. Le principe selon lequel la doctrine n'est point une source du droit au sens strict du terme n'est pas lui-même sans conséquences. D'abord, l'ignorance des écrits doctrinaux ne constitue jamais un acte illicite de nature à engager la responsabilité internationale des gouvernements étatiques. On peut même se demander dans quelle proportion ces documents, de plus en plus nombreux, dispersés et surtout de valeur inégale, sont connus et consultés. Ne serait-il pas logique d'opposer à l'illustissime apophtegme « *Nemo censetur ignorare legem* » un nouvel aphorisme : « Nul n'est censé connaître la doctrine » ? Ensuite, une décision de justice, prenant appui uniquement sur les forces doctrinales, serait entachée d'excès de pouvoir et donc dépourvue de valeur.

Un premier enseignement s'impose au terme de cette analyse. Le déclin historique de la doctrine purement académique auquel un certain nombre d'auteurs font aujourd'hui allusion est certes une réalité. Mais il est objectivement moins tangible dans l'ordre juridique international que dans certains ordres juridiques nationaux.

Il faut par ailleurs reconnaître avec le Professeur Pierre VELLAS que la doctrine pure exerce une fonction fondamentale dans la détermination et l'évolution du droit international « en raison de son caractère inachevé, primitif, en même temps que très évolutif » (20). Plus exactement, on peut la qualifier d'« autorité de fait » dont le rôle d'instigation la mêle étroitement à la vie juridique internationale tout en constatant néanmoins — toujours sur un plan historique — son reflux partiel.

b) Le reflux partiel de la doctrine académique en tant qu'autorité en droit international

Nos propos peuvent se résumer ici en un triptyque. Les causes du recul de l'impact doctrinal sont d'abord multiples. Le repli dont il s'agit est

(20) Cf. *Droit International Public*, L.G.D.J., 1970, p. 195.

ensuite modéré. Il fait enfin suite à une ère de magnificence que la doctrine de réflexion a connue lors de la formation du droit des gens.

Quels sont donc plus prosaïquement les fondements du flux et du reflux de la doctrine académique en tant qu'autorité de fait ?

1. Le fondement de l'hégémonie de la doctrine à l'époque des Temps Modernes.

Les règles de droit sont sans doute dans l'ensemble moins bien établies dans l'ordre international que dans les ordres internes. L'observation est toutefois plus exacte dans le passé qu'aujourd'hui. C'est un fait que les normes juridiques interétatiques ont été essentiellement produites par la voie coutumière dans un premier stade de leur évolution qui s'achève avec le XVIII^e siècle. C'est la raison pour laquelle on a parfois affirmé, sur le plan doctrinal, le « fondement coutumier du droit international ». Mais les *sources spontanées* créées par l'usage ne sont pas parées de toutes les vertus. Leur avantage principal sur les *sources écrites* tient à leur ductilité qui leur permet de s'adapter aux changements incessants de la réalité sociale. En revanche, leur défaut rédhibitoire est de soumettre la vie juridique à une incertitude fâcheuse en raison de leur manque de précision. Le grief est d'autant plus grave que la société interétatique ne connaît aucun des moyens juridictionnels de règlement des conflits au cours de cette longue période tandis que la pratique diplomatique des États est placée sous le sceau de la confidentialité. En l'absence de juridictions internationales occasionnelles ou permanentes et de services juridiques organisés dans les chancelleries, « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » a bien été le seul « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». C'est dire, en d'autres termes, qu'elle a bénéficié d'un quasi-monopole en matière d'identification et d'interprétation des coutumes internationales.

L'inclination à investir la doctrine d'un crédit considérable dans l'ordre international est ainsi justifiée en raison des « données historiques ». Encore convient-il de noter la persistance de sa position hégémonique jusqu'au milieu du XIX^e siècle en dépit même de l'avènement du règlement arbitral. On sait que la première partie de l'époque moderne de l'arbitrage se caractérise par la création de commission mixtes en vertu du Traité JAY du 19 novembre 1794 conclu entre l'Angleterre et les États-Unis. Or les sources écrites étaient à cette époque plutôt rares. La pratique des États dans leurs rapports mutuels était par ailleurs peu développée et surtout mal connue. On ne pouvait donc réellement en avoir connaissance que par les Savants qui l'exposaient dans leurs études après avoir exercé des fonctions diplomatiques ou gouvernementales. C'est dire que pour les membres des ces instances arbitrales — qui manquaient souvent d'expérience en droit des

gens — la « clef de voûte » restait toujours la doctrine et, de fait, celle-ci exerçait un pouvoir charismatique sur les sentences.

Max SORENSÉN fait encore valoir que la constitution du droit international moderne en un système juridique indépendant était due dans une large mesure aux idées de GROTIUS et des épigones qui lui succédèrent. L'éminent internationaliste danois déclare à ce sujet : « Par l'adaptation aux rapports internationaux des considérations de droit naturel ..., les auteurs du XVII^e et XVIII^e siècles créèrent un système juridique qui comblait beaucoup de lacunes dans la pratique et les coutumes des États et qui, par sa force inhérente dérivée de l'autorité du droit romain et de la croyance à la raison humaine, s'imposait à ceux qui étaient responsables de la conduite des affaires internationales » (21).

En trouvant un fondement plausible et accepté à la force obligatoire des normes juridiques interétatiques, la doctrine académique a manifestement connu son ère zénithale dans l'ordre juridique interétatique du XVI^e au XVIII^e siècle. En s'emparant littéralement de la coutume, en étant pratiquement seuls capables d'en découvrir l'existence et d'en donner une interprétation à peu près communément admise, les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ont joué jadis un rôle plus important que de nos jours. Écrivant à l'époque cruciale de la formation du droit international, certains auteurs ont pratiquement été élevés au pinacle. Pour faire image, on a été parfois jusqu'à les qualifier de « Pères fondateurs du droit des gens » (22). Le Soviétique Grigory TUNKIN souligne que le droit international a pu même être considéré encore au XIX^e siècle par de nombreux théoriciens comme étant un droit essentiellement « doctrinal » et plus précisément comme un « droit de savants » (23).

Comment alors expliquer l'évanescence de cette vision extatique ou de cette attitude égocentrique à l'aube du XX^e siècle ?

2. Le fondement du déclin objectif de la doctrine à partir du XIX^e siècle.

L'effritement de l'autorité des forces doctrinales peut se comprendre en raison des turbulences qui secouent la société internationale depuis plus d'un siècle. La doctrine académique a d'abord perdu sa suprématie en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Dès la fin du siècle passé, elle entre en effet en concurrence avec les organismes judiciaires de règlement des différends interétatiques dont la fonction est également de reconnaître l'existence des règles du droit positif et notamment celle des règles coutumières. Identification et interprétation des coutumes

(21) Cf. *Les sources du droit international*, Éditions Einar Munksgaard, Copenhague, 1946, pp. 179-180.

(22) Cf. PILLET (A.), *Les fondateurs du droit international. Leurs oeuvres. Leurs doctrines*, Éditions Giard et Brière, 1904, 691 p.

(23) Cf. *Droit International Public. Problèmes théoriques*, Pedone, 1965, p. 115.

par les tribunaux internationaux se sont par la suite développées tout au long du XX^e siècle dans le cadre notamment des Cours de La Haye. Il faut encore mettre l'accent sur la déliquescence progressive du droit coutumier au profit du droit conventionnel qui se traduit par des règles moins labiles dans le système juridique international contemporain. Le résultat est patent. Les traités occupent déjà en 1920 le premier rang dans l'énumération des sources du droit international telle qu'elle est donnée par l'article 38 du Statut de la C.P.J.I. Le préambule de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États est pour sa part rédigé en termes significatifs dès lors qu'il reconnaît « l'importance de plus en plus grande des traités en tant que source du droit international » (24).

Michel VIRALLY fait observer avec pertinence que le rayonnement croissant de la jurisprudence internationale et le dynamisme évident de la technique conventionnelle — l'une et l'autre de plus en plus aisément accessibles grâce aux recueils officiels — ont tout naturellement « conduit à une utilisation plus rigoureuse du critère de l'origine des normes et, de ce fait, à une analyse plus exigeante de la valeur et de la signification des précédents » (25).

Au demeurant, ces bouleversements ne sont pas les seules causes du fléchissement effectif de la doctrine académique et du reflux de son état narcissique ou euphorique. Lawrence OPPENHEIM enseigne que son rôle a décliné lorsque la pratique des États dans les affaires internationales a cessé au moins partiellement d'être « le secret des chancelleries » (26). Avec le principe de la diplomatie ouverte — consacré dans le cadre de la S.D.N. à partir de 1919 — la correspondance diplomatique et autres archives d'État sont désormais portées à l'appréciation du public. Il en est ainsi notamment grâce aux répertoires de pratique nationale qui ont vu le jour dans beaucoup de pays ainsi qu'aux enquêtes de plus en plus nombreuses et circonstanciées entreprises à partir de 1945 sous les auspices des « secrétariats internationaux » à l'instar de celui des Nations Unies. Max SORENSEN souligne que les juges ont incontestablement aujourd'hui une vision à la fois plus directe et plus scientifique des affaires internationales qu'autrefois : ils bénéficient désormais de « sources de renseignements plus authentiques » que les écrits doctrinaux traditionnels. Le perfectionnement de l'information relative à la pratique des États et la prolifération des débats juridiques officiels dans des instances internationales de plus en plus nombreuses et variées ne pouvaient, de leur côté, que contribuer à ce mouvement de recul des forces doctrinales académiques.

(24) Cf. BASTID (S.), *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, *Economica*, 1985, 303 p.

(25) Précité, p. 521.

(26) Cf. *International Law. A treatise*, Editions Longmans, Green and Company, 1958, p. 33.

Le lustre de la doctrine des internationalistes a indubitablement pâli au XX^e siècle. Il subsiste néanmoins une réminiscence non négligeable de la période flamboyante qui fut autrefois la sienne dans le libellé même de l'article 38 du Statut de l'Assemblée du Palais de la Paix où « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » est mentionnée, au même titre que la jurisprudence, « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Jadis « star-vedette » incontestée dans la société internationale, la doctrine pure connaît cependant un déclin tout relatif dont il importe de rechercher le fondement.

3. *Le fondement du déclin relatif de la doctrine au XX^e siècle.*

Il n'est pas aisé au premier abord de mettre en évidence la relativité du reflux de l'impact doctrinal comme le montrent les propos suivants. Même si l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye cite la jurisprudence avant la doctrine — ordre de citation contraire à la chronologie historique — l'équilibre implicitement établi entre ces deux « moyens auxiliaires » est *a priori* fort critiquable.

La jurisprudence est certes placée sur un pied d'égalité avec la doctrine en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » comme l'avait suggéré le Baron belge DESCAMPS lorsqu'il présidait en 1920 le Comité des juristes chargés de rédiger le Statut de la C.P.J.I. et comme le souhaite toujours par ailleurs la doctrine dominante qui reste attachée au dogme « très étatiste » — pour reprendre l'expression de M. Pierre-Marie DUPUY — selon lequel le juge international a pour rôle d'appliquer la règle de droit à un cas litigieux concret (*fonction juridictionnelle admise*) et non à la créer (*fonction jurisprudentielle contestée*). On ne saurait pour autant ignorer que l'autorité de la doctrine est dans l'absolu moindre que celle de la jurisprudence. Il en est au demeurant ainsi dans l'ordre juridique international comme dans les ordres juridiques nationaux pour les raisons suivantes.

La doctrine a ainsi moins de poids dans les sociétés internes auprès des tribunaux que la jurisprudence des Cours suprêmes dans la mesure où cette jurisprudence attire hiérarchiquement à elle toutes les juridictions subordonnées par le jeu des voies de recours (appel et cassation). Cette dialectique n'est certainement pas admissible dans la société interétatique en raison de l'absence de subordination des tribunaux les uns par rapport aux autres et surtout à défaut de voies de réformation. La jurisprudence y a pourtant une emprise supérieure par rapport à celle de la doctrine pour plusieurs motifs. Contrairement aux dissertations doctrinales, les actes juridictionnels internationaux sont d'abord revêtus de l'autorité relative de la chose jugée et ont une valeur obligatoire pour les États en conflit. Le principe résulte notamment de l'article 59 du Statut de la Haute juridiction de

La Haye selon lequel « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le seul cas qui a été décidé ». Cette disposition signifie, en d'autres termes, que chaque cas litigieux constitue un *unicum* que le Sage résout en fonction des particularités propres à celui-ci. Autant dire que les organes juridictionnels interétatiques ne disposent pas du pouvoir d'édicter des règles générales. Les décisions des tribunaux internationaux peuvent néanmoins constituer des précédents générateurs de normes coutumières lorsqu'elles sont suffisamment stables et concordantes pour paraître refléter l'assentiment général des États. Contrairement une nouvelle fois aux œuvres doctrinales qui en sont bien incapables et en dépit même de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye qui place les unes et les autres sur le même plan, force est d'admettre que les décisions de justice peuvent, dans certaines circonstances, participer directement au processus de création du droit international. On n'est pas ici très loin de la thèse « quasi hérétique » de Georges SCELLE selon laquelle la somme des décisions rendues par les tribunaux internationaux constitue « une source autonome » du droit des gens au même titre que les traités ou les coutumes internationales. L'impact de la doctrine en général est enfin moindre que celui de la jurisprudence en raison de sa grande labilité. Bien que la C.I.J. ne soit pas soumise comme les juridictions des pays anglo-saxons à la règle du *stare decisis*, elle se montre en principe soucieuse d'assurer à l'ensemble de ses décisions *une cohérence* que l'on pourrait qualifier, avec M. Laurent LUCCHINI, de « normative ». Elle prend plus précisément grand soin de s'appuyer sur ses décisions antérieures en invoquant au besoin ce qui constitue sa « jurisprudence constante » afin que ses décisions forment autant que possible un corpus jurisprudentiel compact. Des auteurs ont sans doute objecté que des revirements de jurisprudence sont toujours possibles. Leur remarque est exacte. Mais de telles volte-face sont en fait plutôt rares.

Dans son opinion individuelle sous l'arrêt rendu par la C.I.J. le 24 juillet 1964 à propos de l'affaire de la *Barcelona Traction* (exceptions préliminaires), le juge Kotaro TANAKA a expliqué ce phénomène par le souci plus impératif pour la jurisprudence que pour la doctrine d'assurer la sécurité des relations interétatiques : « Le respect des précédents et le maintien de la continuité de la jurisprudence sont éminemment souhaitables dans l'intérêt de la certitude du droit, aussi indispensable en droit international qu'en droit interne. Les affaires du même genre doivent être tranchées de la même manière et si possible par le même raisonnement. Cette restriction est inhérente aux activités judiciaires, différentes en cela des activités d'ordre purement théorique » (*Rec.*, 1964, p. 65).

Malgré ces développements, il ne faudrait pas exagérer l'importance de la fonction juridictionnelle internationale. Le rôle des tribunaux internationaux est en effet objectivement bien inférieur à celui des tribunaux nationaux en raison de l'absence de contrôle juridictionnel obligatoire dans la société interétatique. La juridiction est impérative dans l'ordre interne

en ce sens que toute Partie à un litige peut saisir la juridiction compétente par simple requête unilatérale alors qu'il en est tout autrement dans l'ordre international. Le recours à une procédure juridictionnelle y est facultatif et dépend en principe de la bonne volonté des États en cause. Or ces derniers — « entités souveraines » — ne s'en remettent qu'exceptionnellement à la justice internationale. Là encore le résultat est patent. À l'inverse par exemple du droit administratif français, le droit international public n'est certainement pas un « droit fondamentalement jurisprudentiel ». On ne peut reconnaître d'une manière plus globale, avec M. Charles LEBEN, qu'une place modeste au système juridictionnel international « aussi bien en tant que moyen de règlement des différends (un parmi d'autres et le moins utilisé) qu'en tant qu'instrument privilégié d'affirmation et de développement du droit » (27). M. Daniel COLARD précise, pour sa part, que la jurisprudence internationale « n'est pas un moyen privilégié de création des règles de droit » (28).

Un second enseignement s'impose au terme de cette analyse. Compte tenu du « primitivisme endémique » de la société internationale, dépourvue d'autorités supérieures aux États aptes à poser et à interpréter les règles juridiques, du caractère encore largement coutumier du droit international et de la pusillanimité du corpus jurisprudentiel, il y a incontestablement dans l'ordre juridique interétatique actuel — plus encore que dans les ordres juridiques internes — une part d'aléa considérable qui justifie un recours fréquent et déterminant à « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». C'est dire que les forces doctrinales traditionnelles sont assurées pendant longtemps encore d'exercer une influence plus tangible dans l'ordre international que dans les ordres nationaux.

Il est en outre permis de faire montre d'un esprit ataraxique en constatant à l'époque contemporaine une restructuration en cours de la doctrine académique (B).

B. La restructuration en cours de la doctrine académique

Cette réorientation est perceptible quand on analyse le triple rôle qui relève de la compétence de la doctrine pure. Celle-ci a déjà été définie comme un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » par l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye. Elle joue toujours en cette qualité un rôle éminent en tant que « chambre de consultation » auprès des tribunaux internationaux. Ses travaux représentent par ailleurs des analyses

(27) Cf. « La juridiction internationale », *Droit*, 1989, p. 144 et Mbaye (K.), « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice », *R.C.A.D.I.*, 1988-II, pp. 245-246.

(28) Cf. *Les relations internationales*, Éditions Masson, 1987, p. 135.

explicatives et critiques des règles qui composent l'ordre juridique international et de la façon dont elles peuvent être mises en œuvre par la pratique.

En raison de ses tendances quasi ataviques, la doctrine académique joue toutefois un rôle beaucoup plus faible en tant que « chambre de réflexion » qu'en tant que « chambre de diffusion » du droit international.

a) La restructuration ostensible de la doctrine académique
en tant que « chambre de diffusion »

L'accent doit être spécialement mis ici sur deux points au demeurant connexes. La réorganisation de la doctrine purement académique est manifeste au niveau de la systématisation du droit international et d'abord au niveau de sa présentation.

1. La restructuration de la doctrine au niveau de la présentation du droit.

Point n'est besoin *a priori* d'insister sur le rôle que joue la doctrine en ce qui concerne la présentation et l'interprétation du droit qui en découle. Les chercheurs se sont toujours reconnus le pouvoir scientifique de faire connaître les règles juridiques et de promouvoir leur meilleure utilisation possible. La formulation la plus nette de ce *positivisme* a été donnée par Hans Kelsen lorsqu'il déclare qu'il appartient à la science du droit international « de connaître le droit » et, « sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser ». Un des grands mérites du fondateur et architecte de l'École de Vienne est d'avoir insisté sur la nécessité d'une différenciation symptomatique entre le « droit », déjà exprimé dans un langage compréhensible, et la « science du droit » (la *jurisprudentia* des Romains). Le maître autrichien affirme en effet que « les organes juridiques ont d'abord à créer le droit » avant d'ajouter aussitôt : « C'est la condition nécessaire pour qu'il puisse être ensuite connu et décrit par la science du droit » (29). Il faut même reconnaître avec M. Christian Aftias que l'action de connaissance du droit et de transmission de cette connaissance est l'une des plus caractéristiques de la doctrine : « Ni le législateur ni le juge n'ont pour fonction de fournir des renseignements sur le droit. C'est à la doctrine seule que cette tâche incombe. Elle est ainsi placée en position de relais entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il est connu » (30). Ces deux activités n'ont évidemment pas le même but. La première a pour mission d'établir la règle de droit tandis que la deuxième a pour objectif de dire, « dans un langage descriptif et non prescriptif », ce qu'est la volonté des États ou des juges. Encore faut-il préciser que la doctrine académique ne se borne pas à répéter mécaniquement les normes juridiques posées par les autorités compétentes.

(29) Cf. *Théorie Pure du Droit*, 1934, traduction française par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 98.

(30) Cf. *Épistémologie juridique*, Éditions P.U.F., 1985, p. 41.

L'étude exégétique de ces normes dans laquelle elle s'investit amplement vise à faciliter leur compréhension chaque fois que la règle de droit est ambiguë ou hermétique. Cette activité implique nécessairement un effort de la part de la doctrine au niveau de son interprétation. Quelques précisions s'imposent à ce sujet. Les voici.

On a parfois prétendu que la fonction qui vise à décoder les dispositions obscures d'une règle juridique n'est pas complètement « exclusive de toute coloration normative ». Il est certes bien difficile de décrire ou *a fortiori* d'interpréter les règles de droit parfois rédigées dans un langage sibyllin ou des arrêts dont la motivation est elliptique sans leur apporter un élément inédit. Certains théoriciens ont cru alors pouvoir en déduire que « toute interprétation véritable est créatrice d'une règle de droit nouvelle ». Une doctrine constante et unanime ne pourrait-elle pas jouer sous cet éclairage un rôle direct dans l'élaboration du droit ? Un éclaircissement se révèle ici indispensable. Après avoir déclaré que « la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif », Hans Kelsen prend bien soin de spécifier que cette édification n'a qu'un caractère purement intellectuel : « C'est seulement au regard de la théorie de la connaissance que l'on peut parler ici de création. Il faut bien le voir : l'opération est d'une nature essentiellement différente de la création du droit par l'autorité juridique » (31). Cette construction est d'ailleurs loin d'être homogène comme le souligne Michel Virally : « Les auteurs n'échappent pas toujours à des préférences subjectives — par idéalisme, esprit de système ou de dévouement à des intérêts nationaux — qui les amènent à faire pencher leur description d'un droit prétendument positif vers les règles et principes auxquels les rapports internationaux devraient, à leurs yeux, se conformer » (32). Ce qui est dit, en d'autres termes, du droit international par les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations » dans leurs travaux n'est pas toujours conforme à ce droit.

La question-clef est alors de savoir quels sont les moyens d'expression des forces doctrinales traditionnelles. Eu égard au contenant et non au contenu, la doctrine est d'abord une œuvre écrite qui connaît un essor certain depuis trois ou quatre décennies. Un amoncellement de publications composites consacrées à l'étude du droit en est résulté. Il ne saurait donc y avoir dans ce domaine précis déclin ou involution mais plutôt efflorescence de la doctrine académique. Des changements substantiels dans ses modes d'expression se sont par ailleurs produits qui lui ont permis depuis la fin de la seconde guerre mondiale de renforcer son impact sur les sujets du droit international et sur les tribunaux internationaux. Encore convient-il ici de distinguer deux groupes d'écrits doctrinaux.

(31) Précité, p. 99.

(32) Précité, p. 520.

Le premier comprend des ouvrages généraux qui couvrent en un ou plusieurs volumes l'ensemble du droit international. On rencontre déjà des œuvres variées dans cette catégorie : les répertoires qui sont parfois de vastes encyclopédies alphabétiques ou thématiques, les traités qui présentent de manière dogmatique et systématique les diverses normes juridiques dont la somme constitue le droit des gens ainsi que les manuels et précis qui sont rédigés avec un effort didactique de schématisation dans la mesure où ils sont destinés aux étudiants et à l'enseignement du droit international. C'est dans ce groupe d'écrits doctrinaux que les soubresauts sont peut-être les plus nets. Les internationalistes ont d'abord privilégié la forme du traité pour exprimer leurs idées dans la période qui va du début du XIX^e siècle au second conflit mondial (33). Or il faut bien constater par la suite la présence de plus en plus crépusculaire de ce genre d'ouvrages. C'est dire que le temps des traités généraux de droit international à l'instar de ceux de l'Américain Henry WHEATON ou du Britannique Lawrence OPPENHEIM ou encore du Français Charles ROUSSEAU semble aujourd'hui révolu. Ces compositions scientifiques — souvent considérables — ne sont plus mises à jour ni *a fortiori* rééditées (on peut le regretter). Il n'est nullement téméraire de prédire sur un plan plus global avec le Professeur Clive PARRY l'irréversibilité du déclin des études pouvant embrasser de façon explicite le droit international dans son intégralité (34). Dans le cadre du redéploiement de ses moyens d'expression, la doctrine a en fait tendance à remplacer les traités généraux par des œuvres spécialisées, parfois collectives, portant sur des thèmes bien délimités mais toujours très influents. Leur impact réel varie cependant encore en fonction de la langue véhiculaire choisie. C'est dire qu'une nouvelle restructuration formelle est en cours à ce sujet. En tant que grandes langues de communications internationales, l'espagnol ou le français et surtout l'anglais sont de plus en plus souvent utilisés dans leurs écrits scientifiques par les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Ne serait-il pas à la limite souhaitable que ces travaux — au moins pour les plus importants — soient disponibles dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies ?

Le deuxième groupe d'études doctrinales, auquel nous venons de faire implicitement allusion, n'est pas davantage uniforme. Il comporte des œuvres de caractère scientifique prononcé comme les thèses de doctorat qui occupent, une fois imprimées, une place éminente dans la recherche juridique ainsi que les monographies de plus en plus nombreuses et souvent à finalité pratique. La doctrine comprend enfin des productions ponctuelles plus modestes par leurs dimensions que théoriciens et praticiens publient dans des revues juridiques spécialisées ou dans des Mélanges édités en l'hon-

(33) Cf. CHARVIN (R.), « Le droit international tel qu'il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traités et manuels (1850-1950) », *Mél. Chauvont*, 1984, pp. 135-159.

(34) Cf. *The sources and evidences of international law*, Manchester University Press, 1965, p. 104.

neur de professeurs émérites. Ces travaux prennent la forme d'articles ou de chroniques portant sur des thèmes très précis et souvent d'actualité ou encore de notes de jurisprudence. Les exemples ne manquent pas. Ne serait-il pas toutefois arbitraire et fastidieux — voir même irrévérencieux — d'égrener la litanie des principales études de droit international publiées depuis un quart de siècle ?

La « doctrine écrite » n'est pas au demeurant toute la doctrine. Sir Robert JENNINGS regrette qu'on ne songe pas assez à la puissance de persuasion et de suggestion de la « doctrine verbale ». Le Britannique exprime à cet égard une pensée profonde lorsqu'il affirme : « Le droit qui n'est pas « enseigné » est souvent un droit faible » (35). À la littérature juridique rédigée, et malgré leur oralité, s'ajoutent effectivement les conférences et cours dispensés dans les Universités et les grandes Écoles ainsi qu'à l'Académie de droit international créée à La Haye en 1923. Le cours magistral se rapproche de l'ouvrage scolaire avec un ton doctoral plus marqué. M. Jean RIVERO l'assimile à une technique audio-visuelle comparable à la télévision dont l'empire sur le public n'est plus à démontrer (36). Comment à l'occasion ne pas insister sur le rôle pédagogique des médias en cette fin de siècle : *radio, cinéma, télévision* ? Le Président Manfred LACHS souligne à ce sujet que les auditeurs et téléspectateurs sont « de plus en plus accoutumés à entendre des références au droit international dans les bulletins d'information et les documentaires » (37). Pour assurer son enracinement dans la conscience collective des peuples, le redéploiement de la doctrine au niveau des moyens d'expression devrait certainement être poursuivi dans cette direction. Dans sa résolution 45/40 adoptée le 28 novembre 1990 dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international, l'Assemblée générale de l'O.N.U. a invité pour sa part les États membres de l'Organisation mondiale à « encourager l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international » et à étudier « la possibilité d'inclure des éléments de droit international dans les programmes des écoles primaires et secondaires ». Des perspectives nouvelles s'offrent ainsi à la doctrine pure en tant que « chambre de diffusion » du droit international. Le spectre du déclin pourrait reculer d'autant plus vite en ce domaine que la société internationale est sur la voie de la démocratisation en cette fin de XX^e siècle.

De surcroît, il convient de souligner la restructuration spectaculaire de la doctrine académique lorsqu'elle intervient en tant que « chambre de systématisation » du droit international.

(35) Cf. « Teachings and teaching in international law », *Mé. Lachs*, 1984, p. 121.

(36) Cf. « Réflexions sur l'enseignement du droit », *Mé. Trotabas*, 1970, p. 456.

(37) Précité, p. 188.

2. La restructuration de la doctrine au niveau de la systématisation du droit.

Le droit en général ne serait qu'un capharnaüm ou un magma de matériaux épars sans la doctrine dont l'un des rôles principaux est de passer du cas concret à l'abstraction. M. Philippe Remy précise que l'interprète a dès lors « le devoir » d'établir la norme juridique « à sa place dans un ordonnement cohérent de décisions qui forment un système de droit » (38). L'un des objectifs majeurs des juristes est bien de procéder à des exposés systématiques du droit en vigueur afin d'en comprendre les mécanismes fondamentaux ainsi que les finalités. M. Jean Rivero rappelle d'ailleurs à juste titre un nouvel élément de particularisme de la doctrine par rapport à la jurisprudence : le Sage a pour ligne de conduite l'*empirisme* tandis que le Savant est condamné au *dogmatisme*. C'est dire que les théoriciens sont par vocation des « faiseurs de systèmes » dont l'apologie n'est certainement plus à faire (39). Ils ont à ce titre une mission irremplaçable à jouer dans l'organisation du droit. De fait, il faut reconnaître que certains auteurs ont parfois poussé très loin ce que M. Christian Atias appelle le « constructivisme juridique ». C'est l'exemple français de l'École de l'Exégèse au XIX^e siècle ou encore celui plus panoramique du système pyramidal des normes juridiques de Hans Kelsen au début du XX^e siècle. Le rôle de la doctrine ne paraît-il pas néanmoins évanescant depuis plus d'un demi-siècle dans son œuvre de « modélisation » du droit ? Ne faut-il pas dresser un procès-verbal de carence et évoquer à nouveau le spectre du déclin dans la mesure où les « publicistes les plus qualifiés » produisent objectivement de moins en moins de grands systèmes capables de donner du phénomène juridique une explication d'ensemble ? Malgré les apparences, la situation n'est pas catastrophique.

Les causes du fléchissement de la doctrine en tant que « chambre de conceptualisation » des règles juridiques ne sont pas inconnues. Il faut en vérité tenir compte ici du phénomène d'émiettement du droit qui est l'une des caractéristiques majeures de l'évolution contemporaine du système juridique international. Pour légitimer ce processus d'atomisation, on peut invoquer une kyrielle de raisons : l'incommensurabilité du Droit, son hétérogénéité croissante, sa complexité accrue, la célérité de son évolution. Les atouts de la segmentation du droit sont par ailleurs visibles. Nous avons déjà relevé que la doctrine avait assuré sa régénération dans ses moyens d'expression en délaissant l'ère des œuvres générales et purement théoriques pour entrer dans celle des études détaillées et pratiques. La littérature juridique a ainsi gagné à la fois en densité et en performance. *Son niveau de précision n'a peut-être jamais été aussi grand que de nos jours.* Mais il y

(38) Cf. « Éloge de l'Exégèse », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1982-2, p. 260.

(39) Cf. RIVERO (J.), « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Rec.*, Dalloz, 1951, Chron. XXIII, pp. 99-102.

a l'envers de la médaille. Le virus de la compartimentation ou de la fragmentation du droit entraîne le cloisonnement de la recherche et un tel processus engendre à son tour des effets pervers. À l'instar de toute technique repliée sur elle-même, le Droit court le risque de devenir « un instrument de stérilité si ce n'est d'oppression » assure M. Jean-Denis BREDIN après avoir constaté que la doctrine, de toute façon, se dégrade en s'engonçant « dans les limites d'une quelconque discipline ». Les conséquences de cette évolution sont évidentes. Rares sont aujourd'hui les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations » capables d'embrasser l'ensemble de leur discipline au cours de leur carrière.

Avec M. René DE LACHARRIÈRE, il faut bien admettre que les chercheurs accomplissent de nos jours des tâches le plus souvent parcellaires : « Ils traitent des conditions nécessaires pour obtenir un prêt de la Banque mondiale ou des mesures que prévoit le III^e accord international sur le cacao ». L'auteur ajoute que ces questions de plus en plus spécialisées n'incitent pas les juristes à s'engager « vers les vastes constructions de l'esprit » avant de s'interroger : « Dès lors ne faut-il pas s'habituer à l'idée que les synthèses théoriques, les controverses doctrinales, appartiennent surtout au passé et que les préoccupations actuelles s'en détournent inévitablement ? » (40). On peut observer — notamment avec M. David KENNEDY — une tendance très nette au pragmatisme, à l'empirisme, à l'anticonceptualisme dans le domaine juridique et finalement à « l'agnosticisme théorique » dans la stratégie globale des internationalistes contemporains (41). Comment ne pas déplorer dans un climat apparemment délétère une certaine atonie quand ce n'est pas une régression de la réflexion théorique ? Une spécialisation qui est entrée dans une phase paroxysmale empêche inexorablement les théoriciens de progresser au niveau de l'idéalisation ou de la sublimation du Droit. Il convient pourtant d'atténuer la rigueur de ces propos alarmistes par une triple observation.

Tout d'abord, la période de l'Entre-deux guerres a été incontestablement fertile en travaux théoriques. Ainsi en témoignent les études des internationalistes autrichiens tels que Hans Kelsen et Alfred Verdross. M. René DE LACHARRIÈRE note à un niveau plus global mais sur un ton quelque peu sardonique que « les théories anciennes existent, savamment construites, méditées, pesées et disponibles dans toutes les bibliothèques » (42). Toutes présentent cependant un dénominateur commun. Vitoriennes ou grotiennes, volontaristes ou objectivistes, dualistes ou monistes, kelseniennes ou scellistes, aucune de ces constructions n'est vraiment à l'abri de la critique. C'est dire qu'il faut déjà relativiser la faiblesse théorique de la doctrine

(40) Cf. « Notes sur les orientations de la doctrine », *Mél. Chaumont*, 1984, p. 364.

(41) Cf. « A new stream of international law scholarship », *Wisconsin International Law Journal*, 1988, Volume 7, n° 1, pp. 1-49.

(42) Précité, p. 367.

d'aujourd'hui par rapport à celle d'hier. Comment ne pas partager, en d'autres termes, la conclusion de M. Christian ATIAS selon laquelle « les juristes devraient être mithridatisés à tout jamais contre une excessive confiance dans leurs théories » ? Mais ce constat ne signifie pas pour autant que les internationalistes doivent irrémédiablement baisser les bras ou se complaire dans une attitude fataliste.

La conceptualisation se rencontre certes moins souvent de nos jours au degré supérieur en raison de la balkanisation du Droit et de la promptitude de son évolution. Elle peut toutefois être détectée de plus en plus fréquemment à des paliers intermédiaires. Les exemples ici sont légion. La science juridique française a ainsi largement contribué à la systématisation du droit international du développement qui est un droit de finalité. L'expression même semble avoir été utilisée pour la première fois en 1965 par André PHILIP et Michel VIRALLY. On connaît par ailleurs le rôle prépondérant joué par le Doyen Claude-Albert COLLIARD ou le Professeur Maurice FLORY pour rendre cohérente cette branche du droit international général apparue à la suite de l'accession à l'indépendance des États nouveaux (43). Il y a également à un niveau plus « humble » un nombre toujours plus grand de thèses de doctorat et de monographies qui sont autant de synthèses de plus en plus influentes dans des matières fort complexes et controversées ou en voie de réactualisation comme par exemple le droit de la mer (44).

Enfin et surtout, il importe de mettre l'accent sur une nouvelle restructuration importante de la doctrine académique en constatant la quasi-obsolescence de l'école de pensée qui considère que le droit s'explique par lui-même et qu'il faut dès lors l'isoler des disciplines censées interférer avec lui. Après avoir constaté que le positivisme de la fin du XIX^e siècle et l'école normativiste du début du XX^e siècle avaient permis d'atteindre « de très hauts niveaux d'élaboration doctrinale » en désenclavant la science du droit des autres disciplines, M. Antonio CASSESE souligne qu'ils avaient néanmoins débouché « sur un appauvrissement de la connaissance juridique » (45). Dans le même sens, Charles DE VISSCHER précise que la théorie kelsémienne est « de toutes les doctrines contemporaines celle qui, très délibérément d'ailleurs, s'isole le plus complètement des réalités sociales » (46). M. Mohammed BEDJAOUI exprime également un point de vue voisin lorsqu'il déclare que « le droit ne s'isole pas de son contexte socio-économique » (47).

Il y a sans doute toujours eu des écrivains pour faire ressortir l'emprise des éléments extra-juridiques découlant des réalités sociales sur la forma-

(43) Cf. FEUER (G.) et CASSAN (H.), *Droit International du Développement*, Dalloz, 1991, 612 p.

(44) Cf. LUCCHINI (L.) et VOELCKEL (M.), *Droit de la Mer*, Pedone, Tome I, 1990, 640 p.

(45) Cf. *Le droit international dans un monde divisé*, Éditions Berger-Levrault, 1986, p. 10.

(46) Cf. *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 1970, p. 82.

(47) Cf. « Non-alignement et droit international », *R.C.A.D.I.*, 1976-III, Tome 151, p. 381.

tion du droit international. L'un des premiers par exemple à avoir insisté sur le rôle de l'économie dans le progrès des relations interétatiques a peut-être été le Suisse VATTEL dès le XVIII^e siècle. Les juristes afro-asiatiques et les tenants irréductibles de l'École marxiste doivent présentement être considérés comme les plus fidèles représentants de ce courant de pensée qui vise à privilégier la *transdisciplinarité* (48). Il est vrai néanmoins que la doctrine devrait avoir une conception toujours plus large de la science du droit si elle veut parvenir à une meilleure connaissance du phénomène juridique dans son ensemble. Comment dès lors ne pas partager l'opinion de Michel VIRALLY, pour qui « le *pré-droit* mérite de faire l'objet de ses investigations autant que le droit établi », ou encore celle du nouvel académicien Jean-Denis BREDIN : « Le Droit s'essouffle vite à ne pas rencontrer la philosophie, la sociologie, l'histoire, l'économie » ? Science et technologies sont également à prendre en considération dans la mesure où elles commandent l'innovation juridique. Ne sont-elles pas à l'origine de nouvelles inflorescences du droit international concernant l'Humanité entière comme le droit de l'espace cosmique ou celui des fonds océaniques ? Le droit comparé a lui aussi un rôle fondamental à jouer dans la science du droit. Les chercheurs ne devraient-ils pas davantage l'utiliser pour bonifier le système juridique international en mettant à profit l'expérience des divers systèmes juridiques nationaux qui sont particulièrement élaborés ? Ne faut-il pas par exemple — dans des négociations avec les États-Unis — bien connaître le droit constitutionnel de ce pays et tout particulièrement les restrictions qu'il impose aux pouvoirs des autorités fédérales investies du *treaty making power* (49) ?

Ces suggestions formulées, personne ne peut contester sur un plan global les efforts doctrinaux au niveau de la diffusion du droit. Les théoriciens ne sauraient cependant se contenter de gloser sur les règles juridiques en expliquant leur sens et leur portée ainsi que leurs conditions d'application ou leurs effets. M. Jean-Jacques BIENVENU affirme qu'une approche descriptive du droit positif est sans doute la condition *sine qua non* « de toute œuvre pédagogique et de toute recherche scientifique ». Mais l'éminent administrativiste français prend bien soin de préciser qu'une telle démarche ne doit pas pour autant « absorber toute l'activité doctrinale au point d'en faire une épuisante entreprise de légitimation et de cohésion de l'ordre juridique existant » (50). La thèse selon laquelle les juristes ne sauraient être uniquement des observateurs et des compilateurs est en vérité cecuménique et s'applique notamment dans l'ordre juridique international.

(48) Cf. VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1983-V, pp. 9-382 et ELIAS (T.O.), *Africa and the development of international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 297 p.

(49) Cf. JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1982, p. 11.

(50) Cf. « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droit*, 1985-1, p. 156.

À l'égard des règles et des concepts juridiques, l'indépendance intellectuelle de la doctrine pure lui confère une importante fonction critique qui implique certainement de sa part — aujourd'hui plus qu'hier — une restructuration impérieuse en tant que « chambre de réflexion ».

b) La restructuration impérieuse de la doctrine académique
en tant que « chambre de réflexion »

La doctrine a pour mission de contester les solutions que le droit positif a mis en vigueur afin d'apporter une contribution efficace au progrès du droit. En reprenant les termes du Doyen Henri BATIFFOL, on peut dire que c'est même « la raison d'être fondamentale de l'existence d'une pensée juridique qui va au-delà d'une simple description » (51). La vocation de la doctrine est de mettre en lumière les imperfections du système juridique international et de proposer les moyens d'y remédier. Son rôle est bien de dégager l'esprit général du droit coutumier ou conventionnel afin d'en éliminer les zones d'ombre ou de résoudre éventuellement leurs antinomies. En allant plus loin avec le Recteur Jacques DEHAUSSY, il est permis de penser que la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ne doit pas hésiter au besoin à « dénoncer les inadéquations » qu'elle « aperçoit entre les réalités sociales — qui évoluent sans cesse — et les règles juridiques » (52).

La doctrine apparaît dans ce contexte comme une indispensable « chambre de réflexion ». Mais encore faut-il qu'elle soit entièrement libre de s'exprimer pour mener à bien sa mission. Cette exigence est assurément fondamentale quand on sait que bien peu de solutions de droit sont à l'abri des joutes doctrinales. Controverses académiques ou querelles byzantines paraissent même inévitables en matière juridique. C'est dire que la double activité créatrice et critique de la doctrine dépend des conditions idéologiques et politiques. Il est avéré que les régimes d'oppression détruisent la science. Ils stérilisent en particulier la science du droit et conduisent à l'obscurantisme ou à des doctrines « officielles » et « conformistes » — donc sclérosantes ou hémiplegiques — comme celles qui ont prévalu pendant des décennies et jusqu'en 1991 dans les régimes autoritaires à direction communiste de l'Europe de l'Est. Dire que les individus et tout spécialement les juristes ne comptent guère en tant que tels dans les « États de non-droit » ne signifie-t-il pas *a contrario* qu'il ne saurait y avoir de forces doctrinales dignes de ce nom — c'est-à-dire crédibles et influentes — sans respect des droits de l'homme et sans démocratie libérale ? Il est pourtant évident que l'État de droit n'est pas encore partout en état de grâce et qu'il demeure

(51) Cf. « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 1981-2, p. 181.

(52) Cf. « Travaux de la Commission du Droit International des Nations Unies », *A.F.D.I.*, 1960, p. 636.

dans beaucoup de pays plus un objectif à atteindre qu'une réalité. On doit donc logiquement admettre que si la science du droit en général a pu traverser une ère de faiblesse théorique et critique dans la présente moitié du XX^e siècle, c'est pour des raisons qui sont, au moins en partie, exogènes à la doctrine. Cette exégèse ne saurait cependant être suffisante.

Le droit international — sensiblement moins élaboré que les disciplines de droit interne — a plus intensément subi que ces dernières l'emprise des forces doctrinales académiques. Cette emprise fluctue toutefois selon les circonstances et les périodes. Le processus n'est pas en d'autres termes linéaire mais cyclothymique. La doctrine a ainsi joué un rôle déterminant lors du surgissement du droit interétatique sous l'impulsion de figures emblématiques comme VITORIA, SUAREZ, GROTIUS ou VATTEL. Mais la science juridique connaît à partir du XIX^e siècle des périodes de flux et de reflux qui tiennent en particulier à la manière différente dont la doctrine a pu elle-même concevoir son rôle : *assurer la consolidation du droit existant ou contribuer à son développement progressif*.

Une question préalable s'impose à ce sujet. La doctrine est-elle réellement placée devant une alternative contenant deux propositions antagonistes et entre lesquelles elle serait mise en demeure de choisir ? Doit-elle séparer avec netteté la *lex lata* et la *lex ferenda*, le droit établi et le droit souhaité ? Les juristes seraient-ils en un mot enfermés dans un dilemme ? Il est permis en vérité de se demander si l'option entre *réalisme* et *idéalisme* est fatale et s'il n'est pas possible de mêler ces deux perspectives qui apparaissent dans l'absolu aussi salvatrices l'une que l'autre. C'est en tout cas la thèse de l'internationaliste polonais Manfred LACHS lorsqu'il déclare en 1962 que le théoricien « doit éviter aussi bien de s'en tenir de façon trop rigide à des principes qui appartiennent au passé que d'anticiper trop vite sur le développement futur » (53). On ne saurait objectivement vouer aux gémonies l'une ou l'autre de ces deux attitudes qui peuvent être alternativement concevables en raison de la conjoncture. On peut ainsi comprendre le Savant qui concentre ses efforts sur l'affermissement du droit dans une période de stabilité. Mais la doctrine ne doit-elle pas extérioriser une ambition juridique novatrice lorsque les circonstances de la vie internationale sont en constante évolution ? N'est-ce pas précisément le cas à l'orée du troisième millénaire où l'on peut diagnostiquer avec Michel VIRALLY ce qu'il est convenu d'appeler « la crise du droit international contemporain » ? L'implosion brutale des démocraties populaires en Europe centrale, les graves séquelles de la crise économique dans les pays industrialisés et la fosse abyssale sans cesse élargie entre États technologiquement avancés du Nord et États en voie de développement du Sud révèlent que nous sommes dans l'une des plus grandes fractures que le monde n'a peut-être jamais connue. Comment dans une telle phase cataclysmique les juristes pour-

(53) Cf. *A.C.D.I.*, 1962, Volume I, p. 9.

raient-ils figer sur le marbre un droit qui reflète de moins en moins les intérêts de la Communauté internationale ? Une doctrine qui refuse de soumettre ses acquis à la critique et qui est sans options régénératrices dans un tel contexte est assurément une doctrine qui se résigne au déclin (54).

Les forces doctrinales sont-elles au moins conscientes de la nécessité de cet *Aggiornamento* ? La tentation de répondre positivement est grande à la lecture de certaines déclarations. Après avoir affirmé que le « juriste doit faire allégeance au droit », le Britannique Sir Gerald FITZMAURICE précise par exemple « qu'il doit aujourd'hui cette allégeance à un système juridique évolutif et non à un droit pétrifié à un certain stade de son développement ». Cette conviction est partagée par le Soviétique Grigory TUNKIN pour qui « la science du droit international peut exercer une influence considérable sur son développement à condition de se tourner vers le progrès » (55). C'est aussi le sentiment des tiers-mondistes qui n'ont pas douté — au moins jusqu'en 1989 — de l'inéluctabilité de l'émergence d'un Nouvel ordre économique international. Lors du Colloque sur le droit international et l'héritage de GROTIUS, organisé à La Haye le 10 avril 1983 afin de commémorer le quatre-centième anniversaire de la naissance du « Fondateur du droit des gens », M. Eduardo JIMENEZ DE ARRECHAGA a ainsi félicité le publiciste hollandais « pour l'exemple qu'il donne de la foi dans le droit tel qu'il doit être ». À la suite de l'intervention de l'éminent juriste uruguayen, d'autres participants ont invité les Savants à prendre conscience de ce que la société internationale connaît — *aujourd'hui comme en 1625* — un « moment grotien » qui exige un effort doctrinal comparable à celui qui avait valu une notoriété multiséculaire au père du *De jure belli ac pacis* (56). C'est également l'opinion de M. Mohammed BEDJAOUI selon laquelle la doctrine doit accepter dans son intégralité l'évidence des bouleversements en cours et ne pas limiter sa modernité à l'art d'accommoder les mots aux circonstances. L'internationaliste algérien spécifie qu'il lui incombe de participer au progrès du droit en se persuadant que sa restructuration n'est pas synonyme de déclin mais d'actualisation avant de conclure sans ambages : « Ce serait donc une étonnante aberration, méthodologique et philosophique, que de considérer tout *changement du droit* comme de l'*anti-droit* » (57). Mais que faire pour juguler l'asthénie doctrinale dans le contexte présent ? Comment combattre le phénomène de

(54) On peut ici noter que le « légalisme outrancier » ou « fétichisme légal » de l'École exégétique française — peu critique à l'égard du Code Civil — et son refus de considérer à sa juste valeur la jurisprudence furent dénoncés dès la fin du XIX^{ème} siècle comme n'apportant au droit que stagnation et sclérose. C'est pourquoi elle fut supplantée au début du XX^{ème} siècle par l'École de la « libre recherche scientifique » du Doyen François Geny.

(55) Auteurs précités : voir respectivement pp. 121 et 116.

(56) Cf. « Compte rendu du Colloque » in *A.F.D.I.*, 1983, pp. 1219-1220.

(57) Cf. *Pour un nouvel ordre économique international*, Editions de l'U.N.E.S.C.O., 1979, p. 104. Voir par ailleurs FLORY (M.), « La quatrième décennie pour le développement. La fin du nouvel ordre économique international ? », *A.F.D.I.*, 1990, pp. 606-613.

déphasage grandissant de l'analyse juridique par rapport aux réalités sociales ?

Il serait assurément présomptueux de proposer une stratégie thérapeutique qui soit la panacée. Quelques suggestions pourront néanmoins être dégagées après avoir constaté la pérennité du clivage entre conservateurs et réformateurs ainsi que le déclin au moins relatif des grands courants de la pensée juridique internationale.

1. Le déclin relatif des grands courants de la pensée juridique internationale.

Les internationalistes n'auraient-ils pas intérêt à prendre leur distance à l'égard de conceptions doctrinales trop étroites ? Le clivage entre *jusnaturalisme* et *positivisme* — qui comptent précisément parmi les grands courants de la pensée juridique internationale — ne paraît-il pas lui-même quelque peu obsoléscent ? La question en tout cas a été posée dès 1973 par le Professeur américain MAC DOUGAL qui plaide « en faveur d'une approche anthropologique du droit » après avoir vilipendé aussi bien « les conceptions du courant positiviste que celles des tenants du droit naturel » (58). Cette thèse mérite réflexions.

Le premier courant qui a prévalu à partir du XVI^e siècle a été celui de l'École du droit de la nature et des gens *sous la double influence chrétienne et romaine* (59). Ses adeptes soutiennent que les règles juridiques de la société interétatique ne sont que l'expression d'un droit naturel infrangible et œcuménique dont la force obligatoire ne résulte pas de considérations d'ordre historique *mais de sa conformité avec la volonté divine ou avec la raison*. Il faut à l'occasion rendre une nouvelle fois hommage à GROTIUS qui a réussi à affranchir la science du droit de l'emprise de la théologie en lui donnant une base rationnelle (60). Avec la concrétion des règles coutumières dans la seconde moitié du XVIII^e siècle et le déclin correspondant du droit naturel apparaissent les premiers positivistes dont l'objectif est de décrire le droit en vigueur en faisant fi de son fondement moral.

(58) Cf. *Livre du Centenaire de l'Institut de droit international (1873-1973)*, Éditions S. Karger S.A., Bâle, 1973, p. 367.

(59) Dans la pléiade des théologiens catholiques espagnols qui ont nimbé de lumière les XVI^e et XVII^e siècles, il faut citer le dominicain de Vitoria et le jésuite Suarez. Tous deux ont exercé une influence majeure sur la formation du droit des gens. Les contestations qui entourent la découverte et la conquête des Amériques par l'Espagne donnent ainsi au premier l'opportunité d'exposer dans la *Relectio de Indis* les principes qui doivent régir un ordre juridique international exclusivement composé d'États souverains et égaux. Voir TRUYOL Y SERRA (A.) et autres, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Éditions Bruylant, 1988, 129 p.

(60) Cf. AGO (R.) et autres, « Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius », *R.C.A.D.I.*, 1983-IV, pp. 371-469.

La question principale est alors la suivante : que reste-t-il aujourd'hui des grandes conceptions doctrinales qui ont accompagné l'histoire du droit international depuis l'aube des Temps Modernes ?

Il est certain que la plupart des internationalistes se rangent toujours sous la bannière du *positivisme* tandis que d'autres se montrent favorables à la « réactivation » du *jusnaturalisme* comme le Japonais Kotaro TANAKA. On constate néanmoins avec M. Luigi Ferrari BRAVO le déclin du positivisme juridique sous la forme extrême qu'il avait revêtu tout au long du XIX^e siècle. L'internationaliste italien précise que la doctrine positiviste classique, « inspirée de la conception hégélienne de la volonté de l'État, ne correspond plus aux exigences contemporaines » (61). On observe concrètement un passage du positivisme étatiste et volontariste absolu au positivisme sociologique et pragmatique avec les multiples facettes qu'on lui connaît à l'approche du XXI^e siècle. Les partisans de l'École marxiste-léniniste — qui s'appuient sur un dogme apparemment nécrosé — analysent pour leur part le jusnaturalisme et le positivisme comme des systèmes idéologiques conformes aux intérêts de la classe bourgeoise dominante dans la mesure où l'un comme l'autre viseraient globalement à la défense du *statu quo*. La remarque ne manque pas de pertinence. Elle a d'ailleurs inspiré les juristes du Tiers Monde qui font valoir pour leur part que l'interprète ne saurait être l'observateur lymphatique de la réalité juridique comme le souhaite le positivisme. Dans leur vision rénovée de la société, ils soulignent que la sécurité puisée dans le respect du droit n'est qu'une utopie pernicieuse et qu'une contre-offensive s'impose afin que soient pris en compte les problèmes fondamentaux auxquels la Communauté internationale est confrontée : développement économique et social, répartition équitable des richesses, transfert de technologies, désarmement général, protection des droits de l'homme. Comment en dernière analyse ne pas acquiescer aux propos lénifiants de M. Charles ROUSSEAU : « L'une des finalités de tout système juridique digne de ce nom est la protection des faibles et ceci vaut dans l'ordre international comme dans l'ordre interne ».

Les grands courants de la pensée juridique internationale ne permettent pas à la doctrine académique de jouer pleinement son rôle de « chambre de réflexion ». C'est la raison pour laquelle ils sont en déclin au moins relatif. En vérité, derrière le clivage évanescant *positivisme* — *jusnaturalisme* apparaît toujours présent et bien visible celui qui oppose traditionnellement les internationalistes *conservateurs* et *réformateurs*.

(61) Cf. « La coutume internationale dans la pratique des États », *R.C.A.D.I.*, 1985-III, pp. 260-261.

2. *La pérennité du clivage entre les internationalistes conservateurs et réformateurs.*

Avoué ou non, le véritable clivage paraît bien être celui qui oppose aujourd'hui le *dogmatisme conservateur au pragmatisme réformateur*. Cette division binaire est au demeurant loin d'être révolutionnaire. Le Doyen Georges RIPERT enseignait déjà en 1955 : « Un classement simpliste mais exact des forces créatrices du droit distingue deux grandes catégories : les *forces conservatrices* qui essaient de maintenir le droit existant, les *forces réformatrices* qui veulent le modifier ou le transformer. Il y a évidemment des sous-distinctions à faire dans ce classement car il est plusieurs manières de conserver ou de réformer » (62). Une telle dichotomie n'est de surcroît nullement spécifique à la doctrine purement académique. Elle se retrouve pleinement dans la doctrine finalisée à laquelle il paraît opportun de faire ici une première allusion précise.

Elle a ainsi été constatée au sein de la C.D.I. à propos de la codification de la succession d'États aux traités avant qu'un compromis ne soit établi entre progressistes du Tiers Monde et traditionalistes occidentaux (63). Ces derniers avaient ainsi jugé utile d'attacher un intérêt à la pratique des États nouveaux issus de la décolonisation parce qu'elle correspond, selon eux, aux « précédents récents » tout en spécifiant qu'il serait arbitraire de négliger les « précédents anciens » ayant surgi en Europe occidentale ou en Amérique latine avant 1945. M. Roberto AGO souligne ainsi en 1963 que le problème de la succession d'États n'est peut-être pas actuellement si « différent de ce qu'il était à d'autres époques ». Les juristes afro-asiatiques ont estimé au contraire qu'il est impératif d'avoir une vision novatrice du droit en tenant compte des récents progrès sociologiques accomplis dans la société internationale. M. Mohammed BEDJAOUTI précise en 1968 que les précédents passés ne représentent qu'un intérêt mineur pour la solution des problèmes de successions postérieurs à 1945 (64).

Sur un plan très général, il est intéressant de noter que l'affrontement paraît de plus en plus paroxysmique entre gardiens adamantins de l'Orthodoxie et reconstructeurs opiniâtres du Temple. Il est par ailleurs inégal car la balance penche d'emblée en faveur des premiers. C'est dire que la *perestroïka doctrinale* en ce domaine risque d'être longue. La remarque mérite à nouveau réflexions. L'apprentissage du droit donne sans doute aux futurs chercheurs et praticiens des concepts généraux et un vocabulaire technique ainsi qu'une méthode appropriée. Il faut bien avouer cependant que cette maïeutique juridique penche vers un formalisme au demeurant incontour-

(62) Cf. *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 86.

(63) Cf. MÉRIBOUTE (Z.), *La codification de la succession d'États aux traités*, P.U.F., 1984, pp. 28-31.

(64) Cf. respectivement *A.C.D.I.*, 1963, Volume I, pp. 206-207 et *A.C.D.I.*, 1968, Volume II, pp. 100-101.

nable. Le Professeur Édouard LAMBERT écrivait à ce sujet en 1926 : « Notre enseignement universitaire a de tout temps été organisé en vue de faire des juristes les défenseurs spontanés de toutes les situations acquises et de développer en eux un esprit ultra-conservateur » (65).

La situation a-t-elle beaucoup évolué depuis lors en France comme à l'étranger ? Rien n'est moins certain. La doctrine enseignée est certainement essentielle en tant que moyen de présentation d'une discipline inconnue des étudiants. Il faut pourtant reconnaître que le professeur de droit inflige trop souvent aux futures élites un bachotage indigeste alors qu'elles ont besoin d'apprendre à communiquer et de forger leur personnalité afin d'acquérir une véritable autonomie sur le plan intellectuel. Le maître ne devrait-il pas dès lors reconsidérer la façon dont il envisage sa mission ? N'aurait-il pas intérêt par exemple à insister davantage sur la réflexion critique et l'argumentation prospective plutôt que sur la description systématique des détails qui privilégient les tendances hiératiques ? Une revitalisation pédagogique est paradoxalement suggérée en France depuis des lustres. Mais cette médication — qui implique la transformation du système éducatif — n'a pas encore vraiment été mise en application. C'est dire qu'il est temps encore pour les juristes — toutes disciplines confondues — de réagir.

Les forces doctrinales académiques marquent actuellement le pas lorsqu'elles interviennent en tant que « chambre de réflexion ». Leur léthargie est d'autant plus préoccupante qu'elles influencent souvent l'opinion des praticiens. Il en est ainsi tout particulièrement lorsqu'elles jouent pour le compte des tribunaux internationaux le rôle éminent de « chambre de consultation ».

c) La restructuration formelle de la doctrine académique
en tant que « chambre de consultation »

La place du règlement juridictionnel des différends interétatiques reste limitée en dépit de l'insuffisance des règles conventionnelles et coutumières. À l'égard d'une jurisprudence internationale décentralisée et pusillanime par rapport à la jurisprudence interne, une triple fonction est traditionnellement assignée à la doctrine. Celle-ci est d'abord un « agent de divulgation » des décisions rendues par les tribunaux qui se caractérisent par un certain ésotérisme. La science du droit international permet ainsi aux États de s'en prévaloir en assurant leur décryptage. La doctrine joue également un rôle irremplaçable dans la systématisation de la jurisprudence en intro-

(65) Cf. LACHS (M.), précité, pp. 181-182. M. BEDJAOUI fait observer que le droit est par sa nature le produit d'une dialectique subtile entre l'innovation et la continuité : « D'une part, il traduit une réalité sociale qui est en mouvement et qu'il est obligé de tenter de rattraper au prix d'un certain décalage ou retard. Il apparaît alors comme un phénomène évolutif. Mais d'autre part, en traduisant des rapports sociaux, il fixe ou stabilise le milieu social dont il est le produit. Il consolide et protège ainsi des acquis. Il refuse donc le changement qui menacerait ces acquis et remplit ainsi une fonction de conservation » (précité, p. 115).

duisant la cohérence dans un ensemble de décisions éparses prises au gré des événements. Elle peut enfin contribuer à l'innovation jurisprudentielle par ses appréciations plus ou moins critiques. Les auteurs savent à l'inverse qu'ils peuvent trouver de très utiles éléments de réflexion dans les décisions de justice et certaines constructions doctrinales prennent effectivement appui sur les actes juridictionnels internationaux.

Une attitude apparemment antinomique mérite cependant d'être mise en exergue. On observe en effet une emprise stable et substantielle quoique diffuse de la doctrine académique comme de la doctrine finalisée sur la jurisprudence en même temps qu'un déclin relatif de la citation des écrits doctrinaux purement académiques par les tribunaux internationaux.

1. Le déclin relatif de la citation des forces doctrinales académiques par les tribunaux internationaux.

La genèse de l'arbitrage international ne sera pas retracée ici. Il est néanmoins utile de rappeler que cette institution n'exerce encore qu'un pouvoir symbolique sur la formation du droit pendant la période qui va de sa renaissance en 1794 jusqu'au milieu du XIX^e siècle. Les rares organes arbitraux accessibles aux États recourent en fait très fréquemment aux théoriciens afin de trouver dans leurs études des points de vue autorisés pour statuer sur les questions de droit qui leur sont soumises. Après avoir déploré « l'incompétence des rédacteurs de sentences » qui « discrédite l'arbitrage auprès des juristes », Albert DE LAPRADELLE et Nicolas POLITIS précisent que les auteurs ne font pratiquement pas état des décisions de justice alors même que les commissaires se présentent comme d'*inconditionnels thuriféraires* des Savants en n'omettant jamais de les citer : « GROTIUS, VATTEL, BYNKERSHOEK forment, de 1798 à 1855, le fond de leur littérature. RUTHERFORD, LEE, BURLAMAQUI complètent leur bibliothèque » (66). La doctrine procurait ainsi aux Sages les matériaux essentiels dont ils avaient besoin et exerçait par là même une influence primordiale sur l'évolution du droit international.

Cette période éphémère et à jamais révolue correspond incontestablement à la phase de culmination ou à l'âge d'or de la doctrine académique en tant que chambre de consultation des tribunaux internationaux. La situation a en effet évolué dans le sens du déclin réel dès la fin du XIX^e siècle lorsque l'arbitrage rivalise avec les forces doctrinales et acquiert une importance désormais décisive sur l'élaboration des règles internationales non écrites. L'usage consistant pour le juge à citer les écrivains du droit et leurs écrits scientifiques a néanmoins perduré en dépit de l'expansion du corpus jurisprudentiel. Il convient toutefois d'apporter un double correctif à cette affirmation selon que les juridictions sont arbitrales ou judiciaires. Cet usage

(66) Cf. *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Pedone, 1905, Tome I^{er} (1798-1855), p. XLVII.

connaît en fait une ère de restructuration spectaculaire pour les secondes et de déclin partiel pour les premières.

La pratique des tribunaux internationaux occasionnels est assurément loin d'être uniforme. Certaines juridictions arbitrales continuent d'égrener aujourd'hui encore à profusion les opinions des juristes. La sentence au fond rendue le 19 janvier 1977 par le Professeur René-Jean DUPUY énumère ainsi, dans la célèbre affaire *Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen*, une nuée d'auteurs et leurs travaux. L'arbitre unique cite notamment le Suisse Paul GUGGENHEIM ainsi que les travaux de la C.D.I. dans le domaine de la responsabilité internationale des États et l'opinion individuelle du Britannique Sir Gerald FITZMAURICE sous l'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (67). Mais d'autres instances arbitrales se montrent moins prolixes. La sentence rendue le 17 juillet 1986 dans le différend franco-canadien concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* ne fait par exemple allusion qu'à deux théoriciens du droit dont le Français Gilbert GIDEL (68). On doit à l'occasion spécifier que les citations d'auteurs sont toujours enchâssées dans l'exposé des motifs et non dans le dispositif de la décision juridictionnelle qui se présente comme l'épilogue logique de la motivation.

La pratique des tribunaux internationaux permanents se caractérise à l'inverse par une restructuration ostentatoire. C'est d'abord un fait que les deux Cours de La Haye n'ont pas vraiment senti le besoin de s'appuyer explicitement sur les œuvres individuelles des Savants pour déterminer le droit bien que l'article 38 de leurs statuts respectifs les autorise à faire état de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Le Britannique Sir Hersch LAUTERPACHT a ainsi relevé en 1958 que la C.P.J.I. et la C.I.J. n'avaient jamais désigné nominalement les écrivains du droit et leurs travaux personnels (69). Cette remarque est toujours exacte en 1992. Mais une évolution remarquable est toutefois perceptible depuis environ un quart de siècle.

La C.P.J.I. n'a ainsi évoqué les chantres du droit international qu'exceptionnellement et chaque fois en termes nébuleux. En voici quelques exemples. L'arrêt rendu le 17 août 1923 dans l'affaire du vapeur « Wimbledon » dispose : « Les précédents des Canaux de Suez et de Panama ... ne sont ... que la manifestation de l'opinion générale suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres a été affectée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels » (série A, n° 1, p. 28). La

(67) Cf. *J.D.I.*, 1977, pp. 350-389 (notamment pp. 352, 356, 360, 361, 362, 368, 371, 372, 376, 378, 381, 382, 384, 385, 386).

(68) Cf. *R.G.D.I.P.*, 1986, pp. 713-786 et tout particulièrement pp. 746 (note 1) et 752 (note 1).

(69) Cf. *The Development of International Law by the International Court*, Editions Stevens and Sons Limited, Londres, 1958, p. 24.

Cour emploie cependant un style moins elliptique dans l'avis du 6 décembre 1923 relatif à l'affaire de Jaworzina : « Suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer » (Série B, n° 8, p. 37). Il en est de même dans l'arrêt du 25 août 1925 qui a mis un point d'orgue au litige concernant *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* : c'est pour la Cour « une question vivement controversée dans la doctrine des auteurs et dans la jurisprudence des principaux États que celle de savoir si la litispendance ... peut être invoquée dans les rapports internationaux » (Série A, n° 6, p. 20). La Haute instance internationale évoque encore les Savants dans son avis du 5 septembre 1931 rendu à propos du *Régime douanier austro-allemand* : elle reconnaît ainsi avoir recherché « les définitions données de l'indépendance des États, soit dans la doctrine, soit dans tels ou tels cas particuliers de la politique des États » (Série A/B, n° 41, p. 45).

La C.I.J. a adopté une attitude similaire dans une phase initiale qui se prolonge jusqu'à la fin des années « 60 ». Comme sa devancière, « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » ne cite jamais nommément les phénomènes du droit international. Ses décisions ne font allusion à la doctrine purement académique qu'à de rares occasions et toujours avec la même opacité. Ainsi le révèle par exemple le *dictum* célèbre par lequel la Cour dispose dans son arrêt rendu le 6 avril 1955 à propos de l'affaire NOTTEBOHM (deuxième phase) : « Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs » (*Rec.*, p. 23).

La pratique ultérieure de la C.I.J. se caractérise par un changement radical d'orientation dans la mesure où elle s'arc-boute ouvertement sur la doctrine finalisée et plus exactement sur la C.D.I. C'est l'arrêt du 20 février 1969 rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* qui contient peut-être les renvois les plus nombreux à ses écrits. La Cour s'y réfère le plus souvent pour réfuter la thèse commune au Danemark et aux Pays-Bas contre la R.F.A. selon laquelle la délimitation du plateau continental entre États limitrophes impose l'emploi du « principe de l'équidistance » (*Rec.*, pp. 33-36, 38, 51). *La Cour n'hésite pas au besoin à prêter attention aux projets de la Commission avant même qu'ils ne soient pris en considération par les États dans un traité codificateur.* Certaines dispositions de son projet d'articles sur la question des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales ont ainsi été utilisées par la C.I.J. dans l'avis consultatif du 20 décembre 1980 sur l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Égypte* (*Rec.*, pp. 92 et 94-96). Le juge de La Haye fait encore état des « documents de la Commission du droit international et des autres travaux préparatoires de la convention sur

le plateau continental signée à Genève en 1958 » dans l'arrêt qui ponctue le 24 février 1982 l'affaire du *Plateau continental Tunisie-Libye* (Rec., p. 45). M. Roberto AGO souligne, pour sa part, que la Cour s'est appuyée dans la décennie « 80 » sur les conclusions établies par la C.D.I. sur deux aspects essentiels de la question de la responsabilité internationale des États en utilisant parfois des expressions presque identiques. Le juriste italien précise qu'elle l'a fait à propos de la détermination des comportements humains susceptibles d'être attribués à l'État en tant que faits internationalement illicites de ce dernier et au sujet de la définition des circonstances qui peuvent être exceptionnellement retenues comme causes d'exclusion de l'illégalité d'un fait de l'État dans une situation déterminée. Il faut ici citer tour à tour les arrêts du 24 mai 1980 et du 27 juin 1986 rendus respectivement dans les affaires relatives au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Rec., pp. 30-33 et 36-40) et aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Rec., p. 100).

Un enseignement synthétique peut être formulé à la suite de ces paradigmes au demeurant non limitatifs. En tant que *corps organisé* « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », la Commission du droit international des Nations Unies apparaît bien aujourd'hui comme l'un des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit le plus dynamique de la Cour internationale de justice de La Haye au sens de l'article 38 de son Statut (70). Il ne saurait cependant y avoir de surprise en ce domaine. La synergie directe entre les travaux de la Commission et ceux de la Cour s'explique par le fait que ces deux organismes officiels sont plus précisément des organes intégrés relevant d'une même institution qui est l'Organisation des Nations Unies tandis que leurs membres, pour la plupart illustres, poursuivent en toute indépendance un même objectif qui est « le progrès du droit international » (71).

Une telle péroration ne saurait pour autant occulter l'emprise traditionnelle et bien tangible de l'ensemble des forces doctrinales sur les tribunaux internationaux.

(70) Cf. VILLIGER (M.E.), *Customary International Law and Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1978, p. 78. On peut de surcroît faire une remarque analogue à propos de la pratique de certaines juridictions arbitrales. Le droit sur la responsabilité des États — en cours de codification par la Commission du droit international — a ainsi été abondamment utilisé dans la sentence du 30 avril 1990 qui constitue l'épilogue du différend ayant opposé la Nouvelle-Zélande et la France à propos de l'affaire du *Rainbow Warrior*. Voir *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 838-878 (notamment pp. 848, 850, 852, 853, 854, 865, 871, 872, 875).

(71) Ces deux organes onusiens sont enfin principalement composés de juristes des pays décolonisés en raison de leur mode de recrutement qui implique dans chacun d'eux « une représentation géographique équilibrée » des différentes régions du monde.

2. *La pérennité de l'emprise de l'ensemble des forces doctrinales sur les tribunaux internationaux.*

Le fait que la Cour de La Haye ne cite jamais les noms des Savants dont les opinions ont servi de base à ses décisions alors même qu'elle fait de plus en plus souvent référence aux travaux de la C.D.I. ne saurait être interprété comme le signe prodromique ou la preuve d'un quelconque reflux ou déclin de la doctrine académique au profit de la doctrine finalisée. La façon d'agir de la C.I.J. repose à vrai dire sur de solides arguments.

C'est d'abord une évidence qu'il y a ordinairement des théoriciens qui ont une opinion rebelle par rapport à celle des Savants qui expriment les vues que la Cour a fait siennes. Ne faire référence qu'aux seconds et passer sous silence les premiers pourrait donner une impression fâcheuse de partialité. N'est-il pas au demeurant malaisé aujourd'hui d'énumérer les différentes « colonnes du Temple » sans froisser les susceptibilités ? Le Professeur Philip C. JESSUP précise que « la Cour hésite naturellement à citer des personnes privées ou des juridictions nationales de peur de paraître avoir des préjugés ou des préférences » (72). La rareté des apostilles aux œuvres de la doctrine académique est aussi légitimée par un « souci de prudence ». Charles DE VISSCHER souligne à ce sujet : « La Cour est attentive à ne pas introduire dans ses décisions des éléments dont le caractère hétérogène pourrait échapper à sa vigilance » (73). Un autre fondement peut encore être allégué pour expliquer la prétérition du nom des auteurs dans les actes juridictionnels internationaux. Ces actes doivent logiquement être rédigés avec concision. C'est dire que les juges ne doivent pas les alourdir par un recensement fastidieux de toutes les opinions recueillies dans la littérature du droit au moment où est constatée une dissémination toujours plus grande des forces doctrinales. Une dernière justification à l'omission du nom des auteurs réside dans le fait que les Sages qui siègent parfois pendant longtemps à la Haute Assemblée du Palais de la Paix ont souvent eux-mêmes publié de doctes études et la Cour s'efforce d'éviter le renvoi aux travaux de ses propres membres dont la façon de voir sur certains points pourrait parfois être incompatible avec l'opinion émise par la majorité des juges.

Comment en dernier ressort ne pas partager le point de vue de Max SORENSEN ? L'internationaliste danois déclare en effet : « Un tribunal international, soucieux de son autorité et de son prestige qui dépendent largement du degré d'impartialité et d'objectivité dont il parvient à faire

(72) Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Helsinki, 1985, Volume 61, Tome I, p. 253.

(73) Cité par le juge SHAHABUDDIN dans son opinion individuelle sous l'avis rendu par la C.I.J. le 15 décembre 1989 à propos de l'affaire relative à l'Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (*Rec.*, p. 220).

preuve, éprouve tout naturellement certains scrupules à s'appuyer ouvertement sur la doctrine » (74).

L'exercice du nom des Savants dans les actes juridictionnels ne signifie donc nullement que les tribunaux judiciaires aient cessé de les consulter ou que la doctrine académique ne joue plus aucun rôle aujourd'hui dans l'élaboration de la jurisprudence internationale. M. Serge SUR fait observer avec à-propos qu'on ne saurait de toute façon limiter l'influence des auteurs « aux seules mentions expresses dans la mesure où l'exercice intellectuel de la motivation présente certains rapprochements avec l'approche doctrinale » (75). N'est-il pas enfin possible d'établir l'autorité effective de l'ensemble des forces doctrinales sur le contenu des décisions juridictionnelles internationales ?

Jurisprudence et doctrine assument sans doute chacune de leur côté une mission qui a ses fins et ses exigences spécifiques. Il incombe au Sage de dire le droit à travers des cas d'espèce. Il revient au Savant d'agencer les solutions particulières en un tout organisé. C'est néanmoins une évidence qu'il n'y a jamais eu de divergences profondes ou de conflictualités endémiques entre l'École et le Palais lorsqu'on établit le bilan de leurs rapports mutuels à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'une et l'autre ont même noué dans le passé des liens très étroits et elles continuent encore de nos jours d'agir de conserve dans la plupart des cas. Le Sage a assurément besoin du Savant comme le Savant a besoin du Sage. Quel est alors le fondement de cette pérenne et idyllique complicité ? Un élément de réponse pourrait être le suivant.

Arbitres et juges sont généralement des écrivains éminents du droit international avant d'être des magistrats émérites. Ne comptent-ils pas eux-mêmes pour la plupart au nombre « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ? Ce dédoublement fonctionnel n'est pas au reste déconcertant puisqu'il est expressément prévu par le Statut de la Cour de La Haye. Son article 2 dispose que ses membres forment « un corps de magistrats indépendants » réunissant les conditions requises pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires dans leurs pays respectifs « ou qui sont des juristes possédant une compétence notoire en matière de droit international ». La plupart des juges sont donc au moment de leur élection des personnalités ayant derrière elles une œuvre littéraire brillante en matière de droit international. Nombre d'entre eux sont sans conteste choisis en raison de leur notoriété doctrinale. L'article 16 du Statut de la Cour spécifie sans doute que les juges ne peuvent se « livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel ». Mais il ne leur interdit nullement de poursuivre leurs recherches une fois élus. La publication de travaux de droit international n'est pas en d'autres termes incompatible avec la qualité de magis-

(74) Précité, p. 188.

(75) Cf. « Sources du droit international. La coutume », *J.D.I.*, Fascicule 13, 1989, p. 16.

trat. Comment dès lors les « publicistes les plus qualifiés » qui intègrent la Cour — ou n'importe quelle autre instance arbitrale ou judiciaire — pourraient-ils faire entièrement abstraction de leur propres conceptions ou de l'école de pensée à laquelle ils appartiennent dans la motivation de leurs décisions ? Autant dire que le dialogue engagé par les écrivains du droit dans leurs écrits scientifiques a toute chance de se poursuivre au sein des tribunaux internationaux. On peut enfin faire remarquer avec M. Jean COMBACAU qu'il existe une étroite coopération de la *fonction doctrinale* et de la *fonction juridictionnelle* à la réalisation d'une œuvre commune dans la société internationale (76) :

« Beaucoup d'auteurs sont profondément imprégnés de l'idée que le « progrès du droit international » se mesure non seulement à l'amélioration du degré de précision de ses règles, mais encore et surtout à l'extension de leur domaine aux dépens de l'autonomie des États, du caractère exclusif de leur compétence et de la nature discrétionnaire de leur pouvoir. Cette vision dynamique du droit international apparaît avec netteté chez un grand nombre d'auteurs de droit international général ... Comment dès lors n'irait-elle pas à la rencontre de cette part de la jurisprudence qui ... pose des règles limitant l'autonomie des États ? »

On s'est parfois demandé « avec quelques regrets » si le Sage — surchargé d'affaires dans l'ordre juridique interne — avait de nos jours le temps de prêter le même intérêt que jadis aux œuvres doctrinales. Le problème se pose en termes spécifiques dans l'ordre juridique international où les magistrats sont beaucoup moins sollicités. C'est un fait que les États éprouvent encore de sérieuses réticences à l'égard de la « juridictionnalisation » des litiges. Il est par suite rationnel de penser que le juge international commencera toujours par consulter la littérature juridique, chaque fois que faire se peut, avant de trancher le différend qui lui est soumis. La doctrine peut ainsi lui rendre de précieux services en le faisant bénéficier de recherches scientifiques indépendantes et approfondies qu'un praticien — si éminent soit-il — n'a pas toujours le temps d'effectuer au moment opportun. Le Professeur Jean-Pierre FRANÇOIS souligne qu'à plusieurs reprises « des théories défendues dans la littérature, mais pas nécessairement adoptées comme telles par la communauté des États, avaient été acceptées par la jurisprudence qui les avait prises comme base de ses décisions » (77). Le Président Manfred LACHS corrobore en connaissance de cause cette analyse

(76) Cf. « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public », *Travaux de l'Association Henri Capitant (Journées italiennes de Florence)*, Economica, 1982, Tome XXXI, p. 403.

(77) Cf. « L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international », *Mél. Gidel*, 1961, pp. 279-280.

par une formule laconique : « Il n'est point rare que la doctrine que constituent les 'enseignements' guide les tribunaux dans leurs jugements » (78).

Il serait cependant utile d'être plus explicite à ce sujet. On sait que la doctrine n'est pas une source formelle du droit. Quelle que soit son autorité, un point de vue doctrinal n'est ni nécessaire ni suffisant pour fonder une décision juridictionnelle. Un tribunal international n'est donc jamais obligé de statuer comme elle : il a la possibilité de la prendre en considération sans en avoir l'obligation. Une opinion doctrinale a néanmoins vocation à devenir du droit international dans certaines circonstances. La doctrine est plus concrètement un mobile de décision parmi d'autres auquel le Sage accordera plus au moins de crédit en fonction de la conjoncture : plus à une doctrine récente qu'à une doctrine ancienne et davantage à une expression doctrinale générale ou collective qu'à un point de vue isolé ou marginal.

Les exemples précédemment dénombrés dans le cadre des Cours de la Haye confirment dans l'ensemble cette tendance bien qu'elle ne corresponde pas à un principe ayant valeur absolue. Plus précisément, des forces doctrinales mêmes unanimes ne peuvent jamais engendrer des règles coutumières liant les juges par leur seule réitération. On peut citer ici un cas exemplaire. Dans son avis consultatif du 8 juin 1960 relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'O.M.C.I.*, la Cour a ainsi été conduite à préférer « le critère du tonnage immatriculé » en raison de son caractère « pratique » pour classer « les pays qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » à celui du « lien substantiel » entre le navire et l'État pourtant proposé par une doctrine quasi commune et constante (*Rec.*, pp. 169-171). Le Doyen Claude-Albert COLLARD constate que la doctrine académique n'a pas tardé à exprimer sa surprise et sa déception dès lors que ses différentes forces composantes font depuis longtemps *chorus* « contre la pratique des pavillons de complaisance » (79).

Il ressort néanmoins de l'analyse de la pratique des Cours de La Haye que celles-ci n'ont pas négligé la doctrine académique et qu'elles l'ont bien envisagée comme ce qu'elle a toujours été dans l'ordre juridique international. Elles l'ont plus exactement considérée comme un vrai « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » que les Sages utilisent volontiers dans l'exercice de leur mission lorsque les sources principales que sont

(78) Précité, p. 192. Il existe en fait une interaction constante entre la Commission du droit international et la Cour internationale de justice. La C.D.I. influence ainsi la C.I.J. Mais celle-ci interagit sur celle-là. En reconnaissant par exemple le droit de passage dans la mer territoriale, la Commission admet expressément avoir consacré une règle posée par la Cour dans son arrêt rendu le 9 avril 1949 à propos de l'affaire du détroit de Corfou (voir article 16 de son avant-projet d'articles de 1956 in *A.C.D.I.*, 1956, II, pp. 272-277). Il y a cependant des limites ou des butoirs. Comme l'ensemble des forces doctrinales purement académiques, la C.D.I. n'a pas hésité à stigmatiser l'arrêt rendu par la C.P.J.I. le 7 septembre 1927 dans l'affaire du « Lotus » (*A.C.D.I.*, 1956, II, p. 281).

(79) Cf. critique de l'avis in *A.F.D.I.*, 1960, pp. 338-361 et opinion dissidente du juge Moreno QUINTANA in *Rec.*, pp. 177-178.

notamment les traités et les coutumes manquent de clarté sans pour autant le placer sous les feux des projecteurs et sans lui conférer une autorité indépendante de leurs propres décisions. Il faut en outre spécifier que les tribunaux internationaux utilisent parfois les constructions doctrinales tout en refusant généralement de se laisser enfermer dans des théories trop quintessenciées. Il ne faut donc pas surestimer ou *maximiser* l'apport de la doctrine à la formation des règles de droit aussi bien dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes contemporains. Mais il serait à l'inverse irréaliste de le nier ou même de le *minimiser* au motif qu'il n'est pas courant que les États souverains ou les juridictions internationales permanentes désignent leurs sources d'inspiration et qu'il est rare qu'une règle de droit conventionnelle ou une décision judiciaire internationale reprennent textuellement un élément du corpus doctrinal purement académique.

Au terme de ces développements, la conclusion pourrait être empruntée à M. Jean-Luc AUBERT. L'éminent privatiste français déclare en effet : « Si le résultat recherché en priorité par les auteurs est, assurément, de convaincre — ce qui se produit incontestablement quelquefois — il est aussi, et peut-être surtout, de susciter et nourrir la réflexion. Il est permis de penser que cette deuxième fin est beaucoup plus souvent atteinte et que cela fournit à la doctrine une raison d'être tout à fait suffisante » (80).

Cette opinion avisée et plutôt rassérénante est partiellement « transportable » dans l'ordre juridique international dès lors qu'elle peut s'appliquer à la doctrine académique qui s'identifie à la « théorie du droit » et qui est entrée dans une phase de redéploiement ou de restructuration tous azimuts après avoir connu tour à tour une période de flux durable et de reflux au demeurant tout relatif. La dite opinion est toutefois fragmentaire dans la mesure où elle semble ignorer l'existence d'une doctrine d'action ou doctrine finalisée qui relève plutôt de la « pratique du droit ». Cette branche de la doctrine, spécifique au milieu interétatique contemporain, a déjà connu malgré sa relative jeunesse de nombreux avatars qui devraient l'inciter à se remettre en cause et à envisager à son tour un inévitable redéploiement ou restructuration afin de maintenir — dans certains cas — et de renforcer — dans d'autres — son emprise sur les multiples centres décisionnels internationaux (II).

II. LE DÉCLIN RELATIF ET LA RESTRUCTURATION PRÉVISIBLE DE LA DOCTRINE FINALISÉE

Voici une donnée de base qu'il convient d'emblée de rappeler : la doctrine académique n'est pas toute la doctrine. Pour être exhaustif, il faut encore

(80) Cf. *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Éditions Armand Collin, 1984, p. 173.

faire état de l'existence d'une doctrine finalisée. C'est dire que les internationalistes ne comprennent pas uniquement des théoriciens exclusivement préoccupés de connaissances abstraites et spéculatives. Ils englobent aussi des praticiens qui sont parfois très proches des centres de décision tout en étant indépendants en raison de leur statut et qui exercent une influence d'autant plus grande qu'ils comptent souvent eux-mêmes au nombre « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » dont l'ensemble constitue — quelle que soit par ailleurs leur tendance ou leur courant de pensée — une sorte de *Nomenklatura* de juristes de renom ou encore de Temple hypostyle.

Cette doctrine spécialisée a surgi au XIX^e siècle. Après avoir connu une phase d'épanouissement rapide bien que diffuse, elle est également entrée depuis deux ou trois décennies dans une phase de déclin partiel qui devrait l'inciter à envisager sa restructuration. On ne saurait cependant être trop catégorique.

La restructuration en question se pose en effet en des termes bien distincts selon que la doctrine finalisée est engagée dans des procédures spécifiques de nature diplomatique (C), normative (B) ou contentieuse (A).

A. *La restructuration formelle de la doctrine
finalisée engagée dans des procédures
de nature contentieuse*

Avant de mettre l'accent sur sa métamorphose — essentiellement au niveau de ses moyens d'expression — ainsi que sur son influence croissante et son interaction quasi constante avec la doctrine académique en vue d'assurer le « progrès du droit international », il importe, dès à présent, de résoudre la question de l'identification d'une branche particulièrement dynamique de la doctrine finalisée.

a) *L'identification de la doctrine finalisée engagée
dans des procédures de nature contentieuse*

Nous retiendrons sans trop d'hésitation, dans cette étude, le cas des magistrats des tribunaux internationaux lorsqu'ils rédigent des opinions séparées. Seront en revanche écartés, pour des raisons au demeurant diamétralement opposées, le cas singulier des avocats généraux près la Cour de justice des communautés européennes et, en tout premier lieu, celui plus classique des avocats internationaux.

Cette dernière éviction ne manque pas *a priori* d'étonner pour les raisons suivantes. Il faut d'abord savoir que ce qu'on nomme la jurisprudence est beaucoup moins l'œuvre intellectuelle des juges que celle des avocats inter-

nationaux. Ce sont eux en effet qui élaborent dans leurs mémoires des constructions juridiques originales ou contribuent directement à l'interprétation des règles de droit par le Sage. Le rôle de ce dernier se ramène souvent par ailleurs à choisir entre les thèses proposées par les membres de ce que l'on pourrait appeler le « barreau international » et qui sont généralement recrutés parmi « les publicistes les plus qualifiés ». Les questions principales sont dès lors les suivantes. Les maîtres du droit international qui se font parfois les avocats des thèses défendues par leurs gouvernements dans les litiges interétatiques font-ils œuvre doctrinale ? Ne quittent-ils pas le domaine de la recherche désintéressée et objective pour s'égarer dans des plaidoyers partisans et subjectifs ? Que faut-il penser en un mot de ces praticiens du droit qui se trouvent étroitement impliqués dans l'activité des juridictions internationales ? La doctrine dominante des internationalistes s'abstient d'assimiler leurs activités engagées à des œuvres doctrinales. Elle refuse de les considérer comme d'authentiques travaux scientifiques cherchant à constater aussi exactement que possible l'état du droit. Il est certain que les plaidoiries sont essentiellement des compositions orientées plutôt destinées à persuader le juge ou à défendre une Partie à un litige que de présenter le droit objectif. On ne saurait cependant être trop systématique. Comme les avis des jurisconsultes qui conseillent les gouvernements, mémoires et plaidoyers des avocats-conseils qui défendent les États devant les juridictions internationales peuvent être partiellement intégrés à la doctrine finalisée lorsque des juristes de renom expriment en leur âme et conscience l'état du droit international. Le *limes* entre *œuvres juridiques indépendantes* et *œuvres juridiques partisans* n'est manifestement pas toujours facile à déterminer. Le Président Manfred LACHS a pour sa part rendu hommage à ces auxiliaires incontournables de la justice internationale que sont les avocats en reconnaissant que « leurs plaidoyers, une fois imprimés, demeurent une source appréciable d'arguments et de raisonnements juridiques à laquelle les chercheurs et les praticiens recourent fréquemment ».

Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes pour une institution que l'on doit indiscutablement et entièrement rattacher à la doctrine finalisée et qui n'a pas son équivalent devant d'autres juridictions internationales. Il s'agit des avocats généraux de la Cour de justice des communautés européennes qui agissent en « consultants privilégiés » et non en juges : ils ont pour mission de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées dans chaque affaire contentieuse soumise à la Haute juridiction (81). À cet égard, ils sont dans une position analogue à celle des commissaires du gouvernement près les juridictions administratives françaises dont les conclusions apparaissent comme l'archétype de la dissertation doctrinale. Les avocats généraux sont en prin-

(81) La Cour de Luxembourg ne connaît pas en revanche le système juridique des opinions séparées « annexées » aux décisions de la Cour de La Haye.

cipe choisis, comme les juges, parmi les juristes possédant des compétences notoires dans leurs pays respectifs. Leurs qualités intellectuelles confèrent dès lors une grande notoriété à leurs écrits qui jouent un rôle essentiel dans la formation du droit communautaire et l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg (82). Cette branche atypique de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse sera néanmoins écartée de la présente étude dans la mesure où le droit communautaire européen peut être assimilé à un droit interne *sui generis* en formation face au droit international public général.

Reste donc le cas des magistrats des tribunaux internationaux dont la situation est ambivalente. Les juges se rattachent en effet à la doctrine académique au même titre que les universitaires lorsqu'ils écrivent ou enseignent le droit en dehors de leurs fonctions officielles. Mais ils incarnent aussi la doctrine finalisée lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une action contentieuse au sens large du terme. Les opinions séparées émises en toute impartialité par les membres qualifiés des juridictions internationales sont incontestablement des productions doctrinales spécialisées et plus ou moins critiques. Celles qui sont rédigées par les juges à la suite des décisions de la Cour de La Haye constituent notamment des exposés doctrinaux particulièrement enrichissants dès lors qu'elles assurent, dans chaque cas, une information à la fois complète et contradictoire (83). Leur contenu est d'un intérêt d'autant plus vif qu'elles permettent généralement au Sage dûment informé de présenter librement à propos de toute affaire tranchée par la Cour la solution qui lui paraît la plus conforme au droit et non de fonder la thèse de l'État qui perd un procès comme il a été parfois soutenu. Il est intéressant de se référer pour exemple à l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* ayant opposé le Canada aux États-Unis. Citant au passage les travaux de la Commission du droit international en matière de délimitation du plateau continental (*Rec.*, p. 313), la Chambre de la Cour comprenait cinq magistrats. Le juge canadien et le juge américain ont été parmi les quatre Sages ayant voté l'arrêt du 12 octobre 1984 tandis que le juge dissident était en l'espèce de nationalité française (M. André GROS).

Que penser néanmoins des juges *ad hoc* ou des arbitres dont certains rédigent effectivement des opinions dissidentes dans lesquelles il apparaît qu'ils soutiennent l'argumentation des États qui les ont désignés ? Ces magistrats n'en font pas moins œuvre doctrinale dès lors qu'il est pratiquement impossible de prouver qu'ils n'ont pas exercé leurs attributions « en pleine impartialité et en toute conscience » comme l'exige notamment et formellement l'article 20 du Statut de la C.I.J. Faut-il par ailleurs insister sur le fait que

(82) Cf. CARTOU (L.), *Communautés européennes*, Dalloz, 1991, p. 240.

(83) Cette pratique existe également devant certains tribunaux arbitraux et à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg.

les juges *ad hoc* et les arbitres sont pleinement des magistrats devant exercer leurs attributions en toute indépendance et en aucun cas les avocats des gouvernements qui les ont choisis ? Il est dès lors utile d'apprécier sur le plan scientifique les motifs qui ont déterminé *tous* les magistrats : ceux de la majorité comme ceux de la minorité. Il est notamment aisé de se référer aux opinions séparées des juges de la C.I.J. car elles sont publiées *in extenso* dans le Recueil officiel des décisions de cette Haute juridiction.

Tout en respectant le principe du secret du délibéré et conformément à un usage suivi dans les ordres juridiques des pays de *common law*, l'article 57 du Statut de la Cour de La Haye et l'article 95 de son Règlement permettent plus précisément à « tout juge » qui « le désire » de joindre à l'arrêt, « l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente » (84). La même règle vaut également pour les avis et les ordonnances. Il n'y a donc pas lieu d'établir ici une différenciation symptomatique entre compétence contentieuse et compétence consultative de la Cour. Il est en revanche utile de distinguer ces deux catégories de philippiques doctrinales (qui peuvent parfois exprimer le point de vue de plusieurs juges). L'opinion individuelle désigne la position d'un juge de la majorité qui accepte le dispositif de la décision du tribunal mais refuse en partie ou en totalité son exposé des motifs. L'opinion dissidente émane au contraire d'un juge de la minorité qui expose à la fois son opposition au dispositif de la décision et « les motifs sur lesquels il fonde son dissentiment » (85). Mais là s'arrête l'antagonisme entre ces deux variétés d'opinions séparées. Les unes et les autres ne font juridiquement pas partie de la décision juridictionnelle. Elles n'en ont d'ailleurs ni la forme ni l'autorité. Autant dire qu'aucune d'entre elles n'est en mesure de contrecarrer sa force juridique. Les opinions dissidentes font cependant l'objet d'un intérêt plus vif que les opinions individuelles de la part de la doctrine purement académique et de la Cour elle-même en raison de la sagacité de leurs remontrances. Cette clarification étant faite, l'accent doit être mis sur le flux de cette branche de la doctrine finalisée aujourd'hui entrée dans son âge d'or.

b) Le flux de la doctrine finalisée engagée
dans des procédures de nature contentieuse

Le Président Manfred LACHS regrette que les opinions séparées se soient « accrues en nombre et en dimension au point de prêter quelquefois le flanc à la critique ». L'essor de cette branche active de la doctrine finalisée s'est

(84) C'est dire *a contrario* que les juges minoritaires de la C.I.J. ne sont pas dans l'obligation de joindre aux décisions de justice l'exposé de leurs opinions séparées. Leur position contraste avec celle des avocats généraux près la C.J.C.E. dont les conclusions, bien que nullement contraignantes pour cette juridiction, doivent être considérées comme des oeuvres doctrinales *obligatoirement et préalablement* rédigées.

(85) Cf. DUBISSON (M.), *La Cour Internationale de Justice*, L.G.D.J., 1964, pp. 244-245.

en fait manifesté il y a plus d'une trentaine d'années et c'est précisément le Britannique Sir Hersch LAUTERPACHT qui a inauguré la pratique des longues opinions séparées lorsqu'il a commencé sa carrière de juge à la C.I.J. en 1955. Cette tendance s'est par la suite considérablement amplifiée. Sous l'arrêt rendu par la Cour le 27 juin 1986 (décision au fond) dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le juge américain Stephen SCHWEBEL a ainsi rédigé une opinion dissidente de 268 pages — record absolu — qui apporte à l'occasion un éclairage intéressant sur plusieurs points de droit international et notamment sur le principe de la légitime défense ou la théorie des *clean hands* (Rec., pp. 259-527). Exceptionnelles sont en fait les décisions de la Cour de La Haye qui ne renferment pas au moins l'exposé d'une opinion individuelle ou dissidente. Il n'y a eu par exemple aucune opinion séparée dans l'affaire NOTTEBOHM qui a donné lieu à un arrêt du 18 novembre 1953 (exceptions préliminaires) si l'on veut bien faire abstraction d'une courte déclaration du juge KLAESTAD. Nombre d'ordonnances sont en revanche édictées à l'unanimité des juges présents et votants. La pratique des opinions séparées semble par ailleurs moins répandue devant les tribunaux arbitraux qu'au sein de la C.I.J. Ce contraste peut s'expliquer par le fait que les Sages des juridictions occasionnelles sont en principe beaucoup moins nombreux que ceux qui siègent à la Cour de La Haye. Ainsi, aucune opinion séparée n'a été observée à la suite de la sentence arbitrale rendue le 14 février 1985 dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*. La décision fut en effet adoptée à l'unanimité des trois membres composant la juridiction (MM. LACHS, BEDJAOUI, MBAYE).

La prolifération des opinions individuelles et dissidentes au sein de la C.I.J. repose en vérité sur un triple fondement. D'emblée, un premier constat s'impose : la formation juridique des magistrats est beaucoup moins homogène aujourd'hui qu'autrefois. La floraison des opinions séparées s'est produite dès la fin des années « 50 » lors de l'émancipation des pays du Tiers Monde. Elle s'explique plus exactement par le fait que les membres de la Cour de La Haye doivent assurer autant que possible « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » (article 9 du Statut). La Cour a dû en outre examiner des questions relatives à des matières pour lesquelles le droit international est dans une phase d'élaboration ou de rénovation. Il en est ainsi dans le domaine des organisations internationales, de la délimitation de certains espaces maritimes ou encore de la responsabilité internationale des États. C'est surtout sur des problèmes de ce type que les opinions séparées sont les plus nombreuses et souvent les plus enrichissantes. C'est aussi à leur égard qu'on observe l'abîme le plus profond entre la position des juges dits « conservateurs » et celle de ceux que l'on peut qualifier de « réformateurs ». Il est vrai enfin que la plupart des Sages qui siègent au Palais de la Paix se montrent

pleinement conscients de la mission qu'a la Cour de dire le droit et d'en faciliter l'évolution.

Mais qui sont ces juges enclins à faire œuvre de caractère doctrinal au sein de la Cour de La Haye ? S'il est *a priori* difficile de donner une réponse catégorique à une telle interrogation, il est néanmoins utile de se reporter aux travaux de Mme Michèle SICART-BOZEC. L'auteur observe une évolution qui permet de comprendre pourquoi les États du Tiers Monde manifestent une tendance plus sereine aujourd'hui que par le passé à l'égard du contrôle judiciaire international (86). Dans une première phase qui commence avec les années « 50 », il apparaît que ce sont surtout les juges du Tiers Monde qui reprennent dans leurs opinions dissidentes en les « juridiciant » les revendications politiques, économiques et sociales des pays décolonisés. Dans une seconde période, « postérieure à 1966 », ces juges passent ensuite graduellement dans la majorité en insérant leurs conceptions nouvelles du droit dans leurs opinions individuelles et le dispositif de l'arrêt et non plus dans leurs opinions dissidentes. Un véritable parcours croisé se produit enfin durant la décennie « 70 » dans la mesure où ce sont surtout les Sages des pays industrialisés qui deviennent dissidents et ceux des États nouveaux qui forment le plus souvent la majorité. Serait-il hasardeux de dire de manière schématique que les premiers font désormais plutôt œuvre doctrinale par leur vitupération et les seconds plutôt œuvre jurisprudentielle ? Encore convient-il d'ajouter que la restructuration en ce sens de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse est loin d'être erratique. Elle s'est même fortement amplifiée au cours de la décennie « 80 ».

L'expansion des opinions séparées ne fait pas l'unanimité parmi les internationalistes des pays de *civil law*. Les appréciations négatives adressées à l'encontre de cette institution d'origine anglo-saxonne reposent sur l'idée qu'elle est de nature à affaiblir l'autorité des tribunaux internationaux. Mme Marie-Françoise LABOUZ fustige par exemple leur *fréquence* et leur *longueur* en précisant « qu'elles sont souvent prétexte pour un juge en mal d'enseignement à faire un cours de droit international » (87). Que faut-il en penser ? Il est certes impératif que les opinions séparées soient rédigées en termes pondérés et surtout avec concision. C'est dire, en d'autres termes, qu'une nouvelle restructuration d'ordre formel s'impose pour compenser la perte de crédit liée à une pratique jugée parfois abusive par une partie de la doctrine académique. Mais une telle réorientation ne passe-t-elle pas tout simplement par une autodiscipline de la part des Sages du Palais de la Paix ? Les vices du système ne sauraient en toute hypothèse éclipser ses atouts. Les opinions dissidentes et à un moindre degré les opinions individuelles ont une valeur indéniable pour la connaissance du droit internatio-

(86) Cf. *Les juges du Tiers Monde à la Cour Internationale de Justice*, *Économica*, 1986, p. 304.

(87) Cf. *Le système communautaire européen*, Berger-Levrault, 1986, p. 164.

nal dès lors que leurs auteurs sont assurément les « publicistes les plus qualifiés » pour dégager ce qu'ils pensent être le droit applicable dans une affaire déterminée après avoir participé à toutes les délibérations de la Haute instance internationale. L'apport doctrinal des opinions séparées ne fait en tout cas guère de doute pour le Président Manfred LACHS : « Etant donné le faible nombre d'arrêts rendus et le nombre infime de ceux qui portent sur un point ou un aspect spécifique du droit, la science juridique s'enrichit nécessairement de ce que le juge, considéré individuellement, puisse partager ses judicieuses pensées avec la communauté juridique » (88).

En participant à la recherche du droit et en affermissant ou en incurvant suivant le cas l'orientation prise par la majorité du tribunal dans ses décisions, les opinions séparées peuvent concourir par ailleurs à la formation de règles jurisprudentielles plus appropriées. Leur rôle d'impulsion sur l'évolution du droit s'exerce plus précisément comme des précédents de nature à influencer sur les décisions juridictionnelles ultérieures. Dans une étude remarquable, M. Ijaz HUSSAIN confirme, pour sa part, que « le système des opinions individuelles et dissidentes est une condition essentielle au bon fonctionnement de la Cour » (89).

La valeur formatrice des opinions séparées dépend sans doute de la notoriété de leurs auteurs. Aucune ne laisse cependant vraiment impassible. Mais comment s'en étonner quand on sait que ces propositions doctrinales finalisées émanent généralement « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ? Ne faudrait-il pas ici rappeler comme prototype l'œuvre du juge Alejandro ALVAREZ qui est à l'origine d'un concept inédit — le « droit international nouveau » — dont il a exposé les principes à maintes reprises dans ses opinions séparées ? On peut notamment citer son opinion individuelle sous l'avis donné le 28 mai 1948 par la C.I.J. dans l'affaire des *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies* (Rec., pp. 67-72). Edvard HAMBRO lui a rendu hommage en soulignant que le Sage avait en son temps inspiré la Cour de La Haye et sa philosophie et que des « idées comme la solidarité internationale et l'interdépendance des peuples sont plus profondément enracinées dans le monde actuel à cause de son travail ». Dans ses opinions séparées, qui contiennent à la fois des suggestions et des critiques, l'internationaliste chilien a en fait réalisé une œuvre doctrinale qui se situe autant en amont qu'en aval de la création du droit. D'une manière générale, nombre d'opinions séparées sont demeurées célèbres et constituent des pages brillantes dignes de figurer dans une anthologie. Certaines d'entre elles sont rédigées en termes particulièrement bien frappés. Sir Gerald FITZMAURICE proclame par exemple dans son opinion individuelle sous l'arrêt rendu le 5 février 1970 par la C.I.J. dans l'affaire de la

(88) Précité, p. 209.

(89) Cf. *Dissenting and separate opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 266.

Barcelona Traction (deuxième phase) : « Le droit et l'équité ne peuvent réaliser la justice que si on les laisse se compléter mutuellement » (*Rec.*, p. 86). En reprenant une locution de Michel VIRALLY, voici « un acquis de la pensée juridique qui ne saurait être remis en question ».

L'impact des opinions séparées sur les tribunaux internationaux est d'autant plus grand qu'existe une synergie étroite et constante entre cette branche de la doctrine finalisée et l'ensemble de la doctrine académique.

c) La synergie entre la doctrine finalisée engagée
dans des procédures de nature contentieuse
et l'ensemble de la doctrine académique

L'épanouissement de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse est avéré. Certains auteurs ont cru alors pouvoir aller plus loin en prétendant que les opinions séparées exerçaient une influence plus tangible sur les tribunaux internationaux que les œuvres doctrinales purement académiques. Leur autorité doit pourtant être relativisée comme le montrent les propos suivants.

On a ainsi fait observer que les six opinions dissidentes exprimées dans l'affaire du « Lotus » avaient permis l'*ancrage* de la règle de la compétence pénale exclusive de l'État du pavillon en cas d'abordage en haute mer dans la Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer alors que l'arrêt de la C.P.J.I. en date du 7 septembre 1927 avait statué en sens opposé. Il a encore été soutenu que les cinq opinions dissidentes formulées sous l'avis consultatif donné par la C.I.J. le 28 mai 1951 dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* du 9 décembre 1948 avaient influé sur les conclusions élaborées par la C.D.I. dans ses travaux sur le droit des traités à propos de la question des réserves aux traités multilatéraux. Les opinions séparées peuvent assurément empêcher qu'une décision de justice erronée n'acquiert un crédit qui ne lui appartient pas. M. Ijaz HUSSAIN note néanmoins « qu'il est bien difficile d'affirmer avec certitude que sur tel ou tel point la Cour est redevable à tel ou tel juge ». Il serait en outre bien malaisé de déterminer l'impact respectif des opinions séparées proprement dites et d'autres facteurs. Le Professeur Angelo Piero SERENI souligne ainsi au sujet des exemples précédents qu'on a, d'un côté, « le vote contraire d'une forte minorité de juges de haute réputation, de l'autre, les critiques adressées aux deux décisions par une partie de la doctrine la plus autorisée qui les estime contraires au droit international en vigueur » (90).

La réalité est donc moins « hyaline » ou moins limpide qu'il n'y paraît de prime abord. Si les juges constituent une ramification influente de la doc-

(90) Cf. « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1964, p. 856.

trine finalisée lorsqu'ils rédigent des opinions séparées, force est de reconnaître que ces dernières se mâtinent le plus souvent avec le corpus doctrinal académique et les autres inflorescences de la doctrine finalisée. Il y a bien ici une synergie directe et pérenne entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en vue d'influer sur l'élaboration et l'évolution du droit international.

Un ascendant ostentatoire de la doctrine académique sur les membres des tribunaux internationaux est même perceptible. La réflexion peut surprendre dans la mesure où l'on sait déjà que les Cours de La Haye évoquent rarement et toujours en termes énigmatiques cette branche de la doctrine dans leurs décisions. On doit néanmoins observer que les Sages de la minorité font en revanche preuve dans leurs opinions séparées d'une propension lancinante à s'appuyer sur la littérature du droit en général afin de mieux étayer leurs propres conceptions (91). Il n'y a pas lieu toutefois de s'étonner d'une telle pratique. En mentionnant au besoin nominativement les écrivains du droit et leurs publications, les juges procèdent en vérité comme les avocats qui nourrissent leurs mémoires et plaidoiries en citant à volonté les travaux doctrinaux. À titre d'illustration récente, on peut se référer à une opinion dissidente de M. Mohammed SHAHABUDDÉEN sous l'ordonnance édictée par la Cour le 28 février 1990 à propos du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime opposant le Salvador et le Honduras*. Dans une composition doctrinale de 44 pages, le juge de la Guyana invoque un très grand nombre de Savants et leurs écrits ainsi que plusieurs opinions séparées dont l'opinion dissidente de son collègue en poste — le juge Sir Robert JENNINGS — dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Rec.*, p. 45). Ne faudrait-il pas, à la suite de ces développements, rejeter définitivement le mythe de l'insignifiance de la doctrine dans son rôle de « chambre de consultation » pour le compte des tribunaux internationaux ?

Quelle est par ailleurs la légitimation de ce comportement apparemment amphibologique selon que le Sage agit en franc-tireur ou au sein de la cohorte majoritaire de la Cour de La Haye ? Deux arguments peuvent être avancés. Il faut d'abord constater que la délibération d'une juridiction collégiale correspond inévitablement à une « fusion de volonté » ou — selon la terminologie de l'Allemand TRIEPEL — à la *Vereinbarung*. MAX SORENSEN précise que bien des nuances peuvent en conséquence se perdre dans un tel aréopage dès lors que l'opinion de la majorité du tribunal apparaît fréquemment comme le résultat d'un compromis : « Si les références aux auteurs sont parmi ces nuances sacrifiées, une des causes en est peut-être

(91) Il y a néanmoins des exceptions. Dans son opinion individuelle sous l'arrêt rendu le 13 septembre 1990 par la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime opposant le Salvador et le Honduras*, le juge japonais Shigeru ODA ne cite par exemple aucun auteur en particulier ni aucune société savante nationale ou internationale (*Rec.*, pp. 138-144).

le fait important que les juges sont eux-mêmes au nombre des *publicistes les plus qualifiés des différentes nations* » (92). Le magistrat qui rédige une opinion séparée se trouve ensuite dans une position totalement différente par rapport à celle de la Cour. Il a ainsi conscience que la dite opinion n'est pas soumise à la même épreuve pratique qu'un acte juridictionnel pour la simple raison qu'elle n'aura pas d'effets entre les Parties au différend inter-étatique. Bien que sa façon de raisonner demeure celle d'un Sage, il ne voit dès lors aucun obstacle à employer une phraséologie moins orthodoxe que celle qui est ordinairement utilisée dans les décisions formelles de la Haute juridiction internationale. Autant dire qu'il n'aura guère d'état d'âme à citer nominativement les maîtres reconnus du droit international et tout particulièrement ses confrères qui délibèrent à ses côtés dans l'enceinte du Palais de la Paix à La Haye. Cependant, à titre de comparaison, les cas où les œuvres scientifiques des juges sont alléguées par les avocats dans leurs mémoires et plaidoiries sont également pléthoriques.

En dehors de l'aide précieuse qu'ils apportent aux tribunaux internationaux par leurs études, les « publicistes les plus qualifiés » sont souvent amenés à participer directement à la vie juridique internationale en qualité de juges ou d'arbitres ou encore en tant qu'experts engagés par des organisations intergouvernementales pour préparer l'œuvre de codification des règles coutumières. À cet égard, nous devons mettre l'accent sur la restructuration indispensable de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative (B).

B. La restructuration indispensable de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative

Dans son ensemble, la doctrine a toujours joué un rôle de premier plan en matière de codification et de développement progressif du droit international. Il en fut en tout cas ainsi jusqu'à une époque relativement récente. On observe en effet aujourd'hui dans ce domaine important une interaction entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en même temps qu'un « chassé-croisé » entre la doctrine académique et la doctrine finalisée *des publicistes les plus qualifiés des différentes nations*.

Dans les développements suivants, il importe plus précisément de mettre l'accent sur le déclin partiel mais incontestable de la doctrine purement académique au profit de la doctrine finalisée dès la fin des années « 50 » avant que cette dernière — essentiellement incarnée par la Commission du droit international des Nations Unies — n'entre elle-même à son tour dans une ère de déclin également relatif mais tout aussi indubitable.

(92) Précité, p. 185.

a) Le déclin relatif de la codification doctrinale officieuse
du droit international

La doctrine académique a rempli une fonction décisive dans le domaine de la codification du droit international coutumier de la Renaissance au XVIII^e siècle. On ne reviendra pas sur ce premier point déjà exposé. Mais cette doctrine a par la suite connu une phase de reflux à partir du milieu du XIX^e siècle avant de retrouver un certain éclat bien que fugace dans la première moitié du XX^e siècle avec la multiplication et l'épanouissement des grandes sociétés savantes. Ces deux derniers points méritent ici tour à tour quelques explications succinctes. Les voici.

Entreprises dans le climat positiviste qui a beaucoup influencé la pensée juridique au cours de la seconde moitié du siècle passé, certaines codifications individuelles ont révélé à l'évidence des ambitions élevées et parfois même démesurées chez leurs auteurs. Il est possible de donner ici un modèle assez représentatif en citant le cas du Suisse Jean-Gaspard BLUNTSCHLI qui publie dès 1868 le *Droit International Codifié* en 862 articles. La question-clé est alors la suivante : quelle valeur attribuer aux activités de cette branche originaire de la doctrine académique ? Sans s'embarrasser de circonlocutions, on peut dire que son audience a été plutôt pusillanime dans la mesure où ses membres ont le plus souvent effectué un repli autarcique sur eux-mêmes à l'instar des anachorètes de la Thébaïde. Leurs travaux de codification ne sont le plus souvent que l'expression de vues subjectives ou érémitiques formulées sur certains chapitres du droit international et sans volonté réelle d'intégration dans le droit positif. Le Britannique Georg SCHWARZENBERGER s'est montré peu amène — c'est un euphémisme — à l'égard de ce genre d'écrits représentant une vision individualiste de la société interétatique :

« Rien n'a terni davantage le crédit de la doctrine en droit international que l'inclination de quelques-uns de ses représentants à faire accepter des *desiderata de lege ferenda* sous le couvert de propositions *de lege lata* » (93).

La sévérité de cette assertion mérite cependant d'être nuancée. L'œuvre magistrale du Français Gilbert GIDEL n'a-t-elle pas exercé une influence considérable sur la première codification réussie du droit de la mer en 1958 ? De même, des opinions doctrinales parfois anciennes ne peuvent-elles pas avoir par la suite une incidence effective sur l'évolution du droit positif ? Le Chilien Alejandro ALVAREZ avait ainsi proposé, dès 1924, de considérer les archipels comme formant des unités politiques et économiques et de regrouper leurs îles aux fins de délimitation de leurs eaux territoriales. Il suggérait que celles-ci fussent mesurées à partir des îlots les plus éloignés du centre de l'archipel. MM. René-Jean DUPUY et Daniel VIGNES souli-

(93) Cf. « The Province of the Doctrine of International Law », *Current Legal Problems*, 1956, Londres, Volume 9, p. 244.

gnent que l'éminent juriste avait ainsi découvert le concept de « polygone archipélagique » qui sera plus tard consacré en 1982 par la Convention de Montego Bay (94). Sur un plan général, ne faut-il pas enfin et surtout rappeler que toute recherche scientifique indépendante est fertile dès lors qu'elle a pour but de provoquer et de nourrir la réflexion sur l'état du droit ? Comme le fait remarquer avec pertinence M. Christian ATIAS : « Il n'y a aucune raison de se priver par principe de tel ou tel enseignement ». Alejandro ALVAREZ devait toutefois préciser que la codification officielle du droit international et son développement ne sont « possibles que graduellement et progressivement par le travail — individuel — des Savants et — collectif — des Académies ».

Or l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye ne fait apparemment allusion qu'à des individus et plus exactement aux opinions doctrinales individuelles lorsqu'il évoque « la doctrine des publicistes les plus qualifiés de différentes nations ». On ne saurait cependant écarter les opinions doctrinales collégiales et plus précisément la contribution des sociétés savantes qui se sont multipliées depuis la fin du XIX^e siècle. Le Président Manfred LACHS constate à ce sujet que « l'esprit de coopération avait fait son apparition pour évoluer vers l'âge de la recherche collective ». Les cénacles en question sont des organisations permanentes non gouvernementales dont les associés présentent généralement toutes les compétences requises en droit international. Par ailleurs, ils se prononcent sur la base de rapports préparatoires souvent imposants et après recension des points de vue de juristes appartenant à des courants de pensée très diversifiés. Leurs travaux présentent par suite un grand intérêt et sont de précieux documents de référence. C'est presque un truisme de dire que les opinions doctrinales collectives exprimées dans ce contexte sont en principe investies d'une autorité plus forte que les opinions doctrinales individuelles. MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET soulignent que leur *restatement* présente « l'avantage d'autoriser des comparaisons plus amples des pratiques nationales et un débat scientifique moins subjectif » que les études personnelles. Les éminents auteurs prennent bien soin néanmoins de préciser que « la diffusion de leurs conclusions ou propositions dans le droit positif est un processus indirect et aléatoire ». La véridicité de cet additif est indéniable. Les vues exprimées par les associations scientifiques n'ont qu'une valeur intrinsèque. Leurs résolutions ne peuvent en aucun cas créer directement des règles juridiques. Elles n'en exercent pas moins une certaine influence dans la formation du droit dès lors qu'elles peuvent aider à l'établissement de règles juridiques appropriées par les ressources de leurs réflexions sur l'état du droit positif.

Parmi les sociétés savantes influentes, il faut citer l'*International Law Association* fondée en 1873 à Londres ainsi que la *Harvard Law School* qui

(94) Cf. *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, *Économica*, 1985, p. 238.

a joué un rôle appréciable dans la préparation de nombreux projets officiels de conventions depuis sa fondation en 1927. Il faut aussi rappeler les efforts de l'*American Society of International Law* — établie à Washington en 1906 — et de l'Institut américain de droit international — également créé à Washington mais en 1912 — dans leurs travaux préparatoires à la codification du droit régional américain. On doit surtout ici mettre en relief le cas le plus prestigieux qui est celui de l'Institut de droit international créé à Gand en 1873. « Association exclusivement scientifique et sans caractère officiel », réunissant 132 Membres et associés, cet aréopage a apporté depuis plus d'un siècle une contribution notable au développement progressif et à la codification du droit international.

En voici quelques échantillons. Il énonce le premier, dès le 12 septembre 1891, à sa session de Hambourg le principe cardinal de la « publication universelle » des traités dans le cadre d'une « Union internationale » bien avant qu'il ne soit ratifié par le Pacte de Versailles créant la S.D.N. en 1919. L'Institut adopte le 12 octobre 1929 à sa session de New York une « Déclaration des droits internationaux de l'Homme » dans un esprit qui anticipe la « Déclaration universelle des droits de l'homme » également votée à New York le 10 décembre 1948 par l'organe plénier de l'O.N.U. Les quatre libertés de la haute mer — liberté de la navigation, liberté de la pêche, liberté d'y poser des câbles sous-marins et des pipelines, liberté de la survoler — citées par la C.D.I. dans son projet d'articles de 1956 et reprises par la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, avaient déjà été désignées presque dans les mêmes termes et en tout cas dans dans le même ordre par l'article 1 de la résolution sur la haute mer votée par l'Institut à sa session de Lausanne en août 1927. Dans une résolution adoptée le 11 septembre 1963, à sa session de Bruxelles, l'Institut fait encore « œuvre de pionnier » en édictant les règles de non-appropriation de l'espace cosmique et des corps célestes et de leur utilisation à des fins exclusivement pacifiques avant qu'elles ne soient définitivement consacrées par le traité du 27 janvier 1967 sur l'espace extra-atmosphérique (95).

Les travaux de l'Institut sont assurément toujours allégués dans les écrits personnels « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », dans les multiples commentaires et résolutions des autres cercles scientifiques, dans les opinions individuelles ou dissidentes des arbitres et des juges des tribunaux internationaux, dans les mémoires et plaidoiries des avocats-conseils, dans les avis ou notes des jurisconsultes internationaux qui éclai-

(95) Cf. respectivement *Annuaire de l'Institut* : 1891-1892, Volume 11, p. 328 ; 1929, Tome II, pp. 298-300 ; 1927, Tome III, p. 339 ; 1963, Tome II, p. 362. D'autres exemples importants sont mentionnés dans les études suivantes : DE VISSCHER (Ch.), « La contribution de l'Institut de Droit International au développement du droit international », *Évolution et perspectives du droit international*, Institut de droit international, *Livre du Centenaire*, précité, pp. 128-161 ; FITZMAURICE (G.), « The contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law », *R.C.A.D.I.*, 1973-I, pp. 203-260.

rent les gouvernements ainsi que dans les rapports officiels rédigés par la Commission du droit international. L'Institut semble pourtant s'éloigner de l'âge d'or qu'il a connu au début du XX^e siècle lors de l'affrontement de Paul FAUCHILLE et de John WESTLAKE à propos du régime juridique de l'espace aérien territorial dans ses sessions de Bruxelles (1902), de Gand (1906) ou de Madrid (1911) : on sait qu'à un régime proche de celui de la haute mer proposé par le Français s'opposait un régime de souveraineté au profit de l'État sous-jacent présenté par le Britannique. De l'aveu même de ses membres, l'effritement de son crédit est perceptible : le Professeur EL RIAN écrivait en 1973 que si l'Institut « jouait un rôle privilégié dans l'élaboration du droit, il y a encore vingt ans, ainsi qu'en témoignent les références de nombreux ouvrages à ses résolutions, il est à présent en concurrence avec d'autres organismes » (96).

Comment alors expliquer le vieillissement prématuré ou le déclin relatif de ce vénérable et prestigieux cénacle ? Que faire surtout pour juguler la décréue de son autorité et assurer si possible sa revigoration ?

La sclérose de l'Institut a en vérité plusieurs fondements dont la plupart ont été inventoriés par ses propres sociétaires lors de la célébration du centenaire de l'institution. Le fait de les recenser est déjà *a priori* une façon de s'engager dans la voie d'une thérapie. Parmi les maux qui frappent l'Institut, il y a d'abord l'absentéisme dont ses membres se rendent coupables. Il faut pourtant reconnaître à leur décharge qu'il y a un problème de « dédoublement fonctionnel » au sein de l'Institut. Beaucoup de ses adhérents sont en même temps professeurs et consultants ou avocats ou juges quand ils ne siègent pas à la Commission du droit international. Autant dire que les Savants ne peuvent consacrer que peu de temps à l'Institut même si les sessions de ce cénacle sont systématiquement biennales et non plus annuelles depuis 1959. Le système qui repose sur la cooptation à vie a aussi des effets nocifs sur un collègue qui ne comporte qu'un nombre très restreint de titulaires. Le résultat se traduit par un grand nombre d'opinions figées dans un monde en pleine effervescence. Pour obvier à cet inconvénient, M. Jean SALMON avait suggéré en 1973 d'envisager les moyens de rendre l'Institut plus représentatif des différents courants de pensée afin d'enrichir ses débats sans pour autant entamer la haute qualification de ses membres (97). Par la suite, des propositions plus précises ont été formulées par l'éminent internationaliste belge à la session de Cambridge de 1983 (98). Mais elles n'ont pas été vraiment concrétisées. Force est de constater que l'Institut demeure une « académie fermée » qui reflète toujours un « occidentalisme excessif » alors qu'il a été conçu pour être une association scientifi-

(96) Cf. *Livre du Centenaire*, précité, p. 471.

(97) *Ibidem*, pp. 456-457.

(98) Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Cambridge, 1983, Volume 60, Tome II, pp. 66-79.

que internationale à portée universelle. Il avait encore été conseillé à l'Institut, dès 1973, de se pencher sur ses rapports avec d'autres organismes qui entreprennent des recherches juridiques et d'abord avec les autres pools scientifiques censés rivaliser avec lui. L'Institut a enfin et surtout été invité à faire preuve d'une plus grande perspicacité au moment du choix de ses sujets afin d'éviter par exemple qu'il ne fasse double emploi avec la C.D.I. Michel VIRALLY avait ainsi souhaité qu'il n'entre pas en compétition avec l'organe intégré des Nations Unies : « L'Institut doit s'efforcer de ne pas retenir des thèmes qui sont à l'étude au sein de la Commission ou, du moins de terminer ses travaux en temps utile, c'est-à-dire avant que la Commission n'entame les siens » (99). Il y a effectivement un problème de synchronisation à résoudre entre les recherches officieuses de l'Institut (doctrine académique) et les activités officielles de la Commission (doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative).

À ce jour, les réformes réalisées se caractérisent par leur inanité malgré cette radioscopie critique. Autant dire que la restructuration de l'Institut reste à faire. Le succès de sa reviviscence est d'ailleurs d'autant moins assuré que la C.D.I. dispose de moyens financiers plus importants et de moyens d'investigation plus efficaces que ceux de l'Institut dans le domaine de la codification officielle du droit international.

b) Le surgissement de la codification doctrinale officielle du droit international

Les organisations internationales intergouvernementales, de plus en plus nombreuses depuis 1945, ont créé des comités consultatifs composés d'experts juridiques qui incarnent la doctrine finalisée lorsque leurs membres sont recrutés en raison de leurs compétences notoires et agissent en toute indépendance. C'est paradoxalement ici que la déliquescence est à la fois la plus spectaculaire et la plus vélocité. La « tendance à la baisse » se vérifie quand on se penche sur le cas le plus connu et le plus prestigieux qui est indubitablement celui de la Commission du droit international des Nations Unies (100).

Complexité et densité croissantes des relations interétatiques rendent plus que jamais indispensables des règles juridiques fiables et stables. Contrairement au Pacte de Versailles, la Charte de San Francisco contient à cette fin des dispositions spécifiques sur la codification des coutumes afin de répondre de manière plus adéquate aux exigences versatiles de la vie sociale. Son article 13 charge en effet l'Assemblée générale de l'O.N.U. « d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification ». Pour donner efficacité à ce texte, l'organe plénier a créé la Com-

(99) Cf. *Livre du Centenaire*, précité, p. 461.

(100) Cf. SINCLAIR (I.), *The International Law Commission*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987, 177 p.

mission par une décision du 21 novembre 1947. Élu pour cinq ans par l'Assemblée générale, ses sociétaires siègent à titre personnel en qualité de spécialistes du droit international et non en tant que représentants de leurs gouvernements. Ils sont en outre choisis en fonction d'une représentation géographique équilibrée afin que soit assurée dans l'ensemble « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde ». Fonctionnant avec 34 membres au lieu de 25 depuis une révision de son Statut adopté en 1981 à l'instigation des États nouveaux — désormais largement majoritaires — l'institution a la possibilité de mieux prendre en compte les intérêts spécifiques du Tiers Monde.

Le processus d'intervention de la Commission est bien connu. La désignation d'un thème résulte d'une résolution de l'Assemblée générale. Mais celle-ci est souvent inspirée dans son choix par les suggestions de la C.D.I. N'est-ce pas déjà reconnaître que la doctrine finalisée peut, à ce niveau, jouer un rôle dans l'orientation de la codification et subséquemment dans la détermination du droit international ? Une fois l'option arrêtée, la Commission nomme un rapporteur spécial chargé d'étudier la question avec l'appui du Secrétariat de l'O.N.U. Elle rédige ensuite une épure qui est soumise aux gouvernements afin qu'ils puissent formuler leurs observations écrites. Elle adopte enfin un projet définitif d'articles soumis à la VI^e Commission de l'Assemblée générale après avoir entendu les remarques de cet organisme qui exerce toutefois ses fonctions de supervision avec la plus grande discrétion. Mais c'est l'organe plénier des Nations Unies qui décide en dernier ressort de la suite à donner au projet. L'Assemblée générale provoque en fait le plus souvent la réunion d'une conférence internationale chargée d'adopter l'*instrumentum* de la convention de codification.

Contrairement à la doctrine purement académique dans son ensemble et à l'Institut en particulier, la Commission dispose de moyens d'information et de comparaison qui sont considérables. Elle a d'abord la possibilité de demander au secrétariat de la Division de la codification du Département des affaires juridiques des Nations Unies d'entreprendre des études approfondies pour mener à bien ses programmes de recherche. Elle a ensuite et surtout le pouvoir d'interroger directement les gouvernements des États membres de l'O.N.U. sur leurs pratiques respectives. Certains auteurs ont cru alors pouvoir reprocher à la C.D.I. de ne pas accomplir une œuvre de caractère doctrinal, faute apparemment d'un libre arbitre absolu. Son indépendance ne saurait toutefois être sérieusement contestée dès lors qu'il lui est toujours loisible d'accepter ou de rejeter les propositions d'origine étatique. Il est certain par ailleurs que la Commission n'est pas un législateur édictant des normes juridiques mais un organe subsidiaire de l'Assemblée générale habilité à proposer des règles nouvelles à l'accord des États. Il n'empêche que les gouvernements intéressés prennent fréquemment en considération ses travaux. M. Roberto AYO fait à ce sujet observer qu'un tel constat n'est en rien abscons dans la mesure où « les tendances » et « les

intérêts » qui s'affrontent « dans une Conférence générale des représentants des gouvernements étaient déjà pratiquement tous présents dans la Commission » (101).

Dans ce contexte propice, la C.D.I. a incontestablement accompli une œuvre considérable depuis sa création. Parmi les principales conventions de codification à l'élaboration desquelles elle a contribué figurent les quatre Conventions de Genève de 1958 relatives au droit de la mer ainsi que les Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, de 1963 sur les relations consulaires, de 1969 sur le droit des traités conclus entre États, de 1978 sur la succession d'États en matière de traités ou de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Les dispositions de ces conventions reprennent pour l'essentiel les normes bien établies du droit coutumier. C'est dire que la Commission s'astreint à une « extrême prudence » avant de proposer une solution. Elle s'efforce habituellement de démontrer qu'elle s'appuie sur une norme coutumière préexistante afin que l'opération de codification recueille l'adhésion du plus grand nombre d'États. Mais en agissant ainsi, la Commission ne fait que respecter l'article 15 de son Statut selon lequel une telle opération a pour but « de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales ». Ce texte important pour notre essai dicte à l'occasion une double observation.

Il révèle d'abord une eurythmie institutionnalisée entre la doctrine académique et la doctrine finalisée en matière de codification et de développement progressif du droit international. On ne peut en fait manquer d'être impressionné par la fréquence avec laquelle la Commission fait référence dans ses travaux aux « publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Le rapport final qu'elle a ainsi établi en 1956 sur le droit de la mer fait mention expresse à plusieurs reprises de la doctrine pure, individuelle ou collective, en citant notamment les écrits de GIDEL, de COLOMBO ou de LAUTERPACHT ainsi que les études de l'Institut de droit international, de l'*International Law Association* ou de la *Harvard Law School* (102). Le Président Manfred LACHS a pu ainsi conclure au sujet de la Commission :

« Les voix qui s'expriment dans cette enceinte sont celles de personnes « possédant une compétence reconnue en matière de droit international » qui, étant elles-mêmes des « maîtres », doivent tenir compte des opinions d'autres « maîtres » dans ce domaine, tout en faisant valoir les leurs. Ainsi les « maîtres » rencontrent les « maîtres » à plusieurs niveaux : ils le font à la

(101) Cf. « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *R.G.D.I.P.*, 1988, p. 548.

(102) Cf. notamment *A.C.D.I.*, 1956, II, pp. 278-282 ; 1954, II, p. 16 et 1950, II, pp. 43-45.

Commission du droit international de même qu'à la Cour internationale de Justice » (103).

C'est par ailleurs une évidence que la C.D.I. excelle davantage dans le domaine de la « codification » du droit international que dans celui de son « développement » progressif (104). À propos du « changement fondamental de circonstances » (article 62 de la Convention du 23 mai 1969), elle déclare par exemple dans son exégèse qu'« il y a abondance de preuves pour établir l'existence du principe en droit coutumier » avant d'examiner la jurisprudence des Cours de La Haye, l'attitude des juridictions nationales, la pratique diplomatique des États et la position des organes politiques des Nations Unies (105). M. Serge SUR souligne que cette méthode conduit la doctrine finalisée à s'appuyer de préférence sur le droit international positif plutôt que sur le développement progressif afin de recueillir une large approbation des États même quand il peut y avoir incertitude sur la réalité de la norme juridique invoquée. Pour la règle de *jus cogens* — qui est en grande partie l'œuvre de la doctrine finalisée et dont l'introduction dans le droit positif par la Convention de 1969 représente un pas important dans la voie de l'instauration d'un véritable ordre public international — la position de la Commission est ainsi ambiguë. Elle admet concomitamment qu'il faut « attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle » tout en considérant que la non-validité d'un traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi illégal de la force « constitue un exemple de norme de *jus cogens* » ou « un principe qui ressortit à la *lex lata* dans le droit international d'aujourd'hui » (106). M. Serge SUR précise que ce cas traduit à « la fois l'imbrication de la codification et du développement progressif » ainsi que « l'incomplétude de la codification » (107).

Reste alors à élucider le phénomène le plus important : quel est le fondement du reflux partiel ou du déclin relatif de la doctrine finalisée dans le domaine de la codification officielle du droit international ?

(103) Précité, p. 217.

(104) La *codification* est un processus de conversion de coutumes existantes en un corps de règles écrites alors que le *développement progressif* du droit est une technique qui vise à transformer — à l'occasion de la rédaction du texte — les normes juridiques en vigueur pour les adapter aux besoins de la société. Mais, de l'avis même des membres de la C.D.I., la frontière entre ces deux opérations reste délicate à établir dans la pratique même si elle est intellectuellement concevable. Ainsi à propos de l'examen du droit de la mer, la Commission déclare avoir « acquis la conviction que, du moins dans cette matière, la distinction entre ces deux activités, prévues par le Statut, peut difficilement être maintenue » (*A.C.D.I.*, 1956, II, p. 256). Ces opérations seront en fait souvent étroitement imbriquées afin d'accroître la cohésion du « corpus des règles de droit » intégrées dans une convention codificatrice.

(105) Cf. *A.C.D.I.*, 1966, Volume II, pp. 279-283 et notamment p. 280.

(106) *Ibidem*, respectivement pp. 270 et 268.

(107) Précité, p. 129.

c) Le déclin relatif de la codification doctrinale officielle
du droit international

La montée en puissance de la Commission a été rapide. Elle a en fait connu l'empyrée en juillet 1966 lorsqu'elle adopte son projet définitif d'articles sur le droit des traités entre États dont les dispositions ont été reprises presque *in extenso* et souvent mot à mot dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969. Par la suite, sa situation s'est progressivement dégradée pour plusieurs raisons.

La Commission a semble-t-il, en premier lieu, moins de sujets « nobles » à traiter aujourd'hui si l'on fait exception de ceux qui se rapportent à la « responsabilité des États » ou à la « responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». En second lieu — et c'est l'argument déterminant — si la C.D.I. a été investie à l'origine d'une *compétence générale* en matière de codification, elle ne dispose plus aujourd'hui d'une *compétence exclusive* dans le cadre des Nations Unies. L'usage voulait au départ que les conférences chargées de codifier et de développer progressivement le droit international travaillent sur des projets élaborés par la C.D.I. Il en fut ainsi lors de la Conférence de 1958 sur le droit de la mer. Une évolution s'est toutefois dessinée assez tôt. Des organes *ad hoc* ont en effet été créés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en vue de l'élaboration de règles de droit dans des domaines le plus souvent controversés ou affectés par de véritables séismes résultant du progrès de la science et de la technologie. C'est le cas du *Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique* établi en 1958, de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* instituée en 1966 ou encore celui du *Comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale* créé en 1967. La nouveauté tient au fait que les membres de ces organismes représentent officiellement des États et agissent d'après les instructions de leurs gouvernements respectifs à la différence de ceux de la Commission qui sont statutairement indépendants. Ils ne sauraient donc en aucun cas faire œuvre doctrinale. Le résultat est une nouvelle fois évident. La Commission est désormais tenue à l'écart de certaines questions vitales relatives à la « refondation » de certains chapitres du droit international.

Comment alors expliquer ce mécanisme qui tend à privilégier, au sein même des Nations Unies, des *comités intergouvernementaux* au détriment d'un *organe intégré* aussi éminent que la Commission ? Comment justifier plus prosaïquement le passage de cette institution de Charybde en Scylla ? Faut-il prononcer pour la énième fois le mot tabou de « déclin » ?

En vérité, l'abaissement de l'instance des juristes au profit d'instances politiques résulte de plusieurs facteurs. Les voici. Les procédures mises en œuvre par la Commission garantissent une extrême rigueur sur le plan scientifique. Mais elles présentent d'abord le *handicap* inéluctable de la len-

teur. M. LACHS reconnaît à cet égard que « la codification est une tâche qui demande beaucoup de temps et d'efforts » (108). L'inconvénient est d'autant plus fâcheux que la C.D.I. a un plan de travail déjà très chargé. Le paramètre temps n'est pas cependant le seul à entrer en ligne de compte. MM. DAILLIER et PELLET ont pu également reprocher aux méthodes de travail de la Commission un certain « conservatisme » qui est « inhérent » lui aussi aux travaux de spécialistes indépendants et, de fait, il lui est bien difficile de ne pas faire prévaloir la *lex lata* sur la *lex ferenda* en vertu même de son Statut. En prenant de la hauteur, il est alors permis de s'interroger : le recours aux précédents — *technique volontiers utilisée par la Commission* — constitue-t-il le moyen le plus idoine pour assurer le progrès du droit international dans un monde marqué par l'accélération du rythme de l'évolution technique ? Rien n'est moins sûr (109). Le recul de la Commission du droit international des Nations Unies s'explique enfin par des raisons de nature politique.

C'est d'abord un fait qu'on porte parfois atteinte à la technicité de la C.D.I. en voulant assurer systématiquement en son sein la représentation des diverses régions du monde. Certains de ses membres sont dès lors recrutés plus en fonction de critères politiques que juridiques. En termes moins diplomatiques, il faut reconnaître que les États nouveaux ont encore un nombre insuffisant d'internationalistes de haut niveau à mettre à la disposition de la Commission. Guy DE LACHARRIÈRE observe par ailleurs sur un point précis mais capital : « Il est apparu à de nombreux pays que les considérations politiques qu'ils souhaitaient voir présider à la réforme du droit de la mer seraient mieux traduites au sein d'une réunion composée de représentants de tous les gouvernements intéressés que par les experts qui constituent la C.D.I. » (110). *Il est exact qu'on tente de nos jours de pallier les lenteurs juridiques au moyen de prises de décisions politiques.* Il serait pourtant erroné de considérer la politisation du processus de formation du droit international sous un angle entièrement négatif. Telle est notamment l'opinion de Mme Patricia BUIRETTE-MAURAU qui fait remarquer que « les États du Tiers Monde utilisent le processus juridique en le politisant pour faire

(108) Cf. *A.C.D.I.*, 1962, Volume I, p. 9.

(109) Nombre d'auteurs éminents sont persuadés que des thèmes renouvelés ne peuvent pas seulement faire l'objet d'une codification, au sens strict, du droit international existant. Le Recteur Jacques DEHAUSSY souligne par exemple « que l'évolution sociale et le progrès technologique exigent que soient introduits dans les projets d'articles d'importants éléments de *développement progressif du droit* » (voir « Travaux de la Commission du Droit International », *A.F.D.I.*, 1988, p. 523). On peut même à la limite se demander s'il est vraiment opportun d'inviter la C.D.I. à élaborer un droit nouveau sous prétexte de développement progressif lorsqu'il s'agit d'un sujet si nouveau qu'il exige l'accord des États souverains plutôt qu'un perfectionnement reposant sur un *restatement* de règles juridiques quasi inexistantes.

(110) Cf. « La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies », *R.G.D.I.P.*, 1980, p. 220.

accepter leurs revendications et accélérer la nécessaire mutation du droit international » (111).

C'est dire, dans un langage décodé, que la procédure de codification officielle suivie par la doctrine finalisée se révèle insuffisamment efficace dans la perspective actuelle. Quand les règles du jeu rendent la partie confuse, il ne faut pas alors hésiter à les changer. Le diagnostic paraît en d'autres termes évident. Il devrait conduire à une médication adéquate. N'est-il pas cartésien de penser avec M. Milan SAHOVIC que « le temps est venu de reconsidérer les méthodes de travail de la Commission afin de les moderniser » ? Dans un système renouvelé — précise l'internationaliste yougoslave — « la préparation d'un nouveau programme de travail à long terme serait indispensable » (112). En clair, la C.D.I. devrait s'engager dans la voie d'une restructuration en profondeur.

L'étude préparatoire à la codification officielle des coutumes et au développement progressif du droit international n'est plus l'apanage de la doctrine finalisée dans le cadre des Nations Unies. Un mécanisme de nature politique s'est partiellement et graduellement substitué à un processus plus technique et juridique adopté à l'origine par la Commission. L'anémie de cet organisme est sur ce plan une certitude. Mais la doctrine finalisée ne doit pas pour autant s'abandonner à la sinistrose ou au catastrophisme. Plusieurs arguments peuvent être avancés.

On pourrait d'abord rappeler que beaucoup de dispositions des Conventions de Genève de 1958 — elles-mêmes inspirées par les travaux de la Commission — ont été reprises sans modifications significatives par la Convention de Montego Bay qui constitue l'épilogue de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et dans laquelle certains publicistes ont cru voir une revanche posthume de SELDEN sur GROTIUS. Cette convention, signée en 1982, tarde en outre à entrer en vigueur. Elle n'a pas par ailleurs réglé tous les problèmes. Elle apparaît même inapplicable dans certaines de ses dispositions principales relatives au régime juridique de la « zone internationale des fonds marins ». Il serait enfin absurde de méconnaître le rôle fondamental que la Commission a joué et joue encore en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » ainsi que la contribution majeure que cet organisme a déjà apportée dans le domaine du développement progressif du droit international et de sa codification — une contribution qu'elle doit de toute façon continuer d'apporter dans un cadre au besoin rénové comme le souhaite l'Assemblée générale de l'O.N.U. dans sa deuxième résolution adoptée en 1990 à l'occasion de la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

(111) Cf. *La participation du Tiers Monde à l'élaboration du droit international*, L.G.D.J., 1983, p. 83.

(112) Cf. « Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1986-IV, p. 223.

Le déclin de la doctrine finalisée engagée dans le domaine du développement du droit et de sa codification doit encore être relativisé à un autre point de vue. On constate en effet que la *Commission entre souvent en concurrence avec d'autres organes dont certains incarnent pleinement la doctrine finalisée*. Quand la C.D.I. n'intervient pas dans le processus de formation d'une convention de codification, on voit parfois surgir, comme le souligne M. Gérard TEBOUL, « des groupes restreints composés de personnalités dont la compétence est indiscutable et qui sont invitées à exposer, comme au sein de la C.D.I., leur point de vue en toute indépendance » (113). Un seul exemple suffira à étayer cette affirmation. C'est le cas du cénacle Jens EVENSEN dans le cadre précisément de la restructuration du système juridique maritime international entreprise par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Ce club officieux fut d'abord créé à l'initiative d'un juriste éminent : le ministre norvégien de la Mer. M. Daniel VIGNES note ensuite que c'est *intuitu personae* — bien plus en tant qu'experts juridiques que délégués — que ses membres se réunirent après la session de Caracas pour accomplir un travail intensif et dans une large mesure définitif dans des secteurs essentiels relatifs notamment à la définition de la zone économique exclusive et à l'exploitation de ses ressources biologiques (114).

Le cas du groupe EVENSEN ne saurait toutefois être systématisé. Michel VIRALLY a alors raison d'enseigner que « la constatation de l'existence d'une règle de droit et l'énoncé de son contenu représentent des opérations intellectuelles qu'un organe politique est très mal outillé pour entreprendre » avant de préciser que « c'est là, normalement, la tâche d'un organe judiciaire ... ou de la doctrine ». Il est exact qu'une instance politique « ne saurait prétendre faire œuvre scientifique ». Il ne faut pas néanmoins perdre de vue l'idée que les États ont, de tout temps, ressenti le besoin de recourir à des avis juridiques. Leurs responsables sont même aujourd'hui de plus en plus soucieux d'intégrer des juristes de renom qui ne soient pas uniquement des diplomates professionnels dans leurs délégations nationales. Il en est ainsi notamment lorsqu'ils participent à une Conférence réunie en vue de l'adoption d'un instrument conventionnel multilatéral.

Le moment est peut-être alors venu de présenter les jurisconsultes internationaux qui peuvent constituer — dans certaines circonstances bien définies — une branche active de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique (C).

(113) Cf. « Remarques sur les réserves aux conventions de codification », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 716, note 70.

(114) Cf. « Deux prolégomènes du nouveau Droit de la Mer : le Texte unique de négociation du 7 mai 1975 et le Groupe nommé EVENSEN », *Revue Iranienne des Relations Internationales*, 1975-1976, n° 5-6, pp. 9-25.

C. *La restructuration progressive de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique*

Pour venir en aide aux services juridiques de leurs ministères des Affaires étrangères — *rouages décisifs dans la création du droit international* — la France et la Grande-Bretagne ont songé depuis longtemps à faire appel à des personnalités reconnues de la communauté scientifique nationale (115). Cet usage s'est par la suite propagé dans les nations occidentales dès l'aube du XX^e siècle. Il a enfin gagné la plupart des pays du Tiers Monde après l'accession à la souveraineté des anciens territoires dépendants. Aucune décision fondamentale n'est en vérité prise aujourd'hui par les responsables des Relations extérieures sans consultation de juristes éminents — nationaux ou étrangers — que le contact direct et permanent avec les réalités pratiques empêche de céder aux charmes ou aux sortilèges de la théorie pure.

De prime abord, il s'agit d'une institution de nature à renforcer l'emprise « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » sur les organes étatiques qui sont tout particulièrement investis du *treaty making power*.

L'objet de la présente étude est de préciser la nature exacte de la fonction des juristes internationaux ainsi que l'étendue de leur impact sur les gouvernements qui sollicitent des expertises juridiques avant de rechercher les causes du déclin d'une institution qui se situe aux confins de la doctrine finalisée.

a) Les juristes internationaux :
une institution aux confins de la doctrine finalisée

On s'est souvent interrogé sur la nature des activités accomplies par le consultant international auprès d'un gouvernement étatique. C'est un fait que ses interventions sont hétérogènes et de plus en plus techniques. Son rôle au sens large du terme est bien de donner au ministère des Affaires étrangères des avis selon son « intime conviction » sur des problèmes juridiques qui se posent dans la conduite des relations extérieures. Encore convient-il dès à présent de distinguer deux cas de figure. Le consultant a pour mission première — sous un angle négatif — d'éviter qu'un gouvernement n'entre en conflit avec le droit international dans la poursuite de ses

(115) Un mécanisme similaire existe dans les ordres juridiques internes où l'une des missions de la doctrine est d'exercer une influence sur le Législateur. Cette influence peut être médiée par l'intermédiaire des études publiées par les Savants lorsqu'ils analysent et critiquent les lois en vigueur. Mais elle peut aussi être directe quand ces Savants sont invités à faire partie de commissions consultées lors de l'élaboration des réformes législatives. Les gloses de ces consultants enrichissent toujours les débats et sont parfois prises en considération par le Parlement. L'usage est ancien. Il en est ainsi notamment dans l'ordre juridique français. POTHIER fut par exemple au XVIII^e siècle l'inspirateur du Code Napoléon. La réforme d'ensemble du droit de la famille et des incapacités doit beaucoup de nos jours au Doyen Jean CARBONNIER. Voir GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., 1990, p. 195.

objectifs. Comme le souligne avec sagacité le Président Manfred LACHS : « Qui pourrait avoir plus de compétence pour ce faire que le maître ? » Le Prince est ainsi logé à la même enseigne que le Sage. Tous deux ont en effet besoin du Savant. C'est dire, en d'autres termes, que la compétence des consultants internationaux ne fait généralement guère de doute. Sir Gerald FITZMAURICE précise toutefois que la principale activité des juristes revient — sous un angle positif — « à donner des justifications juridiques à la politique extérieure de leurs gouvernements respectifs » (116). Où dès lors faut-il classer les vues exprimées par les conseillers juridiques qui éclairent les autorités étatiques dans cette optique bien précise : *dans la catégorie des activités doctrinales ou dans celle des activités diplomatiques ?* La réponse à cette question semble toujours nimbée d'ambiguïtés. La doctrine académique émet certes de sérieuses réserves dans son ensemble. Si elle ne conteste guère la technicité du consultant international, elle récuse en revanche son impartialité. Les propos qui suivent montrent en vérité qu'on ne saurait être trop catégorique.

La doctrine dominante a souvent reproché aux conseillers juridiques des États socialistes ou des États du Tiers Monde de s'attacher généralement à faciliter la mise en œuvre de la politique décidée par leurs gouvernements respectifs dans leurs rapports internationaux. L'observation est certes fondée. Mais la plupart des internationalistes — y compris ceux qui interviennent à titre de consultants internationaux dans les pays occidentaux — n'agissent-ils pas consciemment ou non de la même manière ? Comme tous les hommes, les écrivains du droit subissent en réalité peu ou prou l'influence décisive du milieu social dans lequel ils vivent. Un pareil constat n'est d'ailleurs ni original ni *a fortiori* nouveau. Il n'est pas au demeurant le privilège de la doctrine finalisée qui éclaire la lanterne du Prince. Il vise aussi la doctrine académique. L'un des exemples historiques les plus célèbres est peut-être, à ce sujet, celui de la « bataille des livres » qui a opposé deux maîtres incontestés du droit des gens au début du XVII^e siècle. Au *Mare Liberum* publié par GROTIUS en 1609 pour défendre le principe de la liberté de la haute mer contre les prétentions hégémoniques de l'Espagne fait écho le *Mare clausum* dans lequel SELDEN contredit GROTIUS en 1635 et justifie la thèse de la souveraineté de l'Angleterre sur la haute mer. Or il est établi que le premier écrivait à la demande de la Compagnie néerlandaise des Indes orientales tandis que le second agissait d'après des recommandations du Gouvernement anglais. La propension des internationalistes à soutenir leurs gouvernements étatiques a donc bien toujours existé. Il est vrai cependant qu'elle s'est amplifiée au XX^e siècle, tout particulièrement dans les régimes autoritaires à direction communiste dans

(116) Cf. « Legal Advisers and Foreign Affairs », *A.J.I.L.*, 1965, p. 73. Voir également BILDER (R.B.), « The Office of the Legal Adviser : the State Department Lawyer and Foreign Affairs », *A.J.I.L.*, 1962, pp. 633-684 et VALLAT (F.), *International Law and the Practitioner*, Manchester University Press, 1966, 135 p.

lesquels la doctrine purement académique comme la doctrine finalisée révèlent une adhésion étroite à la philosophie du marxisme-léninisme. Cette inclination existe, sur un plan général, dans tous les États qui sont en principe guidés par leur intérêt national et qui définissent à cette fin — comme l'a démontré avec brio Guy DE LACHARRIÈRE — une « politique juridique extérieure » (117).

Mais faut-il pour autant mettre en cause l'indépendance du juriste même lorsqu'il agit effectivement pour le compte de son État ? Nous ne le pensons pas pour les raisons suivantes. D'abord, le consultant, en tant que personne privée ou sans attache officielle, est généralement un maître qui n'ignore pas que son efficacité est souvent liée au respect du droit international et à son développement progressif. Ce publiciste qui compte en principe parmi « les plus qualifiés » a, de surcroît, une notoriété bien établie à sauvegarder. C'est dire qu'il ne saurait se comporter comme un quelconque échanson ou séide du gouvernement. Rien n'interdit enfin à un conseiller juridique de changer d'opinions en fonction des circonstances. Si le maître est libre d'exprimer en conscience un point de vue, il a toujours la possibilité de le modifier. On admet bien les revirements jurisprudentiels. Pourquoi *a fortiori* ne pourrait-on pas tolérer les palinodies doctrinales ? Mais dès lors que sa crédibilité est en jeu, il y a en vérité présomption que le maître qui intervient en tant que consultant international ne se comportera pas comme un vulgaire sectateur ou *factotum* et ne changera pas d'opinion pour de simples raisons d'opportunité. Le Président Manfred LACHS résume cette démonstration de la manière suivante : « Bien que le maître agisse ... dans l'intérêt de son gouvernement, on serait malavisé de mettre en doute son intégrité ou d'insinuer qu'il agit contrairement à ses convictions ou à ses enseignements personnels » (118).

Les juristes internationaux ainsi présentés constituent une branche de la doctrine finalisée ou, à tout le moins, un corps d'élites aux confins de cette doctrine spécialisée dont l'influence est de toute façon indubitable.

b) Le flux de la doctrine finalisée engagée
dans des procédures de nature diplomatique

Une question préalable mérite d'emblée d'être posée. Est-il possible de mesurer l'impact réel du consultant international ainsi défini sur son Gouvernement ? Il est bien difficile *a priori* de répondre à cette nouvelle interrogation pour deux raisons au demeurant connexes.

L'autorité du juriste international sur les responsables de la diplomatie est d'abord variable selon les États. Concrètement, elle dépend de

(117) Cf. *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983, 236 p.

(118) Précité, p. 205. Guy DE LACHARRIÈRE exprime une idée analogue : lorsque des avis juridiques « émanent de commentateurs sans responsabilité gouvernementale, il n'y a pas lieu de douter de leur sincérité » (précité, p. 215).

plusieurs coordonnées paramétriques : la perception qu'il a de son rôle, la compétence avérée de l'intéressé ou la façon dont il donne un avis sur une question juridique, la durée de son expérience pratique, la structure de son environnement professionnel, le degré de confidentialité de ses recherches ou encore la ligne générale suivie en matière de politique étrangère par son pays. Est-il nécessaire d'ajouter que le consultant international ne peut imposer en quoi que ce soit sa manière de voir au Prince : il formule simplement des recommandations destinées à l'éclairer. C'est dire que la décision appartient toujours en dernier ressort au représentant officiel de l'État qui dispose en ce domaine d'un pouvoir discrétionnaire.

Il est malaisé ensuite de connaître l'emprise exacte des consultants internationaux dès lors qu'ils constituent une branche plus ou moins « invisible » de la doctrine finalisée. Cette remarque mérite à son tour des éclaircissements. Les conditions d'impartialité et de technicité sont nécessaires pour identifier la doctrine. Mais sont-elles pour autant suffisantes ? Ne faut-il pas encore exiger une extériorisation de la pensée doctrinale ? La consultation juridique ne doit-elle pas en un mot faire l'objet d'une mesure de publicité ? Même si les gouvernements ne les suivent pas, n'est-il pas au demeurant utile de connaître les avis juridiques qui leur sont donnés par les consultants ? À ce sujet, MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET enseignent que le poids de ces témoins privilégiés de l'action diplomatique que sont les jurisconsultes internationaux — moins étrangers aux données diplomatiques que la doctrine académique — est tel « qu'ils sont souvent soumis à une obligation de réserve très étendue » avant de conclure : « Ce qu'ils gagnent en autorité est souvent perdu en liberté d'expression » (119). Les avis que les conseillers juridiques donnent à leurs gouvernements ne sont en fait publiés que dans un petit nombre d'États occidentaux. Ces pays procèdent par ailleurs à une publication de leur pratique juridique et autres archives étatiques selon des techniques très diversifiées. M. Luigi Ferrari BRAVO souligne enfin « qu'il s'agit de toute manière d'une publication qui, au moins pour ce qui concerne les périodes les plus récentes, n'est pas complète à cause du caractère confidentiel de bon nombre de documents importants » (120). L'objectif poursuivi est enfin de ne pas porter atteinte au crédit du consultant dont les avis peuvent parfois ne pas être suivis par son gouvernement. À ce sujet, il existe un véritable « pacte du silence » entre le Ministère intéressé et son consultant. Dès lors que cette branche de la doctrine finalisée n'agit pas « à découvert », il est quasi impossible de faire le *restatement* du droit international tel qu'il est perçu par les jurisconsultes

(119) Précité, p. 361.

(120) Précité, p. 310. Voir à titre d'illustration PARRY (C.) et FITZMAURICE (G.). *A British Digest of International Law compiled principally from the archives of the Foreign Office*, examen de la pratique britannique de 1860 à 1960, 15 volumes prévus, Londres, Édition Stevens and Sons ; KISS (A.-Ch.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, 1790-1958, 7 volumes, Éditions du C.N.R.S. (1962-1972).

internationaux. Il est par ailleurs malaisé de savoir si cette doctrine spécialisée traverse ou non une ère de déclin.

Elle n'est pas néanmoins totalement frappée d'opacité. Le Président Manfred LACHS note d'abord que « l'examen de la correspondance diplomatique rendue publique » — qui reprend généralement sans les citer les positions de leurs consultants — témoigne « à quel point les gouvernements, en présentant leurs vues ou leurs revendications en droit international, s'appuient sur les maîtres et sur les opinions qu'ils ont exprimées dans leurs écrits » (121). Les propositions formulées par les juristes peuvent ainsi être analysées, lorsqu'elles sont reprises par leurs gouvernements respectifs, comme autant d'éléments d'un vaste et enrichissant débat bien que feutré entre les divers courants de pensée qui coexistent en droit international. Elles démontrent une nouvelle fois, sous un autre angle, l'interaction directe et constante entre la doctrine purement académique et la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique.

Il est en outre permis de souligner que l'autorité des juristes a toujours été très élevée. Les exemples de maîtres ayant contribué à renforcer l'autorité du droit international en tant que consultants ne manquent pas. Le Suisse Emer de VATTTEL était déjà au XVIII^e siècle un conseiller juridique écouté du roi de Saxe. On peut citer par la suite l'Américain John BASSETT MOORE et, plus récemment, le Britannique Sir Gerald FITZMAURICE ou encore le Nigérian Taslim Olawale ELIAS. Le cas du Français Louis RENAULT mérite une mention spéciale. Ayant occupé le poste de « Jurisconsulte-Conseil » au Quai d'Orsay de 1890 à 1918, ce « prince de la science du droit » — comme l'avait surnommé Paul FAUCHILLE — fut à ce titre impliqué dans d'importantes décisions de politique étrangère prises par la France. *Il a ainsi joué le rôle de cheville ouvrière dans l'élaboration des Conventions de La Haye des 29 juillet 1899 et 18 octobre 1907 qui codifient certaines procédures coutumières de règlement pacifique des différends ainsi que diverses règles du droit de la guerre.* L'attribution du prix Nobel de la Paix à Louis RENAULT le 10 décembre 1907 correspond en fait à l'âge d'or de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique (122). Après avoir eux-mêmes exercé la fonction de juriste dans leurs pays respectifs, le Français André GROS et le Britannique Arnold Mc NAIR confirment que « les consultations juridiques extérieures » — pour discrètes qu'elles soient — sont le plus souvent suivies au Quai d'Orsay comme au *Foreign Office* et qu'il existe un dialogue pérenne et harmonieux entre

(121) Précité, pp. 196-197.

(122) Cf. FAUCHILLE (P.), « Louis Renault (1843-1918). Sa vie. Son œuvre », *R.G.D.I.P.*, 1918, pp. 1-253.

le juriconsulte et le ministre des Affaires étrangères (123). Leur sentiment est largement partagé par M. Ronald MACDONALD qui s'est penché sur le rôle de cette institution dans une douzaine d'États. Après avoir constaté que le juriconsulte a un rôle décisif à jouer, encore qu'indirect dans la création du droit, l'internationaliste canadien parvient à la conviction que le juriconsulte a été influent, est influent et sera encore plus influent avant de ponctuer en guise de preuve par neuf : « *Legal Advisers are themselves very aware of their impact on international law* » (124).

La situation a cependant évolué au cours des deux ou trois dernières décennies. Il existe en effet des ferments de déstabilisation de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique. Quel est alors le fondement de son déclin au demeurant tout relatif ?

c) Le fondement du déclin relatif de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique

Un *flash-back* permet de comprendre l'évolution en cours. La fonction de consultant fut assumée pendant des décennies à temps partiel par des internationalistes de renom qui étaient recrutés le plus souvent parmi les « phénix » universitaires pour formuler des opinions juridiques au cas par cas et sans engager les États dont ils relevaient. Tel « Zeus descendant de son Olympe », le juriconsulte international intervenait généralement deux ou trois fois par semaine pour donner à loisir des consultations écrites et plus ou moins prolixes sur des sujets de la plus haute importance. À l'occasion, il était relativement aisé à la doctrine purement académique de détecter l'homme de science — indépendant de toute allégeance étatique et œuvrant de façon altruiste pour une meilleure connaissance du droit international — qui avait influencé dans la pénombre le ministère des Affaires étrangères dans un cas précis. La pratique traditionnelle était en vérité adaptée à la vie interétatique telle qu'elle se présentait encore à la veille du second conflit mondial. La plupart des questions diplomatiques concernaient plus exactement des relations bilatérales entre un nombre par ailleurs relativement restreint d'États souverains.

Depuis lors, les données du problème ont radicalement changé. Le rôle sans cesse accru des organisations internationales à vocation universelle comme les Nations Unies ou à vocation régionale comme la Communauté économique européenne, l'élargissement spectaculaire de la société interétatique à la suite de la décolonisation des pays du Tiers Monde ainsi que le

(123) Cf. respectivement « Origines et traditions de la fonction de juriconsulte du département des Affaires étrangères », *Mél. Trotabas*, 1970, pp. 185-195 et *International Law Opinions* (Sélection des opinions des juriconsultes de la Couronne britannique de 1782 à 1902), Cambridge University Press, 1956, Volume I, pp. XVIII-XIX.

(124) Cf. « The role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs », *R.C.A.D.I.*, 1977-III, Tome 156, pp. 381-482 et notamment p. 413.

surgissement d'un droit international de plus en plus technique et le développement sans précédent du droit conventionnel multilatéral ont conduit à une évolution profonde des structures. M. Gilbert GUILLAUME a observé cette métamorphose dans les États occidentaux et notamment en France : « Au juriconsulte à temps partiel succéda un juriconsulte à plein temps, puis un service et enfin, à partir de 1969, une Direction des Affaires juridiques » (125). A la tête de cette direction se trouve un fonctionnaire du service diplomatique comportant un certain nombre de sous-directions et de bureaux dont les membres donnent des avis de plus en plus nombreux : par écrit ou oralement et même par téléphone en cas d'urgence (126).

La collaboration entre les juriconsultes et les ministères des Affaires extérieures n'est plus aujourd'hui occasionnelle et individualisée mais permanente ou institutionnalisée et souvent collégiale, notamment dans les États d'Europe et d'Amérique du Nord. Cette profonde mutation laisse sans doute intacte l'influence des juriconsultes internationaux sur les Gouvernements (127). Mais elle se traduit inmanquablement par un déclin objectif de cette branche de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique. Un double argument peut être invoqué pour corroborer ce diagnostic.

En premier lieu, un accueil prudent doit être réservé aux avis des consultants qui sont en même temps des agents gouvernementaux et plus exactement des fonctionnaires soumis au pouvoir hiérarchique et disciplinaire du ministère des Affaires étrangères. Ces avis juridiques officiels, sinon publics, ne peuvent avoir la valeur d'authentiques œuvres doctrinales même lorsqu'ils émanent d'internationalistes de renom. *Le critérium mis en cause ici n'est pas celui de la compétence mais bien une nouvelle fois celui de l'indépendance*. Faut-il rappeler qu'on ne peut considérer les travaux des consultants internationaux comme de véritables œuvres doctrinales uniquement dans l'hypothèse où les juristes expriment des opinions en tant qu'observateurs ou commentateurs extérieurs aux gouvernements étatiques ? Il faut cependant constater une nouvelle fois que la ligne de démarcation est parfois difficile à tracer entre le consultant indépendant que l'on peut rattacher à la doctrine finalisée et le représentant officiel de l'État qui l'exclut. Dans certains pays, on note parfois une « confusion terminologique aggravée ». Il en

(125) Cf. « Droit international et action diplomatique. Le cas de la France », *Journal Européen de Droit International*, 1991, p. 136.

(126) Cf. GUILLAUME (G.), « La Direction des Affaires Juridiques du Ministère des Affaires Étrangères. Conseil Juridique et Action Diplomatique », *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Masson, 1989, pp. 267-278.

(127) On sait par exemple que la France a voté contre la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États à cause du *jus cogens* en 1969 et qu'elle a renouvelé ce vote pour le même motif presque 20 ans plus tard contre la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales. M. Gilbert GUILLAUME précise qu'il en fut ainsi tout simplement parce que les Ministres successifs s'en sont remis chaque fois « très largement à l'appréciation de leur directeur des Affaires juridiques » (précité p. 32).

est ainsi en France lorsque le Directeur des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères se présente lui-même en tant « qu'Agent et Conseil » dans les affaires contentieuses ! De son côté, Georges BERLIA a relevé un exemple singulier de dédoublement fonctionnel avec la position erratique de Georges SCELLE lorsqu'il participait à une conférence diplomatique en tant que délégué de son pays : « Il siégeait sans instructions gouvernementales et le Gouvernement français, qui l'avait désigné, s'abstenait de lui en donner » (128). Mais ce cas de figure où un délégué gouvernemental fait œuvre de caractère doctrinal est plutôt exceptionnel de nos jours.

En second lieu, les activités des juriconsultes se sont diversifiées : ces derniers peuvent intervenir dans la quasi-totalité des échanges diplomatiques. Si l'on prend comme exemple le cas des pays de l'Europe des Douze, on constate qu'ils sont sollicités pour conseiller les agents diplomatiques, notamment au niveau de la négociation des conventions internationales ainsi qu'en matière d'interprétation et de révision des traités. C'est d'ailleurs pour accomplir cette mission qu'avait été créé en France dès 1722 un poste de « Jurisconsulte du Roi » qui fut supprimé à la révolution de 1789 avant d'être rétabli en 1890 sous le nom de « Jurisconsulte-Conseil ». Le Jurisconsulte a encore pour tâche de commenter les projets d'articles élaborés par la C.D.I. et de représenter l'État dans toutes les instances internationales comme la Commission préparatoire de l'Autorité internationale des fonds marins ainsi que devant les juridictions interétatiques. Il en est ainsi devant la Cour de La Haye ou les tribunaux arbitraux et, de plus en plus souvent, devant la Cour de Justice de Luxembourg. Son rôle a pris en ce domaine une extension impressionnante depuis le traité de Rome du 25 mars 1957 créant la C.E.E. Il faut enfin noter que l'expertise juridique reste, certes, son activité principale. Mais sa sphère de compétence n'a pas un caractère exclusivement technique. Le juriconsulte « étatisé » est en d'autres termes de plus en plus impliqué sur les plans diplomatique et politique. À cet égard, on peut s'interroger. Où finit le droit ? Où commence la politique ? Dès lors que les questions juridiques et politiques se mêlent de plus en plus inextricablement, c'est une raison supplémentaire pour refuser la qualité d'œuvres doctrinales aux travaux des consultants internationaux étatisés.

Dans la mesure où ces juriconsultes internationaux sont de plus en plus nombreux dans l'ensemble des États et tout particulièrement dans les pays occidentaux, force est de constater le déclin objectif de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique. Ce déclin est cependant une nouvelle fois tout relatif. Il en est ainsi dès lors que les Gouvernements étatiques continuent de solliciter des avis autorisés sur les questions les plus importantes à des internationalistes *indépendants* et très *compétents*

(128) Cf. « La doctrine de Georges Scelle. Etude de quelques thèmes ». *Droit Public Interne et International* (Etude et Réflexion), L.G.D.J. 1980, p. 357.

puisqu'ils choisis — aujourd'hui comme hier — parmi les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

Que dire alors en conclusion ?

CONCLUSION

Comme n'importe quel système juridique, celui qui s'applique dans la société internationale n'est pas immuable. C'est un ordre en mouvement dont la transmutation est de plus en plus accélérée à l'orée du troisième millénaire. Le droit international se construit sous l'action conjuguée des besoins disparates ressentis par un corps social toujours plus complexe, des exigences opportunistes du moment et de multiples influences doctrinales. Taslim Olawale ELIAS fait observer que son champ d'application s'élargit sans cesse et que les études juridiques doivent dès lors s'adapter à une société en crise en raison du processus de décolonisation et des progrès incessants de la révolution technologique (129). Une société polycéphale et instable dans laquelle le droit a pris un retard considérable sur la réalité sociale impose désormais des règles flexibles et adaptées, sinon renégociées en permanence. Elle exige corrélativement une doctrine moins hiératique dans ses formes d'expression, beaucoup plus neutre aussi sur le plan idéologique et surtout apte à se remettre en question afin de pouvoir influencer sur l'élaboration de nouvelles et indispensables règles juridiques répondant aux nécessités contemporaines. En un mot, les Savants se doivent de comprendre les besoins changeants du monde dans lequel ils vivent.

Compte tenu du rôle respectif des États et des tribunaux dans la formation du droit international, certains auteurs ont cru juger utile de revenir à la distinction des deux fonctions principales que la doctrine assume traditionnellement : aider à la détermination des règles juridiques existantes et exercer un impact sur le développement progressif du droit. Faut-il alors admettre, notamment avec MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET, que « le déclin du rôle de la doctrine est plus marqué sur le second point que sur le premier » ? Bien qu'exacte, l'observation doit toutefois être nuancée en tenant compte de la division dichotomique précédemment établie dans cet essai entre doctrine académique et doctrine finalisée.

Les forces doctrinales académiques et finalisées sont dans l'ensemble loin d'être exsangues. La doctrine est telle le phénix renaissant de ses cendres.

Après avoir connu une période de splendeur dans ses jeunes années, la doctrine académique a subi une phase de régression — sinon d'impéritie ou de dérive chronique — au XIX^e siècle avant de connaître un nouvel élan

(129) Cf. « The Expanding frontiers of public international law », *International Law in a changing World*, New York, 1963, pp. 97-104. Voir également WASILKOWSKI (A.) « International Law : how far is it changing ? », *Mél. Lachs*, 1984, pp. 307-311.

au XX^e siècle. Nous avons ainsi noté qu'elle s'efforce de se remettre en cause depuis la fin du second conflit mondial afin de tenir compte du phénomène de fragmentation inévitable du droit et de sa technicité accrue. Certes, elle marque le pas dans l'une de ses fonctions traditionnelles relative à la théorisation du droit au niveau supérieur. Ce phénomène s'explique par les bouleversements en cours et la spécialisation toujours plus accentuée des chercheurs. Mais, en raison même de cette tendance, l'impact du corpus doctrinal n'a peut-être jamais été aussi grand que de nos jours. Faut-il par ailleurs rappeler que la confédération des forces doctrinales a joué, joue et jouera encore pendant longtemps un rôle éminemment plus important dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » en raison de l'inexistence d'un pouvoir supranational capable d'imposer ses règles aux États, de l'absence d'un pouvoir juridictionnel à compétence obligatoire et de la place encore importante des normes coutumières dans la vie de la société internationale contemporaine ? Il s'agit là d'un bilan de santé de la doctrine qui se révèle plutôt encourageant. Il est vrai, en revanche, que la contribution des Savants au développement progressif du droit international apparaît plutôt timorée en l'état actuel des choses. La doctrine académique doit, à ce sujet, lutter contre la procrastination en accélérant son processus de restructuration lorsqu'elle intervient en tant que « chambre de réflexion ». Elle pourrait en ce domaine s'enrichir en acceptant plus franchement le principe de la pluridisciplinarité, en prenant quelques distances à l'égard des grands courants traditionnels de la pensée juridique internationale et en ayant une vision beaucoup moins dogmatique de la norme juridique internationale envisagée comme un impératif abstrait. Comment ne pas partager ici la pensée profonde de Michel VIRALLY : « Le développement du droit international, dès lors, se fera suivant un modèle original qui nécessite des juristes internationaux plus d'imagination peut-être qu'ils n'ont eu tendance à en manifester jusqu'à présent » (130) ?

La doctrine finalisée est devenue, pour sa part, une réalité incontournable dans la présente moitié du XX^e siècle. Ses différentes composantes connaissent certes des fortunes diverses. Celle qui est engagée dans des procédures de nature contentieuse fait preuve d'un dynamisme grandissant en dépit de quelques faiblesses d'ordre formel. Celle qui s'investit dans des procédures de nature normative a déjà supplanté — au moins partiellement — la doctrine purement académique dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international. Mais elle est confrontée aujourd'hui à un problème de déclin relatif et, par suite, à un problème de restructuration qui devrait être ni improvisé, ni circonstanciel. La doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature diplomatique connaît aussi

(130) Cf. *Le Droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, P.U.F., 1990, p. 100.

une phase de reflux partiel. C'est néanmoins une quasi-tautologie que de dire que la doctrine finalisée — plus proche des centres de décisions et mieux informée — exerce malgré tout, dans son ensemble, une autorité plus tangible que la doctrine académique sur la formation comme sur l'évolution du droit international.

Il serait toutefois surréaliste d'opposer d'une manière radicale la doctrine académique et la doctrine finalisée. La première a certes une assise plus large que la seconde tout en paraissant plus indépendante. La doctrine finalisée fait preuve quant à elle d'une technicité plus évidente dans la mesure où ses membres — triés sur le volet — constituent le « noyau dur » de la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». La doctrine académique est par ailleurs et par nature plus abstraite que la doctrine finalisée dès lors qu'elle est principalement confinée dans un rôle de diffusion, de présentation, d'interprétation et de systématisation du droit. L'antinomie entre ces deux facettes de la doctrine est cependant moins drastique en réalité qu'il n'y paraît de prime abord. On a pu en effet constater à maintes reprises une synergie directe et féconde entre la doctrine académique et la doctrine finalisée. Il a ainsi été démontré que la seconde s'appuie le plus souvent sur les travaux de la première pour atteindre son objectif qui est d'influer sur les centres de décision. La doctrine des praticiens ne saurait en vérité être efficiente si elle ignorait le viatique de la doctrine des théoriciens dont l'ambition majeure est désormais de susciter et de nourrir la réflexion. Comment dès lors ne pas être convaincu que seule une dialectique de la pensée et de l'action permettra de jeter les bases d'un droit plus flexible et plus proche des réalités sociales ?

Une autre remarque complémentaire permet de faire apparaître les limites de la distinction entre doctrine académique et doctrine finalisée. Les juristes peuvent sans doute se classer dans la catégorie des théoriciens ou dans celle des praticiens. Mais la discipline du droit est indissolublement théorie et pratique. On ne saurait établir dans la science du droit une cloison étanche entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée.

Autant dire que les écrivains du droit ne doivent pas avoir pour souci exclusif de faire de la théorie pure. Il leur incombe également de ne pas méconnaître les besoins de la pratique. La même personne devrait pouvoir passer indifféremment de la recherche à la pratique et réciproquement. Une véritable osmose existe en vérité entre ces deux orientations car l'homme d'action doit faire des recherches théoriques pour résoudre le cas concret auquel il est confronté tandis que l'homme de réflexion a pour vocation de coordonner les cas d'espèce qu'il détecte dans la pratique. Faut-il rappeler que Rome n'avait pas séparé la fonction du Savant de celle du Praticien et que ce lien étroit entre théorie et pratique avait permis à la doctrine des juristes « les plus qualifiés » d'atteindre le firmament puisqu'elle fut, dès l'époque du Haut-Empire, une source formelle du droit romain ? Force est

de reconnaître que c'est en exerçant des fonctions officielles autant que par un enseignement théorique que les Savants de l'État romain ont pu former et enrichir leur discipline. Une remarque analogue peut être faite dans la société internationale contemporaine où il n'y a pas vraiment deux groupes professionnels différenciés. Des universitaires de renom ont pu en effet harmonieusement combiner les activités de théoriciens et de praticiens en devenant juges à la Cour internationale de justice de La Haye, membres de la Commission du droit international des Nations Unies ou encore juriconsultes internationaux indépendants sollicités par des gouvernements étatiques dans des affaires de la plus haute importance.

Quelles sont alors, en dernière analyse, les perspectives d'avenir des forces doctrinales académiques et finalisées ? Il est peut-être plausible de faire preuve d'un certain optimisme si l'on tient compte des propos précédents. La doctrine sera assurément plus influente dans son ensemble si elle conduit à terme son indispensable *perestroïka* tous azimuts. L'implosion légale du marxisme-léninisme en Europe de l'Est à la fin de la décennie « 80 » et d'une manière plus globale le reflux de l'idéologie et de la dictature sous toutes ses formes dans le Tiers Monde au profit de la démocratie libérale permettent également d'être plus serein.

Au moment où le droit international frappe de plus en plus fort à la porte d'une société mutante à l'aube du XXI^e siècle et alors même que l'Assemblée générale de l'O.N.U. a déclaré, dans sa résolution 44/23 du 17 novembre 1989, la période 1990-1999 « Décennie des Nations Unies pour le droit international », il est permis de penser qu'avance sur un terrain plus favorable que dans un passé récent — à même de lui permettre de jouer à nouveau un rôle éminent de nature à rappeler, sinon égalier, celui qui fut jadis le sien — « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

Étude achevée le 28 novembre 1992
à Saint-Denis de la Réunion