

## L'INFLUENCE DES FORCES DOCTRINALES ACADÉMIQUES SUR LES PRONONCÉS DE LA C.P.J.I. ET DE LA C.I.J.

PAR

André ORAISON

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION  
(UNIVERSITÉ FRANÇAISE DE L'OcéAN INDIEN)

L'article 38, paragraphe premier, alinéa d), du Statut de la Cour internationale de Justice mentionne à côté de la jurisprudence — le texte emploie l'expression à notre avis contestable de «décisions judiciaires» — «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» en tant que «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit» (1). Doctrine et jurisprudence sont ainsi placées sur un pied d'égalité en tant qu'autorités en droit international public contemporain. La question qui se pose ici d'une manière générale est celle de savoir qu'elle est l'autorité réelle de la première sur la seconde. Sur un plan plus précis, il importe de connaître l'influence ou impact réel de la doctrine des juristes internationalistes sur les décisions de justice rendues par les Tribunaux internationaux permanents qui se sont succédé au Palais de la Paix à La Haye (C.P.J.I. et C.I.J.).

Nous répondrons à cette problématique dans les développements suivants. Mais auparavant une question plus prosaïque se pose : comment définir la doctrine ? Le Président Jules Basdevant la définit par une formule lapidaire : «Conception et interprétation du Droit présentées par les auteurs dans leurs ouvrages de science juridique» (2). Mais il faut déjà observer que le vocable ainsi retenu n'est pas lui-même dépourvu d'ambiguïtés.

La doctrine est en effet 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» (3). Or, loin d'être un «corps de pensée organisé» et homogène, la doctrine est plutôt une *abstraction* qui méconnaît la pluralité des genres. Ne pourrait-on pas soutenir à la limite qu'il y a autant

(1) Cf. ORAISON (A.), «Réflexions sur 'la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées)», *R.B.D.I.*, 1991/2, pp. 507-580.

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

(3) Cf. ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Editions L.G.D.J., 1988, p. 104.

de doctrines qu'il y a de juristes puisque chacun d'eux est conduit à apprécier les faits en fonction de son tempérament particulier ? Sous cet angle, le mot « doctrine » désigne 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.

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 ? A 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*.

Ainsi définie de manière panoramique, la doctrine est loin d'être un corps homogène. Elle a connu, en vérité, une diversification remarquable au cours d'une période multiséculaire qui remonte à la fin du Moyen Age ou au début des Temps modernes. De manière globale, il est possible d'affirmer qu'une doctrine ciblée ou doctrine finalisée est venue se superposer, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour la plupart des ses inflorescences, à la doctrine traditionnelle ou doctrine académique.

De la Renaissance au XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine académique comprend uniquement 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 coutumes. Quelques savants ont à cet égard fait florès en exerçant une influence indélébile sur la formation du droit international du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, considérés par un grand nombre d'auteurs comme « l'âge d'or de la doctrine » (4). 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 » (5). 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<sup>e</sup> siècle avec les travaux collectifs des sociétés scientifiques perma-

(4) Cf. LUCCHINI (L.) et VÆLCKEL (M.), *Droit de la Mer*. Tome I (La mer et son droit. Les espaces maritimes), Editions Pedone, 1990, p. 58.

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

nentes dont la plus ancienne et la plus connue est l'Institut de droit international fondé à Gand 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.

A cette doctrine classique de théoriciens purs — généralement appelée « doctrine de réflexion » ou « doctrine académique » — dont les membres de plus en plus nombreux interviennent quand ils veulent et sur les sujets de leur choix s'est graduellement superposée, dès l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, une doctrine nouvelle de praticiens — que l'on peut encore désigner « doctrine d'action » ou « doctrine finalisée ». Ainsi définie par opposition à la doctrine académique, il convient aussitôt de préciser que la doctrine finalisée est elle-même « plurielle » et même très diversifiée et complexe dans la mesure où elle peut être engagée dans des procédures spécifiques de nature normative, diplomatique ou contentieuse.

Tout d'abord, les juges des tribunaux internationaux incarnent la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse 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 de La Haye. Les unes et les autres peuvent être assimilées à des productions doctrinales ciblées dès lors qu'elles ne coïncident pas avec le point de vue officiel exposé par la C.I.J. dans ses arrêts, dans ses avis consultatifs ou dans ses ordonnances (6).

Certains Jurisconsultes internationaux peuvent également être considérés comme constituant une inflorescence efficiente de la doctrine finalisée au XX<sup>e</sup> siècle. Il en est ainsi lorsqu'ils donnent aux gouvernements étatiques et sur des problèmes très importants des avis scientifiques « en leur âme et conscience ». Généralement choisis dans le monde des Universités et des grandes Ecoles parmi les professeurs de droit international et agissant de concert avec la division des Affaires juridiques qui existe dans tous les ministères des Affaires étrangères des grands États d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord, ces Jurisconsultes internationaux indépendants per-

(6) Cf. SERENI (A.-P.), « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1964, pp. 819-857 et HUSSAIN (I.), *Dissenting and separate opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 321 pages.

sonnifient incontestablement la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature diplomatique (7).

Il convient enfin de faire une place de choix à la Commission du droit international des Nations Unies (C.D.I.) créée par une résolution 174 (II) de l'Assemblée générale de l'O.N.U. en date du 21 novembre 1947 et opérationnelle depuis 1949. Elle est composée actuellement de 34 membres depuis la révision de son Statut intervenu en 1981 à l'initiative des pays du Tiers Monde. Bien qu'elle soit un organisme officiellement préposé par l'O.N.U. à la tâche de la codification des règles juridiques d'essence coutumière, 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. C'est par ailleurs une évidence qui ne saurait être remise en cause en cette fin de XX<sup>e</sup> siècle : la contribution à la codification conventionnelle du droit international est déjà monumentale si on la compare aux résultats des travaux antérieurs officiels ou officieux. La C.D.I. incarne plus exactement aujourd'hui une inflorescence non négligeable de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative (8).

A la suite de ces propos, une nouvelle réflexion générale s'impose. L'inventaire des différents éléments qui forment la « constellation doctrinale » s'est manifestement enrichi depuis plus d'un siècle. Celui qui est proposé ici n'est d'ailleurs pas exhaustif (9). Evoquer en conséquence le déclin des forces doctrinales dans leur ensemble comme le font parfois certains éminents internationalistes à la suite de ces prolégomènes n'apparaît-il pas de prime abord abstrus (10) ?

(7) Cf. MACDONALD (R.), « The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs », *R.C.A.D.I.*, 1977, III, Tome 156, pp. 381-482.

(8) Cf. ORAISON (A.), « La place de la Commission du Droit International des Nations Unies au sein de 'la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' (Codification doctrinale officielle et codification doctrinale officielle du droit international) », *R.D.I.S.D.P.*, 1998/3, pp. 271-308.

(9) Voir notamment le cas spécifique des conclusions rédigées par les avocats généraux près la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) de Luxembourg. Les avocats généraux agissent en « consultants privilégiés » et non en juges : on sait qu'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 instance juridictionnelle de Luxembourg. A 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. Comme le souligne en termes lapidaires M. Louis CARTOU, « il leur appartient de dire le droit en toute objectivité ». Voir *L'Union européenne. Traités de Paris-Rome-Maastricht*, Editions Dalloz, 1996, p. 164.

(10) Cf. VIRALLY (M.), « A propos de la *lex ferenda* », *Mél. Reuter*, Editions Pedone, 1981, p. 520 : « Pour une multitude de raisons, 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 ».

Sur un plan plus global, il convient désormais de souligner que la doctrine académique n'est pas toute la doctrine. Pour être exhaustif, il faut encore 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 — notamment sur les tribunaux internationaux arbitraux ou judiciaires — qu'ils comptent souvent eux-mêmes au nombre « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

Sous un autre angle, une observation liminaire importante concernant l'opposition entre doctrine académique et doctrine finalisée nous paraît indispensable. Il est en effet permis d'établir une dichotomie clarificatrice en reconnaissant avec MM. Patrick Daillier et Alain Pellet que « le poids » des convictions doctrinales (individuelles ou collectives) 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) » (11).

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 les deux remarques qui sont les suivantes. 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 collaboration pérenne entre la doctrine des théoriciens et celle des praticiens en vue d'assurer « le progrès du droit international ».

Dans un autre domaine, il importe de souligner qu'à l'égard d'une jurisprudence internationale décentralisée et pusillanime par rapport à la jurisprudence interne, une triple fonction est assignée à la doctrine en général. Celle-ci est d'abord un « agent de divulgation » des décisions rendues par les tribunaux internationaux arbitraux et judiciaires qui se caractérisent pas un certain ésotérisme. La science du droit permet ainsi aux États de s'en prévaloir en assurant leur décryptage. La doctrine joue encore un rôle irremplaçable dans la systématisation de la jurisprudence en introduisant la cohérence dans un ensemble de décisions éparses prises au gré des événements. 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. Enfin, par leurs analyses et leurs appréciations critiques, les

(11) Cf. *Droit International Public*, Editions L.G.D.J. (6<sup>e</sup> édition entièrement refondue), 1999, p. 391.

forces doctrinales dans leur ensemble peuvent influencer l'opinion des praticiens et contribuer notamment à l'innovation jurisprudentielle. Il en est ainsi lorsqu'elles jouent pour le compte des tribunaux internationaux en général et pour le compte de la C.I.J. en particulier le rôle de « chambre de consultation ».

Concernant cette dernière fonction, une attitude apparemment antinomique mérite 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 internationale arbitrale et judiciaire III) en même temps qu'un déclin relatif de la citation des écrits doctrinaux purement académiques par les tribunaux internationaux en général et par la Cour de La Haye en particulier (II). Nous mettrons en exergue ces deux phénomènes après avoir préalablement constaté l'hégémonie incontestable de la doctrine pour la période qui va de l'époque des Temps modernes au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle (I).

#### I. — L'HÉGÉMONIE INCONTESTABLE DE LA DOCTRINE DE L'ÉPOQUE DES TEMPS MODERNES AU MILIEU DU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE

C'est un fait incontestable qui fait l'unanimité parmi les juristes internationalistes : « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » a été le seul « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » au cours d'une période multiséculaire qui va de la fin du Moyen Age au début du Siècle des Congrès en 1815. Comme beaucoup d'auteurs, on peut toutefois observer que sa place prééminente dans la société internationale s'est maintenue encore pendant quelques décennies après la renaissance ou la seconde naissance du règlement arbitral des différends interétatiques en 1794 à l'initiative des États-Unis et de l'Angleterre (12).

Il est plus précisément possible dans cette étude, au demeurant sommaire, de recenser les manifestations de l'hégémonie de la doctrine sur les décisions de justice rendues par les premières juridictions internationales occasionnelles constituées tout au long de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (B). Mais, au préalable, une remarque liminaire s'impose. La voici. Les règles de droit sont sans doute dans l'ensemble moins bien établies dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes. Cette

(12) Il convient ici de rappeler que le règlement arbitral des différends internationaux est une institution fort ancienne qui a évolué « en dents de scie » sur le plan historique. Il a en effet pris naissance dans les rapports entre les cités de la Grèce antique avant de s'étioler lors de la constitution de l'Empire romain. Il a connu à nouveau par la suite un certain succès au Moyen Age à l'initiative de la Papauté avant de sombrer une nouvelle fois dans l'oubli à l'époque des Temps modernes et de renaître enfin de manière durable à l'orée du XIX<sup>e</sup> siècle. Voir THIERRY (H.), SUR (S.), COMBACAU (J.) et VALLÉE (Ch.), *Droit International Public*, Editions Montchrestien, 1986, pp. 598-606.

observation générale — nous allons la vérifier — est toutefois plus exacte dans le passé qu'aujourd'hui. Il en est ainsi notamment quand on recherche les causes de l'hégémonie de la doctrine de l'époque des Temps modernes au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle (A).

A. — *Les causes de l'hégémonie de la doctrine de l'époque des Temps modernes au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle*

Pour comprendre notre cheminement, il faut d'emblée savoir 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<sup>e</sup> siècle (13). 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 période tandis que la pratique diplomatique des États est placée sous le sceau de la confidentialité.

En l'absence de juridictions internationales 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 avec le Danois Max Sorensen qu'elle a bénéficié d'un quasi-monopole dans le domaine de l'identification et de l'interprétation des règles juridiques d'essence coutumière (14). En s'emparant littéralement de la coutume internationale, 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» ont joué jadis un rôle plus important que de nos jours. En trouvant sur un plan plus général 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<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle.

Écrivant à l'époque cruciale de la formation du droit international, certains auteurs comme Vitoria, Suarez, Grotius ou Vattel ont pratiquement été élevés au pinacle. Pour faire image, on a été parfois jusqu'à les qualifier

(13) Cf. DREYFUS (S.), *Droit des Relations internationales*, Editions Cujas, 1992, pp. 117-124 et DUPUY (P.-M.), *Droit International Public*, Editions Dalloz, 1998, pp. 288-300.

(14) Cf. *Les sources du droit international* (Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale), Editions Einar Munksgaard, Copenhague, 1946, p. 180. Max Sorensen va même plus loin lorsqu'il ajoute : «A cette époque, il était donc légitime de compter la doctrine parmi les sources principales du droit international».

de « Pères fondateurs du droit des gens » (15). Le Russe Grigory Tunkin souligne que le droit international public a pu même être considéré encore au XIX<sup>e</sup> siècle par de nombreux théoriciens comme étant un droit essentiellement « doctrinal » et plus précisément comme un « droit de Savants » (16). Reste alors à préciser la manifestation de l'hégémonie de la doctrine sur les décisions de justice rendues par les premiers tribunaux internationaux arbitraux (B).

B. — *La manifestation de l'hégémonie  
de la doctrine sur les décisions  
des premiers tribunaux internationaux arbitraux*

L'inclination à investir « la doctrine des publicistes les plus qualifiés » d'un crédit considérable dans l'ordre juridique international du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle est justifiée en raison des « données historiques ». Encore convient-il de noter la persistance de sa position hégémonique jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle en dépit même du surgissement — ou plus exactement de la renaissance — du règlement arbitral des différends interétatiques à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. On sait en effet que la première partie de l'époque moderne de l'arbitrage se caractérise par la création de commissions mixtes en vertu du Traité du 19 novembre 1794 — dit Traité Jay — conclu entre l'Angleterre et les États-Unis en vue de régler à l'amiable, par voie de transaction, les problèmes nombreux et complexes nés de l'indépendance américaine et notamment ceux relatifs à la délimitation des frontières entre les deux États (17). Or, à cette époque, le droit international était essentiellement d'essence coutumière tandis que les traités diplomatiques étaient plutôt rares. Max Sorensen note par ailleurs que « la pratique des États dans leurs rapports mutuels était peu développée et assez incohérente » (18). On ne pouvait donc réellement en avoir connaissance que par les Savants qui l'exposaient dans leurs études après avoir parfois exercé des fonctions diplomatiques ou gouvernementales.

C'est dire que pour les membres des ces jeunes instances internationales arbitrales — qui manquaient souvent d'expérience en droit international — la référence indispensable pour trancher, la porte de salut pour adopter des décisions obligatoires, la « clef de voûte » en d'autres termes pour régler un différend interétatique restait toujours « la doctrine des publicistes les plus qualifiés ». De fait, celle-ci a exercé pendant plusieurs décennies au XIX<sup>e</sup> siècle et pratiquement jusqu'à l'affaire de l'Alabama — jugée en 1872 — un pouvoir charismatique incontestable sur les sentences arbitrales.

(15) Cf. PILLET (A.), *Les fondateurs du droit international. Leurs œuvres. Leurs doctrines*, Editions Giard et Brière, 1904, 691 p.

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

(17) Cf. DAILLIER (P.) et PELLET (A.), précités, pp. 831-833.

(18) Précité, p. 179.

La genèse du règlement arbitrage international ne sera pas ici retracé. 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<sup>e</sup> siècle. Les rares organes arbitraux accessibles aux États souverains 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 notamment déploré «l'incompétence des rédacteurs de sentences» qui «discrédite l'arbitrage international auprès des juristes» à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, Albert De Lapradelle et Nicolas Politis précisent dans leur *Recueil des Arbitrages Internationaux* que les membres de «la doctrine des publicistes les plus qualifiés» ne font pratiquement pas état des décisions de justice alors même que les commissaires ou arbitres internationaux — généralement des magistrats de tribunaux internes sans grande expérience dans le domaine international — se présentent comme d'*inconditionnels thuriféraires* des Savants en n'omettant jamais de les citer abondamment et parfois à plusieurs reprises ainsi que leurs travaux scientifiques : «Grotius, Vattel, Bynkershoek forment, de 1798 à 1855, le fond de leur littérature. Rutherford, Lee, Burlamaqui complètent leur bibliothèque» (19).

Max Sorensen note que les forces doctrinales procuraient ainsi aux premières juridictions internationales arbitrales les matériaux essentiels dont elles avaient besoin et exerçaient par la même «une influence primordiale», sinon décisive, sur l'évolution du droit international (20). Cette période éphémère et à jamais révolue qui se situe essentiellement dans la première partie du XIX<sup>e</sup> siècle 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 arbitraux internationaux.

La situation a en effet évolué dans le sens du déclin réel, bien que relatif, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avec la déliquescence progressive du droit international coutumier au profit du droit international conventionnel qui se traduit par des règles moins labiles dans le système juridique international contemporain. Le résultat est éloquent. 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. même si cette énumération n'est pas hiérarchisée tandis que le préambule de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États — entrée en vigueur le 27 janvier 1980 — est rédigé en termes significatifs dès lors qu'il reconnaît «le rôle fondamental des traités dans l'histoire des relations internationales» et «l'importance de plus en plus grande des traités en tant

(19) Cf. *Recueil des Arbitrages Internationaux (R.A.I.)*, Editions Pedone, 1905, Tome I<sup>er</sup> (1798-1855), p. XLVII.

(20) Précité, p. 189.

que source du droit international et en tant que moyen de développer la coopération pacifique entre les nations» (21).

Comme le souligne par ailleurs Lawrence Oppenheim, le déclin de la doctrine académique apparaît également lorsque la pratique des États dans les affaires internationales cesse au moins partiellement d'être «le secret des chancelleries» au lendemain de la Première guerre mondiale dans le cadre de la S.D.N. et lorsque le règlement arbitral — lui-même en concurrence avec le règlement judiciaire à partir de 1920 lors de la création de la C.P.J.I. — rivalise avec les forces doctrinales et acquiert une importance désormais décisive sur l'élaboration des règles internationales non écrites (22).

A la suite de toutes ces transformations profondes, des interrogations surgissent. Qu'en est-il aujourd'hui de la doctrine en tant que «chambre de consultation» des instances juridictionnelles internationales? Comment plus précisément a évolué au XX<sup>e</sup> siècle le phénomène de la citation des forces doctrinales académiques et finalisées par les tribunaux internationaux en général et par les Cours de la Haye en particulier (II)?

## II. — LE PHÉNOMÈNE DE LA CITATION DES FORCES DOCTRINALES ACADÉMIQUES ET FINALISÉES PAR LES COURS DE LA HAYE

Au sujet des références à la doctrine et plus précisément aux citations des forces doctrinales académiques et finalisées par les tribunaux internationaux tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, une première remarque liminaire s'impose. Les magistrats ont, certes, l'obligation de motiver leurs décisions de justice. L'obligation de motiver le dispositif de l'acte juridictionnel est en effet pour tout plaideur et notamment pour tout État souverain la plus précieuse des garanties car elle le protège contre la «tyrannie des juges» en lui prouvant que sa demande et ses moyens ont bien été examinés.

Mais on doit aussitôt spécifier que les citations des juristes internationalistes par les magistrats internationaux dans leurs décisions de justice ne sont jamais obligatoires comme elles ne l'ont d'ailleurs jamais été. Il en est ainsi dans la mesure où la doctrine n'est pas une source formelle du droit dans l'ordonnement juridique international. Sur un plan plus général, les juridictions internationales sont tout à fait libres de méconnaître pour des raisons d'opportunité les diverses opinions doctrinales académiques et finalisées comme elles peuvent méconnaître les précédents jurisprudentiels

(21) Cf. BASTID (S.), *Les traités dans la vie internationale. Conclusions et effets*, Editions Economica, 1985, 303 p. Voir également le contenu intégral de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États in DUPUY (P.-M.), *Grands textes de droit international public*, Editions Dalloz, 1996, pp. 223-253.

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

ou les règles juridiques d'essence coutumière imparfaites ou tombées en désuétude (23).

Avant d'aborder dans les propos suivants la question du fondement de l'attitude des Cours de La Haye au niveau de la citation des forces doctrinales académiques et finalisées (B), il importe de préciser que la pratique au demeurant évolutive de ces Hautes instances juridictionnelles révèle que les citations des théoriciens du droit international — plus ou moins nombreuses et plus ou moins détaillées lorsqu'elles sont faites — sont toujours enchâssées dans l'exposé des motifs et non dans le dispositif de la décision de justice qui se présente elle-même comme l'épilogue logique de la motivation (A).

A. — *L'évolution de la pratique de la citation  
de la doctrine académique et finalisée  
par les Cours de La Haye*

Ces précisions d'ordre procédural étant apportées, il convient d'ajouter que l'usage consistant pour le magistrat international à mentionner les écrivains du droit — qui s'était imposé dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle avec le renouveau du règlement arbitral — a perduré dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et tout au long du XX<sup>e</sup> siècle en dépit même de l'expansion du *corpus* jurisprudentiel international. Mais il convient aussitôt d'apporter un double correctif à ce constat selon que les instances juridictionnelles internationales sont arbitrales ou judiciaires. Cet usage 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. Ainsi, dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, certaines juridictions arbitrales continuent d'égrainer aujourd'hui encore à plusieurs reprises les écrits doctrinaux des «publicistes les plus qualifiés». L'importante sentence arbitrale en matière pétrolière rendue au fond le 19 janvier 1977 dans la célèbre affaire *Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen* par le Professeur René-Jean Dupuy peut ainsi être mentionnée à titre d'exemple (24). Elle énumère en effet une nuée d'auteurs éminents et leurs écrits scientifiques. L'arbitre unique cite d'abord à profusion la doctrine académique avec notamment le Suisse Paul Guggenheim, le Belge Charles

(23) On peut se demander sur un plan plus général dans quelle proportion les écrits doctrinaux, de plus en plus nombreux, dispersés et surtout de valeur inégale sont connus et consultés par les États souverains et par les juridictions internationales arbitrales ou judiciaires. Ne serait-il pas en vérité logique d'opposer à l'illustrissime apophtegme «*Nemo censetur ignorare legem*» un nouvel aphorisme qui serait le suivant : «Nul n'est censé connaître la doctrine» ?

(24) Cf. LALIVE (J.-F.), «Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères (Arbitrage *Texaco/Calasiatic c. Gouvernement Libyen*)», *J.D.I.*, 1977, pp. 319-349 et COHEN-JONATHAN (G.), «L'arbitrage *Texaco-Calasiatic* contre Gouvernement libyen (sentence au fond du 19 janvier 1977)», *A.F.D.I.*, 1977, pp. 452-479.

De Visscher ou encore les Français Prosper Weil et Michel Virally ainsi que l'Uruguayen Eduardo Jimenez de Arechaga et les Britanniques Sir Gerald Fitzmaurice, Georg Schwarzenberger et Sir Hersch Lauterpacht.

Mais la sentence arbitrale du 19 janvier 1977 ne fait pas seulement allusion à la doctrine académique. Elle évoque également les diverses inflorescences de la doctrine finalisée. Elle évoque plus exactement la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative lorsqu'elle mentionne les rapports ou projets d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies dans le domaine de la responsabilité internationale des États et la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse lorsqu'elle égraine certaines opinions séparées et notamment l'opinion individuelle du Juge britannique Sir Gerald Fitzmaurice sous l'arrêt *rédempteur* rendu par la C.I.J. le 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (25).

Mais d'autres instances arbitrales internationales de cette fin de XX<sup>e</sup> siècle se montrent beaucoup moins prolifiques. Ainsi, la sentence arbitrale rendue à l'unanimité le 14 février 1985 dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée-Bissau* ne mentionne que deux auteurs d'un *Dictionnaire général de la langue française du commencement du XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours* pour connaître la définition des mots « limite » et « frontière » à l'époque de la signature par la France et le Portugal d'un Traité diplomatique en date du 12 mai 1886 et visant à tracer la ligne séparative de compétences entre les possessions respectives de ces deux États en Afrique de l'Ouest (26). De même, la sentence arbitrale rendue le 17 juillet 1986 dans le différend franco-canadien concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* ne fait allusion — dans des notes de bas de pages et non dans le texte de la décision de justice — qu'aux travaux scientifiques de deux théoriciens du droit international dont — il est vrai — le Français Gilbert Gidel (27).

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 universelles qui se sont succédées à La Haye n'ont pas ressenti le besoin de s'appuyer explicitement sur les œuvres individuelles des

(25) Le contenu de la sentence arbitrale du 19 janvier 1977 a été reproduit dans le *Journal du Droit International*, 1977, pp. 350-389. Voir notamment les références de cette importante décision de justice à « la doctrine des publicistes les plus qualifiés » dans les pages 352, 356, 360, 361, 362, 368, 371, 372, 376, 378, 381, 382, 384, 385, 386.

(26) Cf. le contenu intégral de la sentence arbitrale du 14 février 1985 in *R.G.D.I.P.*, 1985, pp. 484-537. Voir notamment le paragraphe 49 de la page 508.

(27) Cf. le contenu intégral de la sentence arbitrale du 17 juillet 1986 in *R.G.D.I.P.*, 1986, pp. 713-786 et tout particulièrement la page 746 (La note 1 de cette page est ainsi rédigée en termes laconiques : « Voir G. GIDEL, *Le droit international public de la mer*, Paris, 1934, tome III, p. 472, note 3 »). Voir également p. 752 (note 1). Voir par ailleurs le commentaire de cette décision de justice in COLLIARD (C.-A.), « Le différend franco-canadien sur le 'filetage' dans le golfe du Saint-Laurent (sentence arbitrale du 17 juillet 1986) », *R.G.D.I.P.*, 1988, pp. 273-304.

Savants pour déterminer le droit international public bien que l'article 38, paragraphe premier, alinéa d), de leurs Statuts respectifs les autorise expressément à faire état de «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» en tant que «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit» (28). Le Britannique Sir Hersch Lauterpacht a pu ainsi relever que la C.P.J.I. et la C.I.J. n'avaient jamais désigné nominalement les écrivains du droit et leurs travaux personnels dans leurs actes juridictionnels (29). M. Dominique Carreau fait observer dans le même sens que l'apport des forces doctrinales est «reconnu rarement par les tribunaux internationaux» permanents avant de préciser que «la plupart du temps, les références à la doctrine sont globales et non individualisées tout en demeurant fort rares» (30). Jamais démentie, cette remarque est par ailleurs toujours exacte en 1999.

Mais une évolution remarquable est toutefois perceptible depuis environ un quart de siècle. Il faut en effet mettre en parallèle le surgissement et l'extension de la citation de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative à partir de la fin des années «60» (b) et le déclin persistant de la citation de la doctrine académique par les Cours de La Haye de 1920 à nos jours (a).

a) *Le déclin persistant de la citation de la doctrine purement académique par les Cours de La Haye (1920-1999)*

Comme la plupart des juristes internationalistes, le Professeur Ian Brownlie a ainsi été frappé par le fait que, depuis sa création en 1920 dans le cadre de la Société des Nations et jusqu'à sa disparition en 1946 au lendemain de la Seconde guerre mondiale, la C.P.J.I. n'a évoqué les chantres du droit international qu'exceptionnellement et chaque fois en termes très généraux ou nébuleux dans ses décisions de justice au sens large du terme (arrêts, avis consultatifs ou ordonnances) (31). En voici d'ailleurs quelques échantillons qui nous paraissent probants.

Dans son célèbre arrêt numéro 1 rendu le 17 août 1923 dans l'affaire de *Vapeur «Wimbledon»*, ayant opposé la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon à l'Allemagne, la première Cour permanente de La Haye inau-

(28) M. Serge Sur fait remarquer au sujet de cet article 38 que le Statut de la Haute instance juridictionnelle du Palais de la Paix reconnaît ainsi officiellement à la doctrine un rôle «auxiliaire» (suivant le texte français) ou «subsidaire» (suivant le texte anglais) dans la détermination des règles du droit international : «Il existe donc une base juridique pour prendre la doctrine en considération, si d'autres éléments emportant la conviction faisaient défaut». Voir «Sources du droit international. La coutume», *Juris-Classeur de Droit International*, Fascicule 13, 1989, p. 16.

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

(30) Cf. CARREAU (D.), *Droit International*, Editions Pedone (cinquième édition), 1997, p. 304.

(31) Cf. *Principles of Public International Law*, Editions Clarendon Press, Oxford, 1966, pp. 21-23. Voir tout particulièrement la note 4 de la page 22.

gure en quelque sorte une jurisprudence par la suite bien établie au niveau de la citation de la doctrine académique lorsqu'elle dispose en des termes particulièrement bien frappés : « Les précédents des Canaux de Suez et de Panama constituent ainsi déjà un désaveu anticipé de la thèse d'après laquelle la neutralité de l'Allemagne aurait été nécessairement en péril si ses autorités avaient livré passage au *Wimbledon* dans le Canal de Kiel à raison du fait que ce navire transportait de la contrebande de guerre à destination d'un État alors engagé dans un conflit armé. Ils ne sont d'ailleurs que la *manifestation de l'opinion générale* (c'est nous qui soulignons) 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 en ce sens que le passage même d'un navire de guerre belligérant ne compromet pas la neutralité de l'État souverain sous la juridiction duquel se trouvent les eaux dont il s'agit » (Série A, n° 1, p. 28).

La C.P.J.I. emploie cependant un style peut-être moins elliptique ou des termes moins ambigus dans l'avis consultatif du 6 décembre 1923 relatif à l'affaire de *Jaworzina* (affaire de la frontière polono-tchécoslovaque) : « Il suffit de constater, pour réduire l'objection à sa valeur que, suivant une *doctrine constante* (c'est nous qui soulignons), 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 une question vivement controversée dans la *doctrine des auteurs* (c'est nous qui soulignons) et dans la jurisprudence des principaux États que celle de savoir si la litispendance, qui a pour objet de prévenir un conflit de choses jugées, peut être invoquée dans les rapports internationaux en ce sens que les juges d'un État devraient refuser de connaître, en l'absence d'un traité, de toute affaire déjà pendante devant un tribunal étranger » (Série A, n° 6, p. 20). La C.P.J.I. évoque encore les Savants du droit international en des termes très généraux dans son avis consultatif du 5 septembre 1931 rendu à propos du *Régime douanier austro-allemand* : la première Cour de La Haye reconnaît plus précisément avoir recherché « les définitions données de l'indépendance des États, soit dans la *doctrine* (c'est nous qui soulignons), soit dans tels ou tels cas particuliers de la politique des États » (Série A/B, n° 41, p. 45).

En beaucoup de domaines, la C.I.J. est la continuatrice de la C.P.J.I. Il en est ainsi en matière de citation des juristes internationalistes et des travaux de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » lorsque ces derniers incarnent la doctrine purement académique. L'actuelle Cour de La Haye a en effet adopté une attitude en tous points similaire à celle de la C.P.J.I. dans une phase initiale qui débute en 1946 et qui se prolonge jusqu'à la fin des années « 60 ». Comme sa devancière, « l'Organe judiciaire principal des Nations Unies » ne cite jamais nommé-

ment les phénix du droit international et leurs écrits scientifiques dans ses décisions de justice. M. Dominique Carreau souligne en d'autres termes que les arrêts, avis consultatifs et ordonnances ne font allusion à la doctrine purement académique qu'en de très rares occasions et toujours avec la même opacité (32).

On peut ainsi mentionner comme exemple le *dictum* bien connu par lequel la Cour dispose de manière péremptoire dans son arrêt *éclairant* rendu le 6 avril 1955 à propos de l'affaire Nottebohm (deuxième phase) ayant opposé la République du Guatemala et la Principauté du Liechtenstein : «Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et *les opinions doctrinales* (c'est nous qui soulignons), 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. 1955*, p. 23). On peut encore citer comme exemple tout à fait probant l'arrêt *bâtitteur* rendu par la C.I.J. le 20 février 1969 dans les célèbres affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* qui ont opposé le Danemark et les Pays-Bas à la République fédérale d'Allemagne (R.F.A.) : «Compte tenu de ces antécédents et d'une manière plus générale du dossier, il est clair qu'à aucun moment on n'a considéré que la notion d'équidistance soit liée de façon inhérente et nécessaire à la doctrine du plateau continental. *L'opinion des juristes* (c'est nous qui soulignons) s'est même, dès le début, manifestée en un tout autre sens» (*Rec. 1969*, pp. 35-36, paragraphe 55).

C'est un fait sur lequel il convient maintenant d'insister. La rareté et même le déclin de la citation en termes généraux de la doctrine purement académique par les Cours de La Haye contraste singulièrement avec le surgissement et l'extension de la citation nominale de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative depuis la fin de la décennie «60» (b).

b) *Le surgissement et l'extension de la pratique de la citation de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative par la C.I.J. (1969-1999)*

La pratique ultérieure de la Cour internationale de Justice se caractérise effectivement par un changement radical d'orientation à la fin des années «60». Il en est ainsi dans la mesure où elle s'arc-boute ouvertement et abondamment sur la doctrine finalisée en général et plus précisément sur la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative aujourd'hui incarnée par la Commission du droit international des Nations Unies (33).

(32) Précité, p. 304.

(33) Voir *supra*.

C'est l'arrêt du 20 février 1969 rendu dans les affaires précitées du *Plateau continental de la mer du Nord* qui contient peut-être les renvois les plus nombreux et les plus explicites aux rapports et projets d'articles de la Commission (*Rec. 1969*, pp. 33-36, 38, 51). La C.I.J. s'y réfère en l'espèce le plus souvent dans cette décision de principe pour réfuter la thèse — commune au Danemark et aux Pays-Bas contre la R.F.A. — selon laquelle la délimitation du plateau continental entre deux États limitrophes impose toujours l'emploi du « principe de l'équidistance » tel qu'il a été explicitement consacré dans l'article 6 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental (34).

A titre d'exemple, on peut se reporter à la page 33 de sa décision du 20 février 1969 : « A lire les documents de la Commission du droit international, qui s'est occupée de la question de 1950 à 1956, rien n'indique qu'il soit venu à l'esprit d'aucun de ses membres qu'elle dût adopter une règle fondée sur l'équidistance pour le motif qu'une telle règle constituait l'expression linéaire d'un principe de proximité inhérent à la conception fondamentale du plateau continental — d'après lequel toute partie du plateau relèverait de l'État riverain le plus proche à l'exclusion de tout autre État — et était en conséquence obligatoire en droit international coutumier » (*Rec. 1969*, p. 33, paragraphe 49). Après avoir pris appui à nouveau et à plusieurs reprises sur les travaux de la C.D.I. et ceux de la doctrine académique (*Rec. 1969*, pp. 34-35, paragraphes 50, 51, 53 et 54), la Cour de La Haye en arrive à la conclusion suivante : « Compte tenu de ces antécédents et d'une manière plus générale du dossier, il est clair qu'à aucun moment on n'a considéré que la notion d'équidistance soit liée de façon inhérente et nécessaire à la doctrine du plateau continental. *L'opinion des juristes* (c'est nous qui soulignons) s'est même, dès le début, manifestée en un tout autre sens » (*Rec. 1969*, pp. 35-36, paragraphe 55).

Pour assurer ou renforcer la crédibilité de ses décisions de justice à l'égard de ses justiciables qui sont toujours au contentieux des États souverains et au plan gracieux des Organisations internationales, la Haute instance juridictionnelle du Palais de la Paix n'hésite pas au besoin à prêter attention aux travaux de la Commission de Genève en cours de codification — c'est-à-dire avant même qu'ils ne soient pris en considération par les États dans une convention diplomatique de codification — comme le fait remarquer avec pertinence M. Luigi Ferrari Bravo : « Qu'il suffise de rappeler à cet égard l'avis consultatif donné, à la demande de l'Organisation

(34) Cf. DUPUY (P.-M.), *Droit International Public*, Editions DALLOZ, 1998, p. 612 : « La mise à l'écart, en 1969, du recours à l'équidistance comme méthode ordinaire, pourtant énoncée à l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental, demeure d'actualité. Elle n'a pas été remise en cause par les arrêts ultérieurs qui ont tous affirmé à sa suite que l'équidistance était un mode de délimitation parmi d'autres mais certainement pas une règle juridique s'imposant aux États sur un fondement coutumier (et ce, en dépit du recours en pratique très fréquent des États, dans leurs accords de délimitation, à cette méthode, au minimum à titre auxiliaire) ».

Mondiale de la Santé, sur les questions de droit connexes au projet de déplacement, du Caire à Amman, d'un bureau de l'Organisation» (35). Plus précisément, en l'espèce, la disposition de l'article 56, paragraphe second, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États et «la disposition correspondante du projet d'articles de la Commission du droit international sur les traités entre États et Organisations internationales ou entre Organisations internationales» entre elles (*Rec.* 1980, pp. 94-95, paragraphe 47) ont été amplement utilisées par la Cour de La Haye 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.* 1980, pp. 72-96 et notamment pp. 92 et 94-96). A la suite de ce dépouillement et de l'utilisation de ces divers éléments, la C.I.J. a pu ainsi logiquement conclure (36) : «Ces dispositions, comme la Cour l'a déjà mentionné, prévoient expressément que, quand un droit de dénonciation peut être déduit de la nature d'un traité, ce droit ne peut être exercé que moyennant un préavis, lequel doit être de douze mois au moins. Il est clair que ces dispositions supposent elles aussi une obligation d'agir de bonne foi et de tenir raisonnablement compte des intérêts de l'autre Partie au traité» (*Rec.* 1980, p. 95, paragraphe 47).

On peut également mentionner l'arrêt *confirmatif* qui ponctue le 24 février 1982 l'affaire du *Plateau continental Tunisie-Libye*. A l'occasion, la Cour de La Haye fait observer que «cet élargissement du concept (de plateau continental) à des fins juridiques, dont témoigne en particulier le recours au critère d'exploitabilité pour définir la limite des droits vers le large, ressort clairement 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» (*Rec.* 1982, p. 45).

Le Président Roberto Ago souligne, pour sa part, que la Cour internationale de Justice s'est appuyée dans la décennie «80» sur les conclusions établies par la Commission du droit international sur deux aspects essentiels de la question de la responsabilité internationale des États en utilisant parfois des termes ou des expressions presque identiques (37). L'éminent internationaliste italien précise qu'elle l'a fait — tacitement ou expressément — 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 de produire à sa charge une responsabilité internationale et au

(35) Cf. «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», *R.C.A.D.I.*, 1985-III, pp. 237-329 et notamment p. 313.

(36) Cf. le contenu intégral de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États *in* DUPUY (P.-M.), précité, pp. 223-253. Voir notamment l'article 56, alinéa deuxième, de ce traité diplomatique à la page 242 : «Une Partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du paragraphe 1».

(37) Cf. «Nouvelles réflexions sur la codification du droit international», *R.G.D.I.P.*, 1988, p. 575, notes 35 et 36.

sujet de la définition des circonstances qui peuvent être exceptionnellement retenues comme causes d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État dans une situation déterminée. Concrètement, il faut citer ici les décisions *exemplaires* du 24 mai 1980 et du 27 juin 1986 rendues respectivement dans les très *médiatiques* affaires relatives au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Rec. 1980, pp. 30-33 et 36-40) et aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Rec. 1986, p. 100).

Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour de La Haye entendait faire application du principe coutumier de la prohibition de l'emploi de la force — également mentionné à l'article 2 de la Charte de San Francisco du 26 juin 1945 (38) — afin de pouvoir condamner les États-Unis pour leurs opérations illicites au Nicaragua. A l'occasion, la C.I.J. n'a pas hésité à s'appuyer une nouvelle fois et très clairement sur la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature normative et plus exactement sur la Commission du droit international des Nations Unies (39). Il en est ainsi lorsqu'elle déclare dans son arrêt *historique* rendu au fond le 27 juin 1986 (Rec. 1986, p. 100, paragraphe 190) : « Dans ses travaux de codification du droit des traités, la Commission du droit international a exprimé l'opinion que 'le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soit un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*' (paragraphe 1 du commentaire de la Commission sur l'article 50 de ses projets d'articles sur le droit des traités, Annuaire de la Commission, 1966-II, p. 270) ».

Après avoir ainsi observé l'évolution de la pratique de la citation des forces doctrinales académiques et finalisées par les Cours universelles de La Haye de 1920 à nos jours, nous devons maintenant rechercher en ce domaine précis le fondement de l'attitude des deux Hautes instances juridictionnelles qui se sont succédées au Palais de la Paix (B).

#### B. — *Le fondement de l'attitude des Cours de la Haye au niveau de la citation des forces doctrinales académiques et finalisées*

Comment peut-on alors expliquer ce chassé-croisé entre la doctrine académique et la doctrine finalisée en tant que « chambre de consultation » du Tribunal international du Palais de la Paix ? Pourquoi notamment « l'Or-

(38) Cet article dispose : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies » (paragraphe 4). Voir DUPUY (P.-M.), précité, p. 4.

(39) Cf. également l'éclairante opinion individuelle rédigée par le Juge Roberto Ago sous l'arrêt *historique* rendu par la C.I.J. le 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* in Rec. 1986, pp. 181-191. Voir notamment pp. 188-191.

gane judiciaire principal des Nations Unies» hésite-t-il à s'appuyer explicitement sur la première alors qu'il mentionne de plus en plus souvent et de manière ostentatoire la seconde? Quel est en d'autres termes la raison d'être ou le fondement de cette double attitude apparemment contradictoire?

En vérité, il est déjà permis de penser que ce fondement ne sera pas le même selon que l'on envisage le cas précis de la citation par la Cour internationale de Justice de la doctrine purement académique (b) ou celui de la doctrine finalisée (a).

a) *Le fondement de l'attitude des Cours de La Haye au niveau de la citation effective de la doctrine finalisée*

Un enseignement synthétique peut déjà être formulé à la suite des paradigmes au demeurant non limitatifs que nous avons précédemment mis en exergue. En tant que *corps organisé* «des publicistes les plus qualifiés des différentes nations», la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative et actuellement incarnée par la Commission du droit international des Nations Unies apparaît bien à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle comme le «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit» le plus apparent et le plus dynamique de la Cour internationale de Justice de La Haye au sens de l'article 38, paragraphe premier, alinéa d), de son Statut (40). Il ne saurait cependant y avoir de surprise en ce domaine pour les raisons qui sont les suivantes.

La coopération de fait ou synergie directe et constante entre la doctrine finalisée et la jurisprudence judiciaire et plus précisément entre les travaux de la Commission de Genève et ceux de la Cour de La Haye s'explique essentiellement par le fait que ces deux organismes permanents et officiels sont plus précisément des organes *intégrés* relevant d'une *même* institution qui est l'Organisation des Nations Unies tandis que leurs membres — triés sur le volet et pour la plupart illustres — poursuivent en toute indépendance un même objectif qui est le développement ou le «progrès du droit international» conformément aux objectifs définis par la Charte de San Francisco du 26 juin 1945 et plus précisément dans son article 13 selon lequel l'Assemblée générale de l'O.N.U. provoque des études et fait des

(40) 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 internationales contemporaines. Le droit sur la responsabilité internationale des États — en cours de codification par la Commission du droit international — a ainsi été abondamment utilisé dans la sentence arbitrale du 30 avril 1990 qui constitue l'épilogue du différend interétatique ayant opposé la Nouvelle-Zélande et la France à propos de l'affaire du *Rainbow Warrior*. Voir le contenu intégral de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 in «Décisions judiciaires et arbitrales», *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 838-878 et, tout particulièrement, les références nombreuses et explicites de cette décision de justice aux importants travaux de la C.D.I. (rapports et projets d'articles) dans les pages 848, 850, 852, 853, 854, 865, 871, 872, 875.

recommandations « en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification » (alinéa premier). Ces deux organes *onusiens* sont enfin principalement composés aujourd'hui et depuis le début de la décennie « 70 » de juristes des pays du Tiers Monde issus de la décolonisation en raison de leur mode de recrutement qui implique dans chacun d'eux « une représentation géographique équilibrée » des différentes régions du monde.

On peut mieux ainsi comprendre le fondement du surgissement et de l'extension de la citation de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative par la Cour internationale de Justice. Quel est alors la raison d'être de la rareté persistante de la citation de la doctrine académique par le Tribunal du Palais de la Paix ? Quel est en d'autres termes le fondement d'une attitude constante qui était déjà celle de la C.P.J.I. entre 1920 et 1946 (b) ?

b) *Le fondement de l'attitude des Cours de La Haye au niveau de la non citation de la doctrine académique*

D'emblée, une remarque liminaire s'impose. Le fait que la Cour internationale de Justice ne cite jamais les noms et prénoms des théoriciens purs dont les écrits scientifiques ont servi de base à ses décisions alors même qu'elle fait de plus en plus souvent référence aux travaux de la Commission du droit international des Nations Unies ne saurait être interprété comme le signe prodromique ou la preuve d'un quelconque déclin de la doctrine académique au profit de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative comme on pourrait le penser de prime abord.

Cette remarque importante étant faite, il apparaît évident que la façon d'agir de la Cour de La Haye lorsqu'elle refuse de mentionner nommément les membres de la doctrine académique et leurs travaux doit en tous points être approuvée car elle repose à vrai dire sur de solides arguments qui ont eux-mêmes été recensés par les juristes internationalistes les plus éminents.

C'est d'abord une évidence qu'il y a toujours des théoriciens du droit qui ont une opinion rebelle par rapport à celle des Savants qui expriment les vues que la Cour de La Haye 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 ? Pour éviter toute polémique, 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 » (41).

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

La rareté des apostilles aux écrits de la doctrine académique est aussi légitimée par un «souci de prudence» compréhensible. Charles De Visscher souligne ainsi : «La Cour est attentive à ne pas introduire dans ses décisions des éléments dont le caractère hétérogène pourrait échapper à sa vigilance» (42).

Un autre fondement peut à notre avis être allégué pour expliquer la préterition du nom des membres de la doctrine académique et de leurs écrits dans les actes juridictionnels internationaux en général et dans ceux des Cours de La Haye en particulier. Les arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.I.J. doivent logiquement être rédigés avec concision. C'est dire qu'il n'appartient pas aux magistrats du Palais de la Paix de s'immiscer dans les controverses doctrinales — dont les argumentaires sont variables à l'infini et évolutifs — quand ils élaborent un acte juridictionnel (43). Les juges de La Haye ne doivent pas alourdir les décisions de justice par un recensement fastidieux de toutes les opinions individuelles ou collectives recueillies dans la littérature du droit au moment où est constatée une dissémination toujours plus grande des forces doctrinales académiques et finalisées. Cette obligation d'abstention pour le règlement judiciaire de ne pas se référer aux auteurs et à leurs travaux scientifiques dans l'exposé des motifs est d'autant plus impérative que les décisions rendues par la C.I.J. sont déjà volumineuses (44). Faut-il ici rappeler que l'arrêt prononcé par une chambre *ad hoc* le 11 septembre 1992 dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* compte — record absolu (regrettable) à notre connaissance — 267 pages (*Rec. 1992*, pp. 351-618) ?

Une dernière justification à l'omission du nom des auteurs réside dans le fait que les Sages qui siègent parfois pendant longtemps au Palais de la Paix ont souvent eux-mêmes publié de doctes études et la Cour de La Haye s'efforce d'éviter le renvoi aux travaux de ses propres membres dont la

(42) Cité par le Juge Mohamed SHAHABUDEEN 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. 1989*, p. 220).

(43) Le problème se pose également pour les tribunaux judiciaires internes. Voir TRICOT (D.), «D'autres propos sur la jurisprudence. L'interrogation sur 'la jurisprudence aujourd'hui'», *R.T.D.C.*, Janvier-Mars 1993, pp. 87-89 et notamment p. 88 : «La décision judiciaire laisse toujours place à l'interrogation mais la règle de droit, qui en constitue le fondement et paraît évidente dans une rédaction concise, demeure imprécise ou incertaine dans une luxuriante motivation : un arrêt de Cour suprême requiert autant de rigueur dans l'art d'élaguer que dans la technique de l'argumentation».

(44) Le Président Mohammed Bedjaoui explique que la boulimie rédactionnelle mise en œuvre par la Haute instance de La Haye s'explique notamment par le fait que son travail est «collégial» et sa décision de justice «le produit d'une œuvre collective» d'une quinzaine de magistrats avant de préciser qu'il n'est pas étonnant dans ce contexte que le Tribunal du Palais de la Paix soit amené à «des subtilités verbales ou à l'usage fréquent d'infinies nuances pour rendre le texte acceptable pour tous». Voir «La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mél. Michel Virally, Editions Pedone, 1991, p. 105.

façon de voir sur certains points pourrait parfois être incompatible avec l'opinion émise par la majorité des juges. La C.I.J. évite ainsi de s'appuyer *explicitement* sur la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse et plus exactement sur les opinions individuelles ou dissidentes rédigées par les magistrats des tribunaux internationaux arbitraux ou judiciaires (45).

Comment en dernier ressort ne pas partager le point de vue de Max Sorensen? L'éminent internationaliste danois déclare en effet que «la Cour doit à son prestige et à son autorité de ne pas stigmatiser officiellement un de ses membres» (46) avant de conclure tout à fait logiquement dans les termes suivants : «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 preuve, éprouve tout naturellement certains scrupules à s'appuyer ouvertement sur la doctrine» (47).

L'exercice du nom des Savants dans les actes juridictionnels internationaux ne signifie donc nullement que les tribunaux arbitraux ou 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» (48). Sur un plan global, il faut en outre spécifier que les tribunaux internationaux arbitraux ou judiciaires utilisent parfois les constructions doctrinales tout en refusant de se laisser enfermer dans des théories trop quintessenciées. N'est-il pas enfin possible de mesurer l'autorité réelle et effective de «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» sur le contenu des décisions juridictionnelles internationales? A notre avis, il ne faut pas occulter l'emprise traditionnelle et bien tangible de l'ensemble des forces doctrinales — qu'elles soient académiques et finalisées — sur les tribunaux internationaux arbitraux et judiciaires en général et sur les Cours de La Haye en particulier (III).

### III. — LA PÉRENNITÉ DE L'EMPRISE DE L'ENSEMBLE DES FORCES DOCTRINALES ACADÉMIQUES ET FINALISÉES SUR LES COURS DE LA HAYE

La jurisprudence et la doctrine assument sans doute chacune de leur côté une mission qui a ses fins et ses exigences spécifiques. Il incombe ainsi au

(45) Voir *supra*.

(46) Précité, p. 187.

(47) *Ibidem*, p. 188.

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

Sage de dire le droit à travers des cas d'espèce. Mais il revient toujours 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<sup>e</sup> 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.

Avant de mettre en évidence l'ascendant ostentatoire des forces doctrinales académiques et finalisées sur les juges de La Haye (C) ainsi que leur impact réel sur la jurisprudence du Tribunal qui siège au Palais de la Paix (B), nous devons démontrer que le Sage a assurément besoin du Savant comme le Savant a besoin du Sage. Nous devons en d'autres termes rechercher le fondement de cette pérenne et idyllique complicité entre la doctrine et la jurisprudence des deux Cours de La Haye (A).

A. — *Le fondement de la collaboration pérenne entre l'ensemble des forces doctrinales académiques et finalisées et la jurisprudence des Cours de La Haye*

Voici le fondement qui nous paraît le plus important. Les arbitres et les juges qui siègent dans des instances juridictionnelles internationales sont généralement des écrivains reconnus du droit international avant d'être des magistrats émérites. Ne comptent-ils pas en effet 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 prévu par le Statut de la Cour de La Haye (49). Son article 2 dispose en effet que ses membres forment « un corps de magistrats indépendants » élus sans égard à leur nationalité parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires ou « qui sont des juristes possédant une compétence notoire en matière de droit international » (50). Au moment de leur élection, la plupart des juges sont donc des personnalités ayant derrière elles une œuvre littéraire brillante en droit international. Nombre d'entre eux sont sans conteste choisis en raison de leur notoriété doctrinale. Certes, l'article 16 du Statut de la Cour spécifie que les juges « ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative ni se livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel » (51). Mais il ne leur interdit pas de poursuivre leurs recherches une

(49) Le Statut de la C.I.J. annexé à la Charte de San Francisco du 26 juin 1945 est reproduit in THIERRY (H.), *Droit et Relations Internationales. Traités, Résolutions, Jurisprudence*, Editions Montchrestien, 1984, pp. 33-47.

(50) *Ibidem*, p. 33.

(51) *Ibidem*, p. 36.

fois élus. La publication de travaux scientifiques n'est pas en d'autres termes incompatible avec la qualité de magistrat. Comment dès lors les «publicistes les plus qualifiés» qui intègrent la C.I.J. (ou n'importe quelle autre instance arbitrale ou judiciaire) pourraient-ils faire 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.

Voici un second fondement qu'il importe de prendre en considération. On peut en effet faire remarquer avec M. Jean Combacau qu'il existe depuis très longtemps une étroite coopération de la *fonction doctrinale* et de la *fonction juridictionnelle* à la réalisation d'une œuvre commune dans la Communauté internationale contemporaine : «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?» (52).

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 de justice. 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 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 à cet égard citer 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

(52) 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), Editions Economica, 1982, Tome XXXI, p. 403.

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.* 1960, pp. 169-171). Le Doyen Claude-Albert Colliard constate que la doctrine académique n'a pas tardé à exprimer sa déception dès lors que ses différentes composantes font depuis longtemps *chorus* «contre la pratique des pavillons de complaisance» (53).

Après avoir ainsi recherché le fondement de la collaboration pérenne entre l'ensemble des forces doctrinales académiques et finalisées et la jurisprudence des Cours de La Haye (A), il convient de noter sur un autre plan que les magistrats des tribunaux internationaux arbitraux ou judiciaires sont dans une situation ambivalente. Ils 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 — ne l'oublions pas — la doctrine finalisée lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une action contentieuse au sens large du terme et rédigent des opinions séparées. Emises en toute impartialité par les juges internationaux, les opinions individuelles et dissidentes sont des productions doctrinales ciblées et plus ou moins critiques qui complètent généralement celles de la doctrine académique et dont il importe maintenant de connaître l'impact réel (B).

B. — *L'impact réel de l'ensemble des forces  
doctrinales académiques et finalisées  
sur les juges des Cours de La Haye*

Quelques remarques liminaires sur l'institution des opinions séparées s'imposent dès l'abord pour comprendre les développements qui vont suivre. 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» (54). 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 dis-

(53) Cf. la critique de l'avis consultatif du 8 juin 1960 in *A.F.D.I.*, 1960, pp. 338-361. Voir également l'opinion séparée dissidente du Juge Moreno QUINTANA in *Rec.* 1960, pp. 177-178.

(54) 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 œuvres doctrinales *obligatoirement* et *préalablement* rédigées.

tinguer ces deux catégories de philippiques doctrinales. L'opinion individuelle désigne la position d'un juge de la majorité qui accepte le dispositif de la décision de justice rendue par le 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» (55). Mais là s'arrête l'antagonisme entre ces deux variétés d'opinions séparées. En effet, les unes et les autres «ne font juridiquement pas partie de la décision du tribunal» international comme le souligne le Professeur Angelo Piero Sereni (56). Elles n'en n'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.

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. Les opinions séparées qui sont rédigées par les juges à la suite des décisions de la Cour de La Haye constituent assurément des exposés doctrinaux particulièrement enrichissants dès lors qu'elles assurent, dans chaque cas, une information à la fois complète et contradictoire (57). 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 et dont il a la nationalité 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 des Nations Unies — c'est-à-dire une inflorescence de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative — en matière de délimitation du plateau continental (*Rec.* 1984, p. 313), la Chambre *ad hoc* de la Cour comprenait cinq magistrats. Or, 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).

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» (58). L'essor de cette branche active de la doctrine finalisée s'est en fait manifesté il y a plus d'une quarantaine d'années et c'est préci-

(55) Cf. GUYOMAR (G.), *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice adopté le 14 avril 1978* (Interprétation et pratique), Éditions Pedone, 1983, pp. 597-613.

(56) Précité, p. 845.

(57) Cette pratique existe également devant certains tribunaux internationaux arbitraux et à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg instituée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950. Voir notamment l'article 51 de ce traité diplomatique *in* DUPUY (P.-M.), précité, p. 198 : «Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle» (alinéa second).

(58) Précité, p. 209.

sément 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.* 1986, 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.

Les opinions dissidentes et à un moindre degré les opinions individuelles ont une valeur indéniable pour la connaissance du droit international 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» (59).

L'épanouissement de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques 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 dans la mesure où existe en vérité une synergie étroite et constante entre la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse et l'ensemble des forces doctrinales académiques.

Des auteurs éminents ont ainsi fait observer avec pertinence que les six opinions séparées dissidentes exprimées dans l'affaire du «*Lotus*» ayant opposé la France et la Turquie avaient contribué à l'*ancrage* définitif du principe cardinal de la compétence pénale exclusive de l'État du pavillon en cas d'abordage en haute mer tel qu'il a été par la suite consacré dans le *Traité de Bruxelles* du 10 mai 1952 sur la compétence pénale en cas

(59) *Ibidem*, p. 209.

d'abordage, dans la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer (article 10) et dans la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 (article 97) — entrée en vigueur le 16 novembre 1994 — alors même que l'arrêt *malencontreux* de la C.P.J.I. en date du 7 septembre 1927 (décision au fond) avait statué dans un sens opposé après partage égal de voix (six contre six) et la voix prépondérante du Président Max Hubert (60).

A titre d'exemple probant, on a également cité l'affaire relative aux *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* du 9 décembre 1948 dans laquelle la C.I.J. a donné le 28 mai 1951 un *éclairant avis consultatif* qui pose le principe de la «compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la convention» en cas de silence du texte conventionnel (61). Il a été soutenu à l'occasion que les cinq opinions séparées dissidentes — l'opinion dissidente commune des Juges Gustavo Guerrero, Arnold Mc Nair, John Read et Hsu Mo ainsi que l'opinion dissidente personnelle du Juge Alejandro Alvarez — formulées à la suite de cette décision de justice et exigeant pour la plupart l'accord de toutes les Parties aux réserves apportées à un traité diplomatique multilatéral avaient certainement influé sur les conclusions élaborées par la Commission du droit international des Nations Unies dans ses travaux sur le droit des traités conclus entre États à propos de la question des réserves aux traités multilatéraux tels qu'ils ont été effectivement consacrés par la suite dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 et notamment dans son article 20 (alinéa deuxième).

Les opinions séparées peuvent assurément empêcher qu'une décision de justice erronée n'acquiert un crédit qui ne lui appartient pas. Cependant, une double limite apparaît. On doit d'abord noter avec M. Ijaz Hussain «qu'il est bien difficile d'affirmer avec certitude que sur tel ou tel point la Cour est redevable à tel ou tel juge» (62). Est-ce à dire par ailleurs que la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse — certainement plus proche des centres de décisions et mieux informée — exerce une autorité plus tangible que la doctrine académique sur la formation et l'évolution du droit ? La réponse n'est pas simple. Il est en effet bien malaisé de déterminer l'impact respectif des opinions séparées proprement dites et d'autres facteurs comme les multiples remarques désapprobatrices émanant de la doctrine académique. Le Professeur Angelo Piero Sereni souligne ainsi au sujet des deux 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

(60) Cf. SERENI (A.-P.), précité, p. 856.

(61) *Ibidem*, p. 856.

(62) Précité, p. 266.

vigueur» (63). Comme nous le constaterons dans les développements suivants, il existe en vérité une influence réelle et même parfois décisive de l'ensemble des forces doctrinales académiques et finalisées sur la jurisprudence des juridictions internationales en général et sur celle du Tribunal de La Haye en particulier (C).

C. — *L'ascendant ostentatoire des forces  
doctrinales académiques et finalisées  
sur les juges des Cours de La Haye*

Un ascendant certain de l'ensemble des forces doctrinales académiques et finalisées sur les membres des tribunaux internationaux est en effet perceptible. La réflexion peut surprendre dans la mesure où l'on sait déjà que les deux Cours universelles de La Haye évoquent rarement et toujours en termes énigmatiques la doctrine purement académique dans leurs décisions (64). On doit néanmoins observer avec M. Dominique Carreau que les Sages de la minorité font en revanche preuve dans leurs opinions séparées d'une propension lancinante à s'appuyer «abondamment» et de manière «explicite» sur la littérature du droit en général et sur les travaux scientifiques des juristes internationalistes en particulier afin de mieux étayer leurs propres conceptions (65). Il n'y a pas lieu toutefois de s'étonner d'une telle pratique (66). En mentionnant au besoin nominativement les écrivains du droit et leurs publications, les juges internationaux procèdent en vérité comme les avocats qui nourrissent leurs mémoires et plaidoiries en citant à volonté les travaux doctrinaux.

A titre d'illustration, on peut se référer à une opinion dissidente de M. Mohamed Shahabuddeen sous l'ordonnance édictée par la Cour le 28 février 1990 à propos du *Différent frontalier, terrestre, insulaire et maritime opposant le Salvador et le Honduras*. Dans une composition doctrinale de 44 pages, le Juge de la Guyana invoque en effet un très grand nombre de Savants qui incarnent la doctrine académique et qui comptent assurément parmi «les publicistes les plus qualifiés» au sens de l'article 38 du Statut de la C.I.J. (*Rec.* 1990, pp. 18-62). Le Sage fait ainsi nommément allusion et parfois à plusieurs reprises à une pléiade d'auteurs comme Eduardo Jimenez de Arechaga (*Rec.*, p. 21), René-Jean Dupuy (*Rec.*, p. 24), James Brown Scott (*Rec.*, p. 26), Manley O. Hudson (*Rec.*, p. 30), Philip C. Jessup (*Rec.*, p. 37), Shabtai Rosenne (*Rec.* p. 39), Geneviève Guyomar (*Rec.*, p. 40), Sir Hersch

(63) Précité, p. 856.

(64) Voir *supra*.

(65) Précité, p. 304.

(66) 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 *Différent frontalier terrestre, insulaire et maritime opposant le Salvador et le Honduras (requête du Nicaragua à fin d'intervention)*, le Juge japonais Shigeru Oda ne cite par exemple aucun auteur en particulier ni aucune société savante nationale ou internationale (*Rec.* 1990, pp. 138-144).

Lauterpacht (*Rec.*, p. 53), Edvard Hambro (*Rec.*, p. 56) ou encore Sir Gerald Fitzmaurice (*Rec.*, p. 59).

Au demeurant, le Juge Shahabuddeen ne se contente pas de mentionner les membres les plus en vue de la doctrine académique. Il fait encore souvent allusion à la doctrine finalisée en général et tout particulièrement à la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse quand il cite un grand nombre d'opinions séparées dont les opinions individuelles ou dissidentes de ses éminents collègues en poste — notamment le Juge polonais Manfred LACHS et le Juge britannique Sir Robert Jennings — rédigées sous l'arrêt au fond rendu le 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Rec.* 1990, p. 45). Ne faudrait-il pas, à la suite de ces propos, rejeter définitivement le mythe de l'insignifiance de la doctrine dans son rôle de « chambre de consultation » pour le compte des tribunaux internationaux ?

Mais quelle est alors la légitimation ou le fondement de ce comportement apparemment amphibologique selon que le Sage agit en franc-tireur lorsqu'il rédige une opinion individuelle ou dissidente ou au sein de la cohorte majoritaire de la Cour de La Haye lorsque cette dernière rend un arrêt, un avis consultatif ou une ordonnance ? Deux arguments peuvent ici être avancés.

Il faut d'abord constater que la délibération d'une juridiction collégiale, quelle qu'elle soit, correspond inévitablement à une « fusion de volonté » ou — selon la terminologie de l'Allemand Triepel — à la *Vereinbarung*. Le Danois 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 le fait important que les juges sont eux-mêmes au nombre des *publicistes les plus qualifiés des différentes nations* » (67). Max Sorensen souligne que le magistrat international qui rédige une opinion séparée se trouve ensuite dans une position totalement différente par rapport à celle de la Cour. Le juge a ainsi conscience que ladite 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 interétatique. 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 ses maîtres reconnus du droit international et tout particulièrement ses confrères qui délibèrent à ses côtés sur le banc de la Cour dans l'enceinte du Palais de la Paix à La Haye (68). Cependant, à titre de com-

(67) Précité, p. 185.

(68) *Ibidem*, p. 188.

paraison, les cas où les œuvres scientifiques des juges sont alléguées par les avocats dans leurs mémoires et plaidoiries sont également pléthoriques. Que dire alors en guise de réflexions terminales ?

#### RÉFLEXIONS TERMINALES

On s'est parfois demandé « avec quelques regrets » si le Sage — surchargé d'affaires dans l'ordre juridique interne — avait encore 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 ainsi 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 » (69). Le Président Manfred Lachs corrobore en connaissance de cause cette assertion : « Il n'est point rare que la doctrine que constituent les 'enseignements' guide les tribunaux dans leurs jugements » (70).

De l'analyse de la pratique suivie par les deux Cours permanentes de La Haye de 1920 à nos jours, il ressort en vérité que ces juridictions n'ont jamais négligé « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » 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 » — au sens de l'article 38, paragraphe premier, alinéa d) de leur Statut — que les Sages utilisent volontiers dans l'exercice de leur mission lorsque les sources principales du droit international que sont notamment les traités

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

(70) Précité, p. 192. Il existe en fait une interaction entre la C.D.I. et la C.I.J. La C.D.I. influence ainsi la C.I.J. comme nous l'avons déjà constaté. Mais celle-ci interagit sur celle-là. En reconnaissant ainsi 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. Comme l'ensemble des forces doctrinales académiques, la C.D.I. — en tant qu'incarnation de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative — a stigmatisé 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).

diplomatiques, les principes généraux et les coutumes internationales manquent de clarté sans pour autant le placer sous les feux des projecteurs et sans lui conférer une autorité indépendante de leurs propres décisions de justice.

Il ne faut donc pas surestimer ou *maximiser* l'apport des forces doctrinales académiques et finalisées à la formation des règles de droit aussi bien dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes. 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 diverses sources d'inspiration et qu'il est rarissime qu'une règle de droit international conventionnelle ou une décision de la C.I.J. reprennent textuellement un élément du *corpus* doctrinal.

La conclusion pourrait dès lors être empruntée au Professeur Jean-Luc Aubert. L'éminent privatiste français déclarait en effet en 1984 : « 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 » (71). En reprenant le mot du Président Jules Basdevant, nous pouvons ajouter que cette opinion avisée et plutôt rassérénante est évidemment « transportable » dans l'ordre juridique international où la doctrine (académique et finalisée) « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » a — nous l'avons constaté à plusieurs reprises et de plusieurs manières — un impact réel considérable sur la jurisprudence internationale arbitrale et judiciaire en général et sur les Cours universelles de La Haye en particulier. C'est là notre ultime réflexion.

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