

CHAPITRE XII LA DOCTRINE

(Voir R. CHARVIN, « Le droit international tel qu'il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traités et manuels (1850-1950) », *Mélanges Ch. Chaumont*, 1984, p.135 ; G. FITZMAURICE, « The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law », *R.C.A.D.I.*, 1973-I, t.138, p.203 ; G.GAJA, « La doctrine et la pratique de droit international », *A.F.D.I.*, 2005.11 ; JENNINGS, « Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law », *Mélanges Arangio-Ruiz*, 2004, T.I., 319 ; MAC DONALD, « The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs », *R.C.A.D.I.*, 1977-III, t.156, p.377 ; ORAISON, « Réflexions sur la "doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" », *R.B.D.I.*, 1991/2.507 ; G. SCHWARZENBERGER, « The Province of the Doctrine of International Law », *Current Legal Problems*, 1956, p.235).

1. Une consécration par le Statut de la C.I.J. — A propos de la doctrine, l'article 38 du statut de la C.I.J. emploie une expression à la fois « pompeuse » et prudente dans sa reconnaissance de l'apport de la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de déterminer des règles de droit ».

On se contentera ici de présenter trois remarques de caractère général sur le rôle et l'importance de la doctrine dans l'ordre international.

1 — L'IMPORTANCE PLUS GRANDE DE LA DOCTRINE EN DROIT INTERNATIONAL QU'EN DROIT INTERNE

2. Une codification doctrinale ancienne — Le droit international, nous l'avons souvent signalé, est de caractère plus vague, moins précis que le droit interne. Dès lors, il n'est pas étonnant que les auteurs, la doctrine, aient joué un rôle de première importance pour présenter et formuler les règles applicables du droit international. Cela a été particulièrement marqué dans le passé où certains auteurs pouvaient être considérés comme ayant *codifié le droit international positif*, de leur époque. Ce fut le cas pour *Grotius* au XVII^{ème} siècle ou de *Vattel* au XVIII^{ème} siècle. Mais, dans cette fonction de détermination du droit international positif, le rôle de la doctrine a diminué à l'époque contemporaine dans la mesure où l'accès au droit positif a été rendu plus aisé grâce à l'existence de recueils systématiques des traités publiés sous l'égide de la S.D.N. puis de l'O.N.U. ainsi que de répertoires de la pratique des Etats et des organisations internationales sans même parler des conventions qui ont procédé à la codification de bon nombre de normes du droit international non écrit.

3. Une réticence inégale des tribunaux internes — Dans l'ordre interne, l'apport de la doctrine est loin d'être apprécié de la même manière. Sans doute la doctrine a-t-elle plus d'influence dans les pays de la famille romano-germanique qu'elle n'en a dans les pays de *common law*, encore que des nuances devraient être ici apportées. Par

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

LES NORMES SUBSIDIAIRES

exemple, les *tribunaux anglais* ont toujours été très réticents pour s'appuyer sur la doctrine. Dans *l'affaire Queen V. Keyne* (2 EX.D.63.202.204, (1876), le « chief justice » eut à apprécier la compétence des tribunaux anglais pour juger un étranger pour des faits d'homicide involontaire lors d'une collision entre un bateau britannique et un navire relevant d'un pays tiers, cette collision s'étant produite à *l'extérieur des eaux territoriales* de la Grande-Bretagne qui étaient à l'époque de 3 milles nautiques. En l'espèce, la Cour estima que le droit international ne lui donnait pas compétence pour connaître de tels faits. Dans son analyse du droit international applicable, la Cour fit une brève allusion à la « doctrine » et ne put s'empêcher de noter le désaccord des principaux auteurs quant à l'étendue de la mer territoriale – question dont l'issue du débat dépendait –. En outre, la Cour nota que, même s'il y avait eu unanimité doctrinale en la matière, ce fait aurait été de peu de poids pour elle, la doctrine ne pouvant « créer le droit ». La Cour précisa dans les termes les plus nets que les juges anglais d'alors ne reconnaissaient comme sources obligatoires du droit international que le *traité* et la *coutume* en tant que manifestations de la volonté des nations.

4 — En revanche, les tribunaux américains se montrent sensiblement plus favorables au rôle de la doctrine. Ainsi, dans *l'affaire du Paquete Habana* (175.US.677), (1900), la Cour suprême accepta de se référer à la doctrine pour prouver l'existence d'une coutume. Il s'agissait de savoir s'il y avait ou non droit de prise des bateaux de pêche étrangers en cas de guerre avec l'Etat du pavillon. Et, pour arriver à la conclusion qu'il n'y avait pas de prise de ces bateaux de pêche dans une telle situation, la Cour suprême s'appuya, entre autres, sur les travaux des juristes et des commentateurs qui, disait-elle, « grâce à des années de travail, de recherches et d'expériences, avaient acquis une bonne connaissance de la matière comme preuve de l'existence d'une règle de droit ».

2 — LE RÔLE DE LA DOCTRINE

DANS LA FORMULATION DE CERTAINES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL

5. Doctrine et codification du droit international — Tout d'abord, la doctrine peut contribuer à individualiser, à détecter, à préciser, la portée de règles non écrites du droit international, coutumes et principes généraux du droit. Elle peut être utilisée comme élément de preuve. Elle ne crée pas de telles règles mais elle aide à en reconnaître l'existence. De même, elle peut remplir une fonction – sans doute limitée – de codification de certaines règles non écrites du droit international : c'est ainsi, par exemple, qu'une attention particulière doit être portée aux « résolutions » de l'Institut du Droit International ou à l'Association de Droit International (International Law Association) créés respectivement en 1873 et 1876, ou aux « Restatements » effectués aux Etats-Unis par l'Université Harvard tout d'abord en 1932 puis par l'American Law Institute en 1965 et en 1987. Il en va de même pour les contributions savantes publiées dans le Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye auquel nous avons souvent faite référence.

6. Doctrine et développement du droit international — Ensuite, la doctrine peut contribuer à la formulation de règles dans des domaines nouveaux du droit international ou en changement rapide. A ce titre, il est loisible de mentionner le *droit de l'espace* dont l'essentiel du régime juridique repose sur un fondement

CHAP. XII. LA DOCTRINE

purement « doctrinal » ou encore le *droit de la mer* où la doctrine a joué un rôle non négligeable pour le développement de concepts tels que ceux de « plateau continental », « zone contiguë », « zone économique exclusive » ou encore pour ce qui a trait au « droit de l'environnement ».

3 — UN APPORT RAREMENT RECONNU
PAR LES TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

7. — Il est tout d'abord exceptionnel qu'un auteur particulier soit cité par un tribunal international dans le corps de sa décision. Lauterpacht en cite un seul exemple emprunté à la jurisprudence de la *Commission mixte américano-égyptienne* (voir H. LAUTERPACHT, *Development of Law by the International Court of Justice*, 1958, p. 25, n°84).

8. — Parfois des références à des ouvrages doctrinaux se trouvent dans des arbitrages. On citera à ce propos la sentence Dupuy dans *l'affaire Texaco c/Calasiatic* où l'arbitre s'appuya sur certains ouvrages considérés par lui comme importants. Toutefois, la plupart du temps, les références à la doctrine sont globales et non individualisées, tout en demeurant fort rares. A cet égard, peuvent être considérées comme typiques les allusions de la C.P.J.I. dans l'affaire du « *Lotus* » (sér. A, n° 7, p. 26) ou de *certaines intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (Sér. A, n° 6, 1925, p. 20). Mais, dans tous ces cas, la Cour se servit de la doctrine d'une manière « négative » pour montrer que l'allégation d'une partie au procès concernant l'existence de telle ou telle règle – compétence de l'Etat du pavillon à la suite d'un abordage dans *l'affaire du « Lotus »*, doctrine de la « *litispendance* » dans le second cas – était loin d'être prouvée, qu'elle demeurait controversée et donc qu'elle ne saurait être admise en droit international.

En revanche, doctrine et auteurs particuliers sont abondamment utilisés par les parties devant la C.I.J., devant les tribunaux internationaux ou les cours d'arbitrage ; ils font parfois l'objet de références explicites dans les opinions individuelles ou dissidentes de juges ou d'arbitres internationaux.