



HAL
open science

L'ambivalence du rôle de la doctrine à l'égard du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales

Rosalie Le Moing

► **To cite this version:**

Rosalie Le Moing. L'ambivalence du rôle de la doctrine à l'égard du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Paix et sécurité européenne et internationale, université Côte d'Azur 2022. hal-03088773

HAL Id: hal-03088773

<https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-03088773>

Submitted on 7 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ambivalence du rôle de la doctrine à l'égard du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales

Rosalie Le Moing¹

ATER en Droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Résumé

Le développement normatif considérable du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale interroge sur le rôle accordé à la doctrine. Si la double fonction traditionnelle de celle-ci – portant à la fois sur l'identification et la formation du droit positif – est bien confirmée, les enjeux inhérents à cette branche du droit expliquent l'originalité du rôle de la doctrine en la matière. Elle se manifeste tant à l'égard de l'identification du droit positif, reposant sur la portée juridique singulière des controverses doctrinales, que de la formation du droit applicable, nécessitant le recours par la doctrine à des outils originaux.

Mots-clés : chercheurs, système de sécurité collective, opérations de maintien de la paix, identification du droit positif, formation du droit positif, ambiguïté, contentieux international, représentants d'États

Abstract

Peacekeeping Law's normative development raises concerns regarding scholars' function. As traditionally observed in Public International Law, scholars are useful regarding both identifying and creating applicable law. There is nevertheless a specific character of scholars considering Peacekeeping Law, that arises from stakes arising inherent to this branch of Law. This originality leads to a singular legal scope of doctrinal controversies regarding identifying applicable law, and to unusual tools to influence applicable law's formation.

Keywords : scholars, collective-security system, peacekeeping operations, identification of applicable law, law-making, ambiguity, international dispute, states' representatives

¹ Cet article est tiré d'une communication présentée lors de la Summer School organisée par l'Institut de la Paix et du Développement de l'Université Nice Côte d'Azur en septembre 2020 et portant sur "Les doctrines en droit international et droit européen".

I. Introduction

« Compte tenu du rôle respectif des États et des tribunaux dans la formation du droit international, certains auteurs ont cru juger utile de revenir à la distinction des deux fonctions principales que la doctrine assume traditionnellement : aider à la détermination des règles juridiques existantes et exercer un impact sur le développement progressif du droit. Faut-il alors admettre, notamment avec MM. Patrick Daillier et Alain Pellet, que “le déclin du rôle de la doctrine est plus marqué sur le second point que sur le premier” ? »².

La question du rôle – c’est-à-dire des fonctions et de la potentielle influence – de la doctrine apparaît ainsi comme une interrogation classique, exacerbée par l’évolution de ce rôle corrélativement au développement du droit international public au xx^e siècle. Ces débats doctrinaux, constatés il y a trente ans, semblent garder toute leur pertinence aujourd’hui.

Le terme doctrine est équivoque, et recouvre deux discours potentiellement contradictoires en droit international public. L’« [e]nseignement des auteurs de droit international »³, c’est-à-dire les opinions et conceptions des auteurs, s’opposent en effet aux discours politiques des représentants d’États, destinés à représenter la position adoptée par un État sur un élément précis du droit (tel qu’une norme, un comportement d’un sujet ou acteur du droit international, une jurisprudence, etc.)⁴. Tandis que le premier discours (celui des savants) est fondé sur la science du droit et a vocation, par conséquent, à être le plus objectif possible, le second (celui des jurisconsultes) est dépendant des intérêts d’un État⁵. Dès lors, l’influence exercée par la doctrine sur le droit international public diffère selon la conception retenue : les opinions des « responsables politiques investis de compétences étatiques à un moment donné de la conjoncture internationale [...] n’ont pas en vérité pour ambition d’énoncer le droit international mais plutôt, selon l’expression de Guy De Lacharrière, une “politique juridique extérieure” »⁶, alors que l’enseignement des auteurs

² A. Oraison, « Réflexions sur “la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations” (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées) », *RBDI*, 1991, n° 2, pp. 507-580, spéc. p. 577, disponible en ligne : http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI_1991/RBDI_1991-2/Etudes/RBDI_1991.2 - pp. 507 à 580 - André Oraison.pdf [consulté le 22/05/2020].

³ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p. 352. Les auteurs, c’est-à-dire les professeurs, se différencient en ce sens des organisations non gouvernementales (ONG). Les premiers (professeurs) ont pour vocation principale l’expertise et le « bilan » du droit positif, alors que les secondes (ONG) constituent des « porte-paroles “officieux” de la société civile » et ne reposent donc pas nécessairement – ou uniquement – sur l’expertise ni l’objectivité (J.A. Fuentes Véliz, « L’évolution du rôle des organisations non gouvernementales dans le droit de l’environnement », *Revue européenne de droit de l’environnement*, vol. 11, 2007, n° 4, pp. 401-430, spéc. p. 407). Le rôle des ONG à l’égard du droit international positif est indéniable – et même progressif – sans être pour autant assimilable aux auteurs, en raison du militantisme qui l’imprègne de manière bien plus flagrante et systématique que la doctrine.

⁴ « Opinion émise par des hommes politiques sur des points controversés de droit international et devant servir de ligne de conduite à leur gouvernement » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p. 352).

⁵ La distinction entre ces deux « catégories » de doctrines est toutefois susceptible d’être entravée, en cas de cumul des deux statuts (savant et jurisconsulte) par un individu. Il est en effet possible pour un membre de la doctrine de devenir (ponctuellement ou de manière pérenne) représentant d’État ou, inversement, pour un représentant d’État de devenir savant (à l’instar de Martti Koskenniemi par exemple).

⁶ A. Oraison, « Réflexions sur “la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations” (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées) », *RBDI*, 1991, n° 2, pp. 507-580, spéc.

de droit international repose sur « 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 »⁷. Si les deux conceptions de la doctrine entretiennent indéniablement des liens avec le droit positif, le statut des opinions des auteurs de droit international est singulier⁸, conférant ainsi aux travaux de recherche une fonction particulière. L'influence exercée par cette forme de doctrine est en outre confortée par la contribution décisive des auteurs à la construction du droit international public⁹.

Pour autant, l'empreinte de la doctrine sur le droit positif n'est pas nécessairement uniforme au sein de toutes les branches du droit. À cet égard, l'on peut immédiatement penser que la spécificité du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales génère une adaptation de l'influence exercée par la doctrine, par comparaison avec d'autres branches de ce droit ou avec l'ensemble du droit international public. Le maintien de la paix et de la sécurité internationales revêt en effet une importance capitale en droit international public, en tant qu'objectif essentiel de ce droit érigé à ce titre en but premier des Nations Unies¹⁰. Non défini par la Charte des Nations Unies, le maintien de la paix et de la sécurité internationales est en outre éminemment vaste et le droit y relatif est susceptible de recouvrir l'ensemble des normes destinées à faire perdurer la paix, c'est-à-dire à lutter contre les menaces à la paix et à la sécurité internationales¹¹. Malgré l'étendue potentielle de ce droit, il existe un « noyau dur » du maintien de la paix et de la sécurité internationales, constitué à la fois du *jus ad bellum* – le droit relatif au recours à la force – et de son corollaire – le règlement pacifique des différends. L'interdiction du recours à la force et l'obligation de règlement pacifique des différends constituent ainsi les deux principes cardinaux du système de sécurité collective¹², au cœur du droit du maintien de la paix et de la sécurité

p. 508, disponible en ligne : http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI_1991/RBDI_1991-2/Etudes/RBDI_1991.2 - pp. 507 à 580 - André Oraison.pdf [consulté le 22/05/2020].

⁷ A. Oraison, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées) », *RBDI*, 1991, n° 2, pp. 507-580, spéc. p. 508, disponible en ligne : http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI_1991/RBDI_1991-2/Etudes/RBDI_1991.2 - pp. 507 à 580 - André Oraison.pdf [consulté le 22/05/2020].

⁸ L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice inclut en effet, au sein de la liste (non exhaustive) des sources du droit international public, « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

⁹ Au sujet de l'influence de la doctrine sur le développement et le contenu du droit international public, voy. par exemple : M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations : the Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2004, 569 p.

¹⁰ Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945, article 1 §1.

¹¹ Le maintien de la paix est ainsi défini par la doctrine comme l'« [a]ction consistant à faire perdurer un état de paix, spécialement lorsque celui-ci est menacé » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p. 678). La définition de la paix est également, et logiquement, particulièrement étendue : elle recouvre « [a]u sens étroit [l']absence de guerre » et « [p]ar extension : [l'] objectif de la société internationale tendant au maintien d'une situation internationale sans guerre » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p. 799).

¹² La sécurité collective est en effet définie comme le « [s]ystème par lequel une collectivité d'États conclut, en vue de prévenir l'emploi de la force contre l'un d'entre eux, des engagements de règlement pacifique des différends aux termes desquels chacun pourra bénéficier, sous forme d'actions communes, de la garantie de l'ensemble de la collectivité [nous soulignons] » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p. 1024).

internationales instauré par la Charte des Nations Unies¹³. Les présents travaux se restreindront ainsi à leur analyse¹⁴.

Eu égard à l'importance du système de sécurité collective, l'on ne s'étonnera pas qu'il existe de nombreuses interactions entre la doctrine et le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette branche du droit international public est et demeure naturellement au cœur de nombreux travaux de recherche, en raison des objectifs et des attentes corrélatives liés à ce droit.

Un tel constat conduit légitimement à s'interroger non seulement sur les manifestations, mais également sur l'ampleur du rôle – et donc de la potentielle influence – de la doctrine à l'égard du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Les interactions entre la doctrine et le droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales illustrent un dédoublement et, par conséquent, une ambivalence du rôle de la doctrine. Cantonnée pendant plusieurs décennies à l'*identification* du droit applicable, la doctrine semble à nouveau s'émanciper de cette fonction traditionnelle en contribuant directement à la *formation* du droit de la sécurité internationale¹⁵. La doctrine pourrait (re)devenir, au-delà d'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »¹⁶, une « source informelle ou non formelle [l'auteure souligne] »¹⁷ du droit international public. Les fonctions de la doctrine seraient donc susceptibles de s'étendre au-delà de la description et de l'explication du droit positif (*identification*), en participant à l'évolution de ce droit (*formation*).

Ce dédoublement, *a priori* paradoxal, du rôle de la doctrine apparaît sous une forme singulière en droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales, bien qu'il ne soit pas propre à cette branche du droit international public.

Ainsi, comme pour toute branche du droit, l'*identification* du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales est nécessairement limitée à la description, et non à la construction, du droit. Toutefois, le rôle de la doctrine est décisif au sein de l'identification du droit positif et est rempli de manière singulière par les controverses doctrinales (II). À l'inverse, la *formation* du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales revêt nécessairement une portée plus étendue en influençant le contenu du droit positif. Or, le rôle de la doctrine à l'égard de la *formation* du droit est moins déterminant qu'à l'égard de l'*identification* du droit (II).

¹³ Ces deux principes sont prévus respectivement par les articles 2 §4 et 2§3 de la Charte des Nations Unies.

¹⁴ Ceci exclut par exemple le *jus in bello* (droit applicable aux conflits armés) ou le droit du désarmement, qui ne relèvent pas, *stricto sensu*, du droit de recourir à la force ni du règlement pacifique des différends.

¹⁵ Le « déclin » de la contribution de la doctrine à l'égard de la formation de l'ensemble du droit international public a été affirmé à plusieurs reprises durant la deuxième moitié du xx^e siècle. Voy. à ce sujet : A. Oraison, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées) », *RBDI*, 1991, n° 2, pp. 507-580, disponible en ligne : http://rbdi.bruxylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI_1991/RBDI_1991-2/Etudes/RBDI_1991.2 - pp. 507 à 580 - André Oraison.pdf [consulté le 22/05/2020].

¹⁶ Statut de la Cour internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945, article 38 §1 d).

¹⁷ J. Ringelheim, « §2. Le rôle de la doctrine dans l'émergence du droit international des droits de l'homme. Regards sociologiques sur un facteur de création du droit », in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Normativités concurrentes*, Limal/Bruxelles, Anthémis/Université Saint Louis, Collection Les sources du droit revisitées. Volume 3, 2012, pp. 45-65, spéc. p. 64, disponible en ligne : https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=boreal%3A169251&datastream=PDF_01 [consulté le 22/05/2020].

II. Un rôle décisif mais d'une portée limitée : l'apport paradoxal des controverses doctrinales à l'identification du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales

L'identification du droit positif conduit nécessairement à un rôle *descriptif* de la doctrine (et non à un rôle *créateur*, lié à la *formation* du droit). L'intérêt du rôle de la doctrine semble dès lors être limité et relatif. Un tel constat intuitif doit néanmoins être nuancé en droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales. En effet, de nombreuses incertitudes demeurent quant à l'identification des normes ayant trait à la sécurité internationale. En raison du caractère éminemment politique des normes relevant du maintien de la paix et de la sécurité internationales, les divergences entre États sont accentuées, chacun poursuivant la préservation de ses intérêts. L'identification du droit applicable constitue dès lors un enjeu primordial face aux incertitudes juridiques, constituant ainsi l'une des fonctions principales de la doctrine. En effet, la lecture du droit positif – des traités ou de la jurisprudence par exemple – ne permet pas de déceler (toutes) les incertitudes, faute de retranscrire (expressément ou intégralement) les questions et divergences existantes. L'apport de la doctrine se révèle donc essentiel à cet égard, car les auteurs soulignent ces incertitudes, facilitant ainsi la compréhension et l'identification du droit positif. Cette identification est néanmoins déroutante à deux égards.

D'une part, la participation doctrinale à l'identification du droit applicable emprunte une forme étonnante : celle des divergences doctrinales. De prime abord, l'existence de controverses doctrinales amène nécessairement à penser qu'une partie des auteurs a tort quant à l'identification du droit positif. En réalité, les débats et oppositions entre les auteurs peuvent refléter l'indétermination des normes existantes. L'incertitude dont cette branche du droit est porteuse n'est en effet que la continuité de l'indétermination même de son fondement, c'est-à-dire de la menace contre la paix : « [l]e contenu du concept est fuyant. La "menace contre la paix" possède un aspect polymorphe adaptable à des situations variées »¹⁸. Par ses controverses, la doctrine est ainsi susceptible de contribuer à mettre en exergue les limites et l'ambiguïté entourant le droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales. La doctrine ne tranche donc pas l'interrogation sur le droit positif, en permettant de faire évoluer ce droit ou en donnant à elle seule une réponse certaine à une question de droit. Elle contribue par contre à révéler les incertitudes du droit positif. Les auteurs peuvent en effet retranscrire, par leurs controverses doctrinales, les débats animant le droit positif (les auteurs adoptant l'une des positions possibles à l'égard du droit positif ou expliquant les différentes interprétations possibles du droit).

D'autre part, la contribution des auteurs à l'identification du droit positif révèle un paradoxe. Certaines controverses doctrinales retranscrivent effectivement l'ambiguïté du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales (II.1). À l'inverse, les consensus doctrinaux apparents, c'est-à-dire les éléments de droit à l'égard desquels il existe une doctrine majoritaire, sont paradoxalement susceptibles d'induire en erreur sur le contenu du droit positif (II.2).

¹⁸ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p. 800.

II.1. Le reflet fidèle des incertitudes du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales : de fortes divisions doctrinales

L'incertitude irriguant le droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales se confirme dès l'étude de l'une des deux exceptions au principe central d'interdiction du recours à la force. Le constat de l'ambiguïté de la légitime défense ne saurait surprendre, dès lors que cette ambiguïté était volontaire au sein de la Charte des Nations Unies¹⁹, même si l'on ne saurait, à la seule lecture de l'article 51 de la Charte, déceler ou imaginer les nombreuses questions suscitées par la légitime défense et non tranchées par le droit positif. D'où l'importance du concours des savants, qui se manifeste nécessairement par de nombreuses divergences doctrinales, dues aux incertitudes de la Charte.

L'indétermination se révèle à l'analyse de l'élément déclencheur du droit de légitime défense : l'agression. L'identification de l'agression suscite en effet de nombreuses interrogations à trois égards.

En premier lieu, la définition de l'agression comporte d'importantes limites. Alors même qu'elle était reconnue comme nécessaire dès la Société des Nations (SdN)²⁰, le mutisme du Pacte de la SdN à cet égard²¹ fut conservé au sein de l'article 51 de la Charte des Nations Unies²². La volonté de combler cette lacune explique l'adoption de la résolution 3314 par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1974 pour définir l'agression²³. Toutefois, cette définition n'est pas satisfaisante et n'est dès lors pas de nature à mettre fin aux controverses. Elle ne fait pas consensus et n'est d'ailleurs pas mobilisée par le Conseil de sécurité²⁴. De plus, elle ne permet pas de limiter les qualifications abusives d'agression²⁵,

¹⁹ M. Waclaw Komarnicki, *La définition de l'agresseur en droit international*, RCADI, vol. 75, 1949, pp. 4-113, spéc. p. 85.

²⁰ Voy. à ce sujet : M. Bourquin, *Le problème de la sécurité internationale*, RCADI, vol. 49, 1934, pp. 471-542, spéc. p. 505.

²¹ L'article 10 du Pacte de la SdN évoquait l'« agression, [la] menace d'agression ou [l]e danger d'agression » sans définir pour autant cette notion (Pacte de la Société des Nations, signé à Versailles le 28 juin 1919 et entré en vigueur le 10 janvier 1920).

²² Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945, article 51.

²³ Assemblée générale des Nations Unies, *Définition de l'agression*, A/RES/3314 (XXIX), 14 décembre 1974.

²⁴ Voy. par exemple à ce sujet : A.-Th. Norodom, « La légitime défense des États », in J.-M. Sorel et S. Zašova (dir.), *Les menaces contre la paix et la sécurité internationales : aspects actuels*, Publication de l'IREDIÉS, n° 1, 2010, pp. 35-54, spéc. p. 42, disponible en ligne : https://iredies.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/MARS_Livre_blanc.pdf [consulté le 25/05/2020]. L'absence de « mobilisation », par le Conseil de sécurité, de la définition de l'agression contenue dans la résolution 3314 (XXIX) est susceptible d'être fondée sur plusieurs éléments. Outre le caractère non contraignant de la résolution, elle peut s'expliquer à la fois par la prépondérance du rôle du Conseil de sécurité dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité internationales, par opposition au rôle subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies en la matière (conformément aux articles 12 et 24 de la Charte des Nations Unies), mais également par les limites de cette définition.

²⁵ Une partie de la doctrine a relevé à juste titre l'insuffisance de la définition de l'agression résultant de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies. Voy. par exemple : P. Klein, *Le droit international à l'épreuve du terrorisme*, RCADI, vol. 321, 2007, pp. 203-484, spéc. pp. 264-265 ; M. Koskeniemi, « A Trap to the Innocent... », in C. Kress (éd.), *The Crime of Aggression : A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 1359-1385, spéc. pp. 1359-1360. Les écueils de la définition de l'agression issue de la résolution 3314 ne sont pas étonnants, et font écho aux débats générés par toute proposition de définition de l'agression, comme celle de l'URSS durant la Conférence du désarmement (1932-1933). Voy. à ce sujet : M. Bourquin, *Le problème de la sécurité internationale*, RCADI, vol. 49, 1934, pp. 471-542, spéc. pp. 507-510.

malgré les nombreux garde-fous qu'elle contient²⁶. Les débats doctrinaux relatifs à la définition de l'agression ne sont ainsi que le miroir des incertitudes du droit positif en la matière.

En deuxième lieu et corrélativement, les entraves liées à la qualification de l'agression sont accentuées par les divergences de traduction de la Charte des Nations Unies. La version française retient la notion d'agression armée, tandis que les versions anglaise et espagnole mentionnent une attaque armée. Or, comme le résume Rahim Kherad, « [...] l'expression "attaque armée" permet une interprétation extensive. En revanche, celle d' "agression armée" rend l'invocation de la légitime défense plus restrictive [...] »²⁷.

Enfin, dans la continuité de l'ambiguïté de l'agression, le moment à partir duquel le droit de légitime défense peut être exercé génère également des débats doctrinaux²⁸. « Selon une opinion minoritaire, la légitime défense préventive est admissible, car on ne peut pas demander à un État de ne pas réagir alors que l'attaque contre lui se prépare et est, le cas échéant, sur le point d'être lancée »²⁹. Ces auteurs reconnaissent ainsi la licéité de la légitime défense préemptive ou « anticipée »³⁰ (en cas de menace certaine et imminente d'agression), voire même de légitime défense anticipative ou purement préventive (en cas de menace d'agression future non imminente et plus incertaine)³¹. D'autres auteurs plaident en revanche pour la nécessité d'une agression armée réalisée (et donc d'une limitation à la légitime défense purement « réactive »³²) ou, tout du moins, pour un encadrement restrictif de la légitime défense préemptive, à l'instar d'Anne-Thida Norodom :

« Le principe [de légitime défense préemptive] ne serait donc pas entièrement rejeté, les tentatives de réhabilitation de cette thèse depuis les attentats du 11 septembre et les rapports de l'ONU l'attestent, mais sa mise en œuvre reste dangereuse notamment parce

²⁶ La définition de l'agression issue de la résolution 3314 (XXIX) débute par une définition générale et flexible, destinée à permettre une adaptation de cette définition (article premier). Néanmoins, afin d'encadrer la malléabilité et, partant, les potentielles qualifications abusives d'agression, la résolution 3314 contient une liste d'exemples d'agression (article 3). Cette liste d'exemples n'est toutefois pas exhaustive (article 4), afin non seulement de préserver le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité des Nations Unies à l'égard de l'agression, mais également de pouvoir inclure des situations non prévues ou non prévisibles lors de l'adoption de la résolution.

²⁷ R. Kherad, « Rapport introductif », in R. Kherad (dir.), *Légitimes défenses*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 3-22, spéc. p. 14.

²⁸ À l'instar des débats suscités par la définition de l'agression, ces controverses ne sont pas nées avec la Charte des Nations Unies mais étaient déjà constatées sous la SdN par exemple. Voy. à ce sujet : M. Bourquin, *Le problème de la sécurité internationale*, RCADI, vol. 49, 1934, pp. 471-542, spéc. pp. 479-481. Pour une synthèse des débats doctrinaux actuels, voy. par exemple : R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, 2^e édition, 435 p., spéc. pp. 278-282.

²⁹ R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, 2^e édition, 435 p., spéc. pp. 278-279.

³⁰ R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, 2^e édition, 435 p., spéc. p. 280.

³¹ Sur la distinction entre les deux formes de légitime défense en cas de menace d'agression (légitime défense préemptive ou préventive), voy. par exemple : Th. Christakis, « Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple "menace" ? Une réponse au "groupe des personnalités de haut niveau" de l'ONU », in *Les métamorphoses de la sécurité collective : droit, pratique et enjeux stratégiques*, journée franco-tunisienne des 24 et 25 juin 2004 à Hammamet organisée par la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2005, pp. 197-222, spéc. p. 199, disponible en ligne : https://cesice.univ-grenoble-alpes.fr/sites/cesice/files/Mediatheque/Documents/Centre/Membres/article_t_christakis_droit_legitime_defense.pdf [consulté le 8 février 2021].

³² R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, 2^e édition, 435 p., spéc. p. 280.

qu'il est difficile d'établir un seuil de menace à partir duquel le droit de légitime défense pourrait être exercé »³³.

Or, malgré l'existence de certains éléments de réponse en droit positif, l'incertitude demeure, faute de convergence et de clarté. Ainsi, en 2004, le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement a estimé que le droit international coutumier reconnaissait la licéité de la légitime défense préemptive (en cas de menace d'agression imminente et certaine)³⁴. La Cour internationale de Justice (CIJ) semble, à l'inverse, avoir implicitement adopté la seconde position doctrinale, rejetant ainsi la légitime défense préemptive et anticipative³⁵. Il existe ainsi des contradictions et, qu'il s'agisse du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement ou de la CIJ, la portée juridique des réponses apportées doit être nuancée³⁶. Faute de réponse expresse et certaine, l'incertitude demeure.

³³ A.-Th. Norodom, « La légitime défense des États », in J.-M. Sorel et S. Zašova (dir.), *Les menaces contre la paix et la sécurité internationales : aspects actuels*, Publication de l'IREDIÉS, n° 1, 2010, pp. 35-54, spéc. p. 46, disponible en ligne : https://iredies.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/MARS_Livre_blanc.pdf [consulté le 25/05/2020].

³⁴ Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, 59^e session, 564^e séance, A/59/565, 2 décembre 2004, spéc. p. 59 §188, et recommandation n° 53, pp. 93-94.

³⁵ Ceci résulte particulièrement de trois affaires de la CIJ, comme le souligne Théodore Christakis (Th. Christakis, « Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple "menace" ? Une réponse au "groupe des personnalités de haut niveau" de l'ONU », in *Les métamorphoses de la sécurité collective : droit, pratique et enjeux stratégiques*, Journée franco-tunisienne des 24 et 25 juin 2004 à Hammamet organisée par la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2005, pp. 197-222, spéc. pp. 219-220, disponible en ligne : https://cesice.univ-grenoble-alpes.fr/sites/cesice/files/Mediatheque/Documents/Centre/Membres/article_t_christakis_droit_legitime_defense.pdf [consulté le 8 février 2021]) :

1) *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, pp. 14 et s., spéc. p. 103, §195 : « [d]ans le cas de la légitime défense individuelle, ce droit ne peut être exercé que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée ».

2) *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 6 novembre 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pp. 161 et s., spéc. p. 186, §51 : « [p]ar conséquent, pour établir qu'ils étaient en droit d'attaquer les plates-formes iraniennes dans l'exercice du droit de légitime défense individuelle, les États-Unis doivent démontrer qu'ils ont été attaqués [...] ».

3) *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, pp. 136 et s., spéc. p. 194, §139 : « [l]'article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée [...] ».

³⁶ En ce qui concerne le Groupe de personnalités de haut niveau, le rapport n'est pas contraignant et n'est donc pas inclus au sein du droit positif, puisqu'il a été adopté par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (dépourvue en principe de valeur contraignante). De plus, la licéité de la légitime défense préemptive affirmée par le rapport n'est pas suffisamment justifiée ni nécessairement fondée en droit (voy. par exemple à ce sujet : Th. Christakis, « Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple "menace" ? Une réponse au "groupe des personnalités de haut niveau" de l'ONU », in *Les métamorphoses de la sécurité collective : droit, pratique et enjeux stratégiques*, Journée franco-tunisienne des 24 et 25 juin 2004 à Hammamet organisée par la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2005, pp. 197-222, disponible en ligne : https://cesice.univ-grenoble-alpes.fr/sites/cesice/files/Mediatheque/Documents/Centre/Membres/article_t_christakis_droit_legitime_defense.pdf [consulté le 8 février 2021]). En ce qui concerne la CIJ, la relativisation de la portée juridique de ses affirmations repose sur deux éléments : la Cour n'évoque pas les termes de légitime défense préemptive ou préventive et, surtout, ne rejette pas expressément la possibilité d'exercer la légitime défense en cas de menace (imminente ou future) d'agression. Elle se contente à cet égard soit de rappeler les termes de la Charte (sans exiger explicitement la réalisation d'une agression armée ou d'une attaque armée), soit d'exiger de l'État exerçant la légitime défense qu'il démontre qu'une agression ou attaque armée a bien eu lieu.

Les controverses doctrinales semblent ainsi être justifiées et, surtout, contribuer à identifier le droit positif ou, plus précisément, les incertitudes du droit positif relatif au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Tel n'est néanmoins pas systématiquement le cas, et certaines positions doctrinales se distinguent en ce qu'elles sont, cette fois, majoritaires (constitutives d'« embryons » de consensus doctrinaux) et, surtout, susceptibles d'induire en erreur sur le contenu du droit positif.

II.2. Les entraves potentielles à l'identification du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales : le poids des doctrines majoritaires

Certaines conceptions doctrinales sont susceptibles de retranscrire une vision erronée du droit positif. Elles pourraient sembler similaires aux fortes divisions doctrinales analysées précédemment, mais s'en démarquent à deux égards. En premier lieu, ces conceptions doctrinales sont bien moins sujettes à controverses que les premières : il existe dans ce cas de figure une doctrine majoritaire. Les divisions sont donc bien moins fortes et visibles que les controverses doctrinales retranscrivant les incertitudes du droit positif. En second lieu, si elles mobilisent – à l'instar des controverses légitimes – l'ambiguïté du droit positif, elles dissimulent, sous couvert de consensus, cette ambiguïté ou occultent les embryons de réponse apportés par l'évolution du droit positif. Il peut en être ainsi lorsque la doctrine majoritaire affirme qu'il existe une réponse certaine à une question donnée alors même que la question demeure en suspens ou alors même que le droit positif s'oriente au contraire vers la réponse opposée.

L'exemple de la légitime défense peut à nouveau être mobilisé puisqu'un débat crucial anime la doctrine quant à l'auteur de l'agression : doit-il s'agir d'un État, ou une « agression » non étatique (telle qu'un attentat terroriste) peut-elle déclencher le droit de légitime défense ?

La doctrine, qui semble encore majoritaire aujourd'hui, restreint le droit de légitime défense à la réalisation d'une agression armée étatique ou imputable indirectement à un État (agression indirecte). Les propos d'Oliver Corten sont emblématiques en la matière :

« L'interdiction du recours à la force est une règle liant les États, et non les acteurs non étatiques. Le mécanisme de l'« agression indirecte » permet, dans certaines circonstances, d'imputer à un État des actes assimilables à une attaque armée, ce qui ouvre la voie à l'exercice de la légitime défense de la part de l'État attaqué. En dehors de cette hypothèse, ni l'article 2 § 4 ni l'article 51 de la Charte ne sont applicables »³⁷.

La position de la Cour revêt néanmoins une portée juridique bien plus grande que celle du rapport du Groupe de personnalités de haut niveau, même si le rejet explicite de la licéité de la légitime défense préemptive ou préventive fait encore défaut pour mettre fin aux incertitudes. Au regard de l'ambiguïté de la position de la CIJ concernant la légitime défense préemptive et préventive, voy. par exemple : Ph. Weckel, « Nouvelles pratiques américaines en matière de légitime défense ? », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 128-137, spéc. p. 130, disponible en ligne : https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/9_128-137.pdf [consulté le 8 février 2021].

³⁷ O. Corten, *Le droit contre la guerre : l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2014, 2^e édition revue et augmentée, 932 p., spéc. pp. 262-263. La doctrine est particulièrement prolifique sur le sujet. Pour d'autres exemples de rejet de l'agression armée non étatique comme fait déclencheur de la légitime défense, en dehors de l'agression armée indirecte d'un État, voy. par exemple : P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, Collection Précis, 2020, 15^e édition, 962 p., spéc. pp. 710-714 et pp. 720-721 ; F. Latty, « Le brouillage des repères du *jus contra bellum*. À propos de l'usage de la force par la France contre Daech », *RGDIP*, 2016, n° 1, pp. 11-39, spéc. pp. 21-22, disponible en ligne : http://www.franck-latty.fr/Publications/Articles_files/LATTY_RGDIP_Daech.pdf [consulté le 12/07/2021].

Il existe bien une ambiguïté en la matière, en raison du silence de la Charte. Cette incertitude est toutefois occultée par la doctrine majoritaire, qui affirme que le droit positif aurait tranché en rejetant l'agression non étatique. Or, les arguments invoqués au soutien d'une telle affirmation sont erronés à plusieurs égards, comme une partie de la doctrine a pu le souligner³⁸.

En premier lieu, la Charte exige uniquement que l'agression armée soit commise *contre* un État, non *par* un État. La question de l'agression non étatique fut donc laissée en suspens en 1945³⁹, alors même que les interrogations relatives à l'agression armée non étatique sont en réalité anciennes et étaient déjà constatées lors de l'affaire de la Caroline opposant le Royaume-Uni et les États-Unis à partir de 1837⁴⁰.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine, la CIJ ne s'est prononcée qu'une seule fois à l'égard de l'agression armée non étatique, les autres affaires étant en réalité relatives à l'agression armée indirecte par un État⁴¹. Dans l'avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a effectivement rejeté la possibilité d'exercice de la légitime défense en

Pour une synthèse des débats entre acceptation et rejet de l'agression armée non étatique comme fait déclencheur de la légitime défense, voy. par exemple : J.-Ch. MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille 3, 2005, 651 p., spéc. pp. 282-293 ; R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, 2^e édition, 435 p., spéc. pp. 274-277 ; A.-Th. Norodom, « La légitime défense des États », in J.-M. Sorel et S. Zašova (dir.), *Les menaces contre la paix et la sécurité internationales : aspects actuels*, Publication de l'IREDIÉS, n° 1, 2010, pp. 35-54, spéc. pp. 47-48, disponible en ligne : https://iredies.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/MARS_Livre_blanc.pdf [consulté le 25/05/2020] ; A. Cassese, « Article 51 », in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 3^e édition mise à jour, revue et augmentée dans le cadre du Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN) à l'occasion du 60^e anniversaire des Nations Unies, pp. 1329-1361, spéc. pp. 1350-1352, disponible en ligne : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2015/05/article-51.pdf> [consulté le 8 février 2021].

³⁸ La démonstration la plus complète et éloquente en la matière est issue d'une thèse de doctorat consacrée à la légitime défense en droit international public, qui sera donc fortement mobilisée dans les développements ci-dessous bien que ces travaux de recherche ne soient pas les seuls réfutant le rejet de l'agression armée non étatique. La thèse concernée est celle de Raphaël Van Steenberghe : R. Van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, 608 p.

³⁹ R. Van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, 608 p., spéc. pp. 270-271.

⁴⁰ L'affaire de la Caroline était en effet fondée sur une attaque d'un État par des individus. Voy. par exemple à ce sujet : A.-Th. Norodom, « La légitime défense des États », in J.-M. Sorel et S. Zašova (dir.), *Les menaces contre la paix et la sécurité internationales : aspects actuels*, Publication de l'IREDIÉS, n° 1, 2010, pp. 35-54, spéc. pp. 35-36, disponible en ligne : https://iredies.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/MARS_Livre_blanc.pdf [consulté le 25/05/2020].

⁴¹ R. Van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, 608 p., spéc. pp. 282-283. Comme le souligne cet auteur, cinq « affaires » (dont un avis consultatif) ont pu être mobilisées par la doctrine à l'égard de l'agression armée non étatique :

- 1) *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, pp. 14 et s. ;
- 2) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, pp. 226 et s. ;
- 3) *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 6 novembre 2003, C.I.J. Recueil 2003, pp. 161 et s. ;
- 4) *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, pp. 136 et s. ;
- 5) *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, C.I.J. Recueil 2005, pp. 168 et s.

réaction à une agression armée non étatique⁴². L'apport de cet avis consultatif peut néanmoins être nuancé, ne serait-ce que parce que trois juges se sont opposés à la solution retenue par la Cour et ont estimé que l'agression non étatique pouvait déclencher le droit de légitime défense⁴³.

Enfin, l'acceptation de l'agression armée non étatique comme élément déclencheur du droit de légitime défense est en outre confortée par la pratique, notamment du Conseil de sécurité et des États suite aux attentats du 11 septembre 2001⁴⁴ puis des attentats de l'État islamique⁴⁵. Certains États, tels que la France, initialement réfractaires à l'exercice de la légitime défense en réaction à une agression non étatique, admettent désormais qu'une telle agression déclenche le droit de légitime défense⁴⁶.

Il en résulte, comme le souligne Raphaël Van Steenberghe, « [...] qu'il n'est pas requis qu'une agression armée soit le fait d'un État pour constituer une agression armée et permettre le déclenchement du droit de légitime défense »⁴⁷.

L'opinion de la doctrine majoritaire, peut ainsi induire en erreur quant à l'identification du droit positif, en occultant ou en déformant les éléments du droit applicable – alors même que le consensus doctrinal participe habituellement, au contraire, à la facilitation de la compréhension du droit positif.

L'apparition et l'amplification des menaces à la paix et à la sécurité internationales⁴⁸ – telles que la multiplication des organisations et attentats terroristes – motivent précisément

⁴² *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, pp. 136 et s., spéc. p. 194, §139 : « [I]l' article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un État étranger ».

⁴³ Il s'agit des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal qui ont rendu respectivement deux opinions individuelles et une déclaration relatives à l'avis consultatif de la Cour.

⁴⁴ Le lendemain des attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité a implicitement reconnu que les États-Unis étaient habilités à exercer la légitime défense (en réaction à une agression armée non étatique par conséquent), en rappelant dans le préambule de la résolution 1368, relative aux attentats du 11 septembre, « le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte » (Conseil de sécurité des Nations Unies, *La situation en Afghanistan*, S/RES/1368, 12 septembre 2001). Au sujet de la pratique des États à l'égard de la légitime défense en réaction à une agression armée non étatique, voy. : R. Van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, 608 p., spéc. pp. 293-358.

⁴⁵ Une coalition internationale a été formée pour combattre l'État islamique en Syrie et en Iraq et une grande partie des États participant à la coalition a invoqué la légitime défense (seuls les États arabes n'ont pas expliqué le fondement de leur intervention et n'ont dès lors pas explicitement invoqué la légitime défense), bien que les formes et argumentations précises à l'appui de celle-ci aient varié d'un État à l'autre. Voy. par exemple à ce sujet : O. Corten, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l' "État islamique" en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *RBDI*, 2016, n° 1, pp. 31-68, spéc. pp. 53-54, disponible en ligne : http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/rbdi_2016_2/RBDI_16_1_Corten.pdf [consulté le 15/05/2020].

⁴⁶ Concernant l'évolution de la position de la France à ce sujet, voy. par exemple : O. Corten, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l' "État islamique" en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *RBDI*, 2016, n° 1, pp. 31-68, spéc. pp. 53-54, disponible en ligne : http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/rbdi_2016_2/RBDI_16_1_Corten.pdf [consulté le 15/05/2020] ; L. Balmond, « Frappes aériennes sur la Syrie base juridique », *RGDIP*, 2015, n° 4, pp. 804-805 ; F. Alabrune, « Fondements juridiques de l'intervention militaire contre Daech en Irak et en Syrie », *RGDIP*, 2016, n° 1, pp. 41-50, spéc. p. 45 ; F. Couveinhes-Matsumoto, « Résolution 2249 (2015) : soutien politique aux bombardements et non autorisation juridique », *RGDIP*, 2016, n° 1, pp. 80-81.

⁴⁷ R. Van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, 608 p., spéc. p. 325.

les propositions exponentielles de modification du droit positif. Les appels récents à la reconfiguration du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales pourraient ainsi conduire à une contribution croissante de la doctrine à l'évolution du droit. Il semble donc opportun de s'interroger sur l'influence potentielle des propositions doctrinales à l'égard de la formation du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

III. Un rôle limité mais d'une portée décisive : la contribution doctrinale à la formation du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales

Au xx^e siècle, l'idée d'un déclin du rôle de la doctrine à l'égard de la formation du droit international public en général s'est imposée, notamment en raison du développement normatif considérable du droit international public⁴⁹. Si le rôle de la doctrine à l'égard de la formation du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales est effectivement relatif par comparaison avec l'identification du droit positif (III.1), la doctrine exerce néanmoins une influence indirecte sur le contenu du droit positif (III.2).

III.1. Un rôle *a priori* relatif

De prime abord, cette branche du droit international public semble plus réfractaire que d'autres branches à l'influence doctrinale⁵⁰, car les vecteurs ou mécanismes classiques d'influence de la doctrine à l'égard du droit positif semblent peu mobilisés, ou mobilisables, dans le cadre du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

À titre d'exemple, les travaux de la Commission du droit international (CDI), pourtant reconnus comme l'un des vecteurs majeurs de la contribution de la doctrine à l'égard de la formation du droit international public⁵¹, ne portent pas sur la sécurité internationale⁵².

⁴⁸ L'apparition de nouvelles menaces et l'amplification de menaces existantes ont même conduit en novembre 2003 à la création d'un groupe au sein des Nations Unies, dédié spécifiquement à l'évaluation de l'adéquation du droit positif à l'égard de ces menaces (le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement : cf. *supra*, note 33).

⁴⁹ Plus le droit positif est développé d'un point de vue quantitatif et qualitatif, plus l'influence exercée par la doctrine sur la création et le contenu du droit positif semble diminuer.

⁵⁰ Le droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales se distingue à ce titre du droit international des droits de l'homme par exemple, au sein duquel la contribution doctrinale est reconnue comme déterminante. Voy. à ce sujet : J. Ringelheim, « §2. Le rôle de la doctrine dans l'émergence du droit international des droits de l'homme. Regards sociologiques sur un facteur de création du droit », in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Normativités concurrentes*, Limal/Bruxelles, Anthémis/Université Saint Louis, Collection Les sources du droit revisitées. Volume 3, 2012, pp.45-65, disponible en ligne : https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=boreal%3A169251&datastream=PDF_01 [consulté le 22/05/2020].

⁵¹ « La "doctrine des publicistes les plus qualifiés" comprend les vues individuelles des chercheurs et experts et, surtout, les opinions d'organismes renommés à l'échelle internationale tels que la Commission du droit international (CDI). Une opinion d'un organe international tel que la CDI ou d'une institution privée respectée qui comprend d'éminents juristes des différents systèmes juridiques se verrait accorder plus de poids qu'une décision judiciaire nationale ou un avis théorique individuel sur un point de droit international » (Office des Nations Unies contre les Drogues et le Crime, « Questions les plus fréquemment posées sur les aspects du droit international touchant la lutte contre le terrorisme », Manuel, 2009, 107 p., spéc. p.12, disponible en ligne : <https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/FAQ/French.pdf> [consulté le 25/05/2020]).

De même, plusieurs projets de conventions internationales ayant trait au maintien de la paix et de la sécurité internationales sont rédigés sans le concours de la doctrine. Tel est par exemple le cas dans le cadre de la lutte internationale contre le terrorisme⁵³. Plutôt que de faire appel à la CDI, plusieurs organes subsidiaires ont été créés, notamment sous l'égide de

Ceci peut être nuancé, dans la mesure où les membres de la Commission peuvent également être des représentants ou conseillers d'États, ou être influencés par leur nationalité et donc la position de leur propre État.

⁵² Il existe trois exceptions qui doivent néanmoins être fortement relativisées. La CDI a été amenée à analyser deux sujets liés au droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il en est ainsi de la définition de l'agression, initialement confiée à la Commission, qui fut ensuite transférée à plusieurs comités créés par l'Assemblée générale des Nations Unies en raison des travaux de la CDI portant sur un projet de code des crimes contre la paix et l'humanité incluant l'agression. À cet égard, la page du site de la CDI dédiée à la définition de l'agression est particulièrement détaillée et explique les différentes étapes de la définition de l'agression ainsi que le transfert de cette tâche à des comités : https://legal.un.org/ilc/summaries/7_5.shtml [consulté le 11/02/2021]. Le projet de code des crimes contre la paix et l'humanité constitue précisément la deuxième exception. La CDI a finalisé ce code en 1996, ce qui a permis qu'il fût mobilisé pour rédiger le Statut de Rome créant la Cour pénale internationale (et ainsi intégrer le droit positif). Toutefois, ces travaux ont ainsi principalement trait au droit international pénal (qui entretient manifestement des liens avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales, sans pour autant que ces deux branches ne se confondent), ce qui conduit à relativiser la portée de ces travaux à l'égard du maintien de la paix et de la sécurité internationales. De plus, et surtout, le projet de code adopté ne contient pas d'apport de la Commission concernant le seul élément du code relevant sans conteste du maintien de la paix et de la sécurité internationales : le projet ne contient en effet pas de définition de l'agression (Commission du droit international, *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, 48^e session, 1996, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II). Pour de plus amples informations sur le projet de code des crimes contre la paix et l'humanité, ainsi que ses liens avec le Statut de Rome créant la Cour pénale internationale (CPI), voy. la page du site de la CDI qui lui est dédiée : https://legal.un.org/ilc/summaries/7_4.shtml [consulté le 11/02/2021]. Enfin, certains travaux de la Commission portent sur les conséquences des conflits armés (au regard soit du droit des traités, soit de la protection de l'environnement). Néanmoins, il ne s'agit pas du maintien de la paix et de la sécurité internationales *stricto sensu* (*jus ad bellum*, distinct du *jus in bello* relatif au droit applicable dans les conflits armés), d'autant que la thématique principale de ces travaux ne repose pas tant sur les conflits armés que sur les conséquences de ces derniers à l'égard de branches du droit qui ne sont pas le maintien de la paix et de la sécurité internationales (qu'il s'agisse du droit des traités ou du droit de l'environnement). Il est ainsi possible de s'interroger sur les raisons de l'absence de travaux de la Commission liés au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Par sa généralité, la mission de la CDI, relative à la codification et au développement progressif du droit international (selon l'article premier §1 du Statut de la Commission adopté en 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies : Assemblée générale des Nations Unies, *Création d'une commission de droit international*, A/RES/174(II), 21 novembre 1947), n'exclut aucunement le maintien de la paix et de la sécurité internationales et lui permettrait même, particulièrement en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies (titulaire de la responsabilité subsidiaire du maintien de la paix et de la sécurité internationales en vertu de l'article 12 de la Charte des Nations Unies), de connaître de cette branche du droit international public. Les motifs de l'absence de travaux de la CDI sur cette thématique, à l'exception des trois exceptions suscitées, ne font toutefois pas l'objet, à notre connaissance, de commentaire ou d'explication particulière. Il est possible d'imaginer que ceci s'explique par les controverses liées au contenu du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales (entravant ainsi la codification et le développement progressif de ce droit), ou par le développement normatif déjà réalisé par d'autres organes en la matière (tels que le Conseil de sécurité ou les comités créés par l'Assemblée générale des Nations Unies). Néanmoins, il s'agit uniquement de spéculations non confirmées à notre connaissance.

⁵³ Le Conseil de sécurité a expressément inclus le terrorisme dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en affirmant au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 qu'il « considère de tels actes, comme tout acte de terrorisme international, comme une menace à la paix et à la sécurité internationales [le Conseil souligne] » (Conseil de sécurité des Nations Unies, *La situation en Afghanistan*, S/RES/1368, 12 septembre 2001). Cette qualification est constante depuis la résolution 1368.

l'Assemblée générale des Nations Unies, afin de rédiger des projets de conventions internationales consacrés au terrorisme. L'influence exercée par ces organes sur la création et le contenu du droit positif est ainsi manifeste. Pourtant, lesdits organes sont composés de représentants d'États et/ou d'organisations internationales, à l'exclusion dès lors des enseignants-chercheurs et des experts. À titre illustratif, un Comité spécial a été créé en 1996 par l'Assemblée générale afin, notamment, d'élaborer un projet de convention générale sur le terrorisme. L'exclusion des membres de la doctrine apparaît dès la lecture de la composition du Comité, lequel est « ouvert à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies ou membres d'institutions spécialisées ou de l'Agence internationale de l'énergie atomique »⁵⁴.

Dans le même sens, un comité spécial a été créé par l'Assemblée générale en 1965 afin de faire une « étude d'ensemble des opérations de maintien de la paix [OMP] sous tous leurs aspects ». La mission confiée à ce comité semble ainsi inclure la création et la modification du droit positif. Ceci est confirmé par le fait que le Comité spécial des opérations de maintien de la paix (dit Comité des 34) soumet ses résolutions à la Quatrième Commission, qui est « devenue [l'] arène pour la réflexion sur l'adaptation aux nouveaux défis rencontrés par les OMP »⁵⁵. Le Comité semble ainsi susceptible d'exercer une influence importante sur le droit positif. Or, le Comité spécial est composé exclusivement d'États membres de l'ONU⁵⁶ qui ne sont pas nécessairement représentés par des membres de la doctrine et qui, en tout état de cause, exercent ces fonctions en tant que représentants d'État et non en tant que savants.

Plus récemment, le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement a été créé par le Secrétaire général des Nations Unies⁵⁷. La mission confiée à ce groupe était sans conteste susceptible de permettre aux personnalités de haut niveau de participer à l'éventuelle évolution du droit positif : « [l]e Groupe avait pour mission d'évaluer les menaces qui pèsent sur la paix et la sécurité internationales, de dire en quoi nos politiques et nos institutions actuelles nous permettent d'y faire face et de recommander des mesures propres à donner à l'Organisation des Nations Unies les moyens de pourvoir à la sécurité collective au XXI^e siècle »⁵⁸. Or, les 16 personnalités de haut niveau étaient toutes d'anciens représentants d'États ou agents d'organisations internationales⁵⁹.

⁵⁴ Assemblée générale des Nations Unies, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, A/RES/51/210, 17 décembre 1996.

⁵⁵ C. Egger, M.-N. Tannous et Ch. Tenenbaum, « Chapitre 6. Sécurité et maintien de la paix : l'Assemblée dans l'ombre du Conseil de sécurité », in G. Devin, Fr. Petiteville et S. Tordjman (dir.), *L'Assemblée générale des Nations Unies : là où le monde se parle depuis 75 ans*, Paris, Presses de Sciences Po, 2020, pp. 133-159, spéc. p. 141.

⁵⁶ La liste des 34 États membres de l'ONU faisant partie du Comité spécial des opérations de maintien de la paix est indiquée dans la résolution 2006 créant ledit Comité : Assemblée générale des Nations Unies, *Étude d'ensemble de toute la question des opérations de maintien de la paix sous tous leurs aspects*, A/RES/2006(XIX), 18 février 1965.

⁵⁷ Cf. *supra*.

⁵⁸ Note du Secrétaire général, reproduite avant le Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, 59^e session, 564^e séance, A/59/565, 2 décembre 2004.

⁵⁹ La page sur le site des Nations Unies dédiée au rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement indique les fonctions exercées par les membres de ce Groupe (<https://www.un.org/french/secureworld/panelmembers.html> [consulté le 8 février 2021]) :

« Le Secrétaire général de l'ONU, M. Kofi Annan, a nommé le 4 novembre 2003 l'ancien Premier Ministre de la Thaïlande, M. Anand Panyarachun*, Président du Groupe de haut niveau sur les menaces à la sécurité internationale et la réforme du système international.

[...]

Il est toutefois possible que les représentants d'États ou d'organisations internationales appartiennent également à la doctrine, ou soient conseillés eux-mêmes par des professeurs de droit international public. Dans une telle hypothèse, la doctrine peut exercer une influence certaine sur le droit positif. L'exemple le plus emblématique en la matière tient au droit d'ingérence, théorisé par Mario Bettati (qui fut le conseiller juridique de plusieurs secrétaires d'État ou ministres français, dont Bernard Kouchner). Mario Bettati lui-même a reconnu l'influence certaine qu'il a exercée à l'égard de la consécration de ce droit : « [i]ntroduit par la résolution 43/131 de l'Assemblée générale de l'ONU en 1988 puis par plus de 300 résolutions du Conseil de sécurité dans une vingtaine de conflits, le droit d'ingérence a été consacré par le sommet mondial des chefs d'État et de gouvernement. [...] Un bilan s'impose aujourd'hui, dix-huit ans après le lancement du concept dont nous fûmes les promoteurs [nous soulignons] »⁶⁰.

L'exemple de Mario Bettati constitue un premier indice de l'influence certaine, bien qu'indirecte ou implicite, de la doctrine à l'égard de la formation du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

III.2. Un rôle indirect

Le contentieux international constitue un réceptacle de la doctrine, susceptible de retranscrire les travaux doctrinaux au sein même du droit positif. Deux cas de figure illustrent particulièrement cette hypothèse.

Les 15 autres membres du Groupe sont les personnalités suivantes :

- M. Robert Badinter* de la France, Membre du Sénat et ancien Ministre de la justice ;
- M. Joao Clemente Baena Soares* du Brésil, ancien Secrétaire général de l'Organisation des États américains ;
- Mme Gro Harlem Brundtland* de la Norvège, ancien Premier Ministre et ancienne Directrice générale de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ;
- Mme Mary Chinery-Hesse* du Ghana, Vice-Présidente de la Commission de la planification du développement national du Ghana et ancienne Directrice générale adjointe de l'Organisation internationale du Travail (OIT) ;
- M. Gareth Evans* de l'Australie, Président de "International Crisis Group" et ancien Ministre des affaires étrangères ;
- M. David Hannay* du Royaume-Uni, ancien Représentant permanent auprès des Nations Unies et Envoyé spécial de son pays à Chypre ;
- M. Enrique Iglesias* de l'Uruguay, Président de la Banque interaméricaine de développement ;
- M. Amre Moussa* de l'Égypte, Secrétaire général de la Ligue des États arabes ;
- M. Satish Nambiar* de l'Inde, ancien Lieutenant-Général de l'Armée indienne et Commandant en chef de la Force des Nations Unies en ex-Yougoslavie (FORPRONU) ;
- Mme Sadako Ogata* du Japon, ancien Haut Commissaire pour les réfugiés ;
- M. Yevgeny Primakov de la Fédération de Russie, ancien Premier Ministre ;
- M. Qian Qichen* de la Chine, ancien Vice-Premier Ministre et Ministre des affaires étrangères ;
- Mme Nafik Sadiq* du Pakistan, ancienne Directrice exécutive du Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP) ;
- M. Salim Ahmed Salim* de la République-Unie de Tanzanie, ancien Secrétaire général de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), et ;
- M. Brent Scowcroft* des États-Unis ancien Lieutenant-Général des forces aériennes américaines et Conseiller au Conseil national de sécurité ».

⁶⁰ M. Bettati, « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger », *Outre-Terre*, 2007/3, n° 20, pp. 381-389, spéc. p. 381.

En premier lieu, les juges eux-mêmes sont susceptibles de transposer leurs propres conceptions doctrinales au sein de la jurisprudence. Si les juges participent nécessairement à la détermination du contenu des arrêts, une telle influence revêt une ampleur singulière en droit international public dès lors que, contrairement aux droits internes, les juges sont également souvent des chercheurs et appartiennent de ce fait à la doctrine. Certaines affaires ont ainsi été l'occasion pour les juges d'imposer au sein même des décisions, et non *via* leurs opinions individuelles ou dissidentes, leurs propres conceptions doctrinales. À cet égard, la solution retenue par le Tribunal spécial pour le Liban en 2011 à l'égard de la définition du terrorisme est emblématique. Le Tribunal spécial pour le Liban a en effet affirmé qu'il existerait une définition coutumière du terrorisme international en temps de paix, composée des trois éléments cumulatifs suivants :

« [...] i) la perpétration d'un acte criminel (tel qu'un meurtre, un enlèvement, une prise d'otages, un incendie criminel, etc.), ou la menace d'un tel acte ; ii) l'intention de répandre la peur parmi la population (qui fait naître généralement un danger public) ou de contraindre directement ou indirectement une autorité nationale ou internationale à accomplir un certain acte ou à s'abstenir de l'accomplir ; iii) la présence, au sein de cet acte, d'un élément d'extranéité »⁶¹.

Or, cette affirmation reflète fidèlement la pensée du Président du Tribunal spécial pour le Liban de l'époque (Antonio Cassese)⁶². Ce dernier affirmait en effet en 2006 qu'il existerait une définition coutumière du terrorisme international en temps de paix, composée des cinq éléments cumulatifs suivants :

« [...] (i) is an action normally criminalized in national legal systems ; (ii) is transnational in character, i.e. not limited in its action or implications to one country alone ; (iii) is carried out for the purpose of coercing a state, or international organization to do or refrain from doing something ; (iv) uses for this purpose two possible modalities : either spreading terror among civilians or attacking public or eminent private institutions or their representatives ; and (v) is not motivated by personal gain but by ideological or political aspirations »⁶³.

Il existe ainsi une ressemblance frappante entre les propos doctrinaux d'Antonio Cassese et le contenu de la décision du Tribunal spécial pour le Liban : le premier élément est commun (la perpétration d'un acte criminel), le deuxième élément selon Antonio Cassese (caractère transnational) concorde avec le troisième élément retenu par le Tribunal (extranéité), et enfin les trois autres éléments proposés par Antonio Cassese sont en grande partie présents au sein du deuxième élément de la définition du Tribunal⁶⁴. Cette

⁶¹ Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, STL-11-01/I, 16 février 2011, p. 56, §85.

⁶² Voy. en ce sens : A. Verdebout, « La définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese : de la doctrine au Tribunal spécial pour le Liban », *Droit et Société*, vol. 88, 2014, pp. 709-730.

⁶³ A. Cassese, « The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, Novembre 2006, n° 5, Special issue – *Criminal Law Responses to Terrorism After September 11*, pp. 933-958, spéc. p. 957.

⁶⁴ Il existe de légères nuances entre les travaux doctrinaux d'Antonio Cassese et la définition du terrorisme international retenue par le Tribunal. Ainsi, Antonio Cassese estimait en 2006 que seule la coercition (d'un État ou d'une organisation internationale) constituerait le but du terrorisme international, mais que ce but serait atteint par le fait de répandre la peur au sein de la population ou d'attaquer d'éminentes personnalités publiques ou privées. En revanche, la décision du Tribunal spécial pour le Liban considère qu'il s'agit non pas d'un but (coercition) et de moyens pour parvenir à ce but (peur ou attaque de personnalités), mais de deux buts alternatifs (le terrorisme international ayant pour objectif soit de répandre la peur, soit de contraindre les autorités étatiques ou une organisation internationale), et ne se réfère pas à l'attaque de personnalités. Enfin, la « coloration » du terrorisme

retranscription de la pensée d'Antonio Cassese au sein du droit positif explique en outre comment le Tribunal a pu définir le terrorisme international alors même que la définition de cette notion cristallise précisément les débats, aussi bien étatiques que doctrinaux⁶⁵.

Un autre exemple d'influence d'un savant sur la jurisprudence internationale vient immédiatement à l'esprit : celui d'Antônio Augusto Cançado Trindade lorsqu'il était juge, et même Président, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les propos d'Hélène Tigroudja sont particulièrement éclairants à cet égard :

« À l'image de décisions de la Cour suprême américaine qui ont été classées, par ses commentateurs, en "ères", il semble indéniable que la Cour interaméricaine a connu, au cours de cette période, l' "ère Cançado Trindade", du nom de son ancien président, dont le mandat a pris fin le 31 décembre 2006. Rarement juridiction internationale aura été marquée par la personnalité et les idées d'un seul de ses juges, ce qui soulève un grand nombre de questions, dont celles des rapports entre le juge et la doctrine, le premier se servant des cas qui lui sont soumis pour faire œuvre de doctrine, et inversement. Lorsque l'on prend le temps de lire les opinions séparées du juge Cançado Trindade jointes aux arrêts récents de la Cour, on n'a pas de mal ensuite à comprendre le sens de son cours professé en 2005 à l'Académie de droit international de La Haye et à rebours, en lisant ce cours, on comprend mieux la jurisprudence interaméricaine, les solutions qui ont pu paraître incongrues, excessives et peu acceptables – à tout le moins, d'un point de vue internationaliste classique – même aux yeux des plus "droits-de-l'hommistes"...

Les arrêts et avis de la Cour s'inscrivent en effet dans une conception doctrinale du droit international particulière, dite "universaliste", selon laquelle le système international doit avoir pour fin la protection de la personne humaine »⁶⁶.

Si cette influence fut plus prégnante encore que celle d'Antonio Cassese – l'on songe par exemple au développement exponentiel du *jus cogens* ou à la reconnaissance de la responsabilité aggravée de l'État, résultant tous deux de l'impulsion d'Antônio Augusto Cançado Trindade – elle est étrangère au droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales (raison pour laquelle cette influence ne sera pas développée dans les présents travaux).

international (idéologique ou politique) proposée par Antonio Cassese en 2006 n'apparaît pas (explicitement) dans la décision du Tribunal. Ces légères différences peuvent s'expliquer, outre l'éventuelle influence des autres juges du Tribunal ou les potentielles spécificités de l'affaire en cause, par l'évolution des définitions du terrorisme international proposées par Antonio Cassese lui-même. En ce sens, l'on dénote quelques différences entre la définition de l'auteur en 2006 et sa première définition du terrorisme international en 2003, même si elle était également applicable selon l'auteur au temps de paix et émanait aussi de la coutume internationale. Cette première définition (de 2003) présente également des points communs frappants avec la décision du Tribunal spécial pour le Liban, et repose en outre sur trois éléments cumulatifs à l'instar de la définition retenue par le Tribunal : « (i) the acts must constitute a criminal offence under most national legal systems (for example, assault, murder, kidnapping, hostage-taking, extortion, bombing, torture, arson, etc.) ; (ii) they must be aimed at spreading terror (that is, fear and intimidation) by means of violent action or the threat thereof directed against a State, the public, or particular groups of persons ; (iii) they must be politically, religiously, or otherwise ideologically motivated, that is not motivated by the pursuit of private ends » (A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford/New York/ Auckland /etc., Oxford University Press, 2003, 472 p., spéc. p. 124).

⁶⁵ Voy. par exemple : R. Le Moing, « L'indétermination des notions comme entrave à la qualification des mouvements contestataires : étude comparée des notions de terrorisme et de résistance », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 47, 2019/2, pp. 229-245.

⁶⁶ H. Tigroudja, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour de récents arrêts et avis », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 617-640, spéc. p. 618, §2.

Une telle influence de la conception doctrinale d'un juge sur le contenu de la jurisprudence internationale demeure néanmoins rare. Plus exactement, il est peu fréquent que la concordance entre l'éventuel discours doctrinal des juges internationaux et le contenu des arrêts soit telle que l'on puisse en déduire que l'un des juges a utilisé ses fonctions pour retranscrire en droit positif sa vision du droit international public. Tel n'est le cas, à notre sens, que lorsque deux conditions cumulatives sont réunies. Tout d'abord, le contenu de tels arrêts doit être original, en ce qu'il ne doit pas correspondre au contenu du droit positif ni à l'évolution prévisible – l'on pourrait même dire *raisonnable* – de celui-ci. Ensuite, la solution retenue par ces arrêts doit présenter une ressemblance flagrante avec la conception doctrinale de l'un des juges, ce qui suppose que cette conception existe (donc que le juge soit un savant) et qu'elle soit publique ainsi qu'accessible – donc présente au sein des travaux publiés, déclarations ou opinions de l'un des juges.

Bien qu'encore plus difficilement détectable, la doctrine peut également être retranscrite au sein de la jurisprudence internationale et, par conséquent, du droit positif, lorsque les États mobilisent les travaux de recherche devant le juge international. L'argumentation des États dans le cadre du contentieux international peut en effet conduire à la concrétisation de certaines conceptions doctrinales au sein même du droit positif, dans l'hypothèse où les juridictions en cause adhèreraient à ces argumentations.

La portée de cette influence doit néanmoins être relativisée. En premier lieu, elle est éminemment contingente : c'est seulement dans l'hypothèse où l'argumentation de la doctrine mobilisée par les États est adoptée au sein de la solution retenue par le juge qu'elle peut intégrer le droit positif. Dans le même sens, cette influence est dépendante du juge et particulièrement implicite. En effet, le juge international ne se réfère pas expressément à la doctrine, et se contente soit d'énoncer la solution retenue (qui peut être fondée *sur* ou développée *par* la doctrine), soit d'indiquer qu'il retient l'argumentation développée par un État (qui peut être fondée, à titre exclusif ou non, sur la doctrine). Seule la comparaison des exposés écrits et oraux des États avec la solution retenue par le juge permet ainsi de déceler l'influence de la doctrine à l'égard du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁶⁷. Enfin, l'importance du rôle joué par la doctrine dans la solution retenue par le juge est incertaine. Il est difficile d'affirmer que la mobilisation de la doctrine emporte à elle seule la conviction du juge et conduit ainsi ce dernier à adopter la même position que les savants cités devant lui. En effet, même dans l'hypothèse où la doctrine est (implicitement) retenue par le juge international, elle ne l'est pas nécessairement en raison de son statut (doctrine) ou de sa convergence avec la solution que le juge souhaite adopter. Le juge aurait donc peut-être abouti au même raisonnement et à la même solution en l'absence de doctrine convergente. Le même phénomène peut être constaté à l'égard de la mobilisation de la doctrine par les États (notamment devant le juge international) : les États choisissent, parmi les divisions doctrinales, l'opinion des savants qui concorde le plus avec leur propre position. Ce système de « *pick and choose* » confirme la limitation du rôle de la

⁶⁷ Les difficultés liées à la détermination de l'influence de la doctrine sur la jurisprudence internationale en général, faute que le juge ne se réfère expressément à la doctrine, ont ainsi été constatées par André Oraison : « [d]ans le même ordre d'idées, la littérature du droit est rarement indiquée dans les décisions rendues par les tribunaux internationaux permanents sans que l'on puisse pour autant prétendre qu'elle ne joue aucun rôle dans l'orientation de leur jurisprudence. Mais parce qu'elle est précisément si peu citée, il est d'autant plus malaisé de connaître avec certitude la portée de son influence. Autant dire, dès à présent, que l'autorité morale et scientifique de la doctrine juridique est pratiquement "impossible à quantifier" » (A. Oraison, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées) », *RBDI*, 1991, n° 2, pp. 507-580, spéc. p. 511, disponible en ligne : [http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI_1991/RBDI_1991-2/Etudes/RBDI_1991.2 - pp. 507 à 580 - André Oraison.pdf](http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI_1991/RBDI_1991-2/Etudes/RBDI_1991.2_pp_507_580_-_Andr%C3%A9_Oraison.pdf) [consulté le 22/05/2020]).

doctrine. La contribution doctrinale est donc tributaire du bon vouloir et de l'opportunisme d'« intermédiaires » (les États et les juges) qui sont, à la différence de la doctrine, aptes à influencer directement le droit positif.

Malgré ces limites liées à la volonté du juge et des États, le contentieux international se révèle être un outil significatif aux fins d'influence du droit positif par la doctrine. La Cour internationale de Justice constitue à cet égard un exemple révélateur, en ce qu'elle a naturellement eu à connaître de plusieurs affaires relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies »⁶⁸.

Par exemple, dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, plusieurs argumentations du Nicaragua fondées à titre exclusif (la doctrine constituant le fondement de l'allégation) ou complémentaire (la doctrine étant mobilisée par les États pour conforter la jurisprudence et les traités invoqués par exemple) sur la doctrine ont été adoptées par la CIJ. Il en est ainsi de l'interprétation restrictive de la légitime défense, nécessitant un seuil d'intensité suffisant pour caractériser une agression et un degré élevé de contrôle exercé par un État sur des groupes paramilitaires afin de considérer que l'État a commis une agression indirecte⁶⁹. Il en est de même du double statut normatif (à la fois coutumier et conventionnel) de l'interdiction du recours à la force⁷⁰.

Dans l'affaire opposant actuellement l'Ukraine à la Russie (*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*), les États ont également pu mobiliser la doctrine afin d'analyser la Convention pour la répression du financement du terrorisme, qui entre donc dans le champ du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁷¹. À ce titre, l'exclusion des actes de financement du terrorisme par les États eux-mêmes de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (relative exclusivement à la répression par les États du financement du terrorisme par des personnes privées), soutenue par la Russie, a été retenue par la CIJ⁷². Or, la Russie s'est fondée notamment sur les travaux de la CDI relatifs à la responsabilité internationale de l'État, mais également sur des travaux de recherche dédiés

⁶⁸ Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945, article 92. Voy. à ce sujet : P. Tavernier, « Sécurité internationale, droit international humanitaire et droits de l'homme. Quelques réflexions sur le rôle des juridictions internationales », in *La sécurité internationale entre rupture et continuité : mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Guilhaudis*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 541-558, spéc. p. 544.

⁶⁹ Concernant la mobilisation de la doctrine par le Nicaragua pour fonder ses allégations, voy. : Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, Mémoire du Nicaragua, 30 avril 1985, pp. 81-82, §§303-306. Concernant la confirmation par la Cour, voy. : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, pp. 14 et s., spéc. pp. 103-104, §195.

⁷⁰ Le Nicaragua s'est ainsi référé à plusieurs travaux de recherches convergents pour invoquer la valeur également coutumière (et non uniquement conventionnelle) de l'interdiction du recours à la force : Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, Mémoire du Nicaragua, 30 avril 1985, spéc. pp. 119-120, §§454-457. La Cour a adopté cette argumentation : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, pp. 14 et s., spéc. p. 100, §190.

⁷¹ Concernant les liens entre terrorisme et maintien de la paix et de la sécurité internationales, voy. *supra*, note 52.

⁷² *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 8 novembre 2019, C.I.J. Recueil 2019, pp. 558 et s., spéc. p. 585, §59 et §61.

spécifiquement au financement du terrorisme international⁷³ (en l'occurrence un article de Yas Banifatemi indiquant que les conventions relatives au financement du terrorisme international excluent généralement le terrorisme d'État, ainsi qu'un article de Marcello di Filippo mettant en exergue la spécificité du terrorisme d'État⁷⁴).

Certaines argumentations, fondées également sur la doctrine et décisives à l'égard de l'arrêt au fond, demeurent pour l'instant en suspens⁷⁵ car la CIJ n'a pas estimé leur examen nécessaire au stade des exceptions préliminaires⁷⁶. Il est néanmoins possible que la Cour retienne une solution concordant avec les travaux de recherches mobilisés par l'un ou les deux États(s).

Ces quelques exemples, non exhaustifs, confirment le potentiel du contentieux international en tant qu'outil d'influence du droit positif par la doctrine.

⁷³ Cour internationale de Justice, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie, vol. I, 12 septembre 2018, pp. 68-72, §§211-227.

⁷⁴ Y. Banifatemi, « La lutte contre le financement du terrorisme international », *AFRI*, vol. 48, 2002, pp. 103-128, spéc. p. 107, disponible en ligne : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2002_num_48_1_3694 [consulté le 15/12/2021]; M. di Filippo, « The Definition(s) of Terrorism in International Law », in B. Saul (dir.), *Research Handbook on Terrorism and International Law*, Cheltenham/Northampton/etc., Edward Elgar Publishers, 2014, pp. 3-24, spéc. p. 4, disponible en ligne : <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=401113007091098083005075108100081023049032046034087025094067002099069127101075072106102031052055041038044014085124125073004124011046009002009122077083107009003099118017066082114102072004025007002080083095010079091026029127113096024103020070127017122029&EXT=pdf&INDEX=TRUE> [consulté le 15/12/2021]. Ces deux travaux sont expressément cités dans le mémoire de la Russie : Cour internationale de Justice, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie, vol. I, 12 septembre 2018, spéc. p. 69, note 252 (article de Yas Banifatemi), et spéc. p. 72, note 265 (article de Marcelo di Filippo). Il convient de noter qu'une deuxième édition de l'ouvrage collectif a été publiée en 2020 (B. Saul (dir.), *Research Handbook on Terrorism and International Law*, Northampton, Edward Elgar Publishers, 2020, 2^e édition, 746 p.), mais la première édition est retenue dans les présents travaux car elle est citée dans le mémoire de la Russie.

⁷⁵ Tel est le cas de la conception large de « fonds » (conditionnant donc la qualification de financement du terrorisme) soutenue par l'Ukraine, afin d'inclure toute propriété : Cour internationale de Justice, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Mémoire de l'Ukraine, 12 juin 2018, p. 167, §273. La Russie soutient à l'inverse que la connaissance de l'utilisation des fonds à des fins de réalisation d'un acte de terrorisme implique une certitude, et non une éventualité ou une potentialité : Cour internationale de Justice, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie, vol. I, 12 septembre 2018, p. 14, §48. L'actualisation de la présente contribution est datée du 15 juillet 2021. Il est donc possible qu'à la date de la publication de cette contribution, la CIJ ait rendu un arrêt au fond comportant des réponses aux allégations des deux États fondées sur la doctrine.

⁷⁶ Concernant le renvoi au fond, par la Cour, de l'argument de l'Ukraine relatif à la notion de fonds, voy. : *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 8 novembre 2019, *C.I.J. Recueil 2019*, pp. 558 et s., spéc. p. 586, §62. Au regard du renvoi au fond, par la Cour, de l'argument de la Russie concernant la notion de connaissance, voy. : *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 8 novembre 2019, *C.I.J. Recueil 2019*, pp. 558 et s., spéc. p. 586, §63.

IV. Conclusion

L'originalité du rôle de la doctrine à l'égard du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales, par comparaison avec d'autres branches du droit international public, peut s'expliquer par la nature de cette branche. Elle cristallise en effet particulièrement les enjeux politiques : eu égard aux intérêts étatiques en cause, l'encadrement de l'emploi de la force, au fondement du maintien de la paix et de la sécurité internationales, est nécessairement particulièrement ambigu⁷⁷. Le droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales est en outre, et de manière plus générale, particulièrement perméable aux valeurs extra-juridiques, qui entravent nécessairement la certitude juridique : la doctrine non juridique a ainsi exercé une influence considérable sur l'évolution du recours à la force et du maintien de la paix⁷⁸.

Il en résulte naturellement des controverses entre États, reflétées par les controverses entre les chercheurs. Ceci explique également que les outils classiques d'influence du droit positif par la doctrine soient peu mobilisables : eu égard aux enjeux du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'obtention d'un consensus qui serait constaté par la doctrine est particulièrement entravée et la valeur accordée à l'adhésion des États aux normes est encore plus décisive que dans d'autres branches. D'où le recours principal aux représentants d'États afin de proposer de nouvelles normes ou des modifications des normes existantes. Dans le sens inverse, les enjeux du droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales contribuent à un nombre important de recours contentieux. Or, l'ambiguïté du droit applicable conduit à un recours fréquent des États à la doctrine devant le juge international, renforcé par la formation des avocats des États (qui sont principalement des chercheurs et, par conséquent, des membres de la doctrine). Il en résulte que le contentieux international constitue une ressource potentielle précieuse de la doctrine dans le cadre de sa contribution à la formation du droit positif.

La frontière entre identification et formation du droit positif semble ainsi poreuse, les facteurs à l'origine de la singularité de la doctrine dans le cadre de l'*identification* du droit applicable influençant également le rôle de la doctrine au sein de la *formation* du droit positif. Dans le même sens, la distinction entre les deux acceptions de la doctrine – savants d'une part, et jurisconsultes d'autre part – doit être relativisée dans le cadre du contentieux international, puisqu'elles y entretiennent des liens étroits (les États, par leurs avocats, mobilisant les conceptions des auteurs). Plus encore, les controverses doctrinales facilitent la mobilisation de la doctrine par les représentants d'États, lesquels sont libres de choisir – parmi l'ensemble des opinions doctrinales divergentes – l'opinion doctrinale la plus concordante avec la position de l'État qu'ils représentent.

⁷⁷ « [...] il faut toutefois noter que l'emploi de la force constitue un domaine où le droit est par nécessité faible et ambigu : étant créé par les États et surtout les grandes puissances et ayant une incidence directe sur les intérêts vitaux de ces États, il ne peut édicter de restrictions précises et pénétrantes » (A. Cassese, « Article 51 », in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 3^e édition mise à jour, revue et augmentée dans le cadre du Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN) à l'occasion du 60^e anniversaire des Nations Unies, pp. 1329-1361, spéc. p. 1360, disponible en ligne : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2015/05/article-51.pdf> [consulté le 8 février 2021]).

⁷⁸ Les théologiens et les philosophes ont par exemple exercé une influence considérable dès l'émergence de la notion de guerre juste, et même beaucoup plus récemment dans le cadre de la reconnaissance de la nécessité du maintien de la paix. Voy. à ce sujet : R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, 2^e édition, 435 p., spéc. pp. 23-31.