

Directeurs

Charles ROUSSEAU

PROFESSEUR HONORAIRE
A LA FACULTÉ DE DROIT
DE PARIS

MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT
INTERNATIONAL

Michel VIRALLY

PROFESSEUR ÉMÉRITE
A L'UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT
INTERNATIONAL

Membres du Comité de Rédaction

Mario BETTATI

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE DROIT,
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES
DE PARIS

Pierre-Marie DUPUY

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE DROIT,
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES
DE PARIS

Jean-Pierre QUENEUDEC

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ
DE PARIS I

Jean-Didier SICAULT

MAÎTRE DE CONFÉRENCES A L'UNIVERSITÉ DE DROIT,
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS
ET A L'INSTITUT D'ÉTUDES POLITIQUES DE PARIS
AVOCAT A LA COUR

Secrétaire de Rédaction

Denis ALLAND

ASSISTANT A L'UNIVERSITÉ DE DROIT
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS

Les articles insérés restent la propriété de la *Revue* et aucune reproduction même partielle ne pourra être faite sans l'autorisation de l'éditeur.

Les manuscrits devront être dactylographiés en double interligne.

Les notes de bas de pages devront être numérotées de façon continue.

Les manuscrits non insérés ne sont pas rendus.

Les ouvrages envoyés à la rédaction seront mentionnés dans la liste de ouvrages reçus et, s'il y a lieu, feront l'objet d'un compte rendu.

Adresser tout ce qui concerne
la rédaction, l'administration, les abonnements
aux

EDITIONS A. PEDONE, 13, rue Soufflot, PARIS (5^e)

(Chèques postaux : Paris 72-31)

Prix Abonnement 1988	650
Prix du numéro	170

NOUVELLES REFLEXIONS SUR LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL

par

Roberto AGO *

1. Dans un essai sur « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », publié en 1968 dans *Le Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, j'avais particulièrement développé l'idée, déjà exprimée dans plusieurs écrits entre 1961 et 1967 (1), de la nécessité de donner une nouvelle impulsion à l'œuvre de codification du droit international. En faisant état de cette conviction, je me référais alors à la codification entendue dans son sens le plus complet, à savoir d'une opération consistant essentiellement à remplacer un droit de nature coutumière, formé d'une manière spontanée au cours des siècles au sein de l'*opinio juris* des membres de la communauté internationale, par un droit de formation volontaire, consacré dans des textes écrits adoptés par lesdits membres, ou, tout au moins, par une partie consistante desdits membres et dûment représentative de leur ensemble. Cette opération devait concerner en premier lieu les grands chapitres traditionnels du droit des gens, à savoir les matières fondamentales régies toujours par des ensembles de règles non écrites, coutumières, héritées parfois, pour l'essentiel, d'époques reculées.

* Juge à la Cour internationale de Justice. Professeur émérite de droit international à l'Université de Rome.

(1) Voir les références données à la note (1) de la p. 93 dudit essai, ainsi que le rappel qui y était fait à des conditions dans le même sens exprimées jusqu'alors par d'autres auteurs, tels que Jennings, Jenks, Castañeda, Ananda, Sienha, Sereni.

2. Je ne faisais ainsi qu'insister sur des idées déjà exprimées à plusieurs reprises depuis que, en 1956, j'étais devenu membre de la Commission du droit international, et partagées par plusieurs membres de cette Commission ainsi que la VI^e Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. C'est d'ailleurs sur la base d'une conviction de cette nature, que furent convoquées les premières grandes conférences diplomatiques : à savoir celles de 1958 et de 1960 pour le droit de la mer, celle de 1961 pour le droit des relations consulaires, et surtout celle de 1968-69 pour le droit des traités. C'est dans le même cadre que, à partir de 1962, la CDI me confia la fonction de rapporteur sur la question de la responsabilité internationale des Etats, fonction qui m'amena à présenter huit rapports successifs à la Commission, à la suite de quoi celle-ci discuta et adopta en première lecture la première partie de son projet d'articles en la matière, partie concernant le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale.

3. En rappelant ces faits, auxquels je fus amené à prendre une part active, je ne voudrais cependant pas qu'on me prenne pour un partisan fanatique de l'idée de la codification telle que je viens de la mentionner. Ceux qui connaissent mes idées savent à quel point l'appréciation des mérites de la coutume, du droit non écrit, est plutôt enracinée dans mon esprit. Pour moi, une partie essentielle et finalement irremplaçable du droit, est celle qui n'a pas son origine dans des actes volontaires de création et souvent d'imposition, mais qui s'inscrit *spontanément* et idéalement dans la conscience des membres d'une société humaine déterminée, sous l'impulsion d'exigences concrètes et réelles. C'est ce droit dont l'existence s'établit non pas par voie de déduction d'un texte écrit et de recherche de la volonté plus ou moins réelle de ses auteurs, mais par voie d'induction et d'abstraction consécutive, sur la base d'une série de comportements concrets des membres du corps social, de manifestations extérieures et globalement probantes de leur *opinio juris*.

4. Du point de vue théorique déjà, j'ai eu à plusieurs reprises l'occasion de manifester mon opposition aux idées, chères aux régimes autoritaires de tout genre, qui voudraient nier l'existence même du droit qui ne peut être ramené à la volonté d'une autorité

ou d'autorités souveraines. Dans plusieurs écrits en la matière (2) j'ai nettement pris parti en faveur de la nature non volontaire de l'origine du droit coutumier. Je me suis surtout inscrit en faux contre les conceptions qui, en dénaturant, voire en annulant la notion même du droit coutumier, voudraient représenter la coutume dans le domaine interne, comme une sorte de législation tacite, comme un ensemble de règles dont la vigueur ne s'expliquerait que parce qu'elles correspondraient à une « volonté implicite » du souverain, qui les aurait faites tacitement siennes, et dans le domaine international, comme une espèce de traité, d'accord collectif de volontés, qui se serait implicitement établi entre les Etats souverains.

Les tenants de ces conceptions sont logiquement amenés à concevoir la codification, lorsqu'elle a lieu dans un ordre juridique jusqu'alors constitué essentiellement par du droit coutumier, comme une opération consistant à remplacer la prétendue *lex tacita* par une loi explicite, ou le prétendu accord tacite par un traité normatif écrit, les deux ayant en définitive, à leurs yeux, la même origine, ce qui, à mon avis, ne permet de comprendre ni la vraie nature du droit coutumier, ni la portée véritable de l'œuvre de codification lorsqu'elle s'attache à lui.

5. Ceci dit, et en passant du plan des disputes théoriques à celui des réalités historiques, je ne puis qu'exprimer mon manque total de sympathie vis-à-vis d'opérations telles que celle où un pouvoir souverain prétend autoritairement effacer d'un trait l'édifice solidement établi du droit coutumier existant dans le pays qui lui est soumis et imposer à ses sujets un droit différent, écrit, émanant de sa volonté — et même, dans quelques cas extrêmes, d'une volonté étrangère (3). Ceci, bien entendu, pour autant qu'il n'y ait pas, dans le cas concret, des raisons autrement valables, pour une telle mesure, que celle d'affirmer l'autorité dudit pouvoir.

(2) Voir notamment mon cours de 1956 à l'Académie de La Haye sur « Science juridique et droit international », RCA, 1956, II, pp. 929 ss., 936 ss., et l'étude « Droit positif et droit international », publiée dans l'*Annuaire français de droit international*, vol. III, 1957, pp. 35 ss.

(3) Maarten Bos, dans son étude sur « Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public », publiée dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, vol. I, Milan, 1987, pp. 141 ss, donne comme « exemple des codificateurs d'antan, qui, au service d'un Prince centralisateur, ou bien qui, de leur propre gré, cherchaient à substituer la loi à la coutume », celui du roi Louis-Napoléon, qui introduisit aux Pays-Bas le Code civil français par un décret dont l'article 3 abrogeait expressément l'ancien droit coutumier ».

Il est vrai qu'une hypothèse comparable est difficile à formuler en ce qui concerne un système juridique paritaire et non hiérarchisé comme l'ordre juridique international. Mais même en tenant compte de cela, et même à l'égard de cet ordre juridique si différent des ordres étatiques, je dois dire qu'une opération qui viserait à remplacer le droit international coutumier sans qu'il y ait pour ce faire des raisons exceptionnelles et, en quelque sorte, impératives, me semblerait présenter, tout compte fait, plus de désavantages que d'avantages.

6. Or, c'est précisément à l'existence dans la communauté des Etats, au moment où j'écrivais en 1968 mon essai sur la codification du droit international, de ces raisons exceptionnelles et impératives, que j'avais fait appel pour reconnaître la nécessité, dans ces conditions, de procéder à la codification de la partie du droit international traditionnellement constituée par des complexes de règles coutumières.

Dans la réalité des faits historiques, avais-je alors observé, la codification ne se présente normalement pas comme une mesure que l'on aurait adoptée pour des raisons techniques, ou à cause d'une préférence théorique pour le droit codifié par rapport au droit non codifié. La prise de conscience du besoin de procéder à une codification est pratiquement toujours allée de pair, dans l'Histoire, avec la survenance de la nécessité de modifier, dans une mesure parfois très profonde et rapide, le droit existant au sein d'une société où s'était produit un changement révolutionnaire des structures sociales ou, en tout cas, une transformation radicale de la composition de la société. « Tout bouleversement profond subi par le corps social », écrivais-je, « engendre la nécessité d'adapter le système juridique à la nouvelle situation, ainsi que de rétablir, par une nouvelle définition systématique de ce qui reste constant et de ce qui change, la sécurité du droit ébranlée par la secousse. Qu'il s'agisse de codifications anciennes, comme la codification solonienne à Athènes ou la codification décemvirale à Rome, ou de la plupart des codifications modernes, par exemple française, italienne, allemande, soviétique, etc., on trouve constamment à leur origine une mutation importante dans le domaine social ou politique » (4).

(4) « La codification du droit international... », *op. cit.*, p. 94.

7. Me référant donc, sur la base de ces termes de comparaison, à la situation survenue à notre époque dans la société internationale, je relevais que celle-ci avait été, au cours des derniers temps, le théâtre d'une transformation exceptionnellement vaste et profonde, transformation à l'origine de laquelle se trouve cet événement qu'on est convenu d'appeler « décolonisation ». L'étendue de ce changement était révélée, disais-je, avant tout par le fait que le nombre des entités politiques souveraines, membres de la communauté, avait augmenté au point que les vieux Etats qui, traditionnellement, jouaient le premier rôle dans la « famille des nations », n'étaient plus, numériquement, qu'une minorité. Elle m'apparaissait en plus caractérisée par le fait que le développement en cause s'était accompagné de la disparition de la carte du globe de ces vastes territoires dépendants dont les populations n'avaient auparavant pas formé des entités politiques autonomes et n'avaient pas été des sujets, mais uniquement des objets de relations internationales. Constatant que, sur ces territoires précisément, une pluralité d'Etats indépendants s'était à présent créés, je relevais, qu'à la suite de l'entrée de ceux-ci dans la communauté internationale, cette dernière avait finalement atteint son caractère d'universalité (5).

8. Plus frappante encore que l'étendue géographique des mutations intervenues, m'apparaissait alors leur incidence en profondeur. Les Etats dernièrement apparus sur la scène internationale entraient dans la communauté interétatique avec des besoins très différents de ceux de la plupart des Etats les ayant précédés. Au sein de la communauté internationale classique s'était traditionnellement forgé un système juridique qui répondait essentiellement à l'idée d'une simple coexistence entre des formations politiques relativement fortes et capables, au moins dans une large mesure, de se suffire à elles-mêmes. Le système juridique international qui existait à la veille des terribles conflits de la première moitié de notre siècle, visait donc surtout à garantir à tous le maximum de liberté compatible avec l'égale liberté des autres. En revanche, les nations nouvellement formées, surtout en Afrique et en Asie, venaient exaspérer hautement, dans la communauté dont elles devenaient membres à part entière, le besoin — déjà affirmé auparavant, mais d'une manière moins présente, par une partie des

(5) *Ibid.*, p. 95.

membres plus anciens — d'un droit basé sur une idée sociale de solidarité et de coopération pour des finalités communes. D'où le poids desdites entités nouvelles dans les organisations internationales et leur tendance à y provoquer des changements de structure et de méthodes pouvant faciliter la réalisation des mesures souhaitées en faveur de leur développement.

9. Mais du point de vue de la question qui me concernait alors plus spécifiquement et sur laquelle j'estime maintenant utile de revenir, il était surtout un autre aspect dont l'importance me paraissait alors décisive pour mettre en évidence la nécessité de reprendre en examen les règles traditionnelles du droit international et de les adapter, autant qu'il était nécessaire, aux mutations intervenues dans la composition de la société internationale.

Les nouvelles formations étatiques, relevais-je alors, avaient surtout surgi « sur deux grands continents dont les peuples se réclament de conceptions philosophiques, religieuses, morales, politiques, sociales et politiques variées, mais en tout cas différentes de celles qui dominent dans la grande majorité des membres préexistants de la communauté internationale ». Je ne pouvais donc que constater que, tout en étant attachés à l'idée d'un droit international, surtout en tant que sauvegarde irremplaçable du faible contre le puissant, les nouveaux membres de la communauté manifestaient alors, à l'égard du droit qu'ils avaient trouvé en vigueur dans la *societas* dans laquelle ils étaient entrés, une indéniable méfiance. Les causes de cette méfiance étaient, à mon avis, multiples : le fait de n'avoir pas participé à la formation du système juridique qui était désormais censé régir leurs relations internationales, la conviction, erronée certes, mais de l'existence de laquelle ils n'étaient pas les seuls responsables, que le droit dont il s'agissait n'était que l'expression de conceptions religieuses, morales et sociales différentes des leurs, la connaissance encore peu claire de règles d'un droit essentiellement non écrit, la crainte persistante à l'égard d'institutions juridiques à leur indépendance récemment acquise (6). Et *last but not least*, je ne pouvais que constater avec Castaneda (7), que la méfiance à l'égard du droit applicable par les

(6) *Ibid.*, p. 96.

(7) Y. Castañeda, « *The underdeveloped Nations and the Development of International Law* » ; *International Organisation*, 1961, pp. 41 ss.

organes chargés du règlement juridique des différends se traduisait par une opposition manifeste à l'arbitrage et, plus encore, à la juridiction internationale.

10. La conclusion alors tirée de ces constatations et dont il me paraît utile de rappeler tels quels les termes, pour faciliter la compréhension de ce que je me propose de dire par la suite, était la suivante :

« Si l'on veut éviter que le droit international plonge dans un état d'incertitude croissante, dont le danger pour la stabilité de la société internationale n'a certes pas besoin d'être souligné, l'on ne dispose en réalité que d'un moyen : celui d'engager un dialogue aussi vaste et aussi concret que possible et de procéder, entre anciens et nouveaux membres de la communauté internationale, à un réexamen des institutions et des règles du droit international général. Il s'agit, à la suite de ce réexamen, de redéfinir ces règles, d'en préciser la teneur, d'élaguer au besoin les branches mortes, d'ajuster autant que possible les institutions aux nouvelles situations, de rechercher des compromis là où le maintien des principes traditionnels se heurte à l'opposition ferme des nouveaux Etats, de formuler en outre d'autres règles qui répondent à des exigences posées par la structure actuelle de la société internationale : il s'agit en un mot, de procéder à la codification du droit international. Et cette codification doit être réalisée dans des délais brefs, en donnant la priorité aux principaux chapitres de la matière, aux secteurs les plus essentiels pour la vie et le développement de la société des Etats » (8).

11. La conclusion que je viens de reproduire n'avait nullement le caractère d'une opinion purement personnelle ; elle répondait plutôt à un sentiment généralisé dans les milieux des Nations Unies et, en particulier, au sein de la Commission du droit international. Et il faut dire que l'enthousiasme pour l'idée en question occultait quelque peu les difficultés dont serait parsemé le chemin sur lequel on s'était déjà engagé et le long duquel on entendait continuer en s'attachant aux tâches les plus immédiates et les plus absorbantes. En effet, le problème de la réalisation

(8) « *La codification du droit international...* », *op. cit.*, pp. 96 s.

concrète du programme tel qu'alors on l'envisageait, était loin d'être résolu. Car, il ne faut pas l'oublier, à ce moment-là, le programme en question apparaissait sans conteste, au sein de la Commission du droit international et de la VI^e Commission de l'Assemblée générale, comme une opération tout aussi radicale que celle accomplie dans plusieurs ordres juridiques internes : une opération consistant — je l'ai souligné dès le début des présentes réflexions — à provoquer non seulement la révision du contenu, mais aussi la mutation formelle de la nature des règles de droit concernant les principaux domaines traditionnels de l'ordre international. On concevait tout cela, répétons-le, comme une opération consistant à substituer au droit international coutumier non écrit et résultant par voie d'induction et d'abstraction de la pratique des Etats, un droit de formation volontaire, qui se trouverait consigné dans des textes écrits, formellement adoptés par les Etats, et qui pourrait être tout simplement tiré ou déduit de ces textes. C'est avec ce résultat final à l'esprit que les projets établis, notamment par la Commission du droit international, prirent intentionnellement la forme de « projets d'articles », dont la formulation devait pouvoir ensuite se traduire facilement en une série de conventions collectives, en un ensemble d'accords normatifs interétatiques, dont la formulation devait pouvoir ensuite se traduire facilement en une série de conventions collectives, en un ensemble d'accords normatifs interétatiques, dont la conclusion aurait fait la joie d'Heinrich Triepel et de tous les tenants du positivisme volontariste.

12. Bien entendu, ceux qui s'attachaient à la réalisation d'un programme de codification du droit international conçu dans ces termes ne devaient pas perdre de vue le fait que la communauté internationale, à la différence des sociétés étatiques, ne dispose pas d'un instrument législatif. Elle ne peut donc pas utiliser, même à des fins de « codification », une source de droit capable de produire des règles de formation positive tout aussi générales que les règles de formation spontanée du droit coutumier qu'elles sont censées remplacer. Elle ne peut pas se le proposer, comme on peut le faire au contraire dans l'ordre juridique interne si l'on en a l'intention d'abroger formellement et totalement le droit non écrit préexistant. Toutefois, tout en rappelant l'existence de cet aspect inéluctable du moyen de création de droit positif disponible qui ne peut donner directement vie qu'à des règles s'imposant exclusivement à ceux qui s'engagent expressément à les observer, je ne

manquais pas de souligner qu'il ne fallait pas se laisser guider, à ce sujet, par un formalisme excessif. En pratique, le jour où l'on se trouverait vraiment en présence d'un ensemble organique de règles d'origine conventionnelle, qui serait formellement accepté par la plus grande partie des membres de la communauté internationale, même les Etats initialement récalcitrants ne sauraient à la longue continuer à contester le caractère en fait général desdites règles. Si donc préoccupation il devait y avoir, elle devait plutôt avoir trait aux obstacles qu'il fallait surmonter pour parvenir à définir cet ensemble de règles et à réunir autour d'elles un accord, sinon universel, tout au moins suffisamment étendu pour qu'elles puissent assumer en fait l'autorité inhérente à du vrai droit codifié. Le problème, si l'on voulait à tout prix se tenir dans le cadre d'une codification conçue dans les termes indiqués, était de vaincre, l'une après l'autre, toutes les résistances que l'on rencontrerait dans la poursuite du but indiqué (9).

13. C'était précisément pour mettre en évidence ces résistances multiples auxquelles il s'agirait de faire successivement face, que je m'étais employé à les déceler par rapport à chacune des étapes principales du chemin à parcourir. Et c'est en me référant à nouveau, à vingt années de distance, aux considérations faites alors, que je me propose aujourd'hui de formuler quelques nouvelles réflexions, suggérées par l'expérience vécue depuis lors et aussi par la perception des nouveaux changements entre temps intervenus dans l'attitude des membres de la communauté internationale vis-à-vis de son droit et de ses institutions.

14. J'étais alors parti de la constatation que l'in itinéraire de la codification du droit international entendue dans le sens le plus complet, le plus intégral qui, comme je l'ai rappelé, prévalait dans le milieu des Nations Unies au moment où le programme en était envisagé, représentait nécessairement un processus long, comprenant des phases distinctes et successives. Me référant d'abord à l'étape, en quelque sorte préliminaire, qu'il s'agissait de franchir en premier lieu, je relevais que les Nations Unies étaient, sans doute aucun, mieux outillées que la Société des Nations (10) pour

(9) *Ibid.*, p. 100.

(10) Sans avoir été aussi motivée que plus tard les Nations Unies, la SdN s'était elle aussi attachée, sans beaucoup de succès d'ailleurs, à la codification du droit international.

avoir raison des difficultés inhérentes à ce premier pas, dont l'importance ne saurait échapper à un observateur averti. La nouvelle Organisation venait de créer un organe permanent lui aussi nouveau, la Commission du droit international, composée de personnalités compétentes choisies à titre individuel et assistées d'un secrétariat permanent. Cette commission était précisément et statutairement chargée de la codification et du développement du droit des gens et, pour répondre à cette fin, elle était chargée de remplir toutes les fonctions préparatoires exigées par l'opération envisagée. Ces fonctions allaient de l'adoption définitive des sujets dont il faudrait traiter à la préparation, par un rapporteur spécial choisi en son sein, de rapports de base, à leur discussion ensuite en double lecture, et enfin à la rédaction et adoption de projets prêts à être soumis, dans une deuxième phase ultérieure, à des conférences de représentants des Gouvernements convoqués *ad hoc*, qui feraient desdits projets le point de départ des textes de conventions qu'elles mettraient au point et que finalement elles adopteraient, si en leur sein une majorité se formait à cette intention.

15. En commentant, en 1968, sur la base de l'expérience directe acquise à la suite de plus de deux mandats successifs, les avantages liés à la création de la Commission du droit international et à la première évolution qui s'était produite dans sa composition et dans ses méthodes, j'avais tenu à mettre en évidence que les projets élaborés par cet organe spécialisé n'avaient pas pour seul mérite d'être le résultat d'une étude technique approfondie. Les vingt-cinq membres de la Commission (11), relevais-je, étaient élus par l'Assemblée générale de manière à refléter dans leur ensemble les différents courants de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde, et cela faisait que les tendances, les conceptions et les intérêts essentiels que s'affronteraient ensuite dans une Conférence générale des représentants des gouvernements étaient déjà pratiquement tous présents dans la Commission. Et aussi, le fait que lesdits membres étaient choisis en considération de leur compétence individuelle et étaient censés s'exprimer en pleine indépendance par rapport à leur Etat d'appartenance, assurait aux discussions, non seulement un haut niveau technique, mais aussi des possibilités accrues de rapprochement — par un dialogue continu entre des

(11) Tel était alors le nombre de ses membres.

spécialistes que le travail en commun amenait à mieux se connaître et s'apprécier — des vues et des positions respectives autour de solutions objectivement fondées.

16. Tout cela me semblait donc devoir apparaître, à des observateurs avisés, comme un facteur précieux pour faciliter le travail que les représentants gouvernementaux seraient ensuite appelés à effectuer. D'ailleurs, l'expérience des très graves difficultés rencontrées par des conférences diplomatiques convoquées pour la codification de tel ou tel autre sujet, sans que l'on ait procédé au préalable à un travail approfondi de préparation technique par des experts, me paraissait être de nature à renforcer cette conviction. En faisant cette remarque, je pensais notamment à la Conférence de codification du droit international tenue à La Haye en 1930, dont l'échec avait été dû en bonne partie à l'absence d'un travail préparatoire adéquat sur le plan technique. A cette expérience on pourrait aujourd'hui ajouter celle toute récente de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, à propos de laquelle justement il a été dit qu'« elle se trouvait confrontée à une tâche d'autant plus ardue qu'elle ne disposait pas, à son ouverture, d'un avant-projet de convention qui eût pu servir de base de discussion » (12). En effet, cette conférence a nécessité onze sessions, réparties sur une période de pas moins de neuf années. Mais il faut dire que la conférence en question, même si elle a été réunie, sous l'impulsion prépondérante des Etats nouveaux entrés entre temps massivement dans la communauté internationale, afin de réviser la codification, pourtant bien récente, des conventions de Genève de 1958, avait surtout été convoquée dans le but de créer un droit nouveau destiné, plus encore qu'à introduire des changements estimés indispensables dans des matières ainsi dire anciennes, à régir des matières auparavant non couvertes par une quelconque réglementation juridique. Ce que l'on avait en vue était surtout un droit à présent rendu nécessaire par les nouvelles perspectives d'exploitation des richesses des eaux, des fonds de mer et de leur sous-sol, apparues à la suite des progrès scientifiques

(12) Voir la « Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (10 décembre 1982). Notes et études documentaires. Texte présenté par P.-M. Eisemann. La documentation française, 1983, pp. 13 ss., 17.

et techniques. Les gouvernements, et surtout les gouvernements des Etats nouveaux, n'étaient donc pas disposés, vu l'importance des intérêts en conflit, à confier cette tâche, même à titre purement préliminaire, à un organe technique comme la CDI (13).

17. Quoi qu'il en soit, on peut se demander si l'on est toujours sûr d'arriver, aujourd'hui, aux mêmes conclusions optimistes que j'avais formulées, vers la fin des années soixante encore, à propos des moyens dont les Nations Unies disposaient pour la réalisation de l'étape préliminaire de l'opération si complexe de la codification du droit international. Est-on toujours autorisé à s'attendre, de la part de la Commission du droit international, qu'elle soit à même de rendre tous les services dont elle a été capable à des moments différents de son existence ? Je ne puis répondre à ces questions sans avoir présent à l'esprit le fait que l'augmentation numérique peut-être un peu démesurée de la Commission, passée dernièrement de 25 à 34 membres, n'est probablement pas de nature, malgré des absences fréquentes, à faciliter la continuation de ce « dialogue » qui s'était révélé autrefois si fructueux pour la poursuite des buts recherchés. Je me demande si les travaux de la Commission ne risquent pas de devenir une série de monologues, intéressants si l'on veut, mais peu indiqués pour permettre cet ajustement réciproque et progressif des positions en vue de la formation d'un accord réel sur des formules acceptables par tous. Je me demande aussi si l'exigence pleinement justifiée de garantir à la Commission une réelle représentativité des différents systèmes juridiques existant dans le monde d'aujourd'hui, exigence alléguée comme justification de l'augmentation du nombre des membres, n'a pas été quelque peu abusivement séparée d'une autre opportunité non moins réelle. Je parle de l'opportunité d'assurer une présence, dans l'organe appelé à contribuer à la codification du droit international, des représentants des grandes écoles juridiques qui ont le plus contribué au développement de cette partie du droit. Certaines lacunes qui m'avaient paru regrettables ont, il est vrai, été comblées. Mais d'autres sont apparues dans cet organe aujourd'hui si vaste, et elles me laissent perplexe.

(13) M. Eisemann, *op. cit.*, continue son commentaire en observant : « En 1958, la Première Conférence avait débattu des textes élaborés par la Commission du droit international mais, ici, les questions étaient beaucoup trop controversées pour que l'on eût pu en saisir un organe composé d'experts indépendants : c'était aux Etats qu'il revenait directement de modifier le droit de la mer (en 1958 on s'était contenté, pour l'essentiel, de le codifier) ».

Toutefois, je ne continue pas dans cette voie, car je ne voudrais pas que l'on me prenne pour un *laudator temporis acti* et que l'on m'accuse de ce travers si courant chez ceux qui pendant longtemps ont participé à la vie d'un organisme déterminé, de considérer cette période révolue comme une sorte d'âge d'or, qui ne reviendra peut-être pas. Je préfère donc me borner à exprimer à ce sujet la certitude qu'un corps constitué aussi précieux et ayant aussi bien mérité que la Commission du droit international saura trouver le remède à certains dangers qui la guettent. Elle saura sans doute envisager, peut-être au moyen d'une intensification du travail du comité de rédaction, ainsi que d'une collaboration accrue de la part du secrétariat, la possibilité de répondre avec toujours plus d'efficacité aux tâches qui continuent à lui incomber pour l'accomplissement des fins auxquelles elle s'est vouée et pour la réalisation, sous n'importe quelle forme, de la codification du droit de la communauté internationale.

18. En ce qui concerne la première étape du processus complexe auquel je me réfère, je pense donc pouvoir garder, dans une large mesure et en dépit des quelques préoccupations manifestées, l'optimisme dont s'inspiraient mes premiers commentaires à son sujet. Par contre, je ne me sens malheureusement pas poussé, aujourd'hui, à faire preuve d'une disposition d'esprit analogue pour ce qui est des étapes suivantes.

A propos de la deuxième étape, celle qui comporte la convocation et le déroulement d'une conférence diplomatique de représentants des Gouvernements, et ceci jusqu'à son aboutissement par l'adoption d'une convention collective en la matière mise à l'ordre du jour, j'avais d'abord tenu à souligner, dans lesdits commentaires, les facilités créées, sur le plan de l'organisation, du fait même de l'existence des Nations Unies. J'avais ainsi mentionné celle découlant du pouvoir implicitement attribué à l'Assemblée générale, de convoquer une conférence générale du type indiqué, pouvoir qui éliminait la nécessité de longues négociations entre les chancelleries à propos de l'opportunité de l'initiative, des différentes modalités en vue de sa réalisation, de la définition de son objet, etc. J'avais également rappelé ce précieux élément de stabilité et de continuité qu'était le fait que le secrétariat d'une conférence convoquée par les Nations Unies devait être confié

automatiquement aux services juridiques de l'Organisation. J'avais en outre cru pouvoir indiquer comme un progrès définitivement acquis le fait que le règlement de procédure de la conférence serait désormais préparé d'avance par le Secrétariat des Nations Unies et serait donc adopté presque sans discussion. J'avais enfin mentionné, comme un élément destiné à assurer à la conférence une marche plus expéditive, le fait que l'adoption des décisions de fond ainsi que des textes définitifs se ferait à la majorité des deux tiers en remplacement de la vieille règle de l'unanimité. Tout cela me paraissait éviter bien des difficultés et des retards. Mais j'exprimais ces opinions en ignorant combien la situation devait évoluer par la suite. La pratique plus récente devait apporter un démenti net quant à mes prévisions, en ramenant au sein des conférences d'interminables discussions sur des questions d'organisation, en particulier en ce qui concerne l'adoption du règlement intérieur et surtout la procédure pour l'adoption des décisions. Je reviendrai par ailleurs sur ce point.

19. En tout cas, quel qu'ait pu être le bien-fondé des considérations que j'avais initialement formulées à propos des facilités que l'existence des Nations Unies et de leurs moyens d'action offrait en ce qui concerne l'organisation des conférences, j'avais alors fait part de ma conviction que des facilités de cette nature, aussi importantes qu'elles fussent, ne suffisaient certes pas, à elles seules, à assurer le succès d'une conférence de représentants gouvernementaux réunie autour d'un projet de codification d'une partie du droit international. La condition nécessaire à ce succès me paraissait être la promotion, au sein des réunions, d'une atmosphère favorable, d'une volonté commune d'aboutir. A ce sujet, j'avais souligné combien cette atmosphère était exposée à l'influence de facteurs négatifs, venant aussi bien de l'extérieur de la conférence que de l'intérieur de celle-ci, et j'avais mis l'accent sur la nécessité d'œuvrer pour les neutraliser autant que possible.

Mais inutile de me répéter, vu l'évidence même de ces remarques. Je voudrais plutôt m'arrêter un moment sur un autre aspect, dont l'importance croissante me paraît devoir être signalée. J'entends me référer à la composition numérique des conférences, à l'évolution que cette composition a subie et aux conséquences de ladite évolution pour les questions qui nous occupent. Le nombre des gouvernements appelés à participer à des conférences diplomatiques et plus spécialement à des conférences de codification du

droit international, n'a pas cessé de s'accroître depuis la moitié des années cinquante. Or, la constatation, faite en 1968, que le nombre des Etats membres de la communauté internationale avait davantage que doublé en un peu plus d'une décennie, est aujourd'hui à revoir : au cours des deux dernières décennies ce nombre a encore doublé par rapport à 1962 et vraisemblablement il va encore s'accroître considérablement. Même si, en réalité, il n'y a guère plus de nouvelles formations étatiques d'une certaine importance à entrer dans la communauté internationale, le phénomène de la naissance d'une série de petits Etats indépendants, surtout insulaires, voire même de micro-Etats, et pas tous nouveaux d'ailleurs, est loin d'être épuisé. Et dès leur avènement toutes ces entités indépendantes auront un siège aux conférences en question.

20. Voyons pour le moment les faits tels qu'ils se sont présentés jusqu'ici (14). A la première conférence sur le droit de la mer, tenue à Genève en 1958, les Etats participants étaient déjà au nombre de 86. Ils étaient 81 à la Conférence de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, 92 à celle de 1963 sur les relations consulaires, tenue dans la même ville. Vu le grand intérêt pour la matière mise à l'ordre du jour, la participation se monta à 103 Etats à la première session, de 1968, de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, et à 110 à la seconde session. Mais elle redescendit de nouveau à 81 Etats (c'est-à-dire au même nombre de participants qu'à la Conférence sur les relations diplomatiques, à laquelle la nouvelle conférence était strictement liée) à la Conférence de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec des organisations internationales de caractère universel. La Conférence de Vienne de 1978-79 sur la succession d'Etats en matière de traités réunit 89 participants à sa première session et 84 à la seconde ; la Conférence, toujours à Vienne, de 1983, sur la succession d'Etats en matière de biens publics, archives et dettes, eut une participation de 90 Etats. Mais ces chiffres encore relativement limités étaient peut-être dus à un intérêt moins généralisé pour la matière à l'ordre du jour, car le nombre des membres de la communauté internationale s'était entre temps accru au point qu'aux différentes sessions de la Troisième Conférence sur le

(14) J'emprunte la plupart des données que je donne ici, à l'excellent tableau fourni par Karl Zemanek aux pp. 587 s. de son étude « Codification of International Law. Salvation or dead end ? », publiée dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, vol. I, Milan, 1987, pp. 581 ss.

droit de la mer, de celle de New York de 1973 à celle de Montego Bay de 1982, la participation des Etats était constamment de 164 Etats, auxquels s'ajoutaient 94 observateurs, répartis en quatre catégories différentes.

21. Il est inévitable qu'une conférence diplomatique aux proportions quasi gigantesque comme la dernière mentionnée — proportions qui seront d'ailleurs certainement dépassées par celles d'autres qui pourront être convoquées à l'avenir — prennent un peu les apparences d'un parlement, surtout aux yeux des participants. Je dis bien les *apparences*, car en réalité, contrairement à un parlement, une conférence diplomatique de représentants gouvernementaux, aussi nombreux que soient ces derniers, n'a toujours pas le pouvoir de légiférer. Elle a seulement le pouvoir de rechercher la formation d'un accord de volontés entre des Etats souverains et, en cas de succès de ses efforts, de consigner les termes de cet accord dans un acte final. Quoi qu'il en soit, il est normal que, dans un milieu aussi vaste, des majorités et des minorités se forment au cours des débats sur des points importants ; majorités et minorités qui ne sont pas toujours les mêmes d'ailleurs, surtout si à l'ordre du jour de la conférence figure une pluralité de sujets distincts, mais qui, si elles gardent une certaine constance, peuvent presque prendre des allures de partis. Et il est compréhensible que ceux qui se trouvent être majoritaires, cherchent à imposer certaines solutions par le poids de leur nombre. Tout comme il est compréhensible que ceux qui sont minoritaires fassent valoir la nécessité de se rencontrer, grâce à des négociations patiemment menées, autour de formules de compromis susceptibles de réunir un accord général, si l'intérêt est d'éviter que l'opération ne se solde par un échec.

22. Ces divergences entre une majorité et une minorité dans le cadre des participants peuvent surtout se manifester sur des questions de procédure et peuvent se traduire alors par des débats prolongés qui retardent le passage à l'examen des questions de fond. On en trouve une illustration frappante dans la divergence qui, à la Troisième Conférence sur le droit de la mer, opposa si longtemps les tenants d'une décision par vote — et donc à une majorité qualifiée — aux partisans de l'adoption par consente-

ment général ; ceci tout en acceptant de couvrir les désaccords persistants par la formule vague et quelque peu équivoque de consensus (15).

Si, par ailleurs, on examine non plus les questions de procédure, mais celles de fond, les choses peuvent se révéler encore plus compliquées. Surtout lorsque la matière formant l'objet de la conférence comprend de multiples aspects, on assiste à la formation d'une pluralité de groupes distincts, s'opposant ou s'unissant entre eux de manière différente suivant les questions. En dernier lieu, il se pourra aussi qu'il y ait nécessité d'assurer un équilibre entre les sacrifices imposés aux uns sur certains points et les concessions accordées par les autres sur des points différents. Enfin, il ne faut pas oublier que, dans ce jeu parfois très complexe, la conférence peut encourir le risque de tomber parfois d'accord, en désespoir de cause, sur des formules de compromis qui constituent moins une réglementation du point controversé qu'un abandon plus ou moins déguisé de cette réglementation. Je ne m'attarde pas à citer des exemples, car je pense qu'ils sont sur les lèvres de tous.

23. Les considérations que je viens de formuler à propos des conditions de recrutement et de travail des conférences diplomatiques de notre époque, ainsi que les difficultés qu'elles rencontrent fréquemment, s'appliquent tout autant à l'une qu'à l'autre des deux hypothèses possibles. Elles valent, en d'autres termes, aussi bien pour une conférence de représentants gouvernementaux convoquée pour la réglementation d'un sujet nouveau, n'ayant pas encore trouvé sa place dans les prévisions d'un droit international préexistant, que pour une conférence de codification au sens strict, qui, au contraire, aura pour objet une matière déjà prévue par des règles juridiques, non-écrites ou exceptionnellement écrites, et parfois aussi relativement anciennes. Une conférence de ce type aura donc

(15) Comme le rappelle, dans son commentaire, M. Eisemann, *op. cit.*, pp. 17 ss, le problème ne put être réglé à la première session de la conférence (New York) et ne le fut qu'au début de la deuxième session (Caracas). Ou s'y accorda sur une formule de compromis, d'après laquelle les décisions devaient être prises par des votes à la majorité simple pour les questions de procédure et à la majorité des deux tiers des membres présents et votants pour les questions de fond, la majorité simple de l'ensemble des Etats participants devant toutefois être comprise dans cette majorité qualifiée. Mais en même temps la conférence fut requise de ne ménager aucun effort pour aboutir par voie de consensus à un accord sur les questions de fond. Et, de fait, la conférence put fonctionner par la suite et jusqu'à l'avant-dernière session y incluse, sur la base du principe du consensus, doublé de la technique du *package deal*.

normalement, pour base de travail, un projet préalablement établi par cet organe essentiellement technique qu'est la Commission du droit international et rédigé par elle dans l'intention de fixer le droit préexistant, ainsi que de suggérer, le cas échéant, à l'égard de ce dernier, des développements progressifs estimés utiles et réalisables.

Toutefois, en ce qui concerne cette dernière catégorie de conférences, qui intéresse plus directement les présentes réflexions, il reste un autre aspect auquel il convient de prêter attention. Je me réfère à la possibilité, qui n'est malheureusement pas une hypothèse d'école, que dans le nouveau milieu, non plus technique mais officiel, certaines dispositions d'un projet rédigé et adopté par la Commission de droit international en un domaine mis ensuite à l'ordre du jour d'une conférence de représentants gouvernementaux, rencontrent des résistances qui ne s'étaient point manifestées lors de la discussion du projet en question à la Commission, ou qui, tout en y ayant été avancées, y avaient été surmontées. Certaines distinctions, certaines notions surtout, dans lesquelles tel ou tel autre représentant gouvernemental décèlera peut-être un danger pour des thèses chères à son pays ou, plus vraisemblablement, pour certains intérêts concrets de ce dernier, risqueront de se trouver qualifiées de dangereuses innovations, ce qui ne correspondra probablement pas à la réalité, leur nouveauté et les dangers qu'on leur prête n'étant souvent qu'apparents. Ces distinctions, ces notions et les idées qu'elles sous-entendent se révéleraient souvent, après analyse objective et approfondie, avoir été déjà acceptées par l'*opinia juris* dominante de la communauté internationale. Mais sera-t-il toujours possible de procéder à une telle analyse au cours des débats d'une conférence diplomatique ? Dans d'autre cas, il se pourra que l'équilibre établi par la Commission du droit international entre des positions opposées, par un dosage étudié des gains et des pertes de chacune, soit remis en question, et il n'est en général pas exclu que le délicat processus de la codification fasse, dans cette phase, des pas en arrière plutôt qu'en avant. Je sursstime peut-être ces dangers, et je dois reconnaître que l'expérience, par exemple celle de la Conférence sur le droit des traités, montre que parfois on a pu les surmonter et que finalement les formules proposées par la Commission ont été rétablies. Mais il est fort probable qu'une fois aplanies à la conférence diplomatique, certaines résistances réapparaissent lors de la phase finale de l'iti-

néraire complexe de la codification, pour autant que l'on persiste à concevoir celle-ci comme une opération qui doit aboutir au remplacement du droit coutumier, dans un domaine déterminé, par un droit d'origine volontaire, consigné dans une convention collective. C'est donc à cette dernière phase que je vais maintenant consacrer mes considérations.

24. Dans mes commentaires de 1968, je n'avais pas manqué de mettre en évidence que les constatations que l'on pouvait faire à ce sujet n'étaient guère réjouissantes. J'avais rappelé au départ le fait qu'après l'adoption d'une convention par la conférence diplomatique chargée de cette tâche, en elle même importante et ardue, mais qui ne représentait pas encore la fin de l'entreprise, l'action pour la codification cessait d'être une action collective pour se fragmenter une série d'actions individuelles. « Chaque Etat particulier » écrivais-je alors (15) « reste juge de l'opportunité d'apporter ou non son consentement définitif à l'instrument international, même si, le plus souvent, il a lui-même contribué à en établir le texte ; il est aussi seul juge du moment auquel donner ce consentement et du temps qu'il lui faut pour prendre sa décision, pour autant qu'il ait l'intention d'en prendre une. Les procédures constitutionnelles internes de chaque Etat prennent désormais le dessus sur les procédures internationales ; et l'on doit attendre patiemment que les manifestations du consentement des Etats, tels les fragments d'un puzzle, viennent individuellement se souder les unes aux autres. Ce ne sera que lorsque ces manifestations seront réunies, et dans une proportion suffisamment large, que les règles si laborieusement préparées, élaborées et approuvées dans les phases précédentes de l'œuvre de codification, pourront s'imposer formellement comme règles de droit acceptées, sinon par la totalité de la communauté internationale, du moins par la partie la plus importante de celle-ci ».

Ceci dit, je m'étais employé à dresser, pour les conventions de codification de parties importantes du droit international adoptées au cours de la dernière décennie, l'état, fin 1967, des ratifications, adhésions et acceptations par voie de succession. Les retards que l'on devait alors constater, à quelques exceptions près, dans l'adoption définitive desdites conventions par les membres de la communauté internationale étaient fort préoccupants. Cherchant à en

(15) « La codification du droit international... », *op. cit.*, p. 109.

relever les causes principales, j'avais distingué d'un côté les motifs pour ainsi dire politiques, comportant une opposition de fond, et de l'autre les raisons plutôt techniques, inhérentes à la lourdeur de la machine politico-administrative de l'Etat moderne ; et j'avais souligné que ces dernières pouvaient, plus encore que les premiers, être à l'origine de l'absence de décision de la part de nombreux Etats. Malheureusement je ne dois rien changer aujourd'hui quant aux constatations faites alors ; je me bornerai donc à y renvoyer tout simplement, cela évitera d'inutiles répétitions (16).

De même, je rappellerai brièvement mes suggestions d'alors quant aux mesures d'ordre international qui, à mon avis, auraient pu et dû être étudiées et mises en œuvre afin de promouvoir une acceptation plus large et plus rapide, par les Etats, des conventions générales et tout spécialement des conventions portant codification du droit international. J'avais d'abord évoqué, dans ce contexte, les propositions qu'avait formulées vers la fin des années trente l'Assemblée de la Société des Nations et qui malheureusement étaient restées lettre morte à cause de la détérioration de la situation politique (17). Je m'étais ensuite appliqué à développer l'idée d'étendre à toutes les conventions générales adoptées par les Nations Unies ou par des conférences convoquées par elles, le système en vigueur dans certaines Institutions spécialisées, l'Organisation internationale du Travail notamment. J'avais formulé des propositions concrètes à cette fin (18). Mais, malgré l'accueil favorable qu'elles avaient reçu au sein de la Commission du droit international, ces propositions n'ont pas eu d'écho dans les milieux officiels des Nations Unies. Il était évident que les gouvernements rechignaient devant un recours à une quelconque mesure susceptible de limiter leur pleine liberté de décider si et quand ils seraient disposés à accepter de façon définitive des engagements internationaux déterminés. J'estime donc inutile de refaire valoir ces propositions ou d'en envisager d'autres. Ce qui, par contre, me paraît indispensable est de reconsidérer l'état réel des choses, et à cette fin de dresser un tableau mis à jour des acceptations définitives, par les membres de la communauté internationale, des conventions de codification adoptées par des conférences diplomatiques des Nations Unies. Ce n'est que sur cette base réaliste que

(16) *Ibid.*, pp. 112 ss.

(17) *Ibid.*, pp. 114 ss.

(18) *Ibid.*, pp. 117 ss.

l'on pourra discuter de la meilleure manière de remettre sur de nouveaux rails l'effort de codification du droit international.

25. J'ai rappelé, au paragraphe précédent, qu'en 1968 j'avais dressé un premier bilan à fin 1967 des ratifications et des autres formes équivalentes d'acceptation définitive des conventions de codification du droit international conclues jusqu'alors par des conférences convoquées par les Nations Unies. Karl Zemanek, à son tour, dans son étude « *Codification of International Law : salvation or dead end ?* », a donné, dans son tableau déjà cité par moi à la note 14, un « *Status of Codification Conventions* » à fin mars 1986. De mon côté, j'ai procédé à une mise à jour postérieure du bilan, jusqu'à fin 1987. Les données qui ressortent de cette enquête sont les suivantes :

a) la Convention sur la haute mer, adoptée à Genève en 1958 et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratification le 30 septembre 1964, avait reçu, à fin 1967, 39 ratifications, adhésions et acceptations par voie de succession ; ce nombre était passé à 57 fin mars 1986 et est resté inchangé à fin 1987 ;

b) la Convention sur le plateau continental, adoptée sur les mêmes lieux et à la même date que celle sur la haute mer et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratification le 10 juin 1964, avait reçu, à fin 1967, 37 ratifications, adhésions et acceptations par voie de succession. Ce nombre était passé à 54 à fin mars 1986 et à 53 à fin 1987, à cause d'une dénonciation intervenue entre temps ;

c) la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, adoptée dans les mêmes conditions que les deux précédentes et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratification le 10 septembre 1964, avait reçu, à fin 1967, 32 ratifications, adhésions et acceptations par voie de succession. Ce nombre était passé à 46 à fin mars 1986 et à 45 à fin 1987, à cause d'une dénonciation intervenue entre temps ;

d) la Convention sur la pêche et la conservation des ressources de la haute mer adoptée aussi à Genève à la même date que les trois précédentes et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratification le 20 mars 1966, avait reçu, à fin 1967, 24 ratifications, adhésions, et acceptations par voie de succession qui étaient devenues 36 à fin mars 1986, et ce chiffre resta inchangé à fin 1987 ;

e) la Convention sur les relations diplomatiques, adoptée à Vienne le 18 avril 1961 et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratifi-

cation le 24 avril 1964, avait reçu, à fin 1937, 65 ratifications, adhésions et acceptations par voie de succession. Ce nombre était passé à 141 à fin mars 1986 et à 150 à fin 1987 ;

f) la Convention sur les relations consulaires, adoptée à Vienne le 24 avril 1963 et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratification le 19 mars 1967, avait reçu, à fin 1967, 27 ratifications, adhésions et acceptations par voie de successions. Ce nombre était passé à 108 à fin mars 1986 et à 114 à fin 1987 ;

g) la Convention sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur avec la trente-cinquième ratification le 27 janvier 1980, avait reçu, à fin mars 1986, 44 ratifications et adhésions. Ce nombre était passé à 55 à fin 1987 ;

h) La Convention sur les missions spéciales, adoptée à New York par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 décembre 1969 et entrée en vigueur avec la vingt-deuxième ratification le 21 juin 1985, avait reçu, à fin mars 1986, 21 ratifications et adhésions. Ce nombre était passé à 23 à fin mars 1987 ;

i) la Convention sur la représentation des Etats dans leurs relations avec des organisations internationales de caractère universel, adoptée à Vienne le 14 mars 1975 et qui n'est toujours pas entrée en vigueur, avait reçu, à fin mars 1986, 22 ratifications et adhésions. Ce nombre était passé à 23 à fin 1987 ;

l) la Convention sur la succession d'Etats en matière de traités, adoptée à Vienne le 23 août 1978 et pas encore entrée en vigueur, avait reçu, à fin mars 1986, 6 ratifications et adhésions. Ce nombre était passé à 7 à fin 1987 ;

m) la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée à Montego Bay le 10 décembre 1982 et qui n'est toujours pas entrée en vigueur, avait reçu, à fin mars 1986, 9 ratifications. Ce nombre était passé à 33 à fin 1987 ;

n) la Convention sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes de l'Etat, adoptée à Vienne le 8 avril 1983 et pas encore entrée en vigueur, n'avait reçu, à fin mars 1986, aucune ratification. La situation n'avait pas changé à fin mars 1987 ;

o) la Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, adoptée à Vienne le 21 mars 1986, avait reçu deux ratifications à fin 1987.

26. La lecture de ces résultats donne matière à réflexion. Aux fins d'en tirer des conclusions à propos des problèmes qui nous concernent ici, il convient, probablement, de séparer quelque peu des autres conventions celles passées en matière de droit de la mer. Les quatre conventions adoptées dans ce domaine par la Conférence de Genève de 1958 avaient paru constituer, lors de leur conclusion, une réalisation vraiment considérable et durable. Le seul reproche qu'on fit alors à cette construction bien en équilibre sur ses quatre piliers, était l'échec, malheureusement confirmé lors d'une deuxième tentative faite en 1969, dans la solution du problème de l'étendue de la mer territoriale. Mais même si, sur ce point, dont on ne sous estimait certes pas l'importance, la question était restée ouverte, l'ensemble de cet effort organique de codification d'un chapitre très important de l'ordre juridique international semblait à l'époque être destiné à durer. Mais, contrairement à ces attentes, les quatre conventions en question, bien que ratifiées, sinon par la majorité des Etats, du moins par un nombre considérable d'entre eux, furent rapidement remises en cause. A partir de 1973 déjà, et en vertu d'un mouvement né quatre ans plus tôt, les membres de la communauté internationale devaient se consacrer à une refonte complète de toute la matière, centrée cette fois-ci autour de la réglementation estimée indispensable des aspects nouveaux révélés surtout, comme je l'ai déjà rappelé, par les impressionnants progrès scientifiques et techniques intervenus entre temps. L'effort dura, on l'a dit, neuf années et aboutit à l'adoption d'une nouvelle convention unique du droit de la mer, comprenant 320 articles, sans compter les annexes. Cette Convention de 1982 était destinée, dans les intentions de ses rédacteurs, à être désormais le seul instrument régissant l'ensemble de la matière : à remplacer, donc, les règles de droit coutumier toujours existantes, ainsi que les conventions de 1958, et à y ajouter le complexe imposant de règles formulées par rapport à une série de sujets nouveaux. Cependant, cette importante réalisation n'a point atteint, à ce jour, les brillants résultats que ses protagonistes escomptaient. Trente-trois ratifications obtenues en cinq ans, alors qu'il en faut 60 rien que pour la convention entre en vigueur, sont un maigre résultat, compte tenu surtout du fait que tous les grands Etats maritimes n'ont pour le moment pas défini leur position. Bien sûr, le dernier mot est loin d'être dit, et il faut patiemment attendre les développements qui interviendront certainement, pour savoir si

oui ou non le nouveau texte conventionnel est celui qui régira à l'avenir l'ensemble des rapports interétatiques dans cet important domaine.

27. Laissons donc de côté le secteur encore en évolution du droit de la mer et tournons-nous vers des conventions de codification conclues dans d'autres domaines. Là on peut se réjouir du fait qu'un résultat vraiment satisfaisant ait été obtenu à propos du droit des relations diplomatiques. La Convention du 18 avril 1961 n'est pas seulement entrée en vigueur, et ceci trois ans après son adoption, mais les acceptations définitives dont elle a été l'objet à plus d'un titre ont maintenant atteint un nombre tel que l'on peut dire qu'en la matière le droit de formation conventionnelle a pratiquement remplacé le droit coutumier préexistant, duquel, d'ailleurs, il ne s'écarte que peu. L'opération complexe de la codification, telle qu'elle fut conçue quand on s'attaqua à ce domaine là, peut donc être considérée comme ayant atteint son but.

On peut aussi relever un résultat relativement positif, bien que moins complet, en ce qui concerne le droit des relations consulaires, strictement lié d'ailleurs, à celui des relations diplomatiques. Le nombre des acceptations définitives de la Convention du 24 avril, entrée en vigueur quatre années plus tard, continue régulièrement de s'accroître, sans pour autant autoriser les conclusions qui se justifient à l'égard de la convention jumelle. Il se peut que certaines résistances résiduelles viennent du fait qu'aux yeux de quelques Etats nouveaux, la notion même de relations consulaires évoque encore des souvenirs désagréables d'une époque de dépendance dont ces Etats ne se sont libérés que récemment. Mais ils ne tarderont pas à se rendre compte que la situation est aujourd'hui toute différente, et l'importance de relations consulaires intenses pour des pays à forte émigration vers les Etats étrangers ne pourra pas leur échapper. Il est donc possible que cette convention aussi puisse arriver prochainement au stade atteint par la Convention sur les relations diplomatiques.

28. Mais, une fois qu'on est sorti du domaine bien délimité du droit des relations diplomatico-consulaires, le tableau change radicalement. Il est plutôt décevant de devoir constater qu'une réalisation aussi importante que la Convention sur le droit des traités, si longtemps et si savamment élaborée et adoptée avec éclat à

Vienne le 23 mai 1969, ait dû attendre onze années avant d'entrer en vigueur, et qu'en ce qui concerne le nombre des ratifications et adhésions recueillies, il soit aujourd'hui encore inférieur au tiers du nombre global des membres de la communauté internationale. Quant aux autres conventions de codification plus récemment adoptées, on ne peut nier le manque évident de sollicitude de la part des Etats, qu'ils soient vieux ou récents, en ce qui concerne l'acceptation définitive de ces instruments, pourtant adoptés pour la plupart à une très grande majorité.

Face à de telles constatations, l'on comprend que Fritz Münch ait pu parler des résultats de l'initiative prônée par les Nations Unies dans le domaine qui nous concerne, comme de « La codification inachevée » (19). Et l'on voit les raisons qui ont poussé René Jean Dupuy (20) et Karl Zemanek (21) à ajouter un point d'interrogation aux titres de leurs études récentes à ce sujet. Mais est-ce que cela devrait nous amener, contrairement à ce qu'ont fait d'ailleurs les deux auteurs auxquels je me réfère, à donner une réponse négative aux questions qu'ils ont eux-mêmes posées ? Devons-nous nous joindre à la thèse avancée par les « détracteurs de codification », si justement contestée par Dupuy lui-même, d'après laquelle la codification du droit international ne pourra renaître que quand le monde aura trouvé une certaine stabilité (22) ?

29. En réfléchissant à ces questions il me semble que, dans une matière à la fois aussi importante et délicate, on aurait tort de se prononcer hâtivement et de faire preuve autant d'un pessimisme excessif que d'un optimisme incontrôlé. On aurait surtout tort d'émettre un jugement global sans une distinction préalable, clairement établie, entre deux hypothèses qu'il faut séparer rigoureusement sur le plan systématique, même si dans les faits on peut parfois les trouver réalisées dans un même contexte. Lorsqu'on se réfère à des conférences diplomatiques convoquées pour établir des conventions sur tel ou tel sujet de droit international, il arrive que l'on omette de faire la nécessaire distinction selon que

(19) Voir l'étude publiée dans *Le droit international à l'heure de sa codification...*, op. cit., vol. I, Milan, 1987, pp. 373 ss.

(20) « La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire ? », dans *Le droit international à l'heure de sa codification...*, op. cit., p. 262.

(21) Voir *supra*, la note (14).

(22) Voir l'étude citée à la note 20, p. 263.

l'objet de ces réunions et des textes qu'on y adopte est une matière déjà régie par un ensemble de règles coutumières et parfois aussi conventionnelles, ou, au contraire, un domaine entièrement nouveau, jamais confronté au droit international.

30. L'apparition à l'horizon de l'ordre juridique international de sujets nouveaux et souvent inattendus est un phénomène qui croît en progression géométrique. Les progrès incessants de la science et de la technologie, joints à l'esprit d'entreprise des êtres humains, ont demandé au droit international de plonger toujours plus profondément dans le sous-sol des fonds marins et dans les abîmes océaniques ; et parallèlement de monter toujours plus haut dans les espaces extra-atmosphériques et interplanétaires, à prévoir des activités étatiques et même privées dans ces espaces aussi bien que sur la lune et d'autres corps célestes. Comme l'a dit de façon imagée René Jean Dupuy, une course s'est engagée entre l'événement et le droit (23), et comme l'a relevé Walter Rudolph, les règles juridiques, dont le développement est plus fréquemment en retard par rapport à celui de la science et de la technologie, osent parfois dépasser ces dernières afin que leurs futurs nouveaux acquis puissent trouver déjà établie une réglementation appropriée lors de leur naissance (24). Ce sont également les progrès de la science et de la technologie qui, appliqués à des activités pacifiques, ont fait et font toujours davantage apparaître la nécessité du recours au droit pour prévenir les dangers que ces activités peuvent hélas causer au milieu humain et à l'environnement. Ce sont toujours lesdits progrès qui, appliqués dans le cadre ou en prévision de rapports de guerre, ont engendré et engendrent continuellement l'exigence d'introduire des limitations et des interdictions juridiques pour conjurer les effets les plus désastreux de l'emploi d'armes de destruction massive et autres moyens, toujours plus meurtriers et au rayon d'action toujours plus vaste, de conduite de la guerre.

D'autre part, c'est la sensibilité accrue de l'opinion publique pour ce qui est du traitement des êtres humains, qui conduit le droit des gens à ouvrir des brèches dans la muraille autrefois infranchissable de la souveraineté étatique. Car il faut enfoncer

(23) R.-J. Dupuy, *op. cit.*, p. 270.

(24) W. Rudolph, « Technological Development and Codification », dans *Le droit international à l'heure de sa codification...*, *op. cit.*, vol. I, p. 433.

cette muraille pour aller protéger ceux qui, en tant que groupe, se trouvent menacés de persécutions et de massacres dont notre siècle a fourni des exemples horribles et, plus généralement, pour mettre tout individu à l'abri des pratiques dégradantes, des coercitions inadmissibles, des discriminations intolérables, des violations flagrantes de ses droits naturels et imprescriptibles. Enfin, c'est surtout la prise de conscience de l'urgence d'éliminer les disparités toujours plus profondes et plus apparentes dans les conditions de vie des différents peuples, et de l'exigence de promouvoir à l'échelle mondiale une coopération plus effective pour le développement économique, social, culturel et sanitaire de tous les peuples et surtout des plus déshérités, qui réclament l'adoption et la mise en œuvre d'instruments juridiques appropriés à ces fins. Je ne fais là que tirer des exemples d'une réalité aux multiples facettes.

30. L'intervention progressive du droit international dans ces domaines nouveaux, pour les ouvrir à une réglementation juridique auparavant inexistante, ne peut normalement se réaliser que par la création de normes écrites de formation volontaire. Je ne pense pas, en effet, qu'il faille en faire appel de façon exagérée à l'idée de la formation de coutumes instantanées, aussi séduisante qu'elle puisse paraître. Par conséquent, la réglementation à instituer comporte ici, de façon quasiment nécessaire, l'adoption d'instruments conventionnels par des conférences diplomatiques réunies *ad hoc*, ou par des assemblées institutionnelles d'organisations internationales, et leur subséquente acceptation définitive par les différents gouvernements pris individuellement. Même si l'on est ainsi souvent en retard sur les urgences de la réalité — mais la situation varie sensiblement d'un domaine à l'autre — on ne peut pas dire que les instruments déjà entrés en vigueur soient peu nombreux. Les exemples les plus importants ne sont que trop connus pour que je doive m'attarder à les citer (25). Personne ne pense, d'ailleurs, que le mouvement auquel je me réfère ici soit en passe de s'arrêter.

(25) Les exemples les plus significatifs d'instruments internationaux adoptés pour réglementer, à la lumière des développements technologiques, de nouveaux sujets dans le domaine maritime, aérien, spatial, de télécommunication, d'emploi d'armements et de désarmement, sont efficacement décrits par W. Rudolph, *op. cit.*, pp. 234 ss.

31. Ce que je tiens, par contre, à relever, c'est que la création d'un droit nouveau pour répondre aux besoins de nouveaux secteurs de la vie internationale peut, à la rigueur, être qualifiée elle aussi de « codification », ainsi que le font certains commentateurs (26). Mais cela seulement à la condition de garder alors bien présente à l'esprit la distinction à faire entre cette opération là et l'autre, pour laquelle la définition me paraît être plus appropriée et mieux correspondre à l'idée traditionnellement évoquée par ce terme.

Dans mon esprit, la codification est avant tout une opération qui se fait par rapport à des domaines dans lesquels le droit a déjà fait son apparition, et souvent depuis très longtemps déjà. Ce qu'elle se propose est alors essentiellement de mieux définir ce droit, de le clarifier, de le systématiser, de le développer et de l'adapter autant que nécessaire dans son contenu et dans son rayon d'action; afin qu'il réponde mieux aux exigences changeantes de la vie sociale. Ce n'est que lorsque, comme on l'a vu, un important pas en avant s'impose en raison de circonstances historiques exceptionnelles, qu'il peut être nécessaire de faire passer le droit en question de la forme non écrite à la forme écrite. Et n'oublions pas que le caractère exceptionnel de cette hypothèse et les difficultés inhérentes à une telle entreprise se révèlent surtout dans le droit international, étant donné que dans cet ordre juridique le droit écrit n'existe en fait et ne peut être créé que sous la forme conventionnelle. Quoi qu'il en soit, dans ce dernier cas, l'action codificatrice devra nécessairement passer par les fourches caudines de toutes et chacune des trois phases consécutives auxquelles je me suis successivement référé dans les pages qui précèdent. Mais le fait que, en conséquence l'opération envisagée doit alors comporter elle aussi l'adoption par une conférence diplomatique d'un texte agréé de convention collective, et requérir ensuite l'acceptation définitive par les membres, individuellement pris, de la communauté internationale, n'autorise pas l'observateur extérieur de ces similarités à faire et à accréditer une confusion à éviter soigneusement. La transformation en un texte conventionnel écrit d'un chapitre du droit international déjà existant sous une forme coutumière, et la création réalisée par les mêmes voies d'un chapitre nouveau de ce droit par rapport à un domaine nouveau, ne sont pas identiques,

(26) Voir encore W. Rudolph, *op. cit.*, *loc. cit.*

ni en elles-mêmes ni en leurs effets (27). Les deux opérations ne répondent pas aux mêmes finalités et, quel que soit le terme par lequel on les désigne l'une et l'autre, doivent rester séparées tant sur le plan conceptuel que sur le plan pratique. Cette décision me paraît d'autant plus nécessaire que dans la réalité il peut arriver — mais heureusement une telle situation est plutôt exceptionnelle — que la matière mise à l'ordre du jour d'une conférence diplomatique dite de codification comprenne à la fois des secteurs où la conférence doit créer un droit nouveau par rapport à un domaine jusqu'ici inexploré et d'autres où elle doit par contre procéder à une codification en présence d'un ensemble de règles préexistantes, coutumières et même conventionnelles, comme cela a été le cas pour la Troisième Conférence des Nations Unies pour le droit de la mer (28).

32. Une fois ces précisions données, c'est maintenant à l'hypothèse qui m'intéresse plus directement dans le cadre de la présente reconsidération de mes idées en la matière que j'entends

(27) A ce sujet il est intéressant de relever la clarté et l'insistance avec lesquelles la Cour internationale de Justice a tenu à réaffirmer la constatation que des principes et des règles qui ont été incorporés dans des textes conventionnels, à la suite d'une opération de codification, n'ont par là nullement été privés de l'existence et de la force obligatoire qu'ils pouvaient avoir auparavant en tant que principes et règles du droit international coutumier. Dans son arrêt du 24 mai 1980 en l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, elle a affirmé, à la p. 24, que les « conventions de Vienne, qui codifient le droit des relations diplomatiques et consulaires, énoncent des principes et règles indispensables au maintien de relations pacifiques entre Etats et acceptés dans le monde entier par des nations de toutes croyances, culture et appartenances politiques ». Et dans l'arrêt du 26 novembre 1984 relatif à l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (compétence de la Cour et recevabilité de la requête)* § 73, p. 95), elle a encore plus nettement dit que « le fait que les principes susmentionnés (du droit international général et coutumier) et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes du droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties aux dites conventions. Des principes comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation conservent un caractère obligatoire en tant qu'éléments du droit international coutumier, bien que les dispositions du droit conventionnel auxquelles ils ont été incorporés soient applicables ». Cette constatation a été reprise dans les mêmes termes et puis amplement développée par rapport au cas d'espèce dans l'arrêt concernant le *fond* de la même affaire, du 27 juin 1986, §§ 174 ss, pp. 93 ss.

(28) Je crois utile de souligner que dans les cas où se produit la situation exceptionnelle qui est à signaler par exemple à propos de la nouvelle Convention sur le droit de la mer, l'assertion faite par la Cour dans son arrêt du 26 novembre 1984 quant à la valeur des règles codifiées dans certains traités comme règles ayant une valeur parallèle à titre de règles coutumières, doit être prise avec beaucoup

me référer pour formuler à son sujet quelques réflexions nouvelles. J'entends donc ne parler ici que de la codification à mon avis proprement dite, à savoir de l'opération ainsi qualifiée menée dans des secteurs déterminés du droit international existant et notamment dans ceux où le droit est apparu et s'est perpétué et développé dans les formes non écrites de la coutume.

Ces réflexions peuvent s'articuler en quelques points distincts, mais strictement liés l'un à l'autre. Le premier point, le plus général, est celui qui a trait au contexte historique dans lequel le problème ainsi compris de la codification du droit international s'est posé à l'origine et se pose actuellement.

Aux paragraphes 7 et 11 du présent essai j'ai évoqué les réactions que je m'étais appliqué à décrire en détail dans mon article de 1968 et que moi-même et d'autres juristes internationaux avions eues face à une situation survenue alors, qui nous semblait préoccupante pour la stabilité de l'ordre juridique international et la certitude de ses règles. Cette situation était une répercussion immédiate et compréhensible de l'événement historique, sous tant d'aspects réjouissant, de l'accès à l'indépendance d'un nombre imposant et toujours croissant de nouvelles formations étatiques souveraines, suivi par leur entrée dans la communauté internationale. M'étant donc amplement étendu sur ces aspects, je n'ai pas de raisons de revenir maintenant sur les causes de la méfiance et presque du rejet alors manifesté par nombre d'Etat nouveaux à l'égard du droit international déjà en vigueur dans la société interétatique préexistante. Et je n'ai pas non plus de raisons d'expliquer à nouveau pourquoi le seul moyen de remédier à la situation d'instabilité et d'incertitude juridique qui en découlait, nous paraissait alors être celui, fort drastique à vrai dire, d'une refonte totale du droit international existant, en grande partie coutumier, dans une nouvelle formulation volontaire et collective par tous les

de circonspection. Elle ne peut valoir sans conteste que pour les parties de la convention qui codifient des règles coutumières sûrement existantes en tant que telles. Pour les règles créées par la même convention dans des domaines nouveaux, on ne saura arriver à la conclusion indiquée que si l'on peut fournir une preuve convaincante du fait que les règles en question se sont formées d'une manière ponctuelle dans la coutume aussi. Il serait par contre abusif de vouloir présumer que toutes les règles contenues dans la convention seraient aussi des règles coutumières et ceci sur la simple base d'une preuve que l'on n'aurait fournie que par rapport à une seule partie d'entre elles.

Etats, anciens et nouveaux. Si je fais de nouveau allusion à cela c'est uniquement parce que j'estime utile de confronter la situation d'alors avec celle d'aujourd'hui.

33. A vingt années de distance, en effet, la situation extérieure dans laquelle se situe notre problème me paraît avoir substantiellement changé. Mieux intégrés dans la société internationale qui les a accueillis, libérés des craintes initialement conquises, confrontés maintenant à des problèmes autrement réels et urgents posés par l'organisation de leur vie indépendante et par son progrès, les Etats nouveaux paraissent avoir graduellement modifié leur attitude. Ils semblent être bien davantage intéressés à l'adoption de règles internationales jusqu'ici inédites, qui apportent une réponse positive à leurs aspirations relatives à des domaines nouveaux échappant auparavant à toute réglementation, qu'à une éventuelle refonte radicale du droit international préexistant.

Quant aux règles de ce dernier droit, d'ailleurs, une meilleure connaissance que les Etats nouveaux en ont acquise dans des contacts intenses avec d'autres pays souverains, a pu vraisemblablement les convaincre du manque de fondement de certains préjugés relatifs à la formation desdites règles, à leur signification et aux effets de leur utilisation. Ces règles, souvent beaucoup plus anciennes et beaucoup moins volontaires à leur origine que l'on aurait pu penser, ont probablement cessé de leur apparaître comme le produit de conceptions étrangères et inconciliables avec les leurs, pour se révéler telles qu'elles sont. Elles n'ont été, en effet à leur connaissance, que le simple reflet des réalités concrètes de la vi interétatique, la réponse quasiment nécessaire et naturelle aux exigences d'une coexistence entre entités politiques souveraines et des relations suivies que cette coexistence comporte. Au surplus, certaines institutions juridiques que les Etats en question avaient pu considérer comme surtout attachées à une distinction entre entités souveraines et entités dépendantes et à l'idée d'une domination coloniale dont ils avaient souffert, sont pratiquement tombées en désuétude comme des branches mortes qui se détachent d'elles-mêmes. Ce qui reste et qui restera toujours valable dans le cadre juridique international d'aujourd'hui paraît donc avoir gardé ou avoir vite pris, aux yeux des membres récents de la communauté internationale, une valeur non inférieure à celle que leur attribuent les membres les plus anciens. Et même, les premiers ont pro-

ablement acquis, à l'expérience, la conviction que les vieilles règles étaient peut-être plus précieuses pour la défense des plus faibles que pour le soutien des prétentions de plus forts.

Il est, du reste, une autre considération qui vient confirmer le bien fondé de ce qui précède. La préoccupation qu'il y a vingt ans on avait raison de nourrir à propos de la sauvegarde de la certitude du droit international, face au changement aux proportions révolutionnaires intervenues dans la composition de la communauté internationale, se doublait alors d'une autre raison d'anxiété. La méfiance des nouveaux membres de cette communauté à l'égard de l'ensemble du droit qui y était en vigueur autorisait la crainte que ces derniers se déroberaient systématiquement à l'idée de confier la solution des litiges auxquels ils pourraient être parties à la décision des instances judiciaires ou arbitrales créées pour le règlement pacifique des différends. Ces instances sont en effet censées faire essentiellement application du même droit. Or, contrairement aux prévisions et grâce aussi au fait que les juristes provenant des pays nouveaux ont opportunément été appelés à en faire partie au côté des membres plus anciens, cette crainte ne s'est guère matérialisée. Les pays du Tiers Monde figurent maintenant en majorité sur la liste des pays qui ont été ou sont parties à des différends soumis auxdites instances : il suffit de penser aux procès judiciaires ou arbitraux, Etats-Unis-Iran, Tunisie-Libye, Libye-Malte, Italie-Malte-Libye, Burkina Faso-Mali, Guinée Bissau-Sénégal, Nicaragua-Etats Unis, El Salvador-Honduras, Nicaragua-Costa Rica, Nicaragua-Honduras, Egypte-Israël. Et d'autres cas vont sûrement s'ajouter à ceux-ci. Il faut en même temps relever que, dans ces différentes affaires, il n'y a pas eu d'objections à l'applicabilité des règles en vigueur du droit international coutumier ; dans des cas importants ce droit a été appliqué par préférence au droit conventionnel existant. N'oublions pas non plus que, dans ces affaires, des avocats et des conseils issus des milieux juridiques des pays nouveaux ont collaboré à la défense des positions de ces derniers avec d'autres originaires d'Europe et d'Amérique et ont assumé de concert la tâche d'élucider les principes du droit international en vigueur estimés applicables.

En définitive, donc, la certitude du droit international et la stabilité de ses institutions juridiques ont bien résisté aux secousses qu'elles avaient pu recevoir et aux conséquences qu'on aurait

pu craindre. J'irai même jusqu'à dire, pour conclure sur ce point, qu'on peut aujourd'hui constater, dans l'ensemble, un regain de confiance des membres de la communauté internationale dans le règlement judiciaire ou arbitral des différends juridiques internationaux. D'ailleurs l'intérêt suscité, à la VI^e Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, par la communication de la prise de position du Secrétaire général du Comité central du PCUS en faveur d'une acceptation généralisée, sur une base de réciprocité, de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice (29) m'a paru en être un témoignage particulièrement encourageant.

34. Le deuxième point sur lequel portent mes réflexions, est celui qui concerne la manière dont se présente, dans le contexte actuel, le problème de la tâche que peut utilement assumer la codification et des formes qu'elle peut aujourd'hui revêtir. L'objet de ces réflexions supplémentaires est plus spécifiquement la réponse à donner à la question suivante : doit-on ou non continuer à envisager nécessairement et entièrement cette codification suivant l'acceptation intégrale dans laquelle on croyait devoir nécessairement la concevoir dans les années soixante ? Faut-il, en d'autres termes, persister à voir en elle une opération impliquant la création de tout un complexe de droit écrit, réalisé par une série d'accords normatifs, et destiné à régir désormais l'ensemble des matières formant l'objet de la partie non écrite et coutumière de l'ordre juridique international ?

35. C'est sur la base des constatations déjà faites dans le cadre de la présente étude que la réponse à la dernière question doit être recherchée. D'abord je voudrais relever que là où l'on peut constater que l'opération de codification entendue au sens le plus complet a vraiment réussi, l'on doit admettre que ses avantages dépassent ses désavantages. Je ne nie pas que ces derniers existent. Le droit consigné dans des accords écrits se trouve figé dans les textes adoptés et n'est pas de lui-même capable, comme l'est le droit coutumier, de s'adapter de lui-même aux changements de la réalité sociale. Il serait erroné de croire, qu'à la suite d'une codification ainsi réalisée la certitude et la stabilité de la réglementation juri-

(29) Voir le communiqué n° 119, du 16 septembre 1987, de la Mission de l'URSS auprès des Nations Unies, p. 11.

dique de la matière couverte par elle seraient assurées à tout jamais. Il faut, aujourd'hui surtout, être préparé à des ajustements périodiques si l'on veut que la discipline établie à un moment donné soit durable et ne devienne pas un obstacle à une évolution autrement souhaitable. Mais, ceci dit, il faut reconnaître qu'une règle de droit écrit, résultant d'un acte de position volontaire, peut représenter un terme de référence mieux défini, plus sûr et moins facilement discutable que celui fourni par une règle de droit non écrit. Au surplus, le risque de contradictions qui se feraient jour entre les règles de formation conventionnelle et les règles coutumières restant toujours en vigueur dans la matière couverte par les premières, se trouve limité dans les cas où l'acceptation par les Etats des règles conventionnelles adoptées dans le cadre de la codification s'est vraiment généralisée. La tendance se dessine alors naturellement à considérer les articles formulées dans le texte écrit issu de la codification comme l'expression pure et simple du droit international général en la matière. On a pu le constater dans la jurisprudence internationale à propos des dispositions de la convention sur les relations diplomatiques. Par conséquent, dans les domaines déterminés où il existe de sérieuses perspectives de complète réussite pour une codification de cette portée, il est certainement encore souhaitable qu'on prenne cette voie.

Il faut, néanmoins, que ces perspectives de succès soient réelles ; et pour vérifier cette condition essentielle il faudrait s'assurer au préalable, sur la base des données disponibles, des réactions qu'une nouvelle initiative de cette nature provoquerait au sein de la communauté internationale. Ce qu'à mon avis il faudrait à tout prix éviter ne serait pas seulement l'éventualité, assez improbable, d'un échec de la conférence diplomatique convoquée à cette occasion (30). Le vrai danger à conjurer serait que l'accord auquel la conférence parviendrait, obtienne, lorsqu'il s'agira de réunir les ratifications et les adhésions des Etats, un résultat aussi décevant que celui que l'on a dû constater dans certains des précédents mentionnés auparavant. Il ne faut pas se cacher qu'une opération visant à la substitution, dans un secteur donné, d'une convention collective au droit coutumier existant, qui, dans sa phase finale

(30) Ce qui serait plutôt à redouter, en ce qui concerne une telle conférence de représentants gouvernementaux, ce serait que la poursuite difficile d'un succès fasse faire au texte finalement adopté des pas en arrière par rapport au projet de base préalablement établi par cet organe plus technique qu'est la Commission du droit international.

essuierait un échec, fût-il partiel, créerait des inconvénients bien plus que des avantages. On encourrait avant tout le risque de mettre la discipline future de la matière sur deux rails différents et d'instaurer ainsi ce double *standard* dont on a à juste titre relevé les effets négatifs (31). J'ajouterai à cela le fait que la non acceptation par les membres de la communauté internationale d'un texte conventionnel supposé être la codification d'un secteur donné du droit coutumier existant susciterait facilement l'impression qu'il existe entre les deux des divergences plus marquées que prévu. L'échec essuyé risquerait donc de créer autour dudit droit coutumier des incertitudes plus graves que celles qui pouvaient exister avant une telle opération. Cette constatation devrait pousser, à mon avis, à renoncer à des initiatives de codification par trop radicales là où elles n'auraient pas de chance réelles de succès.

36. Mais est-ce uniquement la crainte d'un probable échec et de ses conséquences négatives qui doit faire abandonner aujourd'hui l'idée de promouvoir des conventions collectives dans tous les différents secteurs du droit international traditionnel ? Et est-ce que la prudence dont on ferait ainsi preuve doit comporter comme conséquence le renoncement dans ces domaines, à toute initiative de codification ? La réponse à ces deux questions constituera le troisième et dernier point de mes réflexions.

En ce qui concerne la première desdites questions, je pense que, au vu de toutes les considérations faites dans le courant du présent essai, ma réponse ne surprendra pas. A mon avis il n'y a pas ou, si l'on veut, il n'y a plus aujourd'hui de raisons pour que le droit international abandonne ses structures ouvertes traditionnelles pour se réfugier dans le cadran clos d'un droit entièrement conventionnel. J'ai été heureux de constater, dans diverses études récemment réunies autour du sujet du droit international à l'heure de sa codification (32), une adhésion à des idées chères à ma

(31) Voir K. Zemanek, *op. cit.*, p. 589, et la citation que cet auteur fait à cette occasion de l'article de R.-Y. Jennings, « The Progressive Development of International Law and its codification », *BYIL*, vol. 24, 1947, p. 306.

(32) Voir notamment celles d'H. Batiffol « L'apport d'un internationaliste à la notion de positivité du droit », vol. I, pp. 5 ss ; de G. Abi Saab, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *ibid.*, pp. 53 ss ; de M. Bos, « Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public », *ibid.*, pp. 141 ss ; de M. Díez de Velasco Vallejo, « Législation et codification dans le droit international actuel », *ibid.*, pp. 247 ss.

pensée sur le caractère « spontané » et donc non volontaire du droit international coutumier, ainsi que sur les avantages qu'un droit de cette formation présente dans le cadre du système juridique d'une société aussi complexe et surtout aussi évolutive que la communauté internationale. A un moment donné, renoncer à ces avantages m'avait semblé, à moi et à d'autres, un remède extrême pour parer aux dangers d'une situation extrême. Mais cette situation semble maintenant dépassée, la communauté des Etats paraît avoir bien résisté, dans son ensemble, à la grave crise de croissance à laquelle elle a été confrontée à notre époque, et le droit international me paraît avoir cessé d'être l'objet des méfiances qui s'étaient manifestées au moment le plus aigu de ladite crise. Je ne vois donc plus la nécessité de provoquer un changement radical dans les assises juridiques de la communauté en question. Il me semble plus sage de ne pas vouloir modifier outre mesure l'équilibre, si justement réalisé par l'Histoire, entre le droit international de formation spontanée et celui de formation volontaire.

Quant à la seconde question, je tiens par contre à souligner que la conclusion énoncée par rapport à la première ne comporte nullement la conséquence avec l'idée de la codification du droit international doive être abandonnée. A mon avis, il est toujours nécessaire de reconnaître l'utilité actuelle d'une action qui, sans aucunement vouloir changer l'ensemble du droit international coutumier existant en quelque chose de différent de ce qu'il est, se propose tout simplement de contribuer à une meilleure définition de ses principes et de ses règles, définition accompagnée, le cas échéant, de certains développements qu'ils peuvent mériter.

Il serait en effet absurde de méconnaître l'importance exceptionnelle de l'œuvre que la Commission du droit international, organe officiellement préposé par les Nations Unies à la tâche de la codification (33), a remplie et doit continuer à remplir dans la poursuite de ses finalités fonctionnelles, et ceci quelle que soit la forme que prendront les aboutissements de cette œuvre. Cette importance se manifeste déjà par l'utilité que ladite œuvre revêt pour la documentation qu'elle offre aux Etats et aux Organisations internationales, et davantage encore pour la contribution qu'elle met à la disposition des instances arbitrales et judiciaires internationales. Pour s'en rendre compte il suffit de rappeler que, dans ses dé-

(33) Et aussi, à un moindre degré par des institutions scientifiques telles que l'Institut de droit international.

cisions, la Cour internationale de Justice n'a pas seulement pris en considération, comme expression du droit international général régissant une matière déterminée, les dispositions de conventions adoptées par des conférences diplomatiques et pas encore entrées en vigueur (34), mais encore des projets que la Commission de droit international a élaborés, mais qui n'ont jusqu'ici jamais été présentés à une conférence de représentants des Etats. Pendant moins d'une décennie la Cour s'est basée, en utilisant parfois des termes presque identiques, sur les conclusions établies par la Commission sur deux aspects essentiels de la question de la responsabilité internationale des Etats. Je me réfère à celle de la détermination des comportements humains susceptibles d'être attribués à l'Etat en tant que faits internationalement illicites de ce dernier et de produire à sa charge une responsabilité internationale, ainsi qu'à celle de la définition des circonstances qui, dans une situation déterminée, peuvent être exceptionnellement retenues comme causes d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'Etat. On peut relever tout cela dans l'Arrêt du 24 mai 1980 concernant l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (35) et dans celui du 27 juin 1986 concernant l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (36). Pourtant, le projet utilisé en fait comme base de référence pour la définition du droit international général en la matière (37), ne contenait encore que la première partie de la contribution attendue de la Commission sur le thème de responsabilité internationale (*Le fait international illicite de l'Etat, source*

(34) V. *supra* la note 27 et sur ce sujet surtout l'étude de G.-E. Do Nascimento E Silva, « Treaties as Evidence of Customary International Law », dans *Le droit international à l'heure de sa codification*, op. cit., vol. I, pp. 387 ss.

(35) Voir notamment les §§ 58 ss, 79, 80 ss (pp. 29 ss, 37 ss) de cet arrêt. Voir aussi le commentaire de cette partie de l'arrêt en question que j'en ai fait aux §§ 18 et 19 (pp. 189 s.) de mon opinion individuelle jointe à l'Arrêt du 27 juin 1986 en l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (fond)*.

(36) Voir notamment les §§ 115 et 116 (pp. 64 s.) et 277 et 278 (pp. 139 s.) de cet arrêt et les observations faites à son sujet aux §§ 14 à 19 (pp. 187 à 190) de mon opinion individuelle citée à la note qui précède. Voir aussi *ibid.*, les rappels parallèlement des dispositions des articles 5, 7, 8 et 11 du « Projet d'articles » adopté par la Commission du droit international en matière de responsabilité internationale des Etats.

(37) Je ne crois pas devoir souligner, vu son évidence, l'importance exceptionnelle des cas, comme celui-ci, où une coopération de fait s'est instaurée entre l'organe des Nations Unies chargé de la codification, du droit international et la suprême instance judiciaire de l'Organisation, dans la définition de règles essentielles du droit international général.

de responsabilité internationale) et n'avait été adopté qu'en première lecture par la Commission, à la suite de la discussion prolongée d'une série de huit rapports présentés par son rapporteur spécial de l'époque. Dans une brève digression je tiens à dire à quel point je souhaite que la Commission soit rapidement en mesure, sous l'efficace impulsion du nouveau rapporteur spécial désigné à cette fin, de discuter et d'adopter aussi la deuxième partie (*Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale*) du projet relatif à la matière. Même, donc, si l'on devait à regret renoncer à l'espoir caressé autrefois de voir un jour l'ouvrage entier se traduire en une grande convention acceptée par tous, j'estime que l'utilité déjà acquise concrètement rien que par une première partie du projet d'ensemble ne pourrait que s'étendre au tout le jour où ledit projet serait complété. Et les occasions de révéler cette utilité ne manqueraient sûrement pas.

En laissant à présent la digression et en revenant aux questions générales traitées dans ces pages, je dirai, à titre de conclusion, qu'un vaste horizon s'ouvre encore devant la poursuite, de nos jours, de la codification du droit international. Celle-ci changera vraisemblablement de formes et de méthodes. Elle n'en sera pas moins précieuse pour autant.
