



HAL
open science

Justifications et enjeux de la codification en droit international public

André Oraison

► **To cite this version:**

André Oraison. Justifications et enjeux de la codification en droit international public. Revue juridique de l'Océan Indien, 2004, 04, pp.25-44. hal-02541652

HAL Id: hal-02541652

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541652>

Submitted on 14 Apr 2020

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

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

JUSTIFICATIONS ET ENJEUX DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Par André ORAISON

Professeur de Droit public à l'Université de La Réunion (Université Française de l'Océan Indien)

La coutume internationale est une source formelle du droit international public qui présente - comme les autres sources - des inconvénients et des avantages¹. En tant que règle de droit non écrite, la coutume offre de réelles qualités qui tiennent à sa souplesse et à sa malléabilité : elle est ainsi capable de s'adapter aux besoins changeants de la société internationale. Mais toute médaille a son revers. Dans la mesure où elle est dépourvue de support matériel, la coutume présente le défaut majeur d'être une règle de droit imprécise et mal connue. Cet inconvénient est de plus en plus préjudiciable dans une société en quête de rigueur et de sécurité juridique.

De fait, la complexité et la densité croissantes des relations interétatiques rendent plus que jamais indispensables des règles juridiques fiables et stables. Aussi, les sujets originaires et principaux de la Communauté internationale que sont les Etats souverains ont-ils éprouvé le besoin de plus en plus impérieux de consigner par écrit un certain nombre de règles coutumières. À leur initiative, la Charte des Nations unies contient des dispositions spécifiques sur la codification systématique des coutumes internationales afin de répondre de manière plus adéquate aux exigences versatiles de la vie sociale.

Mais une question préalable se pose sur le plan terminologique. Quelle acception faut-il donner au vocable "codification" ? Ce mot est en vérité un pavillon qui recouvre plusieurs marchandises. Dans une première acception, *lato sensu*, on peut définir avec le Professeur Gérard CORNU la codification comme une opération "consistant à réunir en un seul acte, sans en changer la substance, un acte de base et les actes modificateurs qui l'affectent, moyennant la publication du nouvel acte et l'abrogation de tous les autres"². Mais dans une seconde acception, qui sera seule retenue dans la présente étude, la codification est définie par le Professeur Jean SALMON comme une "entreprise consistant à rédiger le contenu de la coutume internationale"³. C'est plus précisément la formulation *ordonnée* dans un *corps de règles écrites* du droit international public coutumier.

¹ Voir notamment ORAISON (A.), "La Cour internationale de Justice, l'article 38 de son Statut et la coutume internationale (Radioscopie de l'article 38, paragraphe premier, alinéa b, du Statut de «l'Organe judiciaire principal des Nations unies»)", R.D.I.S.D.P., 1999/3, pp. 293-344.

² Voir Vocabulaire juridique, Editions Presses Universitaires de France (P.U.F.), Paris, 2000, p. 155.

³ Voir Dictionnaire de Droit International Public, Editions BRUYLANT, Bruxelles, 2001, p. 190.

L'œuvre de codification du droit international public coutumier a d'abord été une œuvre doctrinale de caractère privé et purement académique¹. L'opération de conversion de règles coutumières en un corps organisé de règles écrites et détaillées réalisée par cette branche originaire de la doctrine a elle-même revêtu deux formes : elle a été *individuelle* avant de devenir *collective*.

La codification académique a d'abord été une œuvre privée individuelle. Réalisées dans le climat positiviste qui a influencé la pensée juridique au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, certaines codifications ont révélé des ambitions très élevées chez leurs auteurs. Il est possible de donner ici un modèle assez représentatif en citant le cas du Suisse Jean-Gaspard BLUNTSCHLI qui publie en 1868 *Le Droit International Codifié* ou celui de l'Italien Pasquale FIORE qui propose en 1890 un *Code de Droit International*.

Mais quelle valeur peut-on attribuer aux activités de cette branche originaire de la doctrine académique qui a cherché à identifier les coutumes et à les présenter de manière claire et ordonnée ? Sans s'embarrasser de circonlocutions, on peut dire que son audience a été pusillanime dans la mesure où ses membres ont, le plus souvent, effectué un repli autarcique sur eux-mêmes, à l'instar des anachorètes de la Thébaïde. Leurs travaux de codification ne sont le plus souvent que l'expression de vues personnelles formulées dans certains chapitres du droit international et sans volonté réelle d'intégration dans le droit positif. Le Britannique Georg SCHWARZENBERGER s'est montré peu amène à l'égard de ces productions doctrinales représentant une vision subjective de la société interétatique : "Rien n'a terni davantage le crédit de la doctrine en droit international que l'inclination de quelques-uns de ses représentants à faire accepter des *desiderata de lege ferenda* sous le couvert de propositions *de lege lata*"².

La sévérité de cette assertion doit cependant être nuancée. Les travaux du Français Gilbert GIDEL n'ont-ils pas exercé une influence sur la première codification réussie du droit de la mer, en 1958 ? De même, des opinions parfois anciennes ne peuvent-elles pas avoir une incidence sur l'évolution du droit positif ? Alejandro ALVAREZ avait ainsi proposé, en 1924, de considérer les archipels comme formant des unités politiques et économiques et de regrouper leurs îles aux fins de délimitation de leurs eaux territoriales. Il suggérait que celles-ci fussent mesurées à partir des îlots les plus éloignés du centre de l'archipel. René-Jean DUPUY et Daniel VIGNES soulignent que l'éminent juriste chilien avait ainsi découvert le concept de "polygone archipélagique" qui sera plus tard consacré en 1982 dans la Convention de Montego Bay³. Ne faut-il pas enfin rappeler que toute

¹ Concernant la distinction entre la "doctrine académique" (ou "doctrine de réflexion") et la "doctrine finalisée" (ou "doctrine d'action"), voir ORAISON (A.), "Réflexions sur «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées)", R.B.D.I., 1991/2, pp. 507-580.

² Voir "The Province of the Doctrine of International Law", *Current Legal problems*, 1956, Londres, Volume 9, p. 244.

³ Voir *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Editions ECONOMICA, Paris, 1985, p. 238.

recherche scientifique est fertile dès lors qu'elle a pour but de nourrir la réflexion sur l'état du droit ? En vérité, la codification officielle du droit international public et son développement ne sont possibles et crédibles que *graduellement* par le travail individuel des Savants et collectif des Académies !

Certes, dans son paragraphe 1er, l'article 38, du Statut de la Cour internationale de Justice (C.I.J.) ne fait allusion qu'aux opinions individuelles lorsqu'il évoque "la doctrine des publicistes les plus qualifiés de différentes nations" (alinéa d). On ne saurait pour autant écarter les opinions collégiales et plus précisément la contribution des "sociétés savantes" permanentes qui se sont multipliées depuis la fin du XIXe siècle. Parmi les associations scientifiques les plus connues, il faut citer l'*International Law Association* fondée en 1873 à Londres ainsi que la *Harvard Law School* qui a joué un rôle appréciable dans la préparation de nombreux projet officieux de conventions depuis sa fondation en 1927. Il faut aussi rappeler les efforts de l'*American Society of International Law* - établie à Washington en 1906 - dans ses travaux préparatoires à la codification du droit régional américain. On doit enfin citer le cas de l'Institut de Droit International créé le 11 Septembre 1873 dans la salle de l'Arsenal, à l'Hôtel de ville de Gand en Belgique, à l'initiative de publicistes éminents comme l'Argentin Carlos CALVO ou l'Ecosais James LORIMER. En tant qu'association scientifique dépourvue de caractère officiel, cet aréopage a apporté depuis plus d'un siècle une contribution notable au développement progressif du droit international et à sa codification.

Ces cénacles sont des organisations non gouvernementales dont les associés présentent toutes les compétences requises en matière de droit international public. Par ailleurs, leurs membres se prononcent toujours "en leur âme et conscience" sur la base de rapports préparatoires souvent imposants et après recension des points de vue de juristes appartenant à des courants de pensée très diversifiés. Après avoir souligné que leurs travaux présentent "l'avantage d'autoriser des comparaisons plus amples des pratiques nationales et un débat scientifique moins subjectif" que les études doctrinales personnelles, MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET précisent néanmoins : "La diffusion de leurs conclusions ou propositions dans le droit positif est un processus indirect et aléatoire"¹.

Les vues exprimées par les sociétés savantes - quelque que puisse être leur renommée - n'ont toujours qu'une valeur intrinsèque : même adoptées à l'unanimité, leurs résolutions ne peuvent en aucun cas créer des règles juridiques. Ceci étant dit, elles n'en exercent pas moins une certaine influence dans la formation du droit international, dès lors qu'elles peuvent aider à l'établissement de règles juridiques appropriées par les ressources de leurs réflexions sur l'état du droit positif.

¹ Cf. Droit International Public, Editions L.G.D.J., Paris, 2002, p. 395. Voir aussi l'opinion de M. Serge SUR pour qui la codification doctrinale individuelle ou collective du droit international public coutumier "est sans autorité juridique directe" in COMBACAU (J.) et SUR (S.), Droit international public, Editions MONTCHRESTIEN, Paris, 2001, p. 71.

Avant d'analyser la technique plutôt complexe de la codification officielle ou publique du droit international public coutumier dans le cadre aujourd'hui privilégié de l'Organisation des Nations unies (II), il importe, dans un premier temps, de préciser la valeur de la codification (I).

I/ LA VALEUR INCONTESTABLE DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC COUTUMIER

C'est une évidence qu'il importe d'emblée de rappeler. Comme toute institution, la codification des règles juridiques internationales d'essence coutumière n'a certainement pas une valeur absolue : elle a même été au centre de certaines querelles ou controverses doctrinales avant la survenance de la Seconde Guerre mondiale, c'est-à-dire avant la création des Nations unies en 1945.

En vérité, l'entreprise de codification présente de nombreux atouts ou avantages qui apparaissent avec le temps de plus en plus évidents (B). Mais elle présente aussi certains défauts ou inconvénients qu'il incombe toutefois de relativiser dans une perspective historique (A).

A/ Les principaux inconvénients de la codification du droit international public coutumier

Le Professeur Charles ROUSSEAU observe que les mêmes objections ont été dirigées contre la codification dans l'ordre juridique international et contre la codification dans les divers systèmes juridiques internes par les auteurs qui s'inspirent de l'École historique et de son chef - le juriste et homme politique allemand Friedrich Karl von SAVIGNY - hostile à toute œuvre de codification¹. À la codification qu'elle considère comme un "principe de mort et d'immobilité du droit", l'École historique préfère, au XIXe siècle, la coutume en tant que règle de droit plus malléable et mieux adaptée au progrès de la conscience juridique².

Un certain nombre d'internationalistes qui écrivent, pour la plupart, bien avant la création des Nations unies ont généralement émis des objections, des doutes, des réserves ou plus simplement des appréhensions à l'égard de la codification des coutumes internationales en se plaçant sur un triple plan : structurel (c), technique (b) et juridique (a).

a) La critique de la codification sur le plan juridique

Le premier élément de controverse résulte d'un constat qui se veut objectif. Le droit international public est un droit relativement jeune par rapport aux disciplines juridiques de droit interne, dont certaines remontent à l'Antiquité. Il est né à la fin du Moyen Age ou au début des Temps modernes, c'est-à-dire à partir du XV^e siècle lorsque surgissent les États indépendants affranchis de toute transcendance et émancipés de la double tutelle : spirituelle du Pape et temporelle de

¹ Voir Droit International Public, Tome I (Introductions et Sources), Editions SIREY, Paris, 1970, p. 348.

² *Ibidem*, p. 348.

l'Empereur du Saint-Empire germanique. L'extrême juvénilité du droit international public explique en grande partie le primitivisme qui le caractérise. Le droit international est primitif parce que les règles juridiques qui le composent sont imprécises et insuffisantes par rapport aux besoins de la société internationale et parce qu'elles n'atteignent que de façon trop partielle le but qui leur est assigné, c'est-à-dire le but de paix et de coopération internationales tous azimuts.

Dans ce contexte spécifique, l'objection première peut-être formulée sous forme d'interrogation : en raison de son primitivisme, le droit international public coutumier est-il "suffisamment mûr" pour une entreprise officielle et crédible de codification ? Au premier abord, rien n'est moins sûr. C'est un fait incontournable : pour qu'une codification ait une chance de succès en tant qu'œuvre de synthèse, il faut qu'elle soit précédée par un travail social d'élaboration plus ou moins long qui fait précisément défaut dans l'ordre juridique international. Faut-il rappeler, par exemple, que le Code civil français de 1804 peut être considéré comme une illustration pertinente de codification réussie qui n'a été rendue possible que par l'existence d'un droit civil d'essence coutumière, mûri dans l'ancienne France monarchique pendant une période multiséculaire ?

b) La critique de la codification sur le plan technique

Le deuxième élément de controverse peut également être présenté sous forme de questionnement. Toute tentative de codification du droit international ne risque-t-elle pas inévitablement de freiner et de fausser le développement naturel du droit en entravant l'élaboration de la coutume dont le mérite principal est la souplesse ? Vue sous cet angle, la codification peut être perçue comme "un facteur d'immobilisme et de conservatisme juridique", voire un processus de "fossilisation" du droit coutumier, de nature à lui faire perdre ses caractéristiques essentielles unanimement reconnues de souplesse et d'élasticité.

C'est là l'objection principale qui avait été formulée, sur le plan interne, par l'Ecole historique allemande et qui a été reprise, à la fin du XIXe siècle et dans la première moitié du XXe siècle, par certains juristes internationalistes.

Cette philippique doctrinale renferme une part d'exactitude. Ainsi, il est probable, par exemple, que si le droit administratif français avait été codifié au début ou même à la fin du XIXe siècle, on aurait peut-être empêché la plupart des progrès remarquables réalisés par la jurisprudence audacieuse du Conseil d'Etat dans l'ordre des garanties offertes aux administrés. Faut-il ici rappeler que les juges du Palais Royal ont contribué à l'épanouissement de la théorie du recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives et de la théorie de la responsabilité de la Puissance publique ? En citant ces deux exemples indiscutables, le Professeur Charles ROUSSEAU est ainsi convaincu que c'est "à son caractère essentiellement prétorien que le droit administratif français a pu atteindre le haut degré d'évolution où il s'est maintenu à l'époque contemporaine"¹ !

¹ Précité, p. 349.

Certes, il ne faut pas exagérer l'importance de cette critique doctrinale. Mais il faut bien néanmoins reconnaître avec M. Pierre-Marie DUPUY - un auteur au demeurant favorable au processus de codification du droit international public coutumier - que "le passage de l'oral à l'écrit emporte inévitablement une transformation de la norme, dont le sens et la portée sortent de l'opération codificatrice à la fois précisés mais aussi plus ou moins rigidifiés sinon restreints"¹.

c) La critique de la codification sur le plan structurel

Le troisième élément de controverse résulte de l'évidente spécificité du "milieu international". Pour une partie de la doctrine classique, hostile ou réservée à l'égard de la codification du droit international public coutumier, il n'y a pas dans l'ordre juridique international positif d'organe législatif supérieur aux Etats souverains et pouvant s'imposer à eux. La conversion d'une règle de droit d'essence coutumière en une règle de droit écrite est donc difficile, sinon impossible, puisqu'elle suppose la réalisation d'un accord entre les Etats dans une œuvre conventionnelle après conciliation de points de vue parfois diamétralement opposés. Pour cette raison, encore, la coutume internationale affirmera sa supériorité par rapport au traité diplomatique dans une société de type relationnelle.

Ainsi, le processus de codification officielle des coutumes internationales peut prêter le flanc à la critique dans la mesure où il apparaît parfois inopportun et présente un certain nombre d'inconvénients. Mais il convient de ne pas surestimer ces derniers qui ont été mis en évidence par quelques membres de la doctrine classique. Par ailleurs, l'œuvre de codification du droit international public coutumier présente aussi des avantages qui apparaissent avec le temps de plus en plus évidents, ainsi que le soulignent la plupart des juristes internationalistes contemporains (B).

B/ Les principaux avantages de la codification du droit international public coutumier

Les diverses critiques formulées à l'encontre de la codification des coutumes internationales par un courant doctrinal minoritaire, qui s'exprime essentiellement avant la fin de la Seconde Guerre mondiale, ne sont pas réhibitoires. Elles ne doivent surtout pas masquer les indéniables qualités de la codification du droit international coutumier.

Avec la tendance aujourd'hui largement majoritaire de "la doctrine des publicistes les plus qualifiés", on peut en vérité recenser les justifications principales de la codification à un triple niveau : scientifique (c), politique (b) et technique (a).

a) La justification de la codification sur le plan technique

La codification des coutumes internationales se justifie au premier chef pour des raisons techniques puisqu'une telle opération se concrétise *en principe* par la rédaction d'une convention multilatérale de codification qui est soumise à la

¹ Voir DUPUY (P.-M.), Droit international public, Précis DALLOZ, Paris, 2002, p. 364.

signature et à la ratification ou à l'adhésion des Etats intéressés. À cet égard, il convient de souligner avec MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET que l'objectif essentiel de toute entreprise de codification est bien de parvenir à un *droit écrit* et détaillé afin de "remédier à l'incertitude qui pèse sur l'existence et le contenu des règles coutumières"¹. Comme résultat probant, on peut ici mentionner la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982².

Tout en apportant une plus grande sécurité juridique dans la Communauté internationale, la codification se présente comme un incomparable instrument de diffusion et de compréhension du droit international dans l'opinion publique. Dans la mesure où - par définition - il n'est pas écrit, le droit coutumier reste trop souvent un droit hermétique ou ésotérique, connu des seuls techniciens. Par contre, l'œuvre de codification de la coutume internationale se traduit concrètement par l'élaboration de supports matériels ou textes écrits qui sont le plus souvent - mais non exclusivement - des conventions multilatérales de codification, caractérisées par leur clarté et leur précision.

Dans le cadre d'une politique de vulgarisation, ces conventions seront accessibles à tous : aux spécialistes comme au grand public³. Ainsi codifié et détaillé, le droit international public pourra plus facilement être diffusé dans les revues ou les manuels. De même, avec un droit codifié, il sera plus aisé de former des professeurs de droit international à tous les niveaux et dans tous les pays et, par suite, de faire des recherches scientifiques toujours plus nombreuses et plus efficaces dans cette discipline.

Enfin, la codification des dispositions d'essence coutumière pourra inciter plus aisément les Etats membres des Nations unies à prévoir l'enseignement et l'étude du droit international public dans les Universités et dans les grandes Écoles et

¹ Précités, p. 337.

² Voir le contenu de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *in* DUPUY (P.-M.), Les grands textes de droit international public, Editions DALLOZ, Paris, 2002, pp. 507-655.

³ Il en est évidemment ainsi quand la convention codificatrice entre en vigueur. Or, dans la mesure où elle est soumise à une procédure complexe de ratification au sein de chaque Etat, cette convention peut n'entrer en vigueur qu'après un délai très long et avec une participation restreinte d'Etats ratificateurs. Ainsi, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités conclu entre Etats n'est entrée en vigueur que le 27 janvier 1980, soit plus d'une décennie après sa signature ! Par ailleurs, il y a parfois des conventions codificatrices qui ne produiront jamais des effets de droit, faute d'obtenir le nombre requis d'instruments de ratification : il y a en effet des traités "mort-nés" dans l'ordre juridique international comme il y a des lois "mort-nées" dans les systèmes juridiques internes. C'est le cas de la Convention de Vienne du 8 avril 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat : cette convention codificatrice n'est jamais entrée en vigueur ! Par ailleurs, les résultats officiels de la codification sont parfois modifiés de manière substantielle par la pratique : ainsi, la Convention de New York - signée le 29 juillet 1994 et entrée en vigueur le 28 juillet 1996 - a remis en cause la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 dans sa partie XI qui est relative à la gestion de la Zone internationale des fonds marins. Voir la Convention de New York du 29 juillet 1994 *in* DUPUY (P.-M.), Les grands textes de droit international public, Editions DALLOZ, Paris, 2002, pp. 656-675.

même - à la limite - "à étudier la possibilité d'inclure des éléments de droit international dans les programmes des écoles primaires et secondaires" ! C'est dans cette optique d'enseignement et d'éducation politique du plus grand nombre de citoyens que l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale s'est prononcée - dans sa Résolution 45/40 adoptée (sans vote) le 28 novembre 1990 - tout en rappelant que la "Décennie des Nations unies pour le droit international" (la décennie 1990-1999) doit avoir pour objectif principal "d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification".

b) La justification de la codification sur le plan politique

On peut noter avec M. David RUIZÉ que la codification est à la fois un *instrument de constatation* des dispositions coutumières existantes ("dispositions *de lege lata*") et un instrument *de réformation* ("dispositions *de lege ferenda*") du droit international positif, dès lors qu'elle conduit à l'accord des Etats sur le *contenu* même des règles de droit qui régissent leurs rapports réciproques¹. L'intervention des experts juridiques, puis la négociation engagée par les délégations nationales au sein d'une Conférence de codification apparaissent comme des occasions privilégiées d'adapter des règles coutumières souvent très anciennes ou lacunaires aux évolutions contemporaines.

De fait, les internationalistes ont, pour la plupart, mis l'accent sur le fait que ces deux activités - *activité conservatrice de codification des coutumes* et *activité innovatrice de développement du droit* - ne sont absolument pas en opposition mais sont, par la force des choses, indissociablement liées dans la société internationale contemporaine qui est en perpétuelle évolution depuis plus d'un siècle.

Sur un plan général, la codification apparaît comme un processus de conversion de coutumes internationales existantes en un corps de règles écrites et ordonnées alors que le développement progressif du droit international est une technique qui vise à transformer - à l'occasion de la rédaction du texte conventionnel - les normes juridiques en vigueur pour les adapter aux besoins de la société². Cependant, le *limes* entre ces deux opérations reste délicat à établir dans la pratique même s'il est intellectuellement concevable : ces activités seront en fait le plus souvent étroitement imbriquées afin d'accroître la cohésion du "corpus des règles de droit" intégrées dans un instrument conventionnel multilatéral de codification. Vue sous cet angle *lato sensu*, l'entreprise de codification permet incontestablement d'adapter le droit international général aux nécessités nouvelles de la société internationale et d'en combler, au besoin, les lacunes. On en trouve un exemple probant dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités

¹ Voir RUIZÉ (D.), *Droit international public*, Editions DALLOZ, Paris, 2002, p. 68.

² Pour une comparaison très générale entre "codification" et "développement progressif" du droit international public, voir notamment le point de vue de MM. DAILLIER (P.) et PELLET (A.), précités, p. 336 : "La codification est une opération de *conversion* de règles coutumières en un corps de règles écrites, systématiquement groupées. Le *développement* du droit est une opération d'*affirmation* ou de *consécration* de règles nouvelles sur la base du droit existant".

conclus entre Etats - "le traité des traités" - qui codifie les coutumes internationales relatives à l'élaboration, à l'application, à l'interprétation, à la révision et à la terminaison des traités diplomatiques tout en donnant une grande place au concept nouveau d'*ordre public international* ou de normes impératives de *jus cogens* dans une série d'articles (notamment les articles 53, 64 et 66)¹.

Pour Charles ROUSSEAU, la codification contribue au progrès du droit dès lors qu'elle nécessite un effort de clarification et de consolidation "et qu'en tendant à l'unification des règles juridiques, elle permet aux Etats de faire prévaloir les solutions les plus conformes aux conditions de la vie internationale"². De même, M. Serge SUR souligne que la justification de la codification des coutumes est autant politique que technique : "Les raisons politiques sont plus récentes et puissantes. Il s'agit de permettre aux nouveaux Etats de participer à un réexamen du droit existant, afin d'assurer leur engagement formel, mais aussi de leur permettre de peser sur le fond du droit, en l'adaptant aux besoins et équilibres nouveaux"³. Enfin, MM. Patrick DAILLIER et Alain PELLET ne se prononcent pas dans un sens différent lorsqu'ils déclarent : "Pour les Etats «contestataires», la codification est l'occasion de faire un «tri» entre les normes qui répondent à leurs propres aspirations et celles qu'ils rejettent parce que, nées de la pratique des Etats occidentaux, elles leur paraissent répondre aux besoins exclusifs de ces Etats ; aux autres, la codification apparaît comme la «dernière chance» des règles anciennes, un rempart efficace contre une contestation durable"⁴.

c) La justification de la codification sur le plan scientifique

Toute activité officielle de codification des coutumes internationales dans le cadre des Nations unies se présente enfin comme un stimulant pour la recherche. En dehors ou dans le cadre de congrès, colloques, forums, séminaires ou symposiums, de nombreux articles scientifiques sont en effet écrits dans les départements du droit du droit international qui font l'objet d'une entreprise de codification et ils sont publiés dans des revues spécialisées accessibles au plus grand nombre.

Par les suggestions qu'ils contiennent, ces travaux contribuent à nourrir la réflexion, à enrichir le débat et à exercer parfois une influence indirecte sur le processus de codification officielle. Il en fut notamment ainsi, de 1973 à 1982, quand a été réalisée la deuxième codification réussie du droit international de la mer qui a abouti à la signature de la Convention de Montego Bay en 1982.

¹ La France a toujours refusé de ratifier la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dans la mesure où elle s'oppose au concept controversé de *jus cogens*, jugé encore trop flou quant au contenu et, donc, dangereux dans la mesure où il est de nature à porter atteinte à la stabilité des traités et à la sécurité du commerce juridique international. Voir, à ce sujet, la réponse du ministre français des Affaires étrangères à une question écrite posée par un député *in* CHARPENTIER (J.), "Pratique française du droit international", A.F.D.I., 1993, p. 1055. Voir également ALLAND (D.), *Droit international public*, Editions Presses Universitaires de France (P.U.F.), Paris, 2000, pp. 249-253.

² Précité, p. 349.

³ Voir COMBACAU (J.), et Sur (S.), précités, p. 72.

⁴ Précités, pp. 336-337.

Après s'être prononcé sur la valeur de la codification du droit international public coutumier, dont le caractère bénéfique ne fait désormais aucun doute pour la doctrine des juristes internationalistes aujourd'hui quasi unanime (I), il importe de présenter la technique de la codification (II).

II/ LA TECHNIQUE DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC COUTUMIER

La codification officielle du droit international public coutumier est négligeable et parcellaire avant 1945. Comme exemples, on peut citer les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907 qui codifient certaines procédures coutumières de règlement pacifique des différends internationaux ainsi que diverses règles relatives au droit de la guerre sur terre et sur mer. Pour sa part, la Société des Nations avait voulu entreprendre une codification au moins partielle du droit international coutumier avec la Conférence de codification de La Haye de 1930. Mais celle-ci fut un échec. Elle ne put aboutir à un accord ni sur la responsabilité des Etats à l'égard des étrangers ni sur la question de la largeur de la mer territoriale. En vérité, l'essor de la codification officielle et du droit international coutumier commence après 1945, sous les auspices des Nations unies.

Avant d'analyser les résultats obtenus au cours de la seconde moitié du XXe siècle et les perspectives d'avenir (B), il incombe en premier lieu, d'envisager le rôle déterminant de l'O.N.U. dans le domaine spécifique de la codification du droit international public coutumier (A).

A/ Le rôle privilégié de l'Organisation des Nations unies en matière de codification

C'est la création des Nations unies le 26 juin 1945 qui a véritablement donné le coup d'envoi d'une politique de codification positive et systématique du droit international coutumier. L'œuvre de "codification" a désormais une base institutionnelle puisqu'elle est prévue par l'article 13 de la Charte de San Francisco et elle est d'emblée considérée comme indissociable de l'œuvre de "développement progressif du droit international". Dans son paragraphe 1^{er}, cette clause invite clairement en effet l'Assemblée générale de l'O.N.U. à provoquer des études et à faire des recommandations en vue de « développer la coopération internationale dans le domaine politique et encourager le développement progressif du droit international et sa codification » (alinéa a). Quel est alors le processus officiel de codification des coutumes internationales dans le cadre onusien ?

D'abord, la désignation d'un thème précis de codification résulte d'une résolution de l'Assemblée générale. Mais celle-ci est souvent inspirée dans son choix par les suggestions de la Commission du droit international des Nations unies

(C.D.I.)¹. Il agit d'un organe subsidiaire et permanent que l'Assemblée générale a créé par une Résolution 174 (II) du 21 novembre 1947. Bien qu'elle soit un organisme officiel préposé par l'O.N.U. à la tâche de la codification des coutumes, la C.D.I. fait assurément œuvre de nature doctrinale : elle incarne la doctrine dès lors que ses membres donnent toutes garanties de technicité et d'impartialité. Élus pour un mandat de cinq ans par l'organe plénier des Nations unies, les 34 sociétaires de la C.D.I. siègent en effet à *titre personnel* et en qualité de spécialistes ayant "une compétence reconnue en matière de droit international". Ils sont en outre choisis en fonction d'une répartition géographique équilibrée afin que soit assurée, dans l'ensemble, "la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde".

Ainsi, au niveau du choix du thème de codification par l'organe plénier des Nations unies, il est clair que la C.D.I. a souvent son opinion à exprimer. N'est-ce pas déjà reconnaître que la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative peut jouer un certain rôle dans l'orientation de la codification et, subséquemment, dans la détermination du droit international ?

Lorsque l'Assemblée générale a retenu un thème de codification, elle peut alors décider de confier le soin de préparer un projet de traité diplomatique à un organisme permanent ou à un organisme temporaire. Après ce premier choix stratégique, elle doit encore opter entre la formule de l'organe technique composé de juristes indépendants - en fait la C.D.I. - ou celle de l'organe politique composé exclusivement de représentants des États² : c'est le cas par exemple de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.).

¹ Voir notamment ORAISON (A.), "La place de la Commission du droit international des Nations unies au sein de «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» (Codification doctrinale officieuse et codification doctrinale officielle du droit international)", R.D.I.S.D.P., 1998/3, pp. 271-308.

² Après la création de la C.D.I., des comités intergouvernementaux ont en effet été créés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en vue de l'élaboration par *consensus* de règles internationales dans des domaines particuliers le plus souvent controversés - dans le domaine de la souveraineté économique - ou affectés par de véritables séismes résultant du progrès de la technologie comme c'est le cas pour le droit des fonds marins et pour celui de l'espace cosmique. Comme exemples, on peut citer le *Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique* (C.U.P.E.E.A.) établi par une Résolution 1348 votée par l'Assemblée générale le 13 décembre 1958. Le C.U.P.E.E.A. a réussi à élaborer le texte qui allait devenir le *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes*, signé le 27 janvier 1967 et entré en vigueur le 10 octobre 1967. C'est aussi le cas de la *Commission des Nations unies pour le droit commercial international* (C.N.U.D.C.I.) instituée par l'organe plénier de l'O.N.U. dans la Résolution 2205 en date du 17 décembre 1966 afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. La C.N.U.D.C.I. a déjà réalisé une œuvre importante en préparant des projets d'articles qui ont débouché sur des résolutions de l'Assemblée générale de l'O.N.U. ou sur des conventions internationales. C'est encore le cas du *Comité des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale*, créé par l'Assemblée générale dans une Résolution 2340 en date du 18 décembre 1967. Cette liste d'organismes spéciaux intergouvernementaux onusiens qui font désormais concurrence de manière permanente ou temporaire à la C.D.I. n'est évidemment pas exhaustive.

L'Assemblée générale a souvent confié la préparation d'un "projet d'articles" à un organisme technique intégré qui est la C.D.I. et dont le processus d'intervention est bien connu. Une fois l'option arrêtée, la C.D.I. nomme un "rapporteur spécial" chargé d'étudier de la manière qui lui paraît la plus appropriée la question avec, au besoin, l'aide du Secrétariat général des Nations unies. La C.D.I. rédige ensuite une épure qui est soumise aux Gouvernements afin qu'ils puissent formuler leurs observations écrites. Après des discussions techniques et de nombreuses modifications qui sont étalées sur plusieurs années, elle adopte enfin un "projet définitif d'articles" qui est soumis à la VIe Commission de l'Assemblée générale, après avoir entendu les remarques de cet organisme intergouvernemental qui exerce ses fonctions de supervision le plus souvent avec discrétion¹.

Dès à présent, une remarque s'impose : contrairement à la "doctrine académique", la C.D.I. dispose de moyens d'information et de comparaison qui sont considérables. Elle a d'abord la possibilité de demander au secrétariat de la Division de la codification du Département des affaires juridiques de l'O.N.U. d'entreprendre des études approfondies pour mener à bien ses programmes de recherche. Elle a ensuite et surtout le pouvoir d'interroger directement les gouvernements des Etats membres de l'O.N.U. sur leurs pratiques respectives. Certains auteurs ont cru alors pouvoir reprocher à la C.D.I. de ne pas accomplir une œuvre de caractère doctrinal. Son indépendance ne saurait toutefois être contestée, dès lors qu'il lui est loisible d'accepter ou de rejeter les propositions d'origine étatique. Il est certain par ailleurs que la C.D.I. n'est pas un législateur édictant des normes juridiques mais bien un *organe subsidiaire intégré* de l'Assemblée générale, habilité à proposer des règles nouvelles à l'accord des Etats². Il n'empêche que les Etats intéressés prennent souvent en considération ses travaux ! L'Italien Roberto AGO note, à l'occasion, qu'un tel constat n'est en rien abscons dans la mesure où "les tendances" et "les

¹ La C.D.I. rend annuellement compte de l'avancement de ses travaux à l'Assemblée générale de l'O.N.U. dont elle dépend et ses travaux sont publiés chaque année dans l'Annuaire de la Commission du droit international (A.C.D.I.).

² C'est un fait : les projets de conventions de codification reprennent pour l'essentiel les normes bien établies du droit coutumier. La C.D.I. s'astreint à une "extrême prudence" avant de proposer une solution : elle s'efforce habituellement de démontrer qu'elle s'appuie sur une norme coutumière préexistante. C'est dire qu'on peut reprocher aux méthodes de travail de la C.D.I. un certain *conservatisme* qui est inhérent aux travaux de spécialistes indépendants. Mais en vérité, il est bien difficile à la C.D.I. de ne pas faire prévaloir la *lex lata* sur la *lex ferenda* en vertu de l'article 15 de son Statut selon lequel l'opération de codification a pour but "de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales". M. Serge SUR souligne que cette méthode conduit la C.D.I. à exceller davantage dans le domaine de la "codification" du droit international que dans celui de son "développement progressif" afin que l'opération de codification recueille l'adhésion du plus grand nombre d'Etats. Voir THIERRY (H.), SUR (S.), COMBACAU (J.) et VALLÉE (Ch.), Droit International Public, Editions MONTCHRESTIEN, Paris, 1986, p. 129.

intérêts" qui s'affrontent "dans une Conférence générale des représentants des Gouvernements étaient déjà pratiquement tous présents dans la Commission"¹.

En dernier ressort, c'est toujours l'Assemblée générale qui décide de la suite à donner au projet. Plusieurs possibilités s'offrent alors à elle. Elle peut ainsi décider de ne donner aucune suite au "projet d'articles" de la C.D.I. Elle peut aussi adopter ce projet sous forme de résolution qui demeure une simple recommandation non contraignante pour les Etats membres des Nations unies ou par voie de traité que les Etats membres de l'O.N.U. pourront par la suite ratifier. Mais la pratique établie depuis 1949 montre que l'Assemblée générale provoque en fait le plus souvent la réunion d'une Conférence internationale des Nations unies qui est chargée d'adopter l'*instrumentum* de la convention multilatérale de codification. Lorsque l'Assemblée générale décide de convoquer une Conférence de plénipotentiaires chargée d'adopter la convention de codification, la mise en œuvre de cette Conférence incombe invariablement au Secrétariat général de l'O.N.U.

Depuis sa création en 1947, la C.D.I. a déjà accompli une œuvre considérable. Récemment, l'organe intégré de l'O.N.U. a adopté en juillet 2001 un important "projet d'articles" portant sur la codification de la *responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* que l'Assemblée générale des Nations unies a "validé" dans une Résolution 56/83 du 12 décembre 2001. Cependant, ladite Résolution n'a pas précisé si ce "projet d'articles" devait ou non faire l'objet d'un débat au sein d'une conférence intergouvernementale afin de déboucher sur une convention de codification².

Après avoir ainsi présenté le rôle déterminant joué par les Nations unies dans le domaine spécifique de la codification du droit international public coutumier, il convient d'envisager les principaux résultats concrets obtenus depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale (B).

B/ Les résultats officiels obtenus en matière de codification du droit international public

C'est déjà une évidence qui ne saurait être remise en cause en ce début de XXI^e siècle : la contribution de la C.D.I. à la codification conventionnelle du droit international est monumentale si on la compare aux résultats des travaux officiels ou officieux antérieurs à 1945. En tant qu'organe intégré des Nations unies, la C.D.I.

¹ Voir AGO (R.), "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", R.G.D.I.P., 1988/3, p. 548.

² Cf. la Résolution 56/83 *in* DUPUY (P.-M.), Les grands textes de droit international public, Editions DALLOZ, Paris, 2002, pp. 765-778. Voir également SANTULLI (C.), "Travaux de la Commission du Droit International (cinquante-troisième session)", A.F.D.I., 2001, pp. 349-378 et DUPUY (P.-M.), "Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan", R.G.D.I.P., 2003/2, pp. 305-348.

apparaît aujourd'hui comme une inflorescence dynamique de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature normative¹ !

Concrètement, une quinzaine de conventions multilatérales de codification ont été adoptées par les conférences internationales des Nations unies depuis la création de la C.D.I. On peut toutefois les ranger en trois catégories. Certaines de ces conférences intergouvernementales de codification ont abouti à des résultats très satisfaisants. D'autres ont conduit à des textes imparfaits ou lacuneux. Enfin, plus rarement, des conférences se sont traduites par des échecs patents.

Parmi les principaux traités codificateurs à l'élaboration desquels la C.D.I. a contribué figurent les quatre Conventions signées à Genève le 29 avril 1958 : il faut citer la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë entrée en vigueur le 10 avril 1964, la Convention sur la haute mer entrée en vigueur le 30 septembre 1962, la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer entrée en vigueur le 20 mars 1966 et la Convention sur le plateau continental entrée en vigueur le 10 juin 1964. Cependant, la première codification du droit de la mer en 1958 a été lacunaire dès lors qu'elle n'a pu résoudre certains problèmes, notamment l'épineuse question - à l'époque - de la largeur de la mer territoriale ! Par ailleurs, les résultats officiels de la codification sont parfois modifiés de manière substantielle par la pratique des Etats. Ainsi, l'Accord de New York relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer - signée le 29 juillet 1994 et entrée en vigueur le 28 juillet 1996 - a en fait remis en cause la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 qui est relative à la nouvelle codification du droit de la mer dans sa partie XI, concernant la gestion de la Zone internationale des fonds marins².

Il faut également faire allusion à certains traités multilatéraux à vocation universelle signés à Vienne (Autriche) : la Convention sur les relations diplomatiques signée le 18 avril 1961 et entrée en vigueur le 24 avril 1964, la Convention sur les relations consulaires signée le 24 avril 1963 et entrée en vigueur le 19 mars 1967, la Convention sur le droit des traités conclus entre Etats signée le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980 ainsi que la Convention sur le droit des traités entre Etats et Organisations internationales ou entre Organisations internationales signée le 21 mars 1986. Dans ces domaines, les résultats sont généralement considérés comme très satisfaisants³.

¹ Voir ORAISON (A.), "Réflexions sur «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations» (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées)", R.B.D.I., 1991/2, pp. 556-568.

² Voir l'Accord de New York du 29 juillet 1994 qui modifie la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 *in* DUPUY (P.-M.), Les grands textes de droit international public, DALLOZ, Paris, 2002, pp. 656-675.

³ Voir le contenu intégral de ces conventions multilatérales de codification du droit international coutumier signées à Vienne *in* DUPUY (P.-M.), Les grands textes de droit international public, Editions DALLOZ, Paris, 2002, 778 pages.

Il faut enfin citer la Convention de Vienne du 14 mars 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les Organisations internationales de caractère universel, la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités entrée en vigueur le 6 novembre 1996, la Convention de Vienne du 8 avril 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat ou encore la Convention de New York du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹. Dans ces divers domaines, il y a parfois incomplétude, incertitude ou échec patent. De fait, certaines de ces conventions de codifications ne sont pas encore entrées en vigueur ou ne seront peut-être jamais ratifiées par un nombre suffisant d'Etats : c'est pratiquement déjà le cas de la Convention de Vienne du 8 avril 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat qui est en fait une convention "mort-née", faute d'avoir obtenu le nombre requis d'instruments de ratification !

À l'issue de ce bilan que l'on peut néanmoins considéré comme encourageant dans son ensemble, il ne faudrait pas, pour autant, en déduire que la coutume internationale est désormais entrée dans une phase irrémédiable de déclin ou qu'elle est, *a fortiori*, dans sa phase d'agonie ! Pour démentir cette croyance un peu trop facilement répandue, trois remarques générales s'imposent. Les voici.

Une première observation doctrinale doit permettre de prendre conscience de la force de la coutume internationale, dans l'hypothèse même où cette dernière a fait l'objet d'une codification. À ce sujet, M. Emmanuel DECAUX observe : "Si l'entreprise de codification atteint son but premier, grâce à la ratification de nombreux Etats, les normes acquièrent ainsi une double nature, tout à la fois coutumière et conventionnelle"². Le principe selon lequel les règles conventionnelles de codification en vigueur se superposent aux règles coutumières - dans la mesure où ces dernières conservent une existence autonome par rapport aux règles ainsi codifiées ! - est exact. Faut-il à l'occasion rappeler ici que les conventions diplomatiques et les coutumes internationales sont en principe indépendantes les unes par rapport aux autres et d'une égale valeur juridique ?

Le principe selon lequel un Etat ne saurait invoquer son refus d'approbation d'une convention de codification pour échapper au respect de coutumes ainsi codifiées a été formulé à deux reprises et en des termes particulièrement bien frappés par la Cour universelle de La Haye. Dans son arrêt du 26 novembre 1984, rendu sur la compétence et la recevabilité à l'occasion de l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua/Etats-Unis d'Amérique), la Cour déclare : "Le fait que les principes susmentionnés, et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut

¹ Voir la *Convention relative aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* in DUPUY (P.-M.), Les grands textes de droit international public, Editions DALLOZ, Paris, 2002, pp. 676-693.

² Voir DECAUX (E.), Droit international public, Editions DALLOZ, Paris, 1999, p. 34.

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" (Rec. C.I.J., 1984, pp. 424-425, § 73).

De même, dans son *médiatique* arrêt rendu au fond, à une très large majorité, le 27 juin 1986, à l'occasion de la même affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Haute instance juridictionnelle se prononce dans le même sens : "Lors même qu'une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement le même contenu, la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doive nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte" (Rec. C.I.J., 1986, p. 94, § 175).

Ainsi, la codification conventionnelle d'un département du droit international public n'a nullement pour effet d'éradiquer les règles coutumières qui existent dans ce département. Le traité codificateur a un effet purement déclaratif : *il constate l'existence d'une coutume sans pour autant la faire disparaître* ! Cette remarque est importante dans la mesure où il est avéré que tous les Etats ne participent pas aux Conférences diplomatiques des Nations unies pour la codification du droit coutumier et que certains Etats qui y participent ne ratifient pas pour autant les conventions dont l'*instrumentum* a ainsi été élaboré. C'est dire que le sort des conventions de codification n'affecte en rien la portée obligatoire de règles juridiques d'essence coutumière ainsi "cristallisées". C'est la conclusion de M. Dominique CARREAU que nous partageons ici bien volontiers : "Ces règles coutumières demeurent des règles coutumières *obligatoires* pour les Etats qui n'ont pas ratifié ces traités ou qui n'y ont pas accédé, tandis que, pour les Etats qui ont ratifié ces traités ou y ont adhéré, ces règles perdent leur valeur coutumière, pour acquérir à leur égard une valeur conventionnelle"¹.

Certes, les conventions de codification ont pour enjeu d'établir avec un plus grand degré de certitude les coutumes existantes ou qui sont en voie de formation. Mais elles peuvent aussi parfois contribuer à la formation de nouvelles coutumes dans certaines de leurs dispositions ! Il en est ainsi lorsque les conventions codificatrices introduisent des règles nouvelles à l'égard desquelles un nombre très important d'Etats manifestent leur adhésion sous une forme ou sous une autre. Manifestement, les traités diplomatiques et les coutumes internationales entretiennent parfois des rapports très complexes, sinon ambigus.

En ce sens, il convient de se reporter à l'arrêt rendu par la C.I.J. le 20 février 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* qui ont opposé la République Fédérale d'Allemagne au Danemark et aux Pays-Bas. La Cour considère en effet qu'une règle purement conventionnelle à l'origine peut très bien, par la suite, donner naissance à une nouvelle règle coutumière ou *règle générale de droit international* lorsque certaines conditions sont réunies : "Il faut d'abord que la

¹ Voir CARREAU (D.), *Droit International*, Editions PEDONE, Paris, 1997, p. 272.

disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif". Il faut également qu'une telle disposition "puisse ... constituer la base d'une règle générale de droit". Il faut enfin qu'il y ait une "participation très large et représentative à la convention", avec toutefois la réserve selon laquelle la participation en question doit comprendre "les Etats particulièrement intéressés" (Rec. C.I.J., 1969, pp. 41-42, §§ 72 et 73).

L'organe judiciaire principal des Nations unies s'est montré encore plus audacieux en affirmant que des coutumes internationales peuvent se former à partir de projets de conventions multilatérales de codification qui ne sont pas encore ratifiées mais qui ont déjà fait l'objet d'une approbation quasi générale ! Ainsi, dans son arrêt rendu le 24 février 1982, à une large majorité, dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne)*, la Haute juridiction de La Haye déclare : "Au surplus, il aurait incombé à la Cour de tenir compte d'office des travaux de la conférence, même si les Parties n'en avaient rien dit dans le compromis. La Cour ne saurait en effet négliger une disposition du projet de convention si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la communauté internationale du fait qu'elle consacre ou cristallise une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation" (Rec. C.I.J., 1982, p. 38, § 24).

Il faut enfin souligner que l'œuvre de codification n'a pour effet ni de figer définitivement le droit international public ni *a fortiori* de faire disparaître la coutume internationale ! De nouvelles dispositions coutumières peuvent très bien naître dans les départements du droit international qui ont déjà été codifiés ! À ce titre, il faut citer le cas du droit international des océans qui est d'origine coutumière et qui repose sur le principe multiséculaire de la liberté des mers, systématisé par le Néerlandais GROTIUS, dès 1609, dans le fameux "Mare liberum". Ce droit avait été codifié par les Conventions de Genève du 29 avril 1958 au cours de la première Conférence des Nations unies sur le droit de la mer. Mais à la suite de la contestation du droit traditionnel des océans par l'ensemble des Etats du Tiers Monde, un nouveau droit coutumier de la mer, reposant sur le principe d'un partage équitable des richesses du milieu marin en tenant compte des besoins des pays les plus défavorisés, s'est formé en quelques années, pratiquement entre 1960 et 1977¹ ! À son tour, il a été codifié par la troisième Conférence des Nations unies sur le droit de la mer qui a siégé de 1973 à 1982 pour aboutir à la reconstruction du système juridique maritime international avec la signature de la Convention de Montego Bay, le 10 décembre 1982².

¹ Le processus d'élaboration de la coutume internationale est parfois beaucoup plus rapide que le processus d'élaboration du traité diplomatique. La troisième Conférence des Nations unies avait été notamment convoquée pour faire reconnaître l'existence juridique du concept de zone économique exclusive (Z.E.E.). Or, elle s'est finalement achevée le 10 décembre 1982 en consacrant cette disposition qui, entre-temps, était devenue coutumière !

² Dans la mesure où elle se traduit par un recul sensible de la liberté des mers, certains internationalistes ont cru voir dans la Convention de Montego Bay une revanche posthume de l'Anglais SELDEN sur le Néerlandais GROTIUS !

À travers cet exemple, on mesure mieux la puissance de la coutume internationale en dépit de l'œuvre de codification : la remarque restera probablement valable aussi longtemps que la société internationale ne sera pas institutionnalisée et ne connaîtra pas, à l'instar des divers ordres juridiques internes, la distinction fondamentale entre *gouvernants* et *gouvernés*. Sur un autre plan, cet exemple révèle le déclin au moins relatif de la C.D.I. puisque la troisième Conférence des Nations unies sur le droit de la mer a élaboré *elle-même* la Convention de Montego Bay, sans jamais recourir aux travaux préparatoires de la C.D.I.¹ ! Que dire alors en guise de conclusion ?

Conclusion

Sous l'égide des Nations unies, la codification officielle du droit international public coutumier est bien engagée et ne soulève plus de controverses, appréhensions ou réticences doctrinales, comme c'était le cas avant 1945. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, une œuvre importante a été accomplie en ce domaine, grâce notamment aux efforts de la Commission du droit international en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale. Cet organisme onusien intégré intervient surtout quand l'aspect "codification" du droit international coutumier l'emporte sur la question relative au "développement progressif du droit international". On peut mesurer l'ampleur de son activité par l'entrée en vigueur

¹ Ce résultat appelle une observation spécifique : la C.D.I. est désormais tenue à l'écart de certaines questions relatives à la codification et à la "refondation" de certains départements très importants du droit international. C'est un fait qu'elle n'a ainsi joué aucun rôle dans l'élaboration du droit international de l'espace cosmique qui a abouti à la Convention du 27 janvier 1967. De même, elle n'a joué aucun rôle dans la reconstruction du droit international des espaces maritimes, consacrée par la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982. C'est le *Comité spécial des utilisations pacifiques du fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale* qui avait été désigné comme l'organe préparatoire de la troisième Conférence des Nations unies sur le droit de la mer. Mais son rôle en ce domaine fut insignifiant. En prenant de la hauteur, il est alors permis de s'interroger : le recours aux précédents - *technique volontiers utilisée par la C.D.I.* - constitue-t-il le moyen le plus idoine pour assurer le "progrès du droit international" dans un monde marqué par l'accélération du rythme de l'évolution technique ? Rien n'est moins sûr. Nombre de publicistes éminents sont persuadés que des thèmes renouvelés ne peuvent pas faire l'objet d'une codification, au sens strict, du droit international existant. Le Recteur Jacques DEHAUSSY souligne : "L'évolution sociale et le progrès technologique exigent que soient introduits dans les projets d'articles d'importants éléments de développement progressif du droit" ("Travaux de la Commission du droit international", A.F.D.I., 1988, p. 523). On peut même à la limite se demander s'il est opportun d'inviter la C.D.I. à élaborer un droit nouveau sous prétexte de développement progressif lorsqu'il s'agit d'un sujet si nouveau qu'il exige l'accord des Etats plutôt qu'un perfectionnement reposant sur un *restatement* de règles juridiques quasi inexistantes. Le recul de la C.D.I. s'explique aussi par des raisons de nature politique même si elles ne sont pas toujours explicitement formulées. C'est d'abord un fait qu'on porte parfois atteinte à la technicité de la C.D.I. en voulant assurer systématiquement en son sein la représentation des diverses régions du monde : certains de ses membres sont dès lors recrutés plus en fonction de critères politiques et géographiques que juridiques. Guy de LACHARRIÈRE observe enfin sur un point capital : "Il est apparu à de nombreux pays que les considérations politiques qu'ils souhaitaient voir présider à la réforme du droit de la mer seraient mieux traduites au sein d'une réunion composée de représentants de tous les gouvernements intéressés que par les experts qui constituent la C.D.I." ("La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies", R.G.D.I.P., 1980, p. 220).

d'une quinzaine de conventions multilatérales de codification dans des départements souvent très importants du droit international.

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations espère évidemment que le processus de codification des règles internationales de nature coutumière se poursuivra tout au long du XXI^e siècle, parallèlement au processus de développement du droit international public qui lui est étroitement et incontestablement associé. Encore convient-il de prendre pleinement conscience qu'une telle entreprise - à la fois *nécessaire, complexe* et généralement très *lente* - n'entraînera pas pour autant la disparition des règles juridiques d'essence coutumière dans une société internationale qui reste, principalement et jusqu'à nouvel ordre, une société interétatique de type relationnelle.

La coutume internationale, qui engendre depuis 1945 dans le cadre des Nations unies le processus officiel de codification, coexiste en effet avec la convention multilatérale de codification et celle-ci, à son tour, peut, dans certaines hypothèses, participer à la formation de nouvelles coutumes internationales. Il existe manifestement des rapports d'interdépendance ou de complémentarité entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel ainsi qu'une synergie ou interaction entre les deux sources formelles principales du droit international.

C'est dire, en toute dernière analyse, que la coutume internationale - même codifiée - n'est pas vraiment dans une phase de déclin, comme on le prétend parfois une partie des forces doctrinales, et qu'elle a vocation à demeurer, pendant encore très longtemps, une source formelle bien vivante du droit international public !

