

LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, POUR QUOI FAIRE ?

PAR

ALAIN PELLET

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS X-NANTERRE
MEMBRE DE LA C.D.I.

Le cinquantième anniversaire de la Commission du Droit international (1), à laquelle le dedicataire de ces lignes s'est déclaré « fier d'avoir appartenu » (2) et est demeuré fidèle durant quinze ans (3) malgré sa riche carrière publique, donne lieu à de nombreuses manifestations (4) et est l'occasion de s'interroger brièvement sur la raison d'être, l'utilité et l'avenir d'une institution dont l'image s'est quelque peu brouillée au fil des ans.

*

* *

Chargée de « promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification » (5), la Commission a profondément évolué au cours des années, même si son Statut

(1) La C.D.I. a été créée par la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale du 21 novembre 1947 et a tenu sa première session en avril 1949.

(2) Préface à l'ouvrage collectif rédigé par des membres de la Commission, *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle - Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, p. X.

(3) De 1979 à 1994.

(4) V. not. l'ouvrage collectif précité de la C.D.I., XXXI-384 p., en particulier l'introduction préparée par le Secrétariat, « L'œuvre de la Commission du Droit international », pp. 19-36, et *Pour un meilleur droit international : La Commission du Droit international à 50 ans*, Actes du Colloque des Nations Unies sur le développement progressif et la codification du droit international, Nations Unies, New York, 1998, XI-451 p. La littérature consacrée à la C.D.I. est considérable (v. par exemple le recensement non-exhaustif mais très judicieux de Christopher W. PINTO, « The International Law Commission : Methods of Work and Selection of Topics », *ibid.*, pp. 241-242) ; la présente contribution, qui a pour seule ambition de présenter quelques réflexions de l'un de ses Membres n'y fait référence qu'exceptionnellement.

(5) Article I^{er} du Statut de la Commission.

n'a subi que des retouches mineures (6), si ce n'est en ce qui concerne l'augmentation du nombre de ses Membres, passé de quinze à trente-quatre entre 1947 et 1981 (7).

Au demeurant cette inflation du nombre des Membres de la C.D.I., justifiée par l'accroissement de celui des États membres des Nations Unies et le souci d'assurer « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » (8), n'est pas sans conséquences sur le fonctionnement même de la Commission. On ne discute pas à 34 comme on le fait à 15 (9) et, le temps passant, le rôle du Comité de rédaction, composé d'à peu près la moitié des Membres, s'en est trouvé considérablement accru, au détriment du débat en séance plénière, souvent réduit à une juxtaposition de monologues (10) sans autre résultat tangible que le renvoi à ce Comité. Celui-ci remanie souvent profondément les projets présentés par les rapporteurs spéciaux, sans qu'il soit toujours évident que ces remaniements correspondent à des orientations claires données par la plénière. Cette méthode de travail ne va pas sans inconvénients, en ce qui concerne notamment la « transparence » des travaux de la Commission : les séances du Comité de rédaction sont privées et ne donnent pas lieu à comptes-rendus, si bien que l'alchimie qui permet d'arrêter le texte des projets, rarement modifiés en plénière, demeure mystérieuse, non seulement pour les observateurs extérieurs, mais parfois même pour les Membres de la Commission elle-même lorsqu'ils n'ont pas participé aux travaux du Comité de rédaction.

Une autre conséquence de l'augmentation du nombre des Membres tient à une évolution sensible de leur origine « profes-

(6) V. les résolutions 485 (V) du 12 décembre 1950 (indemnités des Membres), 984 et 985 (X) du 3 décembre 1955 (réunions à l'Office européen des Nations Unies).

(7) V. les résolutions 1103 (XI) du 18 décembre 1956 (21 Membres), 1647 (XVI) du 6 novembre 1961 (25) et 36/39 du 18 novembre 1981.

(8) Article 8 du Statut. La résolution 36/39 de l'Assemblée générale fixe une grille rigide de répartition géographique des Membres de la C.D.I. : 8 ressortissants d'États d'Afrique, 7 d'Asie, 3 d'Europe orientale, 6 d'Amérique latine, 8 « d'Europe occidentale ou d'autres États » et, alternativement, un ressortissant supplémentaire d'Afrique ou d'Europe orientale et un autre d'Asie ou d'Amérique latine.

(9) Même en tenant compte d'un taux souvent élevé d'absentéisme.

(10) Depuis sa 49^e session (1997), la Commission a tenté de réagir contre cette dérive par l'instauration de « mini-débats » suivant les exposés formels de chacun de ses Membres.

sionnelle ». Lorsque la Commission a commencé à fonctionner, les « professeurs » étaient très nettement prédominants, ils sont, aujourd'hui, fortement minoritaires (11), au profit de diplomates ou de membres des services juridiques des Ministères des Affaires étrangères, qui représentent leur pays au sein de la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale.

Par elle-même, cette évolution n'est pas critiquable : l'approche « académique » et parfois « théorissante » des universitaires est utilement équilibrée par celle, plus concrète et « utilitaire » des praticiens, plus soucieux de l'acceptabilité des projets adoptés par la Commission (12). Toutefois, le déséquilibre géographique dans la composition de chacun de ces « groupes » ne laisse pas d'être préoccupant : alors que la grande majorité des Membres occidentaux de la Commission sont des professeurs, « immergés » dans l'étude du droit international, leurs collègues du Tiers Monde sont, pour l'essentiel, des diplomates, auxquels leurs fonctions ne laissent pas toujours la possibilité de consacrer au travail de la Commission tout le temps qu'ils souhaiteraient et dont il faut bien reconnaître qu'ils n'exercent pas en son sein toute l'influence que l'on pourrait espérer (13).

Le grand nombre de praticiens, exerçant souvent des fonctions de responsabilité dans leur pays, est aussi à l'origine d'un absentéisme qui s'est aggravé au cours des années. On pourrait y voir un remède aux inconvénients résultant de l'accroissement du nombre des Membres. Mais ce n'est qu'apparence : le va-et-vient d'une bonne moitié de Membres nuit à la continuité du travail et, trop souvent, un Membre qui n'a pas participé au début des travaux sur un sujet remet en cause, à un stade avancé, des compromis parfois délicats ou exige de lon-

(11) Certains Membres ont deux ou plusieurs « casquettes » — le cas de M. Boutros-Ghali en est un exemple élatant — et les statistiques que l'on peut tenter d'établir sont entachées d'un coefficient d'incertitude non négligeable. A titre indicatif, on peut néanmoins considérer que les deux tiers environ des Membres élus en 1948 étaient des universitaires ; cette proportion est plus qu'inversée au sein de la Commission actuelle, élue en 1996.

(12) V. cependant *infra*, p. 561.

(13) Cette observation, évidemment subjective, n'a de pertinence que globalement et certains « diplomates » sont extrêmement présents et influents, en particulier (mais pas seulement) lorsqu'ils exercent les fonctions de rapporteur spécial.

gues explications, qui n'eussent pas été nécessaires s'il avait suivi les débats dans leur intégralité (14).

En revanche, et malgré une idée trop largement reçue, cette situation n'affecte pas l'« indépendance » des Membres de la Commission par rapport à l'État dont ils sont ressortissants – et qui, curieusement, n'est pas expressément prévue par le Statut. Sans doute, sur des points politiquement sensibles, les réactions de certains Membres sont-elles souvent « prévisibles » ; mais cela tient probablement davantage à une sorte d'« imprégnation » professionnelle (15) qu'à des instructions formelles provenant de leur gouvernement. Et, dans l'ensemble, la liberté de ton et de pensée des Membres est, au contraire, assez frappante, y compris lors des séances publiques qui font pourtant l'objet de comptes-rendus détaillés et systématiques.

La Commission est donc demeurée un « organe constitué d'experts juridiques indépendants » dont la collaboration avec la Sixième Commission de l'Assemblée générale « en sa qualité d'organe constitué de représentants des gouvernements » (16) est l'un des éléments clés du processus de développement progressif et de codification du droit international.

Malheureusement, cette collaboration, indispensable, laisse beaucoup à désirer. Et la responsabilité de cette situation peu satisfaisante incombe sans doute davantage à l'Assemblée générale qu'à la C.D.I. Celle-ci s'acquitte de sa tâche dès lors qu'elle tient la Sixième Commission régulièrement et pleinement informée de ses travaux – ce qu'elle fait en lui présentant un rapport annuel détaillé – et qu'elle rédige des projets d'articles accompagnés de commentaires. On pourrait s'attendre à ce que l'organe politique réagisse de façon précise à

(14) La division de la session en deux parties (dont l'expérience a été tentée en 1998) pourrait être de nature à limiter l'absentéisme des Membres auxquels leurs obligations professionnelles ne permet pas de s'absenter de leur lieu de travail durant douze semaines consécutives.

(15) On ne peut demander à un Membre qui a représenté durant dix ans, vingt ans, voire plus, son pays au sein de la Sixième Commission de faire abstraction des thèses qu'il a constamment défendues. Il est cependant plus choquant que de nombreux Membres continuent à participer au débat de cette même Sixième Commission sur le rapport de la C.D.I. *après* leur élection, même si cela présente l'avantage de renforcer les liens et la compréhension mutuelle entre les deux organes.

(16) Voir les résolutions 50/45, 51/160 et 52/156 de l'Assemblée générale.

ces documents et adresse à l'organe d'experts des directives claires et « opérationnelles ». Ce n'est pas ce qui se produit.

La Sixième Commission consacre à l'examen du rapport de la C.D.I. deux semaines de débats, qui sont l'occasion d'une « rencontre au sommet » des Conseillers juridiques des Ministères des Affaires étrangères des États membres (17). Malheureusement ces débats sont extrêmement stéréotypés (lorsqu'ils ne sont pas cacophoniques) et formels. Ils se réduisent à une suite de discours, dont certains sont soigneusement préparés mais dont beaucoup sont improvisés, par lesquels chaque représentant se borne à réaffirmer, souvent de façon fort générale, les positions de principe de son gouvernement sans tenir aucun compte du rapport qu'ils sont censés commenter ni déboucher sur aucune proposition concrète. Il en résulte une résolution passablement insipide qui, mises à part quelques généralités sans grand intérêt, se borne à prendre acte du rapport de la Commission et à la prier de poursuivre ses travaux en cours, sans contenir aucune orientation ni recommandation précises.

La pauvreté de cette réaction collective n'est guère contrebalancée par les réactions individuelles des États, qui sont peu nombreux à répondre aux questionnaires de la Commission et à commenter ses travaux par écrit comme les résolutions de l'Assemblée générale les y invitent pourtant rituellement. Ceux qui le font sont presque exclusivement les « grands États », principalement occidentaux, dont les commentaires vont dès lors, par la force des choses, constituer l'unique référence possible de la Commission pour réorienter ses travaux sur lesquels ils exercent une influence que l'on peut juger excessive.

Du reste, avec la fin de la guerre froide et la disparition du « bloc de l'Est », un « consensus mou » s'est instauré dont les ingrédients essentiels sont le conservatisme et l'immobilisme : les pays du Tiers Monde ne trouvent plus d'appui pour leur quête de changement du droit et se résignent à approuver les

(17) Du moins des principaux d'entre eux, qui font effectivement le voyage de New York à cette occasion. Les « petits États » sont, en revanche, représentés par des diplomates en poste à leur mission permanente auprès des Nations Unies, qui n'ont en général ni le temps, ni la formation nécessaires pour étudier ces problèmes souvent extrêmement techniques.

positions occidentales qui visent à figer les règles existantes, voire à revenir sur des progrès que l'on croyait acquis. La « pensée unique » triomphe.

Certes, ce phénomène, qui n'est qu'un aspect de la « mondialisation » sous la houlette des États-Unis, n'est pas propre à la sphère du droit et, au sein de celle-ci, dépasse de beaucoup la question des réactions des États aux travaux de la C.D.I. Mais il y est très marqué. Deux exemples récents le montrent.

Le premier concerne le sujet de la responsabilité des États. Celui-ci est à l'ordre du jour de la Commission depuis 1955 et a abouti à l'adoption en première lecture d'un projet d'articles complet en 1996 (18). Fortement marqué par les idées du deuxième Rapporteur spécial de la C.D.I. sur le sujet, Roberto Ago, ce projet repose sur une conception doctrinale nouvelle de la responsabilité internationale qui y apparaît comme la conséquence de la violation du droit (19) que celle-ci ait ou non causé un dommage à un autre sujet du droit international, contrairement à la position traditionnelle qui faisait du préjudice une condition de la responsabilité (20). Il s'agit là d'un progrès conceptuel considérable qui reconnaît que le respect du droit constitue une exigence « en soi », indépendamment des relations intersubjectives entre ses sujets, et consacre du même coup l'existence d'une communauté internationale, distincte de l'addition pure et simple des États qui la composent.

L'une des conséquences de cette approche est la consécration de la notion de « crime international de l'État » défini par le célèbre article 19, paragraphe 2, du projet comme un « fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble ». Même si les deux

(18) V. le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48^e session (1996) (Assemblée générale, Doc. off., 51^e session, Suppl. n° 10, A/51/10, pp. 148-174).

(19) Cf. l'article 1^{er} du projet : « Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale ».

(20) Pour une présentation sommaire de ce débat doctrinal, v. Alain PELLET, « Remarques sur une révolution inachevée – Le projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.* 1996, pp. 7-32, not. pp. 10-13.

notions ne se recouvrent pas exactement, il s'agit là du pendant, dans le domaine de la responsabilité, du concept de *jus cogens* en matière conventionnelle : dans les deux cas, on reconnaît la primauté absolue de certaines règles, dont le respect est essentiel à la cohésion (relative) de la société internationale.

Pour des raisons très « idéologiques », plusieurs États occidentaux, au premier rang desquels les États-Unis et la France (21), mènent une véritable « croisade » contre le maintien de la notion de crime dans le projet d'articles sur la responsabilité des États (22). Bien qu'il s'agisse d'un concept auquel ils ont traditionnellement apporté un ferme appui, et qui va en effet dans le sens d'une limitation des politiques de force dans les relations internationales, les pays du Tiers Monde (23), tout en le défendant du bout des lèvres au sein de la Sixième Commission, semblent se résigner à son abandon et ne paraissent en tout cas pas en mesure de s'y opposer (24).

Le second exemple du « conservatisme juridique » dont font preuve les États en cette fin du vingt-et-unième siècle concerne le sujet des réserves au traité, examiné par la C.D.I. depuis 1995. En 1996, le Rapporteur spécial sur ce thème a présenté un deuxième rapport qui avait principalement pour objet l'étude des réserves aux traités de droits de l'homme (25). La Commission a, l'année suivante, adopté des « Conclusions préliminaires » sur ce point (26). Celles-ci s'efforcent de promouvoir une solution équilibrée, à mi-chemin entre

(21) S'agissant de la France, son rejet de la notion de crime est cohérente avec celui du *jus cogens*.

(22) V. notamment les observations de l'Allemagne, des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France (v. « Responsabilité des États - Commentaires et observations reçus des gouvernements », doc. A/CN.4/488, 25 mars 1998, not. pp. 53-70 et 144-147). Ce dernier pays a du reste présenté un contre-projet complet reposant sur la conception traditionnelle selon laquelle « [t]out fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité à l'égard des États lésés » (article 1^{er} du contre-projet français ; italiques ajoutées).

(23) Au 1^{er} mai 1998, quatre seulement avaient présenté des commentaires sur le projet d'articles de la C.D.I. (v. *ibid.* et Add. 1).

(24) Lors de sa 50^e session (1998), la C.D.I. a examiné cette question à l'instigation de son nouveau Rapporteur spécial (v. le premier rapport de M. James Crawford sur la responsabilité des États, A/CN.4/Add. 2 et 3, pars. 61 à 101) mais n'a pas pris de position définitive sur ce point.

(25) Doc. A/CN.4/477 et Add. 1.

(26) V. le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 49^e session (Assemblée générale, Doc. off., 52^e session, Suppl. n° 10, A/52/10, pp. 106-108).

la pratique aventureuse des organes de droits de l'homme, qui n'hésitent pas à apprécier la validité des réserves tout en considérant que les États réservataires sont liés par le traité dans son intégralité en cas de réserve illicite (27), et les positions de plusieurs États qui, au plan universel en tout cas, s'opposent sans guère de nuance à ces initiatives (28) : tout en considérant que les organes de contrôle « ont compétence, en vue de s'acquitter des fonctions dont ils sont chargés, pour faire des observations et formuler des recommandations en ce qui concerne notamment la licéité des réserves émises par les États » (29), la C.D.I. estime en revanche qu'en cas d'illicéité d'une réserve, il appartient à l'État réservataire [seul] d'en tirer les conséquences (30).

Comme on pouvait s'y attendre, les représentants des États au sein de la Sixième Commission ont été presque unanimes (31) pour approuver la partie « conservatrice » des positions prises par la C.D.I. (la compétence exclusive des États pour tirer les conséquences de la constatation de l'illicéité d'une réserve), alors qu'environ la moitié de ceux qui se sont exprimés ont critiqué l'avancée modeste que constitue la reconnaissance de la faculté d'appréciation appartenant aux organes de contrôle (32).

Il serait excessif de considérer que ce conservatisme frileux constitue une pomme de discorde entre la Sixième Commission et la C.D.I. : les Membres de celle-ci sont, eux aussi, dans leur

(27) V. à ce sujet l'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme (v. doc. CCRP/C/21/Rev.1/Add. 6, 11 novembre 1994).

(28) Cf. les très vives critiques des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France à l'Observation générale n° 24 précitée (*in* Rapport du Comité des droits de l'homme à l'Assemblée générale, A/50/40, 1996 et A/51/40, 1997).

(29) Paragraphe 5 des Conclusions préliminaires.

(30) Paragraphe 9, *ibidem*.

(31) V. le « Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquante-deuxième session, établi par le Secrétariat », A/CN.4/483, pp. 65 et s., v. aussi le troisième rapport sur les réserves au traité de M. Alain PELLET, A/CN.4/491, pp. 19 et 20.

(32) Il est vrai qu'à l'inverse les organes de contrôle semblent, pour leur part, décidés à camper sur la position opposée... (Pour un point de vue très « droits-de-l'hommeiste » v. Bruno STAMA, « Reservations to Human Rights Treaties - Some Recent Developments » *in* Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, Kluwer Law International, La Haye, 1998, pp. 659-682) ; l'auteur, Membre de la C.D.I. et qui, à ce titre, s'est rallié au consensus à la suite duquel les Conclusions préliminaires ont été adoptées, se borne à critiquer l'appel à la prudence constitué par celles-ci sans pratiquement mentionner leur paragraphe 5...

ensemble, partisans d'une approche plutôt traditionaliste et prudente. La question du rôle exact de la Commission par rapport à l'Assemblée générale, dont elle est le « principal organe subsidiaire permanent [...] chargé du développement progressif et de la codification du droit international » (33) ne s'en trouve pas moins posée : doit-elle être une « chambre d'enregistrement » reflétant fidèlement les tendances dominantes qui s'expriment au sein de l'Assemblée ? Ne serait-elle pas mieux dans son rôle si elle élaborait des projets techniquement irréprochables sur les sujets inscrits à son ordre du jour, sans essayer de présumer les positions politiques des États à leur sujet, tâche qui, en l'absence de directives claires données par la Sixième Commission, relève au demeurant davantage de la devinette ou de la divination que de la subordination du droit au politique ? A la C.D.I. la recherche des règles en vigueur à travers l'étude de la pratique et des manifestations d'*opinio juris* et la préparation de projets cohérents levant les incertitudes et les ambiguïtés des unes et des autres. À l'Assemblée générale, par le canal de sa Sixième Commission, de s'assurer de l'adaptation de ces projets aux besoins de la société internationale contemporaine et de leur acceptabilité politique et de décider des suites à donner à ces projets.

Mais ces deux fonctions doivent être assurées de concert et de façon continue et non successivement comme c'est très largement le cas à l'heure actuelle : tout au long du processus de codification et de développement progressif d'un sujet, un dialogue devrait s'instaurer entre les deux organes avec l'objectif pour la C.D.I. se s'assurer que son travail répond aux attentes des États, tandis que ceux-ci devraient faire davantage confiance aux experts qu'ils ont élus pour ce qui est de la qualité et de la viabilité techniques des projets. Ce dialogue n'existant pas, la majorité des Membres de la Commission sont conduits à accorder une importance sans doute excessive à ce qu'ils présumant être non pas, sans doute, la position de l'État dont ils sont ressortissants, mais des États dans leur ensemble, alors même que celle-ci est en général impossible à dégager des

(33) Résolution 36/39 de l'Assemblée générale, préambule, alinéa 1.

débats, totalement indéchiffrables ou des résolutions, très peu opérationnelles, de la Sixième Commission.

*

* *

L'absence ou l'insuffisance de coopération entre la C.D.I. et les États ou, en tout cas, l'Assemblée générale, se manifeste dès le choix des sujets à inscrire à l'ordre du jour de la Commission et y revêt une gravité particulière.

En 1998, l'ordre du jour de la Commission comporte six thèmes :

- la responsabilité des États,
- la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international,
- la nationalité en relation avec la succession d'États,
- les réserves aux traités,
- la protection diplomatique et
- les actes unilatéraux des États.

Les deux premiers sont examinés depuis respectivement une quarantaine et une vingtaine d'années, le second ayant d'ailleurs été détaché du premier à l'initiative de la Commission qui, dès 1973, a décidé que, « [s]i cela est considéré opportun (et des avis en ce sens ont déjà été exprimés dans le passé aussi bien à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale), la Commission du droit international pourra entreprendre l'étude de la responsabilité dite pour risque après la conclusion de l'étude sur la responsabilité pour faits illicites, ou parallèlement, mais de façon séparée » (34).

Les quatre autres sujets ont tous été « inventés » par la Commission elle-même et entérinés avec plus ou moins d'enthousiasme par la Sixième Commission.

(34) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 25^e session, *Annuaire C.D.I.* 1973, vol. II, p. 171. Étant donnée l'approche de la responsabilité de l'État retenue par la Commission (v. *supra*, p. 558), cette distinction s'imposait : l'ensemble du projet sur la responsabilité est conçu autour de la notion de fait internationalement illicite ; l'opportunité de l'examen du sujet est cependant loin d'être avéré (v. *infra*, p. 567-568).

Cette situation pose plusieurs problèmes en ce qui concerne la procédure de sélection des sujets examinés par la C.D.I. et, au-delà, la raison d'être de celle-ci elle-même.

Le Statut de la Commission contient des règles relativement précises, mais assez irréalistes, en ce qui concerne le choix des sujets à inscrire à son ordre du jour. Il opère une distinction entre ceux qui portent sur le développement progressif du droit international qui, aux termes de l'article 16, doivent être proposés par l'Assemblée générale, et les « sujets appropriés de codification » que, conformément à l'article 18, la Commission doit rechercher « dans l'ensemble du droit international » et sur lesquels elle doit soumettre « ses recommandations à l'Assemblée générale » qui peut lui demander de traiter telle ou telle question par priorité, mais qui ne paraît pas pouvoir s'opposer au choix de la Commission.

L'irréalisme de ces dispositions tient à l'impossibilité, unanimement reconnue, d'opérer une distinction entre développement progressif d'une part et codification d'autre part : tout sujet, même le plus traditionnel, comporte une part de développement progressif du fait de l'inévitable imprécision des corps de règles coutumières. L'inverse est exact aussi : même un sujet réellement nouveau comme, par exemple, le projet de Statut d'une Cour criminelle internationale permanente dont la C.D.I. a été saisie par deux résolutions de l'Assemblée générale rédigées en termes assez flous, mais qui ont permis à la Commission de « s'emparer » du sujet en l'absence même de tout mandat précis (35), intègre des éléments de codification (36).

En pratique, l'empirisme règne et l'on ne s'embarrasse guère de la distinction artificielle opérée par le Statut. Dans de rares circonstances, l'Assemblée générale prend l'initiative d'un sujet (37) mais, dans la grande majorité des cas, celle-ci vient

(35) La résolution 45/41 du 28 novembre 1990 invite la C.D.I. « à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport [au sujet du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité] concernant la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère pénal international » (v. aussi la résolution 46/54 du 9 décembre 1991).

(36) Au moins, dans ce cas précis, en ce qui concerne la définition des crimes au sujet desquels la Cour pourrait avoir compétence.

(37) Cf. le précédent précité du Statut de la Cour criminelle internationale.

de la Commission et l'on a souvent l'impression que la Sixième Commission l'approuve « faute de mieux », parce qu'il faut bien donner « quelque chose à faire » à la C.D.I., sans que cela corresponde à un réel besoin de la communauté internationale.

Il y a à cela quelques exceptions. Outre le précédent du projet Statut de la Cour criminelle internationale (38), le plus frappant est sans doute celui de la « question de la protection et de l'inviolabilité des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international » (39). Le point de départ de l'intérêt porté à ce sujet est une lettre du Représentant des Pays-Bas aux Nations Unies, transmise le 14 mai 1970 au Président de la Commission par celui du Conseil de sécurité. Après un échange de vues au sein de la Commission en 1971, celle-ci se déclara prête à préparer et à soumettre un projet d'articles sur la question dès l'année suivante si l'Assemblée générale le lui demandait, ce qu'elle fit par sa résolution 2780 (XXVI) du 3 décembre 1971. En conséquence, la Commission constitua un Groupe de travail sur le sujet, qui prépara un projet d'articles complet sur la base d'une documentation abondante constituée principalement par les observations très rapidement adressées par 36 États. Le projet fut entièrement élaboré durant la 34^e session de la Commission et l'Assemblée générale adopta une Convention sur cette base le 14 décembre 1973 (40).

Ces précédents sont riches d'enseignements. Ils montrent notamment que :

1° la C.D.I. est capable de répondre dans des délais rapides à des demandes de l'Assemblée générale (41) présentées comme prioritaires ;

(38) Formellement ce projet a été élaboré dans le cadre du sujet relatif au Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ; mais, en réalité, il le fut de façon largement autonome par un groupe de travail créé en 1992 et reconstitué en 1993 et 1994 ; sur cette procédure, v. le rapport de la Commission sur sa 46^e session, *Ann. C.D.I.* 1998, vol. II, 2^e partie, pars. 29 à 43, pp. 19-21.

(39) Pour un exposé de la procédure ayant conduit à l'adoption du projet d'articles sur le sujet, voir le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 24^e session, *Ann. C.D.I.* 1972, vol. II, pars. 54-64, pp. 336-338.

(40) La Convention sur la prévention et la répression des infractions commises contre les agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale est annexée à la résolution 3166 (XXVIII).

(41) On peut regretter qu'en 1970, la Commission ne se soit pas estimée régulièrement saisie du seul fait de la lettre transmise par le Président du Conseil de sécurité : la procédure aurait pu être raccourcie d'un, voire de deux ans.

- 2° pour ce faire, elle peut aménager sa procédure habituelle (dans les deux cas, un groupe de travail a été préféré au recours à un Rapporteur spécial (42)) ;
- 3° les États et l'Assemblée générale collaborent d'autant plus volontiers et efficacement avec la Commission que le sujet en examen répond à leurs préoccupations ; et
- 4° cette considération essentielle explique également les suites relativement rapides données aux projets.

A l'inverse, la sélection d'un sujet par la seule C.D.I., même s'il est approuvé par l'Assemblée, ne garantit nullement un tel aboutissement comme le montrent les trop nombreux projets mort-nés adoptés par la Commission et sur lesquels l'Assemblée générale s'est bornée à « attirer l'attention » ou dont elle a remis l'examen aux calendes (43).

Dans des observations rédigées en 1972 à l'occasion de la révision du programme à long terme de la C.D.I. entreprise en 1972, Paul Reuter écrivait : « Le choix de ces sujets pose des problèmes difficiles. En effet, il comporte à la fois une appréciation technique sur l'ampleur de la matière, une appréciation pratique sur l'intérêt que peut présenter cette matière pour l'ensemble des gouvernements, et une appréciation politique sur la possibilité d'aboutir à un large consensus sur les points essentiels. Il va sans dire que les membres de la Commission sont qualifiés pour le premier point, tandis qu'ils peuvent chercher à s'exprimer avec prudence sur les deux autres » (44). Ces remarques conservent leur entière pertinence ; mais, alors que la C.D.I. s'est efforcée, avec succès, de « rationaliser » sa méthode d'évaluation technique des sujets à inscrire à son ordre du jour, la Sixième Commission n'a pas, pour sa part, su trouver les voies et moyens d'une appréciation sérieuse de l'utilité pratique et de l'intérêt politique des sujets possibles.

(42) Dans les deux cas aussi, l'aboutissement rapide de la procédure a dû beaucoup au dynamisme d'un Membre, M. Kearney dans la première hypothèse, M. Crawford dans la seconde.

(43) Ces projets avortés vont du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États (1949) aux projets d'articles sur le Statut du courrier et de la valise diplomatiques (adopté en seconde lecture en 1989) et sur les immunités des États et de leurs biens (1991), dont le sort est toujours incertain, en passant par les projets d'articles sur la procédure arbitrale (1958) ou ceux sur la clause de la nation la plus favorisée (1978) sur lesquels l'Assemblée s'est bornée à attirer l'attention des États.

(44) *Ann. C.D.I. 1972*, vol. II, par. 10, p. 222.

En 1992, la Commission a créé un Groupe de travail en vue de dégager un nombre limité de sujets susceptibles de figurer à son programme de travail à long terme ; celui-ci a recommandé une procédure à cette fin, plus rigoureuse que par le passé, prévoyant l'établissement de schémas explicatifs indiquant pour un nombre limité de sujets sélectionnés par le Groupe,

- a) les principaux problèmes soulevés par le sujet ;
- b) les traités, principes généraux et textes législatifs nationaux ou décisions judiciaires qui pourraient être pertinents ;
- c) la doctrine existante ;
- d) les avantages et les désavantages que présenterait la rédaction d'un rapport, d'une étude ou d'un projet de convention, si la Commission décidait d'inscrire le sujet à son programme de travail (45).

Une fois le schéma établi, le Groupe (qui a été constamment reconstitué depuis 1992) discute le schéma, adopte ou rejette le sujet, et transmet ses recommandations au Groupe de planification qui prend à son tour position, avant la décision finale de la Commission plénière.

Depuis lors, la C.D.I. s'en est constamment tenue à ce mode de sélection des sujets qu'elle se propose d'inscrire à son ordre du jour ; et c'est à la suite d'une telle procédure que quatre nouveaux sujets ont été sélectionnés (46) et que plusieurs sont en cours d'évaluation (47). Cette méthode a été confirmée en 1996 : s'acquittant d'une mission que lui avait confiée l'Assemblée générale (48), la Commission a constitué cette année là un Groupe de travail chargé d'examiner son programme, ses procédures, ses méthodes de travail et sa documentation ; celui-ci a élaboré un rapport assez long et dense, faisant le point sur ces questions et proposant des solutions concrètes aux problèmes rencontrés, que la Commission a faites

(45) Rapport de la Commission sur les travaux de sa 44^e session, *Ann. C.D.I.* 1992, vol. II, 2^e partie, par. 369, p. 57.

(46) Les réserves aux traités ; la nationalité en relation avec la succession d'États, la protection diplomatique et les actes unilatéraux des États.

(47) Lors de la 50^e session (1998), le Groupe de travail a proposé de retenir en principe les sujets suivants : la responsabilité des organisations internationales, l'effet des conflits armés sur les traités, l'expulsion des étrangers et les ressources aquifères et pétrolifères ou gazières partagées entre deux ou plusieurs États.

(48) Cf. la résolution 50/45 du 11 décembre 1995.

siennes (49). S'agissant du choix des sujets, elle indique que cette procédure [celle suivie depuis 1992] est meilleure que la précédente. Aborder un nouveau sujet, quel qu'il soit, comporte toujours quelque incertitude et suppose quelque discernement : « l'incertitude est réduite et le discernement facilité si la sélection ne s'opère qu'après mûr examen, à partir de travaux qui n'engagent la Commission ni en ce qui concerne le sujet ni en ce qui concerne le choix de la manière dont il sera traité » (50).

Il est regrettable que la Sixième Commission n'aie pas, pour sa part, procédé au même *aggiornamento* : la méthode adoptée par la C.D.I. limite les risques de blocages « techniques », comme celui qui a conduit au retrait, en 1992, de la deuxième partie du sujet relatif aux relations entre les États et les organisations internationales de l'ordre du jour, la Commission ayant constaté, après seize ans d'étude, que la matière « semblait dans une large mesure couverte par les accords existants » (51) ; elle ne garantit ni l'utilité pratique, ni l'acceptabilité politique des sujets retenus.

Il est probable aussi que si la Commission avait procédé avec plus de soin avant de proposer l'inscription à son ordre du jour du sujet relatif à la responsabilité « pour risque » (52) et si la Sixième Commission s'était davantage préoccupée de la possibilité d'atteindre un consensus sur ce point, l'impasse actuelle aurait pu être évitée (53) : extrêmement sensible poli-

(49) Ce rapport est intégralement reproduit dans le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48^e session (1996) (Assemblée générale, Doc. off., 51^e session, Suppl. n° 10, A/51/10, pp. 221-258).

(50) *Ibidem*, par. 166, p. 232.

(51) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 44^e session, *Ann. C.D.I. 1992*, vol. II, 2^e partie, par. 360, p. 56. Comme l'a écrit un commentateur autorisé, cette décision a été prise par la Commission « after allowing too much of its time and resources, probably more out of deference to the special rapporteur than because any merit of the topic itself » (Stephen McCaffrey, « Is Codification in Decline ? », *Hastings International and Comparative Law Review* 1997, p. 645). Cet épisode fait honneur à l'esprit collégial des Membres de la Commission, mais peut-être pas à leur sagacité ...

(52) *V. supra*, p. ???.

(53) Le sujet est à l'ordre du jour de la Commission depuis 1978. En 1997, la Commission a décidé de le scinder en deux parties, la première étant limitée à la prévention des activités à risques (v. le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 49^e session, Assemblée générale, Doc. off., 52^e session, Suppl. n° 10, A/52/10, pars. 162-167, pp. 111-112). En 1998, la Commission a adopté une première série de projets d'articles sur la prévention mais le sort du cœur du projet (la responsabilité sans manquement) demeure incertain ; une décision définitive devrait être prise en 1999 ...

tiquement, mettant en jeu des intérêts économiques considérables, et supposant des connaissances techniques très diversifiées que n'ont pas les Membres de la C.D.I., il ne relève pas de la codification *stricto sensu* (en l'absence de toute pratique générale claire et constante) et se prête à l'évidence fort mal à un « développement progressif » par un organe composé exclusivement de juristes.

Sans doute, aux termes de son Statut, la Commission peut-elle consulter « des institutions scientifiques et des experts indépendants » (54), mais cette disposition, qui n'a guère été appliquée jusqu'à présent (55), n'est guère susceptible de lui permettre de s'entourer de tous les avis techniques qui seraient indispensables. Le recours aux experts est coûteux et l'on imagine mal que les Nations Unies puissent, dans leur situation actuelle de misère budgétaire, dégager les ressources nécessaires à la rémunération de personnes compétentes dans les domaines très divers que touche le sujet : protection de l'environnement (ce qui inclut un très grand nombre de domaines variés), construction, surveillance et gestion des établissements dangereux, assurances, géologie, sismicité, énergie nucléaire, substances toxiques, etc. On imagine à peine mieux que les 34 juristes composant la Commission puissent comprendre et assimiler les informations technologiques, économiques, écologiques et politiques, qui leur seraient fournies de cette manière et les prendre utilement en considération pour élaborer un projet d'articles sérieux et adapté. Faut-il rappeler à cet égard, que la Convention de Montego Bay de 1982 fut le résultat des efforts d'un immense rassemblement d'experts (parmi lesquels les juristes étaient sans doute minoritaires), réunis de nombreux mois pendant de nombreuses années, et que le sujet de la responsabilité pour risque pose probablement des problèmes qui ne sont ni moins difficiles, ni moins sen-

(54) Article 16.e). Les articles 25, paragraphe 1, et 26, paragraphe 1, autorisent également la Commission à « consulter, lorsqu'elle le juge utile, tout organe des Nations Unies sur tout sujet entrant dans la compétence de cet organe » et « toute organisation, nationale ou internationale, officielle ou non, sur tout sujet qui lui a été confié, si elle le juge utile à l'accomplissement de sa tâche ».

(55) Néanmoins, lors de l'élaboration du projet d'articles sur le droit de la mer, la C.D.I. a consulté un comité d'experts-hydrographes ; v. à ce sujet, Cour internationale de Justice arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. 1969, pp. 34-35.

sibles que ceux que la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a dû résoudre ?

Sans doute, la C.D.I. a-t-elle pu procéder à la première codification du droit de la mer, qui a abouti à l'adoption des Conventions de Genève de 1958. Mais cette réalisation fut éphémère ; œuvre exclusivement de juristes qui n'avaient pu prévoir les évolutions futures, elle a dû être remise en chantier, dans un autre cadre, à la fois plus politique et plus technique, une douzaine d'années plus tard. Tel serait le sort inévitable de sujets « à la mode » dont la responsabilité pour risque est un exemple, auquel on doit ajouter de nombreuses propositions faites ces derniers temps et concernant surtout le droit de l'environnement, qui trouvent un large appui auprès de certains Membres de la Commission qui eussent, naguère, probablement soutenu avec une égale conviction l'inscription à son ordre du jour, de sujets relatifs au développement.

Bien que ces thèmes rencontrent également un certain écho au sein de la Sixième Commission, il s'agit de « fausses bonnes idées », avancées avec le désir de redorer le blason de la C.D.I., mais qui, à terme, risquent de le ternir davantage encore (comme le font vingt ans de travaux inaboutis sur la responsabilité pour risques) car la Commission n'a ni les moyens, ni les compétences nécessaires pour les examiner sous toutes leurs facettes complexes. Il ne pourrait dès lors en résulter que des projets trop généraux pour être utilisables, trop abstraits pour mordre sur le réel.

La mode actuelle des propositions de sujets orientés vers les droits de l'homme présente des inconvénients différents mais tout aussi évidents. D'une part, les très nombreux organismes de droits de l'homme existants verraient probablement d'un assez mauvais oeil l'organisme « généraliste » qu'est la C.D.I. empiéter sur ce qu'ils considèrent comme la « chasse gardée » des spécialistes d'une branche du droit international qu'ils confisquent volontiers : la Commission s'y est aventurée prudemment en 1997, à l'occasion de l'examen du deuxième rapport sur les réserves aux traités (56), mais, bien qu'elle ait proposé un dialogue à ces organes, ceux-ci n'ont guère saisi l'occa-

(56) V. *supra*, p. 559-560.

sion et la communauté « droits-de-l'homme » a, dans l'ensemble, rejeté purement et simplement les conclusions préliminaires de la C.D.I. qui s'efforcent de faire la part des exigences du droit international général à côté de celles propres aux droits de l'homme, sans même tenter d'engager un débat de fond. D'autre part, le domaine est d'ores et déjà couvert par un réseau serré de conventions auxquelles il ne paraît guère possible d'apporter d'améliorations normatives significatives ; seuls demeurent possibles des progrès institutionnels qui ne semblent guère à la portée de la Commission.

Ceux-ci ne sont, en effet, pas concevables sans des négociations approfondies entre les États, particulièrement soucieux de ne pas s'engager à la légère dans ce domaine politiquement très sensible. Sans doute, la C.D.I. pourrait-elle préparer la base de telles négociations, mais il ne serait pas sérieux de s'y risquer en l'absence d'une écoute attentive des O.N.G., si nombreuses et influentes en la matière, et d'un dialogue approfondi avec elles, ce que n'exclut pas le Statut de la Commission mais qui impliquerait une véritable révolution dans ses méthodes de travail.

Plutôt que de s'engager dans ces voies, attrayantes par leur nouveauté (relative...), mais sans issue, et de céder aux sirènes de sujets en vogue pour lesquels elle n'est pas faite, la Commission serait sans doute mieux inspirée de recentrer son activité sur ses domaines traditionnels, dont elle est très loin d'avoir épuisé les mystères et où elle peut encore, et sans doute durant de longues années, rendre de grands services, quitte à, parallèlement, s'acquitter de fonctions prévues ou impliquées par son Statut mais auxquelles elle ne s'est guère essayée jusqu'à présent.

*
* *
*

Quinze conventions ont été signées sur la base des travaux de la Commission, dont onze sont entrées en vigueur (57) et

(57) Les quatre exceptions sont les Conventions de Vienne sur la Représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (1975), sur la Succession d'États en matière de biens, dettes et archives d'États (1983) et sur le Droit des traités conclus par les organisations internationales (1986) et la

deux ont attiré une participation quasi-universelle (58). Ramené aux 50 ans d'existence de la C.D.I., le bilan peut paraître maigre (59), d'autant plus que les quatre Conventions de Genève de 1958 sur le droit de la mer sont aujourd'hui supplantées par la Convention de Montego Bay de 1982, élaborée en dehors de la Commission (60). Il est cependant plus positif et encourageant que ces statistiques le montrent.

En premier lieu, les conventions en vigueur portent, comme, d'ailleurs, certains projets d'articles adoptés par la C.D.I. qui n'ont pas un statut conventionnel, sur des sujets d'importance fondamentale pour les relations internationales.

Le droit des relations diplomatiques et consulaires (61) et le droit des traités (62) constituent des pans entiers de ce que l'on peut considérer comme le « droit constitutionnel de la société internationale ». Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Otages*, les règles contenues dans les Conventions de 1961 et 1963 constituent la base d'un édi-

Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997).

(58) Les Conventions de Vienne sur les Relations diplomatiques (1961) et consulaires (1963).

(59) Ce bilan a été dressé à maintes reprises. Pour des études récentes, voir not. Kari ZEMANEK, « Does Codification Lead to Wider Acceptance ? » in *Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law, New York, 13-17 March 1995, Le droit international comme langage des relations internationales*, Nations Unies-Kluwer, The Hague-London-Boston, 1996, pp. 224-229 ; « Introduction : L'œuvre de la Commission du droit international », in *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle*, *op. cit.*, pp. 19-36 ; Hisashi OWADA, « The International Law Commission and the Process of Law-Formation », in *Pour un meilleur droit international*, *op. cit.*, pp. 167-180, Peter ТОМКА, « Major Complexities Encountered in Contemporary International Law-Making », *ibidem*, pp. 209-219 et Huang HUIKANG, « The Work of the International Law Commission and the Shaping of International Law : In Commemoration of the Fiftieth Anniversary of the Commission », *ibidem*, pp. 304-332.

(60) Les Conventions de 1958 n'en ont pas moins constitué, sauf pour ce qui est du régime juridique applicable à l'exploitation des grands fonds marins, la trame normative sur laquelle celle de 1982 s'est greffée.

(61) Outre les deux Conventions de Vienne de 1961 et 1963, relèvent de ce thème général la Convention de 1969 sur les Missions spéciales, celle de 1973 sur la Prévention et la répression des infractions commises contre les agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale, et le projet d'articles sur le courrier diplomatique adopté en seconde lecture par la Commission en 1977 ; on peut en rapprocher celui sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (1991).

(62) Outre les deux Conventions de Vienne de 1969 et 1986, v. le rapport de la Commission sur les réserves aux traités multilatéraux de 1950, le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté en seconde lecture en 1978 et le Guide de la pratique en matière de réserves qui est en cours d'élaboration ; la Convention de Vienne de 1978 sur la Succession d'États en matière de traités peut également être rattachée à ce thème général.

fiée juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres » (63). Quant au droit des traités, il est au droit international ce que les normes constitutionnelles relatives à l'élaboration des lois sont au droit interne : il fixe les règles applicables à la principale source de cet ordre juridique. On peut en rapprocher les règles relatives à la responsabilité des États. « Corollaire obligé » de leur égalité (64), la responsabilité est au cœur du « miracle » que constitue l'existence même du droit international et constitue la seule sanction de droit commun de son non-respect.

En second lieu, l'influence des travaux de la C.D.I. s'étend très au-delà du caractère obligatoire des conventions qui en sont issues pour les États qui les ont ratifiées. Ils constituent pour la plupart des textes de référence auxquels les États et les organisations internationales se réfèrent dans leur pratique quotidienne du droit international et dans lesquels les juridictions et les tribunaux internationaux voient l'expression du droit en vigueur sans s'arrêter à leur nature conventionnelle ou non.

A l'exception de quelques rares articles – notamment ceux portant sur le *jus cogens* auxquels certains États objectent toujours (65) – la Convention de Vienne de 1969 est généralement considérée comme reflétant le droit coutumier et ses dispositions sont appliquées à ce titre tant par les États que par les juridictions internationales, sans considération de l'entrée en vigueur du « traité des traités » à l'égard des parties à une

(63) Arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, p. 43 ; v. aussi l'ordonnance de la Cour dans la même affaire en date du 15 décembre 1979, *Rec.* 1979, p. 19.

(64) Charles DE VISSCHER, *La responsabilité des États*, Bibliotheca Visseriana, Leyde, 1924, t. II, p. 90.

(65) Il n'en résulte pas forcément que la notion de *jus cogens* ne soit pas consacrée par le droit positif.

transaction ou à un différend (66). Il en va de même de celle de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui n'a pas recueilli le nombre de ratifications requis pour son entrée en vigueur mais n'en est pas moins considérée comme l'expression du droit applicable en la matière (67). Et même les deux Conventions sur la succession d'États de 1978 et 1981, pourtant fortement critiquées par les États occidentaux, sont une source d'inspiration pour la pratique étatique (y compris de ces États) et les tribunaux internationaux (68). La Cour internationale de Justice a également invoqué la Convention de 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux quelques mois seulement après son adoption (69).

Les projets d'articles élaborés par la Commission sont aussi des instruments de référence constamment cités à l'appui des prises de position des responsables des services juridiques des États et des organisations internationales et des décisions juridictionnelles et arbitrales internationales, quand bien même, pour une raison ou une autre, ils n'ont pas atteint le stade « conventionnel » (70). Ceci est particulièrement frappant en ce qui concerne le projet d'articles sur la responsabilité des États qui, avant même que la Commission en achève la première lecture, a été considéré comme « the most recent and authoritative statement of current international law in this area » (71). Plus récemment, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 25 septembre 1997 dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* qui opposait la Hongrie et la Slovaquie, la Cour internationale de Justice s'est très largement fondée sur ce projet, tel que la C.D.I. l'avait adopté provisoirement en 1996, pour établir les responsabilités respectives des Parties (72).

(66) V. les très nombreuses références figurant dans « Introduction : L'œuvre de la Commission du droit international » in *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle*, préc., notes 60 à 63, pp. 27-28 ; *addé* : C.I.J., arrêt du 25 septembre 1997, *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros*, par. 46-47 et 99.

(67) V. *ibidem*, note 75, p. 31 et note 79, p. 32.

(68) V. *ibidem*, notes 69 et 70, p. 30.

(69) Arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, par. 147.

(70) V. les exemples donnés dans l'Introduction précitée, note 56, pp. 32-33.

(71) Tribunal des différends Iran/États-Unis, *Jack Rankin v. the Islamic Republic of Iran*, sentence n° 326-10913-2, 3 nov. 1987, *Iran-United States C.T.R.*, par. 18, p. 137.

(72) Cf. les par. 47 (art. 17 du projet – non-pertinence de la nature de l'obligation internationale violée), 50 à 54, 57 et 58 (art. 33 – état de nécessité), 79 (art. 41 – cessation du comportement illicite) et 83 (arts. 47 à 50 – contre-mesures).

Les rapports des travaux de la Commission avec le droit international coutumier sont complexes : ils ont vocation à le codifier et à le développer progressivement. Mais, du même coup, ils rétroagissent sur lui. Quel que soit leur aboutissement, ils influencent la pratique des États pour lesquels ils constituent une référence commode, donnant la garantie d'un examen approfondi par des experts indépendants et d'une évaluation politique, malgré les insuffisances de la collaboration nouée entre les deux instances (73). De ce fait, non seulement les projets adoptés par la C.D.I. prennent appui sur les normes coutumières existantes, mais, également, ils cristallisent des règles en voie de formation (74) et ils s'intègrent dans un nouveau processus de formation qui, à son tour, débouche sur de nouvelles normes coutumières (75).

Si la Commission n'a pas à rougir de son bilan, celui-ci devrait néanmoins constituer pour l'avenir à la fois un encouragement et un avertissement et il est sans doute temps de tirer les leçons d'un passé cinquantenaire pour réfléchir aux améliorations qui pourraient encore être apportées à ses méthodes de travail (76) et au choix de ses sujets futurs (77).

Dans son rapport sur sa quarante-huitième session (1996), la C.D.I. s'est essayée à donner « un aperçu d'ensemble des principales matières du droit international public général » qu'elle a ordonnées en un « plan général des sujets en les classant en 13 grandes rubriques (sources, compétences de l'État, droit

(73) V. *supra*, pp. ???-???

(74) Cf. à propos de l'institution juridique du plateau continental les arrêts de la C.I.J. du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.* 1969, p. 39, et du 24 février 1982, *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, *Rec.* 1982, p. 45 ; en revanche, dans son arrêt de 1969, la Cour a estimé que tel n'était pas le cas en ce qui concerne la règle de l'équidistance (*ibidem*, p. 45).

(75) V. le raisonnement suivi par la C.I.J. dans l'affaire de 1969, *ibidem*, pp. 41-43 ; en ce qui concerne les réserves aux traités, v. le premier rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/470, 1995, pars. 153 à 162.

(76) Toutefois, à moins d'une remise en cause radicale, qui n'est probablement pas nécessaire, celles-ci ne peuvent sans doute guère évoluer que sur des points de détail.

(77) Le thème du choix des sujets futurs de la Commission a donné lieu récemment à une littérature abondante. V. not. : Husain AL-BAHARNA, « Future Topics for the Codification of International Law Viewed in Historical Perspective », in *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle*, préc. pp. 373-394 ; Maurice KAMTO, « Choix de sujets pouvant être retenus par la Commission aux fins de la codification et du développement progressif et méthodes de travail de la Commission », in *Pour un meilleur droit international*, préc. pp. 256-273 et M.K. NAWAZ, « Selection of Topics for Codification and Progressive Development by the Commission, and its Working Methods », *ibid.*, pp. 274-284.

international pénal, organisations internationales, espaces internationaux, et ainsi de suite) » (78). Ce schéma (79) n'est guère plus que la « table des matières » d'un manuel classique de droit international, mais il présente l'avantage de faire apparaître à côté des sujets déjà traités, ceux qui ont été proposés à un moment ou à un autre comme étant susceptibles d'être examinés par la Commission (80).

La confrontation des uns et des autres permet de « visualiser » les thèmes conformes à la vocation de la C.D.I et ceux qui ne le sont pas au vu de ses réussites et de ses échecs passés (81). La constatation la plus frappante est que les sujets qui se prêtent le mieux à codification (au sens large) par son intermédiaire sont ceux portant sur les « règles secondaires » du droit international, c'est-à-dire celles qui, conformément à la classification de Hart, concernent la formation, l'application et la sanction du droit, par opposition aux normes « primaires » qui imposent ou interdisent des comportements spécifiques dans un domaine déterminé (droit substantiel). Même si la distinction n'est pas toujours aisée en pratique, et si le « fétichisme des règles secondaires » qui règne dans les débats de la Commission sur certains sujets (surtout à propos de la responsabilité des États) est excessif, il n'en reste pas moins que c'est dans la codification des règles secondaires (droit des traités, responsabilité, Cour internationale pénale), qu'elle s'est acquittée de sa mission de la manière la plus convaincante, brillante même à maints égards. Au contraire, plusieurs de ses incursions dans le domaine des règles primaires se sont soldées par des échecs (succession d'États en matière de biens, dettes et archives d'États) ou n'ont connu que des succès éphémères (droit de la mer) ou incertains (droit des cours d'eau internationaux).

Or l'on constate que la Commission est loin d'avoir achevé la codification de ces règles secondaires : les sujets récemment

(78) Assemblée générale, Doc. off., 51^e session, Suppl. n° 10 (A/51/10), par. 248, p. 259.

(79) *Ibidem*, annexe II, pp. 365-372.

(80) Chaque section comporte les rubriques suivantes : « Sujets dont l'étude a été menée à bien » ; « Sujets abordés mais abandonnés », « Sujets à l'étude de la Commission » ; « Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir ».

(81) *V. supra*, pp. 570-573.

inscrits à son ordre du jour (actes unilatéraux, protection diplomatique) en portent témoignage ; mais bien d'autres thèmes importants restent à défricher en matière de formation et de mise en œuvre du droit international – la Commission ne s'est jamais penchée sur la coutume, ni sur les résolutions des organisations internationales ; l'étude de la responsabilité des organisations internationales est la suite logique de celle des États ; les compétences des États pourraient faire l'objet d'un examen sous l'angle des normes secondaires et, mis à part le précédent, peu convaincant il est vrai, du Modèle de règles sur la procédure arbitrale, le règlement des différends demeure, pour la C.D.I., une *terra incognita* (82) qu'elle pourrait sans doute explorer.

Il est vrai que le caractère « secondaire » d'un corps de règles ne suffit pas pour en faire un bon sujet de codification et que, à l'inverse, certaines règles primaires le sont comme le montrent l'exemple des relations diplomatiques et consulaires. Plus que cette distinction doctrinale, deux critères essentiels doivent être pris en considération à cette fin (83) :

- sa maturité ;
- son acceptabilité.

Il est vain d'entreprendre le développement progressif et la codification de matières nouvelles dont la réglementation divise profondément les États. Du reste, le mot « codification » implique qu'existent d'ores et déjà « une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales » (84) et l'expression « développement *progressif* » appelle à la prudence : il ne s'agit pas de « révolutionner » le droit international, mais d'en enrichir et d'en développer les normes existantes en tenant le plus grand compte des réalités de la vie internationale et des limites, encore considérables, de la solida-

(82) Sous réserve aussi de la désastreuse troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États, dont elle constitue un appendice mal venu et irréaliste.

(83) Dans son rapport sur les travaux de sa 49^e session (1997), la C.D.I. a pris note des recommandations de son Groupe de travail sur le programme à long terme qui incluaient la prise en compte de ces deux critères mais en ajoutait un troisième : « que le sujet soit concret et suffisamment facile à traiter » aux fins du développement progressif et de la codification du droit international (Assemblée générale, Doc. off., Suppl. n° 10 ; A/52/10, par. 238, p. 133). Ce dernier élément est discutable : la « facilité » n'est pas une fin en soi, et il faut s'entendre sur la signification du mot « concret » : est-ce le cas de la responsabilité des États ? C'est pourtant un « bon sujet difficile »...

(84) Comme le précise l'article 15 du Statut de la C.D.I.

rité entre les États et les peuples du monde. Conservateur par essence, le droit ne saurait précéder de manière trop idéaliste les évolutions de la société qu'il régit, même s'il doit en accompagner fidèlement le mouvement. Et, en tout état de cause, si des changements fondamentaux y sont nécessaires, c'est aux politiques, non aux juristes, qu'il appartient de les promouvoir. Tout sujet impliquant soit une négociation politique importante, soit des études techniques poussées, est un « mauvais » thème de développement progressif et de codification du droit.

C'est pour l'avoir parfois oublié que la C.D.I. s'est, dans certains cas, fourvoyée dans le passé (comme le montrent, par exemple, l'échec relatif de la codification du droit de la succession d'États en matière de biens, dettes et archives d'États ou du projet relatif à la clause de la nation la plus favorisée). C'est en tenant compte de ces considérations fondamentales dans le choix de ses sujets futurs et en insistant auprès des États par l'intermédiaire de la Sixième Commission pour qu'ils lui donnent des orientations claires à cet égard, qu'elle évitera de retomber dans ces ornières. Elle peut aussi, et elle devrait sans doute, présenter des projets alternatifs lorsqu'elle estime être confrontée à un problème de choix politique qu'il ne lui appartient pas d'opérer.

Ces remarques ne s'appliquent pas seulement au choix des sujets dont la Commission entreprendra l'examen à l'avenir. Elles concernent également la forme que peut prendre le résultat de ses travaux.

Il est habituel de mesurer le succès de la C.D.I. en fonction du nombre de conventions qu'elle a inspirée et des ratifications ou des signatures qu'elles ont recueillies. C'est une vision simpliste des choses : l'influence de ses projets ne se limite pas au cercle restreint des États parties à ces traités (85) ; en outre, l'obligation n'est pas la seule manifestation de la règle juridique, qui peut aussi recommander, inciter, autoriser, mettre en garde. Pour n'être pas la source d'obligations (ou d'interdictions) juridiques, la *soft law* n'en exerce pas moins une influence non négligeable sur les comportements de ses

(85) V. *supra*, pp. 572-573.

destinataires ; et l'on peut penser que si certains sujets se présentent à une étude par la Commission, ils n'appellent pas forcément la conclusion d'une convention en bonne et due forme. Du reste, ni l'article 16 de son Statut en matière de développement progressif, ni l'article 23 relatif à la codification, n'imposent ni n'impliquent une telle issue et la seconde de ces dispositions envisage même expressément d'autres possibilités : la publication d'un rapport ou l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale.

Deux exemples récents montrent d'ailleurs que la position de la C.D.I. a évolué sur ce point et qu'elle admet elle-même que ses travaux peuvent aboutir à autre chose qu'à l'adoption d'une convention sans pour autant constituer un échec ou une œuvre inutile. Ainsi, s'agissant du sujet relatif à la nationalité en relation avec la succession d'États, le Rapporteur spécial, M. Vaclav Mikulka a-t-il indiqué à plusieurs reprises que, dans son esprit, le projet d'articles ne devait pas nécessairement être repris dans un traité et le texte adopté en première lecture par la Commission se présente comme un projet de Déclaration de l'Assemblée générale (86). De même, il a été entendu que le sujet relatif aux réserves aux traités aboutirait en principe à l'adoption d'un Guide de la pratique qui ne serait pas de nature conventionnelle (87).

Des raisons différentes expliquent ces positions de sagesse : dans le premier cas, le peu de succès des conventions de 1978 et de 1981 sur la succession d'États incitait à la prudence ; de plus, alors que la première partie du projet se présente comme la codification de règles coutumières existantes et obligatoires, la seconde comporte plutôt des recommandations adressées aux États en ce qui concerne la mise en œuvre des principes énoncés dans la première dans les différentes hypothèses particulières de succession d'États. S'agissant des réserves, il a semblé judicieux de ne pas créer un imbroglio juridique en envisageant l'adoption d'un nouvel instrument conventionnel dont l'articulation avec les Conventions de Vienne de 1969,

(86) V. le rapport de la Commission sur les travaux de sa 49^e session (1997), Assemblée générale, Doc. off., Suppl. n° 10, A/52/10, p. 12. V. aussi le rapport sur la 48^e session, A/51/10, par. 88, p. 201.

(87) V. *ibidem*, A/52/10, par 105, p. 207.

1978 et 1986 sur le droit des traités créerait une situation inutilement compliquée. Dans les deux cas, la position de principe prise par la Commission sur la forme du résultat de ses travaux a exercé une influence sur la rédaction retenue (88).

Ce faisant, la C.D.I. ne fait preuve, cependant, que d'une audace limitée : l'une comme l'autre de ces études se présentent comme des projets d'articles assortis de commentaires, conformément aux usages de la Commission. Et ils s'y prêtent en effet. Il ne lui est pas interdit d'aller plus loin et d'abandonner cette forme immuable à l'occasion de travaux d'un genre nouveau qu'elle pourrait entreprendre.

Lors d'un colloque organisé au siège des Nations Unies à New York pour célébrer le cinquantième anniversaire de la Commission, de nombreuses propositions ont été faites en vue de renforcer cette institution et d'accroître sa capacité de développement progressif et de codification du droit international. Elles ont été énoncées sous la forme de 147 « idées et suggestions » publiées avec les actes de cette rencontre (89). Il ne saurait être question de les examiner et de les commenter une à une dans le cadre limité de la présente contribution.

Il est néanmoins intéressant de relever à quel point leurs auteurs, en général internationalistes éminents issus de la diplomatie ou du monde universitaire, ont de la vocation de la C.D.I. une conception plus ample et plus ambitieuse que la Sixième Commission de l'Assemblée générale et que les Membres de la Commission eux-mêmes. Nombre de ces propositions visent à en faire une sorte d'observatoire mondial du droit international (tant public que privé). Il s'agit probablement là d'une ambition hors de portée. Il n'en reste pas moins qu'il est sans doute plus que temps d'envisager les formes nouvelles que pourraient revêtir ses activités.

Sans qu'il soit possible d'y insister, ceci pourrait se traduire notamment par :

(88) Comme cela est indiqué ci-dessus, le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États se présente comme un projet de résolution. Le Guide de la pratique en matière de réserves reprend en les amalgamant (texte composite) les dispositions des trois Conventions de Vienne sur le droit des traités et s'efforce de les compléter et de les préciser.

(89) *Pour un meilleur droit international*, préc., pp. 48-65.

- la mise en chantier d'un *restatement* systématique du droit international (public) dans tous ses aspects (90), qui pourrait se présenter comme une sorte de vaste traité (au sens de manuel) collectif et serait à la C.D.I. ce que son dictionnaire est à l'Académie française : une œuvre de longue haleine, jamais terminée et sans cesse remise en chantier, et à laquelle on pourrait songer à associer des personnalités extérieures, spécialistes reconnus du droit international général ou de certains domaines particuliers, y compris d'anciens Membres de la Commission elle-même ;
- la revue périodique et systématique aussi des projets anciens de la Commission, afin de faire des suggestions sur leur mise à jour et d'y apporter les compléments rendus nécessaires par l'évolution des relations et du droit internationaux (91) ;
- la publication périodique de notes ou de brefs rapports, qui ne prendraient pas la forme de projets d'articles mais attireraient l'attention sur des problèmes particuliers relatifs à des sujets d'actualité juridique internationale qui lui seraient soumis par des organes autres que l'Assemblée générale qui en ressentiraient le besoin ou dont elle se saisirait elle-même ; ou
- l'évaluation, par la Commission de la solidité, au point de vue de la technique juridique, de projets de conventions élaborés par d'autres organes tant au niveau universel qu'au plan régional.

La mise en œuvre de ces deux dernières propositions présenterait notamment l'avantage de tenter de surmonter ce que l'on a appelé « l'écueil de la fragmentation du droit international » (92). Il est légitime que la C.D.I. « principal organe subsidiaire permanent [de l'Assemblée générale] chargé du développement progressif et de la codification du droit international » (93) s'en préoccupe, même si cette qualité ne lui donne

(90) V. en ce sens les propositions de MM. Francisco ORREGO VICUÑA et Yves DAUDET, *ibidem*, pp. 88-89 et 142-143.

(91) D'une certaine manière, le sujet relatif aux réserves aux traités s'apparente à un tel exercice.

(92) Titre d'un document de travail informel présenté en 1998 au Groupe de travail sur le programme à long terme de la Commission et qui n'a, malheureusement, pas été retenu par celui-ci à titre de sujet possible.

(93) V. *supra*, note 33.

pas vocation à un quelconque monopole dans ce domaine et, moins encore, dans celui de la « fabrication » du droit international, ne fût-ce que parce que le droit est une chose trop sérieuse pour qu'on en confie l'élaboration aux seuls juristes...

*

* *

La Commission du Droit international n'a pas démerité et son bilan est loin d'être négatif, au point qu'il n'est sans doute pas exagéré de dire que si elle n'existait pas, il faudrait l'inventer.

Toutefois, après cinquante de loyaux et, dans l'ensemble, bons services, le temps est probablement venu aussi de la réinventer en recentrant les sujets qu'elle examine sur les domaines où elle a fait la preuve de son efficacité (94) – et ce sont davantage ceux qui relèvent du droit international traditionnel, dont il importe de développer progressivement les acquis en fonction des évolutions de la société internationale, que les matières nouvelles, qui font appel à des connaissances techniques que ses Membres ne possèdent pas, ou qui divisent encore profondément les États, si bien que la Commission doit, pour les « codifier » se transformer en un forum de négociation, qu'elle n'est pas.

Mais cette nécessaire prudence dans le choix des sujets qu'elle aborde ne doit pas la dissuader de s'engager dans de nouvelles tâches que son Statut implique et qui répondent aux besoins nouveaux de la communauté internationale.

(94) C'est un lieu commun d'ironiser sur la lenteur avec laquelle la Commission procède. Il n'est pas certain qu'il soit possible, ni même souhaitable, d'accélérer le rythme de ses travaux – du moins s'ils doivent prendre la forme – actuelle – de projets d'articles commentés : les Rapporteurs spéciaux, dont l'avancement du travail dépend en grande partie, ne peuvent, dans la plupart des cas, être beaucoup plus rapides qu'ils le sont, et la nature de nombre des sujets traités est telle qu'ils ne présentent pas d'urgence particulière (ce qui ne signifie pas qu'ils ne sont pas importants, mais ils le sont à long terme). Au surplus, cette sage lenteur favorise la réflexion et, à la longue, les réactions des États. Enfin, la Commission a montré qu'en cas de réelle urgence, elle savait faire preuve de la célérité requise (v. *supra*, p. 564). Contrairement à de nombreux auteurs et à la plupart des Membres de la Commission elle-même – sans parler des représentants des États à la Sixième Commission –, je ne pense pas que le temps soit un facteur essentiel dans les critiques que l'on peut adresser à la Commission ; mieux vaut de bons projets lentement mûris que des travaux menés dans la précipitation et sans suite.

On ne peut cependant demander à la Commission de se réformer seule. Les États qui l'ont créée et qui sont, en définitive, ses « clients » n'ont pour elle aucun « projet » et semblent mal percevoir l'usage qu'ils peuvent en faire. Par le canal de la Sixième Commission, ils lui mesurent chichement leur appui, lui demandent peu, et ne lui donnent guère en échange. Ce faisant, ils ne favorisent ni son « recentrage », ni sa mutation (95), aussi souhaitables que soient l'un et l'autre.

Dans la conclusion de son deuxième Rapport sur l'activité de l'Organisation des Nations Unies, Boutros Boutros-Ghali écrivait : « seule une volonté politique plus ardente et une imagination plus féconde nous permettront d'agir durablement dans le sens que nous indique la Charte » (96). Cela vaut pour la promotion du développement progressif et de la codification du droit international dont, aux termes de l'article 13 de la Charte, l'Assemblée générale assume la responsabilité et dont elle a, à son tour, chargé la Commission du droit international.

(95) Recentrage et mutation ne sont pas exclusifs l'un de l'autre comme cet article s'est efforcé de le montrer.

(96) Assemblée générale, Doc. off., 48^e session, Suppl. n° I (A/48/1), par. 511, p. 67.

BOUTROS BOUTROS-GHALI
AMICORUM DISCIPULORUMQUE
LIBER

PAIX, DÉVELOPPEMENT, DÉMOCRATIE
PEACE, DEVELOPMENT, DEMOCRACY

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES

1 9 9 8