

**Communication
de
Alain PELLET**

Professeur à l'Université Paris-X Nanterre
Membre et ancien Président de la Commission du droit international
des Nations Unies

Le titre de cette table ronde dans le programme officiel de nos débats est « le rôle et la place du droit international dans la pratique ». Si l'on s'en tient à cela, la réponse peut être très brève, en tout cas en ce qui me concerne.

Le droit international est, si je peux dire, l'alpha et l'oméga de ma pratique et ceci quelle que soit la casquette dont je me coiffe. Comme consultant juridique, et surtout comme conseil devant la Cour internationale de Justice, j'essaie, avec des succès divers, de convaincre les juges du bien-fondé de la position juridique de mon client. Comme conseiller juridique d'organisations internationales, essentiellement l'Organisation mondiale du Tourisme et l'Organisation mondiale des Douanes, je m'efforce d'indiquer aux différents organes de l'Organisation comment ils peuvent agir conformément au droit et les problèmes que peuvent poser ce qu'ils ont fait ou, dans les meilleurs des cas, ce qu'ils prévoient de faire. A cet égard, je dois dire que si Ronny Abraham est un conseiller juridique heureux, je le suis un peu moins. Mes employeurs me considèrent plus comme un pompier que comme un aide à la définition de la position politique qu'ils s'apprêtent à prendre. Ceci tient probablement au caractère beaucoup plus modeste à la fois de mes fonctions et des institutions que je conseille. En tout cas, cet aspect « réparateur » est extrêmement frappant lorsque j'essaie de réfléchir à mon rôle dans ces organisations. Par ailleurs, en tant que membre de la Commission du droit international, je contribue dans la mesure de mes moyens au développement progressif et à la codification du droit international.

A la réflexion, en accord avec les organisateurs du colloque, il m'a semblé qu'il valait mieux concentrer mon intervention sur ce dernier aspect. MM. Ronny Abraham et Abdulqawi Yusuf ont, mieux que je ne saurais le faire, exposé la prise en compte de la pratique dans le cadre des fonctions d'un conseiller juridique. Je m'étais promis d'indiquer des points de désaccord éventuel mais mon absence d'esprit critique bien connue fait que je suis assez fondamentalement d'accord avec tout ce qui a été dit jusqu'à présent. Quant à mes fonctions, mon métier – je considère cela comme un véritable métier – de conseil, Philippe Sands, qui le pratique aussi, le décrira dans un instant.

Quelques mots donc sur la manière dont la pratique est prise ou n'est pas prise en considération dans le cadre des travaux de la Commission du droit international. Aux termes du Statut de la Commission¹, les tâches de celle-ci sont de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification. Formellement, ces deux missions sont distinctes et, justement, la pratique des Etats – l'article 15 qui fait la distinction ne parle que des Etats, pas des autres sujets de droit international, pas même des organisations internationales – constitue le critère majeur de l'opposition entre développement progressif et codification. Selon l'article 15 du Statut :

« Dans les articles qui suivent, l'expression 'développement progressif du droit international' est employée, pour la commodité, pour viser les cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des Etats. De même, l'expression 'codification du droit international' est employée, pour la commodité, pour viser les cas où il s'agit 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 ».

En réalité, cette distinction ne joue guère de rôle dans le travail de la Commission. Ses projets mêlent tous, à des degrés divers, des éléments de codification et de développement progressif ; je renvoie à cet égard à ce qui a été dit lors du colloque de la Société en Aix-en-Provence il y a quelques années².

Lorsque nous choisissons un sujet, un exercice dans lequel, très malheureusement, la Sixième Commission de l'Assemblée générale ne nous aide guère, la pratique joue un rôle mais dans un sens très différent de ce qu'avaient imaginé les auteurs du Statut de la C.D.I. Nous ne nous demandons pas s'il existe une pratique suffisante mais, bien plutôt, si la pratique semble établir un besoin de codification et de développement progressif. Cela reste extraordinairement empirique et est certainement plus instinctif que scientifique. Au fond, la Commission se substitue aux Etats qui, à mon avis, ne s'acquittent pas de la mission qui devrait leur incomber par excellence à cet égard ; ils se bornent en effet à adresser à l'organe chargé de la codification et du développement progressif du droit international des signaux indéchiffrables et souvent contradictoires par le biais des débats et des résolutions de l'Assemblée générale.

Par exemple, s'agissant du sujet des réserves aux traités, un ou deux Etats avaient, lors des débats de la Sixième Commission, indiqué qu'ils éprouaient des difficultés en matière de réserves. L'un de nous, moi en l'occurrence, a établi un schéma établissant qu'en effet il y avait un « besoin de droit »³. Il ressort de cette note qu'en effet la réglementation des réserves était incertaine parce que la

¹ Résolution 174 (II) de l'Assemblée générale du 21 novembre 1947.

² S.F.D.I., colloque d'Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1999, 344 p.

³ *Annuaire C.D.I.*, 1993, vol. II, 1^{ère} partie, pp. 246-254.

pratique des organes chargés de la surveillance de l'application des traités, surtout en matière de droits de l'homme, était troublante et parce que la Convention de Vienne sur le droit des traités est ambiguë et ne répond sans doute pas complètement aux besoins de certitude et de sécurité juridiques des Etats et des organisations internationales en la matière. Ces intuitions empiriques ont été entérinées par la Commission du droit international et, ce qui est sans doute plus rassurant, par la Sixième Commission, sans que l'on puisse savoir si ce besoin était réel ou si cette approbation relevait de la résignation de l'Assemblée : après tout, il faut bien donner quelque chose à faire à la Commission... Dans le cas précis des réserves, il me semble cependant que le besoin est assez réel si l'on en croit l'impatience que manifestent les Etats à l'égard de la sage lenteur avec laquelle la Commission et son Rapporteur spécial procèdent.

Une fois le sujet choisi, la pratique, quelle que soit la définition du mot, continue à être un souci, en tout cas pour le Rapporteur spécial et ceci pour une raison assez évidente. Puisqu'il s'agit de codifier, la Commission doit s'employer à découvrir des coutumes. Des choses très savantes ont été dites depuis deux jours à ce sujet ; mais une chose est certaine : pour qu'il y ait coutume, il faut une pratique, c'est-à-dire des comportements concrets et répétés des Etats et des autres acteurs des relations internationales dans des circonstances similaires ou comparables.

Toutefois, s'il est assez facile de trouver des textes, la pratique, je crois, ne peut pas se réduire à cela, d'autant plus que, souvent, les textes apportent davantage la preuve de l'existence de l'*opinio juris* que de la pratique elle-même, même si je n'éprouve pas de difficulté pour admettre qu'ils peuvent, en principe, témoigner à la fois de l'élément matériel et de l'élément psychologique.

Pour le reste, pour ce qui est des comportements qui ne se traduisent pas par des textes, la pratique est difficilement accessible et nous sommes entièrement dépendants de deux sources principales de documentation. D'abord, les répertoires de la pratique auxquels M. Abdulqawi Yusuf a fait allusion, qui sont en général établis par des universitaires mais éventuellement aussi par des praticiens, y compris les services juridiques. Je pense à Hackworth ou à Marjorie Whiteman pour les Etats-Unis, à Alexandre-Charles Kiss pour la France, à M. Marchisio pour l'Italie, à quoi s'ajoutent quelques répertoires officiels ou quasi-officiels comme le *Répertoire de la pratique du Secrétaire général des Nations Unies en matière de traités*⁴ ou d'autres instruments de ce genre.

L'autre source irremplaçable pour la C.D.I. et ses membres, quoi qu'en pensent les délégués à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, ce sont les réponses des Etats et des organisations internationales aux questionnaires qu'établissent les rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international et auxquels les services juridiques des Etats et des organisations internationales répondent de plus ou moins bonne grâce, plus ou moins complètement, s'ils le veulent bien ou s'ils le peuvent.

⁴ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, Document préparé par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques, ST/LEG/8, New York, 1997.

Cette semi-carence pose plusieurs problèmes. Je n'en invoquerai que deux. D'abord, les Etats ou les organisations internationales n'ont pas toujours envie de rendre leur pratique publique, en tout cas sous la forme systématique qui leur est demandée dans les questionnaires de la Commission. Par exemple, il a fallu sept ans pour que la Commission de la Communauté européenne se décide à répondre au questionnaire de la Commission du droit international sur les réserves aux traités, alors que cette réponse était tout à fait cruciale : la Communauté est à peu près la seule organisation qui, en matière de réserves, ait une réelle importance. J'ai demandé, j'ai supplié, j'ai dénoncé l'inertie des services juridiques de la Communauté, et, si j'ai enfin reçu la réponse de la Commission la semaine dernière, j'attends toujours celle du Conseil, pourtant tout aussi indispensable. Je n'ai jamais obtenu d'explication satisfaisante à cette mauvaise volonté sinon, m'a-t-on dit à plusieurs reprises, que « c'est très délicat ». Je vois mal en quoi ceci est délicat : les questionnaires de la C.D.I. sont purement factuels et se bornent à demander aux Etats et aux organisations internationales de dire ce qu'ils font – c'est un pur problème de transparence. En tout cas, la Communauté ne pouvait pas s'abriter derrière un prétexte financier ou derrière l'absence de ressources humaines.

Il en va différemment pour certains Etats. Au fond la C.D.I. prend en considération la pratique non pas des Etats en général mais de certains Etats bien spécifiques, je dirais presque de ceux qui « s'exhibent » le plus et qui ont les moyens de le faire, de ceux qui publient leur pratique. A cet égard, les Etats-Unis sont certainement les plus « exhibitionnistes » de tous. Ce n'est pas tellement – et sûrement pas seulement – parce qu'ils sont les plus puissants que nous nous reposons beaucoup sur la pratique américaine, c'est parce qu'on sait à peu près tout sur ce qui se passe aux Etats-Unis, y compris les positions les plus discutables qu'ils peuvent prendre, les actions les moins juridiquement défendables qu'ils peuvent mener. Inévitablement, les Etats qui « se racontent » le plus exercent une influence beaucoup plus grande dans le tableau de leur pratique que peut dresser la Commission. La doctrine, qui est « voyeuse » par nature, en profite largement, les rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international aussi. Dans une moindre mesure, les pratiques française, britannique, italienne, allemande, suisse, autrichienne, des pays nordiques sont également raisonnablement accessibles.

Par contre, il est infiniment plus difficile d'accéder aux pratiques de la plupart des autres Etats. Que ce soit en matière de réserves, de traités en général, de responsabilité, de protection diplomatique, on ne sait rien ou presque rien de la pratique du Tchad, du Népal, du Paraguay ou de Saint Kitts et Nevis. On ne sait pas grand-chose, pratiquement rien à vrai dire, de la pratique du Brésil, de l'Inde ou de la Chine. Les obstacles tiennent à la langue, au goût du secret, à l'absence de transparence de nombre de ces Etats ; mais ils tiennent surtout à l'absence ou au manque de moyens : contrairement à la Commission des Communautés, ces Etats peuvent dire, non sans quelque raison, qu'ils ne peuvent pas répondre aux questionnaires ; cela prend trop de temps, cela demande trop d'argent.

En tout cas, le résultat est là : le Nord, les pays industrialisés fournissent, comme au bon vieux temps où ils étaient seuls à exister sur la scène internationale, l'essentiel – à vrai dire à peu près l'exclusivité – de la pratique sur laquelle la Commission peut se fonder aussi bien pour codifier le droit (dans ce cas la pratique constitue l'essentiel du travail de systématisation qu'essaie de faire la Commission) que pour le développer progressivement en fonction de l'évaluation faite par la Commission des incohérences et des lacunes de la même pratique.

Cela étant, il faut bien voir que tout ceci est une présentation assez arbitrairement rationalisée et abusivement épurée. Il est tout à fait normal qu'une société savante – et la Société française l'est – découpe la réalité en tranches et s'intéresse un jour à la jurisprudence, un autre jour à la pratique, je crois que c'est par une timidité qui n'a pas lieu d'être qu'elle ne s'attaque pas à la doctrine. Mais dans les faits les choses se font de manière beaucoup plus empirique, de manière beaucoup plus pragmatique. Si je peux le dire crûment, « on fait », la C.D.I. y compris, « avec ce qu'on a ». Tout ce qui paraît témoigner de l'existence ou du besoin d'une règle est pris en compte sans qu'aucune distinction claire soit faite entre la jurisprudence, la doctrine et la pratique. Tout au plus existe-t-il sans doute une sorte de préjugé favorable à la jurisprudence, ce qui, dans une société sans juge comme la société internationale, n'est paradoxal qu'en apparence : le juge est d'autant plus important qu'il est rare. On s'intéresse aussi beaucoup aux traités, qui sont une forme de pratique facilement accessible et qui traduit de façon assez certaine la position des Etats, encore faut-il déterminer si les règles conventionnelles constituent une pratique ou des exceptions à une pratique.

En tout cas, tout ceci explique, je pense, pourquoi, finalement, personne à la Commission du droit international ne semble jamais, à ma connaissance, avoir éprouvé le besoin d'une définition précise de la pratique aux fins de la codification et du développement progressif. Tout compte et tout est relatif. Et je dois dire que ceci ne me paraît pas propre au travail de la Commission du droit international. Tout ce que je connais de la vie réelle du droit international conduit à la même constatation : ni sa fabrication, ni sa mise en œuvre ne reposent sur un seul pilier. Contrairement au droit interne moderne, en tout cas dans les pays de droit romano-germanique, le droit international est largement une affaire d'interprétation aussi bien de l'existence que du contenu de la norme juridique et de sa pertinence dans des situations concrètes.

L'interprète, qu'il s'agisse du juge, du diplomate ou de l'auteur, joue un rôle bien plus important, bien plus excitant aussi à mon avis, qu'en droit interne. Mais l'interprète, quel qu'il soit, sauf peut-être le professeur, ne se soucie pas ou guère de la question de savoir si, pour se faire une opinion, il recourt à la pratique ou à une source formelle ou formalisée du droit international. Ceci relèverait de l'esprit de géométrie alors que, j'en suis convaincu, le droit international public relève bien davantage dans sa vie de tous les jours de l'esprit de finesse. Il me semble que c'est une qualité essentielle que tout praticien de droit international doit s'efforcer d'avoir.

SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

COLLOQUE DE GENEVE

**LA PRATIQUE
ET LE
DROIT INTERNATIONAL**

Paris
EDITIONS PEDONE
13 rue Soufflot

2004