

CHAPITRE VII.

L'EXPERTISE, SOURCE DIRECTE D'UNE ELABORATION NORMATIVE PAR ETAPES.

L'expert, agissant le plus souvent dans un cadre collectif, et exceptionnellement de manière individuelle, est un agent utilisé par les sujets de droit international pour les éclairer dans leurs choix. Autrement dit, l'expertise est un système d'aide à la décision fondé sur la haute compétence d'une ou plusieurs personnes. Si l'examen des méthodes qui permettent au technicien de donner son avis s'avère nécessaire, un deuxième stade est directement en rapport avec le premier, et doit être élucidé, concernant la forme et le contenu de la décision elle-même. Comment incorpore-t-elle les résultats de la consultation ?

Les « décisions » des sujets de droit international sont diverses, en ce qui concerne leur qualité formelle, tout comme le domaine matériel dans lequel ils s'insèrent. Il convient d'étudier celles qui sont les plus appropriées pour transposer une expertise. Une telle démarche ne peut pas être dépourvue d'un certain caractère personnel, car la variété possible des décisions intergouvernementales est importante. Mais l'analyse du sujet révèle que, si les experts sont utilisés pour préparer des actes et des décisions d'une nature différente, leur avis joue un rôle plus important pour préparer certains de ces actes juridiques que d'autres. Le choix de certaines techniques, cette fois-ci non pas de préparation de la décision¹, mais d'insertion du conseil dans la décision, n'en a pas moins une part d'objectivité. Ainsi, si le droit surgit postérieurement au fait social, l'expertise peut donc permettre leur adaptation mutuelle et répondre aux besoins de la société internationale². Les techniques d'élaboration peuvent avoir une influence considérable, « déterminante »³, sur le droit élaboré, comme les illustrations choisies le démontreront.

Toutefois, il s'agissait jusqu'ici du processus décisionnel. L'assimilation de la notion de décision, adoptée par plusieurs sujets de droit international, à celle de source du droit international, ne va pas sans difficultés. Par exemple, les résolutions techniques des organisations internationales, non prévues comme

¹ V. le Titre II de la première partie, *supra*, pp. 107 et ss.

² V. DAUDET, Y., « Techniques de codification », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, Pedone, 1975, p. 169.

³ V. MOURGEON, J., « Conclusions », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse, op. cit.*, p. 222.

LA RECEPTION NORMATIVE DE L'EXPERTISE

source formelle par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁴, s'affirment néanmoins comme un instrument privilégié pour étudier le rôle préparatoire du droit que réalisent les experts. Ces résolutions se fondent, souvent avec peu de changements, sur des études préliminaires d'organes très spécialisés créés par l'organisation elle-même. La notion de « législation internationale »⁵ couvrirait le contenu de certaines de ces résolutions, qui, selon Michel Virally, viennent pallier les insuffisances des traités comme méthode habituelle d'élaboration du droit international⁶. Le pouvoir normatif propre aux organisations se développe notamment dans les domaines techniques, qui sont d'un côté ceux qui éprouvent le plus le besoin de normes unifiées, et, d'un autre côté, ceux qui risquent le moins de blesser les susceptibilités liées à la souveraineté étatique.

Un concept strict de décision, considérée comme un acte tendant à produire des effets juridiques pour les sujets de droit international, et un concept large de source seront retenus. Au croisement de ces deux notions, l'expertise, *système d'aide à la décision*, exerce une influence considérable, souvent dans l'ombre. « *Where and how do they enter the normative process? Do they influence the substance of issues?* »⁷. Dans ce sens, il conviendra de signaler que des organes internationaux préparent aussi, très souvent sur la base des travaux des techniciens, les traités internationaux qui sont adoptés par les États. La dénommée « diplomatie normative »⁸ n'est pas étrangère à cette technique, qui s'étend du noyau le plus dur des normes juridiques, à des instruments dont la portée contraignante n'est pas prévue, des conventions à la coutume internationale, des résolutions des organisations aux documents des conférences internationales. Il conviendra donc de procéder à l'établissement illustré des méthodes d'insertion des rapports d'expertise dans ces actes de nature diverse.

Le droit international prendrait-il donc directement en compte l'avis des techniciens dans ses mécanismes d'élaboration ? Il s'agit d'une façon de permettre la participation des individus dans la formation du droit, dans le sens souligné par Maurice Bourquin : « À mesure que le droit des gens se penche

⁴ L'article 38 du Statut de la CIJ reprend ce qui était disposé par le Statut de la CPJI, dans une époque dans laquelle les organisations internationales étaient très peu nombreuses. Interprété à la lumière de l'évolution de la société internationale, notamment après la création de l'ONU, il ne peut pas être considéré comme un catalogue fermé de sources : parmi ces dernières il semble donc possible d'inclure les résolutions des organisations internationales, lorsqu'elles créent une règle de droit en produisant des effets juridiques obligatoires, à la lumière de l'objet et contenu de l'organisation et par rapport à l'acte constitutif de l'organisation. V. SOBRINO HEREDIA, J. M., « Los medios jurídicos de acción : el Derecho de las organizaciones internacionales », in DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 14^e éd., 2006, pp. 135-136.

V. le *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexe à la Charte de l'Organisation des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945.

⁵ V. VIRALLY, M., « Préface », in YEMIN, E., *Legislative powers in the United Nations and Specialized Agencies*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1969, p. X.

⁶ *Idem*.

⁷ V. SLOUKA, Z. J., « International law-making : a view from technology », in GREENWOOD ONUF, *Law-making in the global community*, Durham, N. C., Carolina Academic Press, 1982, p. 154.

⁸ V. DUPUY, P. M., *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public et science politique, 9^e éd., 2008, p. 387.

L'EXPERT EN DROIT INTERNATIONAL

davantage sur les problèmes humains [...], il est normal qu'il accorde à l'individu une place plus considérable dans le mécanisme technique de sa réalisation. On est donc en droit de présumer que, sous une forme ou sous une autre, son intervention y deviendra plus fréquente et plus active »⁹. C'est aussi l'avis de Paul Reuter, qui signale que, dans l'impossibilité de trouver des citoyens internationaux représentatifs, des citoyens mondiaux pour gouverner le monde, « [l]e recours au technicien est donc une sorte de solution désespérée en l'absence d'une souche humaine capable d'incarner des réalités internationales et supra-nationales »¹⁰, les experts exerçant ainsi une « influence marquée »¹¹ sur le droit international. Mais cela dépasse l'étude de la manière dont le droit international permet la participation des individus, pour s'étendre à la façon dont il insère la science et la technique dans ses instruments. Paul Reuter partage ainsi avec Maurice Bourquin l'opinion selon laquelle les experts sont des agents internationaux mais aussi des agents de la science¹², et qu'ils peuvent orienter la formation du droit, car, « [d]ans la double mesure où ce sont des facteurs techniques qui commandent l'évolution de l'humanité et où celle-ci doit s'unifier, elle va donc le faire non sous le jeu de quelques facteurs métaphysiques, mais sous la contrainte de la technique »¹³.

Cela dit, c'est le caractère préliminaire des rapports techniques qui peut soulever des difficultés. Envisagée de manière générale sur le droit international, une influence, si elle existe, pourrait-elle être exercée par des organes d'experts dont la fonction est seulement d'intervenir préalablement aux décisions au sens strict ? Par ailleurs, des organes composés d'agents qui sont, dans la plupart des cas, non permanents ou non exclusifs, pourraient-ils être amenés à jouer un rôle dépassant celui d'une simple assistance ?

C'est ici que tout ce qui a été affirmé jusqu'à présent prend son sens. La décision de recourir au technicien implique l'existence d'une manière déterminée de préparation des décisions. Cette préparation de la décision par le technicien, fonction pour laquelle il a été nommé et qui est sous le contrôle de l'autorité commanditaire de l'expertise, détermine, dans beaucoup de cas, le contenu de la décision elle-même. Et cette décision exerce une influence qui est visible, particulièrement, dans l'élaboration et dans l'application du droit international. Si, comme le soulignent Peter M. Haas et Emanuel Adler, « [e]pistemic communities [of experts] have influenced policy innovation [...] through their influence on the setting of standards and the development of regulations »¹⁴, comment et pourquoi cette influence a-t-elle lieu ? Ainsi, en

⁹ V. BOURQUIN, M., « L'humanisation du droit des gens », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, tome premier, Paris, LGDJ, 1950, p. 42.

¹⁰ V. REUTER, P., « Techniciens et politiques dans l'organisation internationale », in REUTER, P., *Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, Paris, Economica, coll. Droit International, 1995, p. 164.

¹¹ *Ibid.*, p. 165.

¹² Envisagée encore au sens large, comme tout au long de notre étude.

¹³ V. REUTER, P., « Techniciens et politiques dans l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 156.

¹⁴ V. ADLER, E. et HAAS, P., M., « Conclusion : epistemic communities, world order, and the creation of a reflective research program », *International Organization*, vol. 46, n° 1, 1992, p. 378.

LA RECEPTION NORMATIVE DE L'EXPERTISE

raccourcissant notre syllogisme : l'expert, agent international nommé par sa compétence, véhicule très souvent des connaissances techniques de nature à orienter la construction du droit international public. Il conviendra donc d'étudier l'effet que le rapport d'expertise achevé peut avoir sur l'élaboration du droit international.

Pour cela, il conviendra d'analyser comment le rapport des experts peut exercer une fonction d'inspiration normative, même dans les cas où il constitue l'étape finale de la consultation entamée, et lorsque aucune procédure formelle n'existe pour incorporer son contenu à une décision des sujets de droit international. Mais la fonction d'inspiration normative de l'expertise prendra tout son essor lorsqu'elle sera analysée dans des cadres préétablis de production des normes internationales de nature différente, dans lesquels les rapports d'experts sont une étape intermédiaire dont l'absence ne pourrait être palliée que difficilement (section I). Cette analyse s'avère particulièrement adaptée à l'élaboration normative qui a lieu dans le cadre des organisations internationales, tout particulièrement de celles dotées d'un pouvoir normatif propre, dont le recours aux experts constitue une pratique habituelle (section II).

SECTION I.

L'EXPERTISE, UNE ETAPE DU PROCESSUS DECISIONNEL.

Si la variété des méthodes de formation du droit international correspond avec la décentralisation des instances chargées de produire des normes, les rapports d'experts ont une première influence notable, même lorsque leur préparation a pour but de parvenir à un rapport qui devient l'étape finale du processus consultatif, sans intervention postérieure des États ou des organisations internationales (§ 1). L'influence est aussi effective lorsqu'ils ne sont qu'une étape intermédiaire de la prise de décisions dans le processus normatif (§ 2).

§ 1. Les rapports d'experts comme étape finale du processus de prise de décisions.

Si l'expertise est un système d'aide à la prise de décisions, que se passe-t-il s'il n'y a pas de décisions formelles après que les techniciens ont rendu leur rapport ? Un texte restant au stade de rapport peut-il être pris en compte dans une analyse sur l'influence normative des techniciens ? L'examen de plusieurs cas démontre qu'une influence peut être exercée par un rapport d'experts destiné à rester à ce stade, aussi bien dans les cas où il n'est pas contraignant (A), que lorsqu'il possède par lui-même une force juridique obligatoire, ce qui demeure exceptionnel (B).