

**LA COUR DE CASSATION ET LA COUTUME INTERNATIONALE – DES AGRESSIONS  
TERRITORIALES AUX IMMUNITES D'ÉTATS - PROPOS D'ACTUALITÉ**

## Table des matières

INTRODUCTION.....	2
CHAPITRE I <sup>er</sup> . – La coutume, source de droit international - Rappel.....	4
Section 1 <sup>ère</sup> . – Notion, genèse, portée et caractéristiques .....	4
Section 2. – Les instruments d’identification de la coutume - Consuetudo et Opinio juris .....	16
<b>Paragraphe 1<sup>er</sup>. - Notion</b> .....	16
<b>Paragraphe 2. - Examen de leur contenu</b> .....	18
<b>A.- La consuetudo - l’élément matériel</b> .....	18
1) Comportements Étatiques .....	18
2) Pratique.....	20
3) Généralité.....	22
4) Constance.....	25
<b>B.- L’opinio juris - l’élément subjectif</b> .....	25
CHAPITRE II. – La coutume internationale dans l’ordre juridique belge .....	27
Section 1 <sup>ère</sup> . – Caractéristiques et domaines d’application .....	27
<b>Paragraphe 1<sup>er</sup>. - Application de principe</b> .....	28
<b>Paragraphe 2.- Application de plein droit - Notion</b> .....	30
<b>Paragraphe 3.- Domaines d’application</b> .....	35
Section 2. – La primauté sur la norme interne .....	37
<b>Paragraphe 1<sup>er</sup>.- Position traditionnelle</b> .....	37
<b>Paragraphe 2.- Évolution récente</b> .....	39
CHAPITRE III. – La coutume internationale dans la procédure de cassation.....	44
Section 1 <sup>ère</sup> . – Le moyen fondé sur la violation de la coutume.....	44
<b>Paragraphe 1<sup>er</sup>.- Position traditionnelle</b> .....	44
<b>Paragraphe 2.- Evolution récente – La coutume internationale dans l’arsenal juridique de la Cour</b> .....	45
Section 2.– L’identification de la coutume .....	51
CONCLUSION.....	54

## INTRODUCTION

1. Sont à l'origine de la présente mercuriale consacrée au droit coutumier international, deux actes, bien différents et d'importance tout à fait inégale. Il s'agit, dans l'ordre chronologique, d'une part, d'une nouvelle agression territoriale perpétrée à partir du 24 février de cette année à l'encontre de l'Ukraine<sup>1</sup> et, d'autre part, d'un arrêt de notre Cour du 27 juin écoulé statuant sur des questions d'immunité d'État<sup>2</sup>. Tous les deux sollicitent le droit international codifié ou coutumier.

Le premier évènement m'a conduit à examiner la portée de cette agression en droit international pénal et à m'interroger, si, à côté du traité de Rome organisant le Statut de la Cour pénale internationale, la coutume internationale pénale, le cas échéant doublée *du jus cogens*, pourrait encore avoir une pertinence.

Toutefois, nonobstant l'importance incontestable de cette problématique, elle ne sera examinée que de manière incidente, dès lors que, pour l'heure, la Cour de cassation n'en est pas saisie au travers notamment du contrôle de régularité d'une procédure pénale nationale y liée.

Dans l'arrêt précité du 27 juin 2022, la Cour décide entre autre que l'article 19 de la *Convention des Nations unies de New York du 2 décembre 2004 sur les immunités*

---

<sup>1</sup> En 2014, la Fédération de Russie annexe la Crimée, péninsule reliée au reste du territoire ukrainien par l'isthme de Perekop. Pour mémoire, depuis 1922, la Crimée faisait partie de l'Union des républiques socialistes soviétiques, où elle avait le statut d'une république socialiste soviétique autonome, puis d'un oblast faisant partie de la république socialiste fédérative soviétique de Russie. En 1954, la Crimée est rattachée à la république socialiste soviétique d'Ukraine, alors membre de l'URSS. En 1991, la Crimée obtient le statut de république autonome de Crimée au sein de l'Ukraine, celle-ci devenue elle-même indépendante suite à l'auto-démantèlement de l'URSS.

(cons. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Annexion\\_de\\_la\\_Crim%C3%A9e\\_par\\_la\\_Russie\\_en\\_2014](https://fr.wikipedia.org/wiki/Annexion_de_la_Crim%C3%A9e_par_la_Russie_en_2014) – 13.07.22). Les accords de *Minsk I* (2014 - signé par l'envoyée spéciale suisse de l'OSCE, représentante de l'OSCE : Heidi Tagliavini, l'ancien président de l'Ukraine, représentant de l'Ukraine : Leonid Koutchma, l'ambassadeur russe en Ukraine, représentant la fédération de Russie : Mikhaïl Zourabov et les dirigeants des républiques populaires de Donetsk et de Lougansk Alexandre Zakhartchenko et Igor Plotnitsky) et *Minsk II* (2015 - signé par les mêmes), prévoyant en des termes généraux, d'abord (*Minsk I*), dans les points d'actions 3 et 9 (sur les 12 points d'actions qu'il prévoit), d' « organiser une décentralisation des pouvoirs, par la mise en application d'une loi ukrainienne (loi sur le statut particulier), accordant de manière temporaire l'autonomie locale dans les oblasts de Donetsk et de Lougansk » et de « procéder à des élections anticipées dans les oblasts de Donetsk et de Lougansk », et puis (*Minsk II*), dans les points 11 et 12 des treize qu'il comprend une « réforme constitutionnelle de l'Ukraine et un "gouvernement provisoire à l'Est", contestés au sein même des principaux protagonistes, sont essentiellement restés lettre morte, de part et d'autre. (cons. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Protocole\\_de\\_Minsk](https://fr.wikipedia.org/wiki/Protocole_de_Minsk) - 13.07.22). Pour une analyse fouillée de la question du statut de la Crimée, v. la contribution de Monsieur le procureur général J.-F. LECLERCQ, « Quel régime constitutionnel pour la Crimée ? », in Mélanges J. SPREUTELS, Bruylant, 2019, pp. 1267 et s. ; du même, « Les conflits d'influence frontalière est-ouest ou pourquoi la Russie ne cède pas dans l'est de l'Ukraine ? Court-on le risque d'une troisième guerre mondiale sur terre, dans les airs et sur mer ? », RDIC, 2017, n° 1, pp. 95 et s.

<sup>2</sup> Cass. 27 juin 2022, RG S.21.0003.F et les conclusions (conformes) du procureur général HENKES (en voie de publication).

*juridictionnelles des États et de leurs biens*<sup>3</sup>, en tant qu'il exprime la coutume internationale, interdit à une cour du travail de prononcer une astreinte à charge de l'État étranger (v. infra).

L'étude de cette cause commanda de revoir les questions de *l'immunité de juridiction pénale des États (absolue)*, de *l'immunité de juridiction civile (restreinte) des États étrangers*, de *l'immunité des États (absolue) à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement* et du rôle de *la coutume de droit international dans ce contexte*<sup>4</sup>.

2. La place du droit international en général et de la coutume internationale en particulier, n'est pas, pour la Cour, une question neuve. Elle s'est posée à intervalle régulier au cours de ses presque deux siècles d'existence. Plusieurs de ses arrêts ont d'ailleurs fait date, certains en raison de la notoriété de leurs illustres protagonistes<sup>5</sup>, d'autres, pour l'originalité des solutions qu'ils consacraient<sup>6</sup>.

A mesure que la société des Nations s'est organisée et que son droit a gagné en cohérence interne, la communauté juridique s'est progressivement dégagée du piège de l'indétermination des concepts.

L'un des aspects marquants de ce processus a été une distinction accrue entre les questions relevant, les unes, du droit international public, les autres, du droit international privé, que les juristes du dix-neuvième siècle avaient tendance à amalgamer.<sup>7</sup> En parallèle de cette évolution, ou plutôt grâce à elle, un regard nouveau a été porté sur l'office de la Cour. Dès les années soixante du 20<sup>ème</sup> siècle, la pertinence des solutions anciennes a été questionnée. Plusieurs décisions novatrices se sont succédé dès les années soixante-dix : l'arrêt *Le Ski*, sur la primauté des traités ou encore, en matière de droit international privé, l'important arrêt du 9 octobre 1980<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> L'article 19, qui se rapporte à l'« *Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement* », dispose que « Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où :

a) L'État a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international; ii) Par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit; ou iii) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties; ou  
 b) L'État a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou  
 c) Il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'État du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée. »

<sup>4</sup> Monsieur le référendaire Denis PATART voudra bien trouver ici l'expression publique de mes sincères remerciements pour son apport substantiel à la réflexion et à la rédaction du projet initial.

<sup>5</sup> Cass. 25 janvier 1906, *Pas.*, 1906, I, p. 95 et les conclusions du procureur général Janssens, arrêt dit de la « Succession de S.M. Marie-Henriette, Reine des Belges ».

<sup>6</sup> Cass. 11 juin 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 204 et les conclusions du premier avocat général TERLINDEN.

<sup>7</sup> Un exemple, parmi d'autres, étant le traité de *Droit civil international*, ouvrage en huit volumes rédigé par F. LAURENT à partir de 1880, publié chez Bruylant-Christophe à Bruxelles et Marescq à Paris.

<sup>8</sup> Cass. 9 octobre 1980, *Pas.*, 1980-1981, I, p. 159. La Cour décide qu'il appartient au juge saisi d'une demande fondée sur une disposition de droit étranger de déterminer le sens et la portée de ce droit, le cas échéant, après avoir recueilli à ce sujet les informations nécessaires, en respectant les droits de la défense ; il doit tenir compte de l'interprétation donnée de cette disposition dans le pays dont elle émane.

En matière de coutume internationale, les hasards du contentieux n'ont permis à la Cour de revenir sur ces questions qu'au début du vingt et unième siècle. Depuis 2001, plusieurs arrêts se sont succédé qui, non seulement, fixent les contours du contrôle que la Cour exerce en la matière, mais, de surcroît, apportent d'intéressantes précisions sur le contenu du droit international coutumier et sur la manière dont ce dernier s'articule avec le droit interne.

Il m'a paru intéressant de profiter de ces décisions pour dresser un état des lieux à la fois général, ne retenant en règle que la doctrine récente, et spécifique, en commentant avant tout les arrêts plus récents.

Il s'agit donc ci-après d'un condensé de réflexions relatives à diverses questions de droit coutumier international, qu'il soit civil ou pénal, moins pour ce qui est du régime qui le gouverne, où les théories n'ont somme toute guère progressé mais plutôt été inspirées par la jurisprudence plus récente de la Cour<sup>9</sup>.

## **CHAPITRE I<sup>er</sup>. – La coutume, source de droit international - Rappel**

### ***Section 1<sup>ère</sup>. – Notion, genèse, portée et caractéristiques***

3. La coutume, comme source de droit, n'est pas un concept propre à l'ordre juridique international. Les droits internes la connaissent également même si, conséquence de l'omniprésence de la norme écrite, son rôle y est particulièrement réduit<sup>10</sup>.

Dans l'ordre juridique international, la situation est inversée : la coutume représente une source fondamentale, à la fois par son antériorité et par son caractère général. Il ne fait de doute que, bien longtemps, elle a été le socle du « *jus inter gentes* » (droit entre les peuples, droit entre les nations), c'est-à-dire du droit international public, par opposition au droit interne, lequel est un ordre juridique distinct. Comme le souligne Monsieur le professeur Jean Salmon, « de très nombreux domaines du droit international ont une origine essentiellement coutumière. Ainsi la procédure arbitrale, la responsabilité internationale, le droit maritime international, les relations diplomatiques et consulaires, les immunités des États, (...) »<sup>11</sup>.

Ceci étant, ce très éminent auteur reconnaît que « son importance actuelle est difficile à établir. La prolifération de règles issues de traités et d'actes accomplis par les organisations internationales ont pour effet de rétrécir son champ d'action »<sup>12</sup>.

Il n'en reste pas moins que son importance reste telle qu'en sa soixante-dixième session la Commission du droit international (ci-après CDI) de l'Organisation des Nations Unies a présenté à l'Assemblée générale de celle-ci ses projets de conclusions sur la *détermination du droit international coutumier*, dont les travaux ont débuté en 2011. Le 6 août 2018, la CDI a décidé, conformément à l'article 23 de son Statut, de recommander à l'Assemblée générale :

<sup>9</sup> Une étude dont la lecture se recommande encore aujourd'hui est de la plume du professeur *J. Salmon*, qui en 1972 examina de façon exhaustive « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », dans *Miscellanea W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 220.

<sup>10</sup> DE PAGE, *Traité*, t. I<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 17 et suiv., n° 9 et suiv.

<sup>11</sup> J. SALMON, *Droit des gens, T. I, Introduction et sources*, PUB, 1999, nr. 3.1., p. 39.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

- « a) De prendre note du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier dans une résolution, de l'annexer à celle-ci et d'en assurer la plus large diffusion possible ;
- b) De recommander le projet de conclusions et les commentaires y relatifs à l'attention des États et de quiconque peut être appelé à déterminer l'existence de règles du droit international coutumier ;
- c) De prendre note de la bibliographie établie par le Rapporteur spécial (A/CN.4/717/Add.1) ;
- d) De prendre note de l'étude du secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710), qui vise à faire le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et à proposer des moyens de l'améliorer » ;<sup>13</sup>.

Le 13 novembre 2018, en sa soixante-treizième session, la Sixième Commission de l'Assemblée générale adopta le projet<sup>14</sup>

Cette dernière note que « la question de la détermination du droit international coutumier est de toute première importance pour les relations internationales », « prend note des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, dont le texte est annexé à la résolution, et des commentaires y relatifs, les porte à l'attention des États et de quiconque peut être amené à déterminer l'existence de règles du droit international coutumier, et recommande qu'elles soient diffusées le plus largement possible ».

En outre, elle « reconnaît l'intérêt des recueils et des études publiés concernant la pratique en matière de droit international, y compris ceux qui garantissent une large diffusion de la pratique législative, exécutive et judiciaire, et encourage les États à prendre toutes les mesures possibles pour soutenir les publications et les bibliothèques spécialisées en droit international »<sup>15</sup>. Cette résolution non seulement reprend l'essentiel des règles devant permettre de déterminer le droit international coutumier mais comprend en annexe une remarquable bibliographie dressée par le rapporteur spécial de la CDI, Michael Wood, dans son *Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier*<sup>16</sup>.

Du reste, le projet de conclusions doit être lu et compris à la lumière des commentaires substantiels qui l'accompagnent. Ainsi, quant à l'importance et à l'actualité de cette composante du droit des gens, le Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session - A/73/10), en son commentaire général, énonce :

« Certains domaines importants du droit international sont encore régis essentiellement par le droit international coutumier, lorsqu'il n'existe que peu, ou pas, de traités applicables.

<sup>13</sup> Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) - A/73/10

<sup>14</sup> ONU, Assemblée générale, Soixante-treizième session, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session, Rapport de la Sixième Commission, Projet de résolution intitulé « Détermination du droit international coutumier », 13 novembre 2018, A/73/556, Projet de résolution A/C.6/73/L.24.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial, A/CN.4/717 (2018), Addendum, A/CN.4/717/Add.1.

Même lorsqu'un traité est en vigueur, les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par celui-ci et les relations avec et entre les États non parties. De plus, les traités peuvent renvoyer aux règles du droit international coutumier, et ces règles peuvent être prises en considération pour l'interprétation des traités conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, no 18232, p. 331 (ci-après « Convention de Vienne de 1969 »)). Il peut en outre être nécessaire, parfois, de déterminer le droit applicable à l'époque où certains faits se sont produits (« le droit intertemporel »), ce qui peut être le droit international coutumier même si un traité est désormais en vigueur. En tout état de cause, une règle du droit international coutumier peut subsister et rester applicable, séparément d'un traité, même si les deux ont le même contenu et même entre les parties au traité (voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 93 à 96, par. 174 à 179 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, aux pages 48 et 49, par. 88)<sup>17</sup>.

Enfin, si l'on a parfois tendance à résumer le droit international coutumier aux cas traités par la Cour internationale de justice, c'est là passer sous silence qu'une branche du droit international coutumier, à savoir le droit pénal international coutumier<sup>18</sup>, est toujours d'une actualité brûlante et que là c'est la Cour pénale internationale qui, principalement, est à la manœuvre. Nous y reviendrons.

4. Il est sans doute inapproprié de comparer la coutume en droit interne et la coutume internationale. Comme le relève le professeur Verhoeven, dans l'ordre juridique international, le processus intellectuel qui a mené à sa théorisation est fondamentalement différent de celui qui a prévalu en droit interne.

Dans les droits nationaux, il ne semble en effet pas que le rôle de la coutume ait été autre que marginal : comme le relève l'auteur, « depuis les temps romains qui ont fait une place, non exempte d'ambiguïtés, à la *consuetudo*, aucun ordre juridique (national) ne paraît avoir fait appel, à titre principal, à la technique coutumière pour produire les règles "générales" indispensables à l'organisation de la société. Tous ont privilégié à cette fin une source formalisée (loi, précédent judiciaire, etc.), peu important que celle-ci reflète le bon plaisir d'un prince ou les exigences de la "raison". Il n'y a pas à s'en étonner. Toutes considérations pratiques mises à part, cela rappelle simplement que les sujets d'un droit, c'est-à-dire ceux qui lui sont assujettis, n'en sont normalement pas les créateurs, ce qui est une vérité d'expérience... »<sup>19</sup>.

Dans le droit international public, la coutume a acquis sa place prééminente à l'issue d'un processus de rationalisation ou, pour reprendre l'expression de Verhoeven, de

<sup>17</sup> Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) - A/73/10, p. 129, ref. 663.

<sup>18</sup> Pour un aperçu et examen des questions parfois épineuses, qu'il soulève, v. p.ex. J. ALBERT (dir. J. ALBERT et J.-B. MERLIN), *L'avenir de la justice pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2018

<sup>19</sup> J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 319.

« positivisation » d'un système originellement conçu comme régi par une forme de droit naturel. Comme l'écrit l'auteur, « tant que subsiste un droit "naturel" – quel que soit le contenu exact qui lui est donné –, il n'est guère besoin d'avoir recours à d'autres règles générales. C'est la "positivisation" du droit des gens qui a commandé impérativement de s'entendre sur la technique qui permet de le produire. Le changement ne s'est pas fait en un tournemain. Il a fallu pratiquement tout le XIXe siècle pour qu'il soit consommé, et pour que le succès de la coutume internationale soit assuré »<sup>20</sup>.

5. C'est cette « positivisation » du droit international qui a rendu possible l'énumération des sources formelles de ce droit que l'on retrouve à l'article 38, § 1<sup>er</sup>, du Statut du 26 juin 1945 de la Cour Internationale de Justice (ci-après CIJ), approuvé par la loi du 14 décembre 1945<sup>21</sup>.

En vertu de ce texte, « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- b) *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit*<sup>22</sup> ;
- c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

6. Ce libellé ne rend toutefois qu'imparfaitement compte des caractéristiques de la coutume, que ce soit quant à son rang dans le droit des gens (a), son autorité par rapport aux traités (b) ou sa singularité par rapport aux principes généraux du droit (c) voire du jus cogens (d) et son impact en droit international pénal (e).

a) *Rang dans le droit des gens.*- D'abord, l'énumération, qui la place après le traité, mais avant les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ne met pas en relief son importance (relative) par rapport aux traités. Certes, ces derniers représentent l'essentiel de la production formelle du droit international. Cependant, leur champ d'application apparaît limité, que ce soit d'un point de vue sectoriel (matériel) ou en termes de destinataires.

La coutume (parfois doublée *du Jus cogens*) et, accessoirement, les principes généraux de droit constituent en réalité la seule source d'un droit international *général*.

Comme le relève la doctrine, « très souvent, les termes "droit coutumier" et "droit général" sont tenus pour équivalents. Formellement, l'assimilation est erronée. Le droit coutumier

---

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Loi du 14 décembre 1945 approuvant la Charte des Nations Unies et le Statut de la Cour internationale de justice, signés à San-Francisco, le 26 juin 1945, *Mon. b.*, 1<sup>er</sup> janvier 1946, p. 1.

<sup>22</sup> Je souligne.

n'épuise en effet pas tout le droit international général. Il n'en demeure pas moins que, sous la réserve de vagues principes généraux, l'essentiel du droit général est constitué par des normes coutumières. Cela dit, il ne peut être exclu que la coutume, voire le principe général de droit, revête le cas échéant une portée purement régionale (locale). Techniquement, il n'y a aucune difficulté à l'admettre. Cela ne change rien au fait que le rôle de la coutume, ou du principe régional (local) demeure à ce jour tout à fait marginal »<sup>23</sup>.

Ou encore, comme le note Tunkin : « *when the science of international law first appeared a few centuries ago it was evident that general international law, at that time European international law, was customary law only. There was not a single international treaty embracing all European states, or even one that was intended to do so. It was also evident that treaties only created particular international rules. Vattel wrote: "As soon as it is evident that a treaty binds only the contracting parties, conventional international law is not general but particular law". In the main this theory prevails even now, and it follows as a necessary consequence that international treaties create only particular norms. General international law is customary law only* »<sup>24</sup>.

b) *Autorité par rapport aux traités.*- Ensuite, une autre caractéristique de la coutume, que le libellé de l'article 38 précité ne permet pas d'apprécier, est son autorité équipollente à la norme écrite que constituent les traités.

Selon feu le juge international argentin *Julio Alberto Barberis*, « les normes conventionnelles et coutumières sont sur le même plan hiérarchique dans l'ordre international ; autrement dit, il n'existe pas entre les deux de différence de degré en raison de leur origine. En cas de conflit d'application à un cas concret entre une coutume et un traité, ce conflit doit être résolu selon le principe *lex posterior derogat lege priori*, ce qui veut dire qu'un traité prévaut sur une coutume antérieure et que, à son tour, une coutume postérieure a la primauté sur le traité. Ce principe ne s'applique pas lorsque la norme coutumière antérieure a le caractère de *jus cogens*, à laquelle un traité postérieur ne peut déroger »<sup>25</sup>.

Bossuyt et Wouters illustrent ce phénomène par un exemple : « *de gewoonte is de oudste en oorspronkelijke formele bron van het internationaal recht (en van recht in het algemeen). Alleen de gewoonte staat op hetzelfde niveau als het verdrag, zodat een gewoonterechtelijke regel kan afwijken van een verdrag (bv. de onthouding van een permanent lid van de Veiligheidsraad verhindert het aannemen van een resolutie niet, ondanks de duidelijke bewoordingen van art. 27, § 3, HVN, dat "vóór stemmen" vereist), zoals Staten eveneens door het sluiten van een verdrag onderling kunnen afwijken van een gewoonterechtelijke regel, voor zover deze geen jus cogens-karakter bezit* »<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 317.

<sup>24</sup> G. TUNKIN, « Is general international law customary law only? », *E.J.I.L.*, 1993, p. 535.

<sup>25</sup> J. BARBERIS, « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, 1990, p. 40.

<sup>26</sup> M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, p. 104. Voy. aussi J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, 3<sup>e</sup> éd., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2020, p. 61

Sur ce point, la coutume internationale se démarque nettement de la coutume de droit interne, dont il est admis qu'elle ne saurait prévaloir sur une norme écrite<sup>27</sup>.

c) *Singularité par rapport aux principes généraux du droit.*- Enfin, la distinction entre les deux sources du droit international que sont la coutume et les principes généraux du droit n'est pas toujours claire. Ces derniers sont en effet susceptibles de recevoir plusieurs sens, certains d'entre eux entraînant une superposition des concepts de coutume et de principes généraux.

Ainsi que le relèvent les professeurs *Dominique Carreau* et *Fabrizio Marrella*, « l'expression "principes généraux du droit" est susceptible de revêtir des sens extrêmement nombreux et variés [ ; ] [...] on [...] relève pas moins de cinq sens principaux possibles ». L'un de ceux-ci assimile les principes généraux au droit international commun ou général<sup>28</sup>.

Comme l'exposent ces auteurs, « par "principes généraux du droit", on peut entendre l'ensemble des règles de droit régissant les rapports internationaux, c'est-à-dire en fait, tout le droit international commun. La C.P.J.I.<sup>29</sup>, dans son arrêt célèbre dans l'affaire du Lotus [...] adopta cette conception des principes généraux du droit. Pour elle : "Le sens des mots principes du droit international ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale...". Il n'est pas possible, ajoute la Cour, d'interpréter le terme "principes du droit international autrement que comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes et qui, partant, s'appliquent au même titre à toutes les parties contractantes" [...]. Telle fut aussi la conception de la C.P.J.I. dans son Avis consultatif du 4 février 1932 dans l'affaire du "Traitement des nationaux polonais et al. sur le territoire de Dantzig" »<sup>30</sup>.

d) *Singularité par rapport au Jus cogens.*- Reste encore à préciser que l'énumération de l'article 38, § 1<sup>er</sup>, du Statut du 26 juin 1945 de la Cour Internationale de Justice est incomplète en ce que l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969<sup>31</sup> dispose que « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général<sup>32</sup>. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune

<sup>27</sup> Voy. également, sur l'articulation traité-coutume : M. AKEHURST, « The Hierarchy of the Sources of International Law », *B.Y.I.L.*, 1974-1975, p. 273 ; M. BOS, « The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law », *Netherlands International Law Review*, 1978, p. 334.

<sup>28</sup> D. CARREAU et F. MARRELLA, *Droit international*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Pédone, 2012, p. 326, n° 4.

<sup>29</sup> La Cour permanente de Justice internationale (CPJI), qui a débuté ses travaux en 1922 et qui fut dissoute en 1945, a précédé la Cour internationale de Justice, créée en 1945 en tant qu'organe de l'ONU.

<sup>30</sup> D. CARREAU et F. MARRELLA, *Droit international*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Pédone, 2012, p. 326, n° 5.

<sup>31</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331 ; M.B. 10 juin 1992.

<sup>32</sup> Je souligne.

*dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère*<sup>33</sup>.

Et dans son article 64, le traité, sous le titre « *Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (jus cogens)* » dispose au surplus que « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

Certes, en droit positif international contemporain, la mise en œuvre du droit international pénal est largement régie par des traités<sup>34</sup>. Néanmoins, la coutume internationale (doublée du jus cogens) garde un rôle déterminant dans le droit pénal international. Comme nous allons le voir ci-après, les normes de *jus cogens* sont (et restent), en cas d'échec du droit pénal international codifié, pour une bonne part l'épine dorsale du droit international pénal, notamment en ce qui concerne la prévention et la répression de certains crimes tels l'esclavage, la torture ou encore la prohibition du génocide, de l'agression ou de l'apartheid.

La Commission du droit international (ci-après CDI), en sa soixante-treizième session tenue à Genève les 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, a adopté un fort intéressant projet de conclusions concernant la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Ressortissent au *jus cogens*, « les normes impératives du droit international général [qui] reflètent et protègent des valeurs fondamentales de la communauté internationale »<sup>35</sup>.

La CDI est formelle : « Ces normes sont universellement applicables et sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles du droit international<sup>36</sup> »<sup>37</sup>.

Selon sa *conclusion n° 4* relative aux *critères pour la détermination d'une norme impérative du droit international général (jus cogens)*, pour qu'une norme soit considérée comme une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), « il est nécessaire d'établir que la norme en question satisfait aux critères suivants : a) Il s'agit d'une norme du droit international général ; et b) Elle est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »<sup>38</sup>.

La *conclusion n° 5* relative aux *fondements des normes impératives du droit international général (jus cogens)* nous importe en particulier, dès lors que la CDI y énonce deux fondements, étant dans l'ordre :

---

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2018, 2e ed., 2 volumes, p. 722.

<sup>35</sup> ONU/AG/CDI, A/CN.4/L.967, Conclusion 2 [3].

<sup>36</sup> Je souligne.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

« 1. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun des normes impératives du droit international général (jus cogens)<sup>39</sup>.

2. Les dispositions conventionnelles et les principes généraux du droit peuvent également servir de fondement aux normes impératives du droit international général (jus cogens) »<sup>40</sup>.

Il mérite ainsi d'être souligné que par rapport au *jus cogens* la CDI détermine une hiérarchie de fondements en considérant que c'est la coutume internationale qui est le plus commun. C'est dire sa place prééminente dans le concert des sources de droit des gens.

La *conclusion n° 14* règle les *cas où des règles de droit international coutumier sont en conflit avec une norme impérative du droit international général (jus cogens)*.

Ainsi, le CDI propose le règlement de conflit suivant :

« 1. Une règle de droit international coutumier ne peut voir le jour dès lors que son existence créerait un conflit avec une norme impérative existante du droit international général (*jus cogens*). Ceci est sans préjudice de la possible modification d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère.

2. Une règle du droit international coutumier qui n'a pas un caractère impératif cesse d'exister si et dans la mesure où elle entre en conflit avec une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

3. La règle de l'objecteur persistant ne s'applique pas aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »<sup>41</sup>.

Pour la *preuve de l'acceptation et de la reconnaissance*, la *conclusion n° 8* de la CDI envisage la chose assez largement :

« 1. La preuve de l'acceptation et de la reconnaissance qu'une norme du droit international général est une norme impérative (*jus cogens*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États, les publications officielles, les avis juridiques gouvernementaux, la correspondance diplomatique, les dispositions constitutionnelles, les actes législatifs et administratifs, les décisions des juridictions nationales, les dispositions conventionnelles, les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale et toute autre conduite des États »<sup>42</sup>.

La *conclusion n° 9* envisage *les moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général*.

« 1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, constituent un moyen auxiliaire de détermination du caractère impératif des

---

<sup>39</sup> Je souligne.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

normes du droit international général. Une attention peut également être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales.

2. Les travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peuvent aussi servir de moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général »<sup>43</sup>.

Enfin, la *conclusion n°20* recommande de régler *le conflit qui pourrait exister entre une norme impérative du droit international général (jus cogens) et une autre règle de droit international* en suggérant que « cette dernière doit, autant que possible, être interprétée et appliquée de manière à être compatible avec la première »<sup>44</sup>.

La *conclusion n° 23* est d'un intérêt particulier, dès lors qu'elle énonce que « sans préjudice de l'existence ou de l'émergence ultérieure d'autres normes impératives du droit international général (*jus cogens*), une *liste non exhaustive de normes* que la Commission du droit international a précédemment désignées comme ayant ce statut figure dans l'annexe du présent projet de conclusions ».

Il s'agit de :

- « a) *L'interdiction de l'agression ;*
- b) *L'interdiction du génocide ;*
- c) *L'interdiction des crimes contre l'humanité ;*
- d) *Les règles fondamentales du droit international humanitaire ;*
- e) *L'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid ;*
- f) *L'interdiction de l'esclavage ;*
- g) *L'interdiction de la torture ;*
- h) *Le droit à l'autodétermination »*<sup>45</sup>.

Il saute aux yeux que les normes du *jus cogens* reprises aux literas a) à d) et g) sont au regard de l'agression dont a été victime notamment l'Ukraine depuis 2014 d'une actualité brûlante.

e) *Impact en droit international pénal.*- Ceci nous amène à une dernière précision, de taille. C'est le droit pénal international coutumier qui, par les soins de juridictions militaires alliées ad hoc, a légitimé la justice pénale internationale à Nuremberg<sup>46</sup> (et dans les procès

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Pour une fascinante étude, empruntant la forme littéraire, sur l'émergence des notions de "crime contre l'humanité" et de « génocide », la première due aux travaux de Hersch LAUTERPACHT (1867-1960) et la seconde devant sa reconnaissance au combat incessant de Raphael LEMKIN, (1900-1958), tous deux formés à l'Université de Lemberg, conseillers à des stades et qualités divers au procès de Nuremberg, voy. P. SANDS, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, Paris, 2017; voy. aussi JT, 2108, pp. 742-743, Interview de P. Sands. La ville de Lemberg est emblématique à plus d'un titre; sa dénomination est le témoin: *Lwów* (1349–1772 /Royaume de Pologne, langue administrative: Allemand; *Lemberg* (1772–1918 /Empire Austro-Hongrois, Capitale du Royaume de Galice, 1ère Langue: Allemand, 2ème: Polonais); *Lwów* (1918–1939/Pologne); *Lwów* (1939-1941/UDRSS); *Lemberg* (juin 1941-1945/Gouvernement général pour les territoires polonais occupés (par les troupes allemandes) et chef-lieu du district de Galice; *Lwow* 1945–1991 (UDRSS); *Lwiw* (depuis 1991/République d'Ukraine). Au cours de sa longue existence la ville a connu un brassage ethnique composé de Polonais,

subséquents liés aux crimes Nazis) et à Tokyo, C'est toujours lui a qui régulièrement fondé la répression des crimes commis en ex-Yougoslavie<sup>47</sup> et au Rwanda<sup>48</sup>, en Libye ou au Soudan.

Certes, la communauté internationale s'est dotée d'une Cour pénale internationale. Ainsi, en exécution de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide du 9 décembre 1948, et grâce à un projet complet préparé par la CDI à la demande de l'assemblée générale de l'ONU<sup>49</sup>, ensuite, toujours à la demande de l'A.G.de l'ONU<sup>50</sup>, approfondi par un Comité ad hoc, la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations siégeant à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998, adopte le Statut de Rome (avec 120 voix pour, 7 contre et 21 abstentions)<sup>51</sup>.

Notons, et ce n'est pas anodin, les poids lourds internationaux tels la Chine, les États-Unis d'Amérique du Nord, Israël et l'Inde n'ont pas ratifié le Statut ! La Russie l'a signé en 2000 mais, à ce jour, ne l'a pas ratifié et n'est donc pas davantage Partie au Statut. Entré en vigueur le 1 juillet 2002, l'on aura fêté ce 1<sup>er</sup> juillet 2022 le vingtième anniversaire de son existence. Mais il aura fallu attendre le 14 mars 2012 pour qu'elle rende son premier arrêt au fond<sup>52</sup>.

Si donc le droit international pénal est de plus en plus réglementé par le droit international conventionnel, il reste le constat qu'il y a coexistence entre le droit international coutumier pénal (doublé du *jus cogens*) et les conventions internationales (pénales). Dans le silence des traités internationaux (pénaux), le droit pénal international coutumier (doublé le cas échéant du *jus cogens*) continue à être à la base de la répression en droit international<sup>53</sup>.

Pour ce qui est de la Cour pénale internationale, le statut de Rome distingue entre « *Conditions préalables à l'exercice de la compétence* » (article 12) et « *Exercice de la compétence* » (article 13).

Le mécanisme est original, car l'article 13 ne définit pas seulement les conditions de saisine permettant à la Cour d'exercer sa compétence, mais énonce dans son litera b) aussi une condition de fond. Nous y reviendrons.

---

d'Allemands, de Juifs, d'Arméniens et de Ruthènes (Ukrainiens), cause de conflits réguliers, bien souvent sanglants, mais aussi source d'une diversité culturelle riche, dont la Faculté de droit de son Université est un réceptacle probant.

<sup>47</sup> UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, S/25704*, May 3rd 1993, § 34.

<sup>48</sup> Statut du Tribunal international pour le Rwanda, adopté par la Rés. 955 du Conseil de sécurité du 8 novembre 1994.

<sup>49</sup> Résolution A/RES/3/260(B) de l'Assemblée générale des Nations unies, du 9 décembre 1948, portant sur *l'étude par la Commission de droit international de la question d'une juridiction criminelle internationale*.

<sup>50</sup> Résolution A/RES/50/46 de l'Assemblée générale des Nations unies, du 18 décembre 1995, portant sur *la création d'une cour criminelle internationale*.

<sup>51</sup> Statut de Rome du 17 juillet 1998, ONU, *Recueil des traités*, vol. 2187, 2004, p. 3 (Traité n°38544, « Statut de Rome »). Le Statut de Rome est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002.

<sup>52</sup> J. ALBERT, J.-B. MERLIN, A.-C. NDONGO OBAMA « Chapitre 5 – Défis de la mise en œuvre de la justice » in *L'avenir de la justice pénale internationale* (sous la dir. de J. ALBERT et J.-B. MERLIN), Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 245.

<sup>53</sup> Y. TAN, « The identification of customary rules in international criminal law » in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2018, p. 92.

Aux termes de l'article 13, « La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut :

- a) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie, comme prévu à l'article 14 ;
- b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ;<sup>54</sup>
- ou c) Si le Procureur a ouvert une enquête sur le crime en question en vertu de l'article 15. »

Pour que la Cour puisse maintenant s'activer dans les cas visés aux literas a) et c) de l'article 13, il faut encore que l'on soit dans les cas de compétences prévus à l'article 12.

Celui-ci énonce en son premier alinéa une évidence : « Un État qui devient Partie au Statut accepte par là même la compétence de la Cour à l'égard des crimes visés à l'article 5. »

Ensuite, en son paragraphe 2, l'article 12 énonce les cas de compétence :

« Dans les cas visés à l'article 13, paragraphes a) ou c), la Cour peut exercer sa compétence, si l'un des États suivants ou les deux sont Parties au présent Statut (...) :

- a) L'État sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou, si le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef, l'État du pavillon ou l'État d'immatriculation ;
- b) L'État dont la personne accusée du crime est un ressortissant ».

Pour les États non Parties au Statut, l'article 12, paragraphe 3, prévoit une soupape de sûreté : « Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas Partie au présent Statut est nécessaire aux fins du paragraphe 2 [pouvoir juridictionnel], cet État peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit. (...) ».

Cela explique que dans le paragraphe 2 précité, est aussi envisagé que : « Dans les cas visés à l'article 13, paragraphes a) ou c), la Cour peut exercer sa compétence, si l'un des États suivants ou les deux (sont Parties au présent Statut ou) ont accepté la compétence de la Cour conformément au paragraphe 3 ».

Donc, en résumé, il convient de distinguer deux hypothèses clés : 1) les États parties au Statut de Rome et 2) les autres.

1) En ce qui concerne les États parties au Statut de Rome, la simple commission par un ressortissant d'une partie au Statut de Rome ou sur le territoire d'un État partie dudit Statut d'un crime relevant de la liste de ceux pour lesquels la Cour pénale internationale a juridiction suffit à ce que cette dernière soit matériellement compétente<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Je souligne.

<sup>55</sup> *Ibid.*, art. 12, § 2: « la Cour peut exercer sa compétence si l'un des États suivants ou les deux sont Parties au présent Statut : a) L'État sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou, si le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef, l'État du pavillon ou l'État d'immatriculation ; b) L'État dont la personne accusée du crime est un ressortissant. »

2) En ce qui concerne les États non-parties au Statut de Rome, diverses hypothèses peuvent se présenter.

(i) La Cour peut juger des crimes repris à l'article 5 du Statut lorsque l'État non partie à celui-ci, sur le territoire duquel le crime a été commis ou dont le suspect a sa nationalité, a par une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour faite au Greffier de la CPI en application de l'article 12, § 3 du Traité de Rome, reconnu la compétence de la Cour.

Cette hypothèse couvre le cas de l'Ukraine, tant pour ce qui est des actes incriminables commis dans le conflit russo-ukrainien ayant éclaté le 24 février écoulé suite à l'invasion du territoire ukrainien par les troupes russes, mais aussi ceux commis dans des circonstances similaires en Crimée, également territoire ukrainien, en 2013 et 2014. Dans ces premières agressions russe, l'Ukraine, en qualité d'État non-partie au Statut de la Cour, avait accepté, à deux reprises, la compétence de cette dernière pour des crimes internationaux commis sur son territoire. Fort de celles-ci, le Bureau du Procureur a pu en mars 2022 à tout le moins se déplacer sur le terrain, en Ukraine, pour y entamer une enquête sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis dans le Donbass et ailleurs en Ukraine<sup>56</sup>.

(ii) L'autre hypothèse est plus importante pour notre propos. La Cour pénale internationale peut intervenir lorsque le Conseil de sécurité, agissant sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, a saisi le Procureur de la Cour pénale internationale.

Le cas vise la situation où les crimes relevant de la compétence de la Cour ont été commis sur le territoire d'États non Parties au Statut de Rome par des ressortissants d'États pareillement non Parties et qui n'entendent du reste pas s'y soumettre.

Ce mode de saisine a été utilisé à deux reprises pour les crimes commis, d'une part, en Lybie et, d'autre part, au Soudan (Darfour). Ce qui nous importe c'est que dans ces cas, hormis le mode de saisine particulier, le fondement matériel fut le droit pénal coutumier doublé du *jus cogens*.

La présente mercuriale n'a pour ambition de faire plus en avant une démonstration détaillée de ce constat. Une lecture de la décision du 6 mai 2009 de la chambre préliminaire I de la CPI en cause *Al Bashir, Le procureur c. Omar Aassan Ahmad al Bashir*, Mandat d'arrêt à l'encontre d'*Omar Hassan Ahmad al Bashir*, et une consultation de la doctrine idoine permettent de s'en convaincre aisément<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Pour un examen à la fois précis et synthétique des divers aspects que l' « Opération spéciale » (qualification russe) menée par la Fédération de Russie, sous la conduite de son chef d'État, sur le territoire de l'État Ukrainien, et des actions concrètes entre-temps entreprises par le parquet de la CPI, v. Prof. Dr. Dr. h. c. K. AMBOS, « *Ukraine-Krieg und internationale Strafjustiz* », *DRiZ (Deutsche Richterzeitung)*, 2022, n° 4, pp. 170 à 173 ; Dr. R. MULLER, « *DER Krieg ist zurück – was macht das Recht* », *DRiZ*, 2002, n° 6, p. 258 ; Sur les difficultés de la charge de la preuve, v. L. HAMRAN (président Eurojust), « *Völkerrechtliche Verbrechen in der Ukraine : Herausforderungen der Beweisführung* », *DRiZ*, 2022, n° 6, pp. 196 et s.

<sup>57</sup> ICC-02/05-01/09-397. 06 May 2019 | Appeals Chamber | Decision. Case : The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir Situation : Situation in Darfur, Sudan. D'emblée la Cour fixe sa compétence: Extrait : 1. There is neither State practice *nor opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court. To the contrary, such immunity has never been

## Section 2. – Les instruments d'identification de la coutume - *Consuetudo et Opinio juris*

### Paragraphe 1<sup>er</sup>. - Notion

7. Dans nombre de cas, la question de l'identification de la coutume ne se pose pas. Barberis note qu'« il existe dans la communauté internationale des pratiques qui ont acquis un tel degré d'effectivité que leur existence s'impose comme une évidence à n'importe quel observateur moyennement qualifié. En pareils cas, un tribunal se limite généralement à vérifier leur existence en tant que norme coutumière. Ainsi, la jurisprudence s'est fondée sur le “principe de la liberté de la mer” et sur le “principe général de la responsabilité internationale des États”. Dans le même ordre d'idées, la règle de la protection diplomatique a été qualifiée de “principe élémentaire du droit international”, l'obligation d'un État d'adapter sa législation interne aux traités conclus par lui a été considérée comme “un principe allant de soi”, et le devoir de respecter les accords conclus, comme un “principe fondamental” »<sup>58</sup>.

Il est par contre des cas où les choses sont moins claires. Comment déterminer alors si la règle qui est invoquée a nature coutumière ? C'est ici qu'interviennent les deux éléments déterminant l'existence de la coutume : la pratique constante, *consuetudo*, et la conscience du caractère obligatoire, *opinio iuris*.

8. Ces deux concepts sont formalisés à l'article 38, § 1<sup>er</sup>, du statut de la Cour internationale de justice, qui indique que celle-ci applique « la coutume comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ».

La formule est étrange. Certes, on y trouve décrits les deux éléments déterminants classiques de la coutume. Cependant, comme le relève Verhoeven, « ces termes [...] ne sont pas très clairs, particulièrement dans la référence qui est faite à la “preuve” d'une pratique qui est fournie par la coutume alors qu'on se serait plutôt attendu à l'inverse, c'est-à-dire à ce que ce soit la pratique qui fasse preuve d'une coutume »<sup>59</sup>.

Selon Barberis, cette rédaction se rattache en réalité à une école historique du droit international, aujourd'hui disparue, pour laquelle la coutume constituait un « moyen de rendre connaissable aux hommes [un] droit préalable »<sup>60</sup>.

De manière plus générale, l'ambiguïté du libellé souligne le caractère apparemment paradoxal des éléments déterminants de la coutume. On peut résumer le paradoxe en ces

---

recognised in international law as a bar to the jurisdiction of an international court. 2. The absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity vis-à-vis international courts is relevant not only to the question of whether an international court may issue a warrant for the arrest of a Head of State and conduct proceedings against him or her, but also for the horizontal relationship between States when a State is requested by an international court to arrest and surrender the Head of State of another State. No immunities under customary international law operate in such a situation to bar an international court in its exercise of its own jurisdiction.” ([https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019\\_02593.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02593.PDF))

<sup>58</sup> Comp. J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 19.

<sup>59</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 321.

<sup>60</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 12.

termes : si la coutume est le fruit d'une pratique constante perçue comme obligatoire, elle ne peut logiquement donner lieu à contestation, puisque celle-ci implique par essence que la pratique n'est pas constante. Toutefois, en pareil cas, la coutume ne saurait constituer une règle de droit, puisque le propre de cette dernière est de s'imposer au récalcitrant.

Cette contradiction n'est cependant qu'apparente et découle en réalité d'une mécompréhension de la nature concrète des éléments déterminants de la coutume. Ceux-ci sont en effet étrangers au caractère obligatoire de la pratique coutumière. Ils n'en sont pas la condition ; ils en sont la manifestation.

9. Pour Barberis, la constatation de l'existence de ces deux éléments « constitutifs » relève d'un registre bien particulier, celui des règles techniques d'identification, qu'il oppose aux règles juridiques ou morales<sup>61</sup>. L'idée suivant laquelle, pour identifier l'existence d'une coutume, il convient de rechercher, si tel comportement constitue une pratique constante perçue comme obligatoire, est une règle purement pratique. Pour le dire autrement, aucune norme ne confère à une pratique constante perçue comme obligatoire une force de coutume. Par contre, on reconnaît une coutume obligatoire au fait qu'elle apparaît comme une pratique constante perçue comme obligatoire<sup>62</sup>.

Rechercher si une pratique a un caractère constant et si elle est perçue comme obligatoire par ceux qui l'adoptent ne se compare donc pas à la vérification des conditions légales du caractère obligatoire d'une norme écrite. Dans ce dernier cas, un ensemble de règles déterminent précisément les conditions de la force obligatoire, que ce soit en prescrivant des règles de compétence – tel organe peut prendre telle décision à telle époque et en tel lieu – ou de publicité – telle norme doit faire l'objet de telle publication pour lier tel destinataire.

---

<sup>61</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 20 : « Les règles techniques sont celles dont l'homme se sert pour obtenir le résultat recherché. Elles sont différentes des normes juridiques et des règles morales. Elles ne comportent pas d'obligation et leur violation n'entraîne aucune sanction. Leur inobservation n'aura généralement d'autre conséquence, pour la personne intéressée, que celle de voir ses efforts perdus, de ne pas obtenir le résultat espéré ou bien de constater que celui-ci n'aura pas la qualité voulue ».

<sup>62</sup> *Ibidem* : « Si nous revenons maintenant au domaine juridique, nous pourrions constater que l'on applique ici aussi des règles techniques. Par exemple, les tribunaux internationaux et les organes des États et des organisations internationales appliquent des règles de ce type pour identifier les normes coutumières. Nous avons déjà signalé que ces normes n'ont pas été créées au moyen d'un procédé régi par le droit. Par conséquent, elles n'offrent pas des caractéristiques ou des traits particuliers permettant de les reconnaître comme telles. C'est alors que l'on a recours à certaines règles techniques pour leur identification. L'une de ces règles est celle qui identifie les normes coutumières selon la manière dont elles ont été formées. Elle reconnaît en tant que normes coutumières celles dont la formation résulte d'un processus réunissant deux éléments dénommés généralement l'élément matériel, c'est-à-dire la pratique, et l'*opinio juris sive necessitatis*. La présence, pour la formation de la coutume, de ces deux éléments, n'a été établie par aucune norme juridique; il ne s'agit que d'un recours technique dont se servent les juges, les arbitres internationaux et les organes des États pour préciser si, dans un cas déterminé, l'on est en présence d'une norme coutumière. Ces juges, ces arbitres et ces organes ont pour habitude d'appliquer cette technique des deux éléments (la pratique et l'*opinio juris*) pour vérifier s'il sont en présence d'une norme coutumière, de la même façon que le chimiste se sert d'un réactif pour savoir s'il est en présence de telle ou telle substance. Ce qu'il importe de souligner dans cette analyse, c'est que la pratique ou élément matériel et l'*opinio juris* ne font partie d'aucun procédé juridiquement établi dans le but de créer des normes coutumières, mais qu'il s'agit uniquement d'une technique permettant de reconnaître leur existence ».

10. En sa *conclusion n° 2* du *Projet de résolution relatif à la détermination du droit international coutumier*, la CDI énonce de même que « pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) »<sup>63</sup>.

La CDI place la barre assez haute car pour apprécier les moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs, elle considère que :

« 1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence »<sup>64</sup>.

## **Paragraphe 2. - Examen de leur contenu**

### **A.- La consuetudo - l'élément matériel**

11. Il est généralement admis que l'élément matériel de la coutume est identifié au travers de quatre caractéristiques : il doit s'agir (1) d'une pratique (2) des États, qui soit (3) générale et (4) constante.<sup>65</sup>

Nous allons toutefois légèrement intervertir l'ordre de cette énumération dans la mesure où c'est l'État, par son comportement, qui est au centre du processus de création.

#### 1) Comportements Étatiques

12. La CDI le met d'emblée en exergue ; elle énonce dans la *conclusion n° 4* de son projet de résolution, que :

« 1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2 »<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> ONU/AG/Soixante-treizième session/ Sixième Commission /CDI/Projet de résolution intitulé « Détermination du droit international coutumier », 13 novembre 2018, A/C.6/73/L.24, ci-après ONU/CDI/Projet.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Caractéristiques qui sont mises en évidence de manière pédagogique par J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 321 et suiv. Voyez également, J. SALMON, *Droit des gens, o. c. et loc. cit.*

<sup>66</sup> ONU/CDI/Projet, o. c. V. aussi le commentaire de cette conclusion n°4: « (...)

2) Le paragraphe 1<sup>er</sup> indique clairement que c'est avant tout la pratique des États qui doit être recherchée pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier : l'élément matériel de ce droit est en effet souvent appelé « pratique des États ». Parce qu'ils sont les principaux sujets du système juridique international et disposent d'une compétence générale, les États jouent un rôle prédominant dans la formation du droit international coutumier et c'est avant tout leur pratique qui doit être examinée aux fins de la détermination de ce droit. Dans bien des cas, la pratique des États est même le seul élément pertinent à prendre

La doctrine n'est pas en reste : « Dans la mesure où la règle coutumière oblige les États, il importe que la pratique sur laquelle elle repose soit aussi celle des États. Sauf à méconnaître la caractéristique première de toute règle coutumière qui est de reposer sur la conduite effective des sujets de droit qu'elle entend obliger »<sup>67</sup>.

Il n'y a pas de doute quant au fait que la pratique de l'État doit résulter du fait d'un de ses organes, ce qui exclut les actes des particuliers ne détenant aucune parcelle d'autorité<sup>68</sup>.

Par contre, il n'y a pas d'unanimité quant au fait de savoir, si tous les organes sont susceptibles d'être pris en considération.

Certains, poussant à son paroxysme l'idée que la coutume constitue une forme spontanée d'accord entre États, considèrent que les seules pratiques internes pertinentes sont celles des organes internes ayant compétence pour conclure des traités. Comme le relève Akehurst, qui ne partage cependant pas cette analyse, « extreme supporters of the theory that custom constitutes an implied agreement between States, such as Strupp, argued at one time that the only relevant State practice is the practice of organs which are competent to make treaties in the name of the State »<sup>69</sup>.

D'autres contestent cette opinion : « Il est vrai que [les organes chargés de la conduite des affaires extérieures] sont normalement seuls compétents pour conclure des traités, sous la réserve des accords en forme simplifiée (...). Cela n'empêche pas que la conduite de tous les autres organes dont l'État assume la responsabilité doit pouvoir être prise en compte dans la vérification de l'existence d'une pratique (coutumière), dès lors que l'objet de celle-ci intéresse naturellement d'autres autorités (juges, fonctionnaires portuaires, etc.) que celles auxquelles appartient formellement le pouvoir d'engager internationalement l'État »<sup>70</sup>.

Les actes des institutions internationales ne sont pas susceptibles de révéler une coutume. Par contre, « des pratiques coutumières [des États] peuvent sans difficulté parfaire le traité constitutif d'organisations internationales, quitte, exceptionnellement, à en méconnaître les termes »<sup>71</sup>. De même, « il n'y a pas [...] de difficultés à admettre que la conduite suivie par un État au sein d'une organisation (déclarations, etc.) puisse être prise en compte pour établir

---

en considération pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier. Ainsi que l'a fait savoir la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, pour « identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend ... elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États », Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) - A/73/10, p. 137 et les nombreuses références jurisprudentielles.

<sup>67</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 324.

<sup>68</sup> *Ibidem*. Voy. cependant J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 35 : « Dans la doctrine, quelques auteurs admettent qu'une coutume peut être créée par la pratique ininterrompue et constante des personnes privées. Toutefois, il est difficile de rencontrer des cas pratiques de normes coutumières internationales formées de cette manière. L'un des rares exemples dans ce sens peut se trouver dans les coutumes qui, dans une certaine mesure, réglementent l'utilisation des eaux du fleuve Tâchira, entre la Colombie et le Venezuela ».

<sup>69</sup> M. AKEHURST, « Custom as a source of international law », *loc. cit.*, p. 8 et les références citées.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 325.

l'existence d'une pratique (étatique) à vocation coutumière »<sup>72</sup>, étant entendu qu'il faut « faire la part en l'occurrence de ce qui reflète la volonté propre de l'organisation et de ce qui peut être imputé spécifiquement à l'un ou l'autre de ses États membres »<sup>73</sup>.

## 2) Pratique

13. Suivant la CDI (projet de résolution) « la pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre. » (*conclusion n° 5*)<sup>74</sup>.

En outre, « 1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction » et « 2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle 'sur le terrain' ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique » (*conclusion n° 6*)<sup>75</sup>.

Enfin, « 1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, selon les circonstances. » (*conclusion n° 7*)<sup>76</sup>.

14. Ce n'est, on l'aura compris, pas une mince affaire. Il y a en doctrine plus ou moins unanimité pour considérer que la pratique consiste en un « renouvellement de faits ou d'actes déterminés »<sup>77</sup> qui « doivent relever de conduites humaines, c'est-à-dire être réalisés par des hommes. Le droit n'accorde aucune pertinence aux actes des animaux non plus qu'aux phénomènes naturels, même s'ils se sont produits d'une manière régulière et constante »<sup>78</sup>.

Au-delà de ces règles simples, il règne une certaine incertitude.

Certains exposent que la pratique « s'appuie sur l'ensemble des conduites effectivement suivies par les États »<sup>79</sup> et qu'il importe peu « que celles-ci s'expriment dans des faits matériels ou dans des actes juridiques, unilatéraux (lois, décisions judiciaires, etc.) ou bi(multi)latéraux (traités, etc.) »<sup>80</sup>.

---

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> ONU, o.c.

<sup>75</sup> *Ibid*.

<sup>76</sup> *Ibid*.

<sup>77</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 21.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 322.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

Ces éléments sont cependant sujet à discussion. Ainsi, en ce qui concerne la prise en compte des actes juridiques comme des faits matériels, là où certains affirment que « les actes juridiques présentent *a priori* une pertinence plus grande que des comportements purement matériels (politiques), dès lors qu'est en cause l'existence d'une règle »<sup>81</sup>, d'autres entendent au contraire restreindre aux seuls actes matériels les pratiques révélatrices de l'existence d'une coutume. Comme le relève Akehurst, « In a recent book, Professor D' Amato has adopted a very restrictive definition of the type of acts which are capable of constituting State practice. According to him, only physical acts count; "a claim is not an act ... Claims ..., although they may articulate a legal norm, cannot constitute the material component of custom." He is not alone in his view. In his dissenting opinion in the Anglo-Norwegian Fisheries case, Judge Read said: "Customary international law ... cannot be established by citing cases where coastal States have made extensive claims, but have not maintained their claims by the actual assertion of sovereignty over foreign ships ... The only convincing evidence of State practice is to be found in seizures, where the coastal State asserts its sovereignty over trespassing foreign ships" »<sup>82</sup>.

Par ailleurs, la prise en considération d'actes de droit interne est plus ou moins large selon les auteurs. Pour Bossuyt et Wouters, « handelingen kunnen zowel uitgaan van staatsorganen (de diplomatieke en regeringspraktijk, zoals diplomatieke briefwisseling en regeringsinstructies, interne wetten en gerechtelijke beslissingen ; ook van de Staat uitgaande stukken zoals bv. een protest tegen een bepaalde handeling van een andere Staat) als van tussenstaatse organen ( verdragen, uitspraken van internationale rechtscolleges en scheidsrechterlijke colleges en de praktijk van internationale organisaties) »<sup>83</sup>. Ailleurs, on précise qu'il « doit s'agir d'actes liés d'une manière quelconque aux relations internationales, car une pratique purement interne ne saurait être la source d'une norme coutumière internationale »<sup>84</sup>.

Une autre question reste marquée d'incertitude : la prise en compte d'une abstention. On considère généralement qu'elle n'est pas nécessairement exclue même si « l'on conçoit aisément que le précédent soit plus crédible s'il repose sur un comportement actif de l'État plutôt que sur de simples abstentions »<sup>85</sup>.

Suivant Salmon, la question n'est pas totalement dissociable de celle du fondement théorique de la force obligatoire de la coutume. « En matière de coutume », écrit-il, « la signification du silence prête plus à contestation. D'abord, parce qu'il n'y a pas d'entente générale sur le fondement du caractère obligatoire de la coutume. Pour les uns, celui-ci reposerait sur le consentement. Pour les autres, elle reposerait sur une nécessité sociale ; la coutume aurait un caractère spontané. Pour les tenants de la première thèse, il est fréquent que la doctrine justifie le caractère obligatoire ou l'opposabilité de la coutume par un consentement tacite.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> M. AKEHURST, « Custom as a source of international law », *B.Y.I.L.*, 1974-75, p. 1.

<sup>83</sup> M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 107-108.

<sup>84</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 21.

<sup>85</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 322. Comp. M. AKEHURST, « Custom as a source of international law », *loc. cit.*, p. 10 ; J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 22.

Qui ne dit mot consentirait. Encore faut-il que ce silence soit circonstancié. Certains ont tendu à interpréter l'accord des grandes puissances sur la coutume comme valant preuve du caractère général de l'adhésion à celle-ci. La C.P.J.I., dans l'affaire du Lotus, a incité à plus de prudence : «Même si la rareté des décisions judiciaires [...] était une preuve suffisante du fait invoqué, il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissaient obligés de le faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale». Il est incontesté qu'un État peut refuser l'opposabilité à son égard d'une coutume nouvelle, et il est très sérieusement soutenu que la coutume ancienne ne lie les États nouveaux qu'avec leur consentement. Le silence eut donc pu être analysé comme une esquivé par rapport à la règle proposée. En revanche, l'absence de réaction des États directement intéressés peut valoir acceptation de la règle nouvelle. Le fait de ne pas protester contre une pratique qui se généralise peut s'analyser comme une acceptation par les États dont elle affecte directement les intérêts »<sup>86</sup>.

En résumé, il apparaît dès lors malaisé de déterminer des critères univoques d'une pratique révélatrice.

### 3) Généralité

15. Suivant la *conclusions n° 8* du projet de la CDI, « 1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale ».

Le concept de généralité recouvre l'idée que « la pratique en question [doit avoir] lieu dans un espace déterminé comprenant l'ensemble des membres de la communauté internationale »<sup>87</sup>.

Ceci ne signifie nullement que la pratique devrait être universelle<sup>88</sup>. D'une part, tous les pays ne sont pas nécessairement concernés par un thème donné : « par exemple, pour démontrer l'existence d'une coutume sur la pêche maritime, on aura recours à la pratique de certains pays et, si le thème en question est la navigation fluviale ou l'immunité consulaire, on consultera la pratique d'autres États »<sup>89</sup>. D'autre part, même si la question concerne potentiellement tous les États, la généralité s'accommode de variations : « La préférence [...] accordée à la "généralité" garantit une certaine souplesse dans l'appréciation des conduites

<sup>86</sup> J. SALMON, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 209.

<sup>87</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 23 : « Les formules employées par la jurisprudence pour évoquer cette condition sont variées et, à titre d'exemple, on peut citer les suivantes : "règles généralement appliquées", "pratique généralement acceptée", "principes universellement admis", "pratique quasi universelle", "règle généralement observée", "règle généralement appliquée", "principe généralement reconnu" ». V. aussi CDI, *Projet, conclusion n° 8*.

<sup>88</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 325.

<sup>89</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 24.

étatiques, sachant qu'il est parfaitement illusoire d'attendre des États qu'ils fassent tous et toujours exactement la même chose »<sup>90</sup>.

L'exigence de généralité n'exclut pas que puissent exister des coutumes dont le champ d'application est restreint, soit *ratione loci*, soit *ratione personae*. On enseigne en effet que, « indépendamment des normes coutumières de validité générale, il en existe d'autres dont le domaine de validité spatial est restreint du fait qu'elles ne sont valables que dans une seule région ou entre deux États »<sup>91</sup>.

Selon Verhoeven, « nonobstant les termes de l'article 38 du Statut de la CIJ, il n'est pas contesté que la coutume ne doit pas nécessairement avoir un champ d'application universel. Le principe d'une "coutume régionale ou locale" a expressément été admis par la Cour dans *l'affaire du droit d'asile*, même si elle a jugé que l'existence d'une telle coutume n'était pas en l'espèce établie. Dans *l'affaire du droit de passage en territoire indien*, elle n'a pas exclu que cette coutume puisse être strictement bilatérale, estimant qu'il n'y a "pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, [ ... ] acceptée par eux comme régissant leurs rapports ne soit pas à la base de droits et obligations réciproques entre les deux États" »<sup>92</sup>.

S'il existe une coutume générale et une coutume locale ayant un même objet, il est suggéré de « donner primauté à [cette dernière] en application de l'adage *lex specialis generalibus derogat*. On voit mal, en effet, quel peut être l'intérêt d'une telle règle coutumière s'il ne lui est pas permis de déroger à une coutume générale. Il va de soi que le problème ne se pose pas si celle-ci n'existe pas. Il est tout aussi évident par ailleurs que, pas plus qu'un traité, une coutume régionale ou locale ne pourrait déroger à une règle de *ius cogens* »<sup>93</sup>.

16. Au titre de la généralité de la pratique, la doctrine examine aussi la question du *persistent objector*, c'est-à-dire l'État qui n'a eu de cesse de protester contre la pratique suivie par d'autres États, sans que cela n'ait pu empêcher l'apparition d'une coutume.

D'un point de vue pratique, il peut être difficile de départager l'hypothèse d'une opposition qui empêche la formation d'une règle coutumière et celle d'une opposition qui n'empêche pas cette formation, mais soustrait l'opposant à son application.

D'un point de vue théorique, par contre, les choses sont claires. « Il est traditionnellement admis », dit-on, que ce *persistent objector* « n'est pas lié par la règle coutumière dont [la] pratique [qu'il a toujours critiquée] constitue le support »<sup>94</sup>. « La conclusion », dit-on, « est très largement admise en doctrine et son bien-fondé a été, plus incidemment, confirmé par la jurisprudence internationale »<sup>95</sup>. L'auteur vise *l'affaire des Pêcheries* où « il s'agissait de savoir, si la règle selon laquelle les baies dont l'ouverture n'excède pas dix milles

<sup>90</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 325.

<sup>91</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 24.

<sup>92</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 327.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

appartiennent à l'État côtier avait acquis un caractère coutumier ». La CIJ « a décidé que cette règle n'avait pas le caractère d'une coutume dès lors que la pratique n'avait pas un caractère de "généralité" » mais a ajouté que « de toute manière, cette règle n'aurait pas été opposable à la Norvège, étant donné que celle-ci s'y était toujours opposée »<sup>96</sup>.

L'opposition doit se manifester avant la naissance de la coutume : selon la doctrine, « l'opposition claire et réitérée a un effet lorsqu'elle a commencé dès le moment de la formation de la norme coutumière, mais devient inefficace si l'opposition se manifeste alors que la norme coutumière a déjà pris naissance »<sup>97</sup>. Elle ne peut non plus entraîner l'inapplication d'une norme de *ius cogens*<sup>98</sup>.

Comment concilier l'exigence de généralité de la coutume et l'existence d'un *persistent objector* qui n'est pas lié par celle-ci ? S'interrogeant sur cette question, Verhoeven y répond comme suit : « Est-ce à dire que la coutume n'est pas opposable à l'"objecteur persistant", ce qui met en cause sa généralité ? Non point. Il suffit que cette règle formule elle-même une exception qui soustrait celui-ci, en tout ou en partie, à son prescrit. Il n'y a là rien de très étonnant. La situation se rencontre quotidiennement dans les droits internes. Il n'y a pas lieu de s'en scandaliser en droit international, même s'il faut espérer qu'elle ne se multiplie pas, ce qui conduirait à un émiettement de la règle générale. Le risque paraît bénin, quand bien même la règle serait appelée, compte tenu des conditions actuelles de production du droit coutumier, à remplir "une fonction essentielle dans l'ordre juridique international contemporain" »<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 326 ; J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 39 ; renvoyant tous les deux à l'arrêt de la CIJ du 18 décembre 1951, *Rec.*, p. 131. Affaire des pêcheries, C.I.J., Arrêt du 18 décembre 1954, (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre la Norvège). Résumé (CIJ) : « L'arrêt rendu par la Cour en cette affaire a mis un terme à une controverse qui opposait depuis fort longtemps le Royaume-Uni à la Norvège et avait suscité un intérêt considérable auprès des autres États maritimes. En 1935, la Norvège avait adopté un décret par lequel elle réservait à l'usage exclusif de ses pêcheurs certains bancs de pêche situés au large de la côte septentrionale de la Norvège. Il s'agissait de savoir si ce décret, qui établissait une méthode pour fixer les lignes de base à partir desquelles devaient se calculer les eaux territoriales norvégiennes, était conforme au droit international. C'est sur une question rendue délicate par la configuration particulière des côtes norvégiennes, découpées en fjords et baies et parsemées d'innombrables îles, îlots et récifs, que portait le désaccord entre les Parties, le Royaume-Uni prétendant notamment que certaines des lignes de base droites fixées par le décret ne respectaient pas la direction générale de la côte et n'étaient pas tracées de façon raisonnable. Par son arrêt rendu le 18 décembre 1951, la Cour a conclu que, contrairement aux conclusions du Royaume-Uni, ni la méthode de délimitation employée par le décret de 1935 ni les lignes mêmes qui y sont fixées n'étaient contraires au droit international ». (<https://www.icj-cij.org/fr/affaire/5>)

<sup>97</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>98</sup> *Ibidem* : « Cette opposition à la formation d'une coutume devient inefficace lorsque la norme coutumière à laquelle un État s'oppose a le caractère de *ius cogens*. Ce terme caractérise un certain nombre de normes juridiques internationales auxquelles il n'est pas possible de déroger au moyen d'un traité. Ces normes sont valables pour tous les membres de la communauté internationale, même lorsque l'un d'entre eux a manifesté une opposition claire et réitérée dès le moment de leur formation. L'interdiction de la politique d'apartheid peut en fournir un exemple. Aujourd'hui, il est généralement admis que cette interdiction a le caractère de *ius cogens*, c'est-à-dire que deux ou plusieurs États ne pourraient y déroger au moyen d'un traité et appliquer une politique d'apartheid à leurs populations respectives. L'État qui s'est opposé d'une manière claire et réitérée à cette politique depuis déjà des décennies est l'Afrique du Sud. En dépit de cette opposition réitérée à la formation de la norme coutumière qui interdit la politique d'apartheid, l'Afrique du Sud reste liée par cette norme ».

<sup>99</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 327.

La CDI (projet de résolution) consacre une seule conclusion (n° 15) à l'« Objecteur persistant » pour y énoncer :

« 1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

3. La présente conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »<sup>100</sup>.

#### 4) Constance

17. La constance de la pratique renvoie à la notion de durée. Il n'existe cependant pas de critère précis sur ce point : « la jurisprudence a reconnu l'existence de normes coutumières créées par des pratiques séculaires ainsi que d'autres normes formées au cours de périodes plus brèves »<sup>101</sup>.

Dans *l'affaire du plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ a considéré « qu'un bref laps de temps ne constitue pas en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle », à la condition que « dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États (...) ait été fréquente et pratiquement uniforme ».<sup>102</sup>

De manière plus générale, « la condition essentielle exigée pour la formation d'une coutume ne réside pas dans la pratique d'une conduite déterminée pendant une période plus ou moins prolongée, mais dans le fait que la pratique en question soit observée d'une manière ininterrompue et constante. Pour se référer à cette caractéristique, la jurisprudence emploie diverses expressions telles que “pratique internationale constante”, “tradition constante”, “pratique constante et uniforme”, “pratique qui n'a pas varié”, et “pratique constante” »<sup>103</sup>.

## **B.- L'opinio juris - l'élément subjectif**

<sup>100</sup> ONU/CDI/projet, o.c.

<sup>101</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 25. V. *conclusion n° 8*, o.c., règle n° 1.

<sup>102</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 329, citant l'arrêt de la CIJ du 20 février 1969, *Rec.*, p. 43. Résumé (CIJ) : « Ces affaires, concernant la délimitation du plateau continental de la mer du Nord entre le Danemark et la République fédérale d'Allemagne et entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne, ont été soumises à la Cour par voie de compromis. Les Parties demandaient à la Cour de dire quels étaient les principes et règles de droit international applicables et elles s'engageaient à procéder ensuite aux délimitations sur cette base. Par ordonnance du 26 avril 1968, la Cour, constatant que le Danemark et les Pays-Bas faisaient cause commune, a joint les deux instances. Par arrêt du 20 février 1969, elle a dit que les délimitations en cause devaient s'opérer par voie d'accord entre les Parties et conformément à des principes équitables, de manière que chaque Partie obtienne les zones de plateau continental constituant le prolongement naturel de son territoire sous la mer, et elle a indiqué des facteurs à prendre en considération à cette fin. Elle a rejeté la thèse selon laquelle ces délimitations devaient s'opérer d'après le principe de l'équidistance défini par la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental. Elle a considéré en effet que la République fédérale n'avait pas ratifié cette convention, que le principe de l'équidistance n'était pas un élément inhérent à la conception fondamentale du plateau continental et que ce principe ne constituait pas une règle de droit international coutumier ». (<https://www.icj-cij.org/fr/affaire/51>)

<sup>103</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 25.

18. L'élément subjectif, l'*opinio iuris*, tient à l'acceptation de la pratique comme étant le droit. La CDI énonce à la *conclusion n° 10* du projet de résolution, à *propos de la preuve de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris)*, que :

« 1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les *décisions des juridictions nationales*<sup>104</sup> ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ;

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction. »<sup>105</sup>

19. Toutefois, l'identité de l'auteur de cette acceptation est débattue par les différentes écoles du droit international.

D'abord, certains ont critiqué l'exigence même d'un élément subjectif<sup>106</sup>.

Ainsi Verhoeven note que, « la conception "classique" de la coutume ne fait probablement pas appel [...] à un élément subjectif pour faire le départ entre la coutume et l'usage. Il suffit que la violation de celle-là soit sanctionnée alors que celle de celui-ci ne l'est pas. Ce n'est pas à l'auteur de la pratique, mais à celui qui la sanctionne qu'il appartient de faire le tri parmi de multiples conduites dont certaines seules sont obligatoires. Autrement dit, c'est le sentiment du juge bien plus que celui des États qui importe en l'occurrence »<sup>107</sup>.

Il fait sienne sur ce point l'opinion de Haggemacher<sup>108</sup> qui, au terme d'une analyse de la jurisprudence de la CIJ, arrive à une telle conclusion : ce serait ainsi au juge, entendez le « *juge international* », que reviendrait « le soin d'établir ce qui est une coutume en fonction de l'opinion qu'il se fait des intérêts de la "communauté" internationale, dans le respect de "principes", à dire vrai un peu vagues, qui limitent en l'occurrence le caractère purement discrétionnaire de ses décisions »<sup>109</sup>.

20. Ensuite, même chez ceux qui retiennent une conception plus classique de l'*opinio iuris*, des divergences existent quant à l'identité et à la motivation de la personne dont l'acceptation est requise.

<sup>104</sup> Je souligne.

<sup>105</sup> ONU/CDI/Projet, o.c.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>107</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 333.

<sup>108</sup> P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *R.G.D.I.P.*, 1986, p. 1.

<sup>109</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 333.

Pour les uns, l'*opinio iuris* tient « à la conviction que doivent avoir les personnes qui réalisent une pratique de l'observer comme s'il s'agissait d'une norme juridique »<sup>110</sup>. Pour d'autres, il s'agit de « la conviction, dont les sujets sont animés, de la nécessité d'observer un certain usage ou une pratique déterminée »<sup>111</sup>.

Dans le premier cas, l'*opinio iuris* exige que « les auteurs de cette pratique [soient] convaincus de l'obligation juridique de l'exécuter, conviction qui prendrait sa source dans une norme de droit à l'existence de laquelle ils croient »<sup>112</sup>. Dans le second cas, « ceux qui pratiquent un usage déterminé ne doivent pas agir avec la conviction qu'ils remplissent une obligation juridique, mais qu'ils s'y conforment parce qu'un devoir imposé par la morale ou le droit naturel l'exige ainsi »<sup>113</sup>. La nuance entre les deux hypothèses tient au fait que, dans le premier cas, « l'auteur de la pratique doit l'observer avec la conviction de remplir une obligation juridique »<sup>114</sup> alors que dans le second cas, « l'accomplissement de la pratique est considéré comme une obligation métajuridique »<sup>115</sup>.

Il faut également noter l'existence d'un courant – qui fut notamment celui de l'école soviétique – analysant la coutume à la manière d'un traité implicite, fondant dès lors l'*opinio iuris* sur l'acceptation tacite des États<sup>116</sup>.

Indépendamment de la question du fondement théorique de l'*opinio iuris*, la question se pose de son identification concrète. Comment distinguer la pratique qui n'est qu'habitude non contraignante de celle qui est une coutume à proprement parler ?

Barberis suggère un critère qui semble efficace, consistant à exiger deux éléments concomitants : l'adoption d'un comportement donné, mais aussi la réprobation systématique de celui qui ne l'adopte pas. Selon lui, « la coutume recouvre [...] deux pratiques : l'une qui consiste à se conformer à la règle générale jugée positive par la communauté, et l'autre qui est la réaction hostile à l'égard de ceux qui n'ont pas suivi cette règle générale. Pour qu'il s'agisse d'une coutume, la régularité doit caractériser les deux pratiques; en effet, si la réaction hostile ne se produit pas dans la majorité des cas où la règle a été transgressée, on pourra l'interpréter comme une simple habitude »<sup>117</sup>.

## CHAPITRE II. – La coutume internationale dans l'ordre juridique belge

### Section 1<sup>ère</sup>. – Caractéristiques et domaines d'application

---

<sup>110</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 26.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Ibidem* ; voy. aussi J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 332.

<sup>117</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 30.

21. En Belgique, il est enseigné depuis très longtemps que le droit international coutumier s'applique automatiquement dans l'ordre juridique interne. C'est l'application de la maxime anglaise « *international law is part of the law of the land* »<sup>118</sup>.

L'idée qu'elle exprime est non seulement celle d'une application de la règle internationale dans l'ordre juridique interne, mais aussi, de surcroît, une application de plein droit, sans formalité particulière de réception.

### **Paragraphe 1<sup>er</sup>. - Application de principe**

22. On renvoie généralement sur ce point à l'arrêt de la Cour du 25 janvier 1906<sup>119</sup>. Il s'agit d'une affaire quelque peu particulière puisqu'elle concernait, sur fond de différend successoral, l'action des créanciers de la Princesse Louise de Belgique, fille du Roi Léopold II.

Dans ses conclusions, le Procureur général Janssens résumait l'enjeu du litige en ces termes :

« Divers fournisseurs se sont adressés au curateur de S.A.R. la Princesse Louise, épouse du Prince de Saxe-Cobourg, pour lui réclamer le paiement de ce qu'ils prétendent leur être dû du chef de livraison d'effets de toilette, d'objets d'art et de bijoux. S.A.R. la Princesse Stéphanie, Princesse de Belgique, épouse du Comte de Lonny, a cru devoir se joindre à eux pour demander à la justice belge de déclarer nul le contrat de mariage, rédigé à Vienne, le 8 août 1853, sous forme de Traité diplomatique, par des Plénipotentiaires agissant au nom de S.M. Léopold Ier, Roi des Belges, et de S.M. l'Empereur d'Autriche. Si la Justice pouvait annuler le Traité qui a établi entre S.M. le Roi Léopold II et S.M. la feu Reine le régime de la séparation de biens, les Augustes Epoux devraient être considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale. Par suite, il y aurait lieu à partage. Tel est l'intérêt du procès »<sup>120</sup>.

Le nœud du problème consistait en ce que les conventions matrimoniales du Roi Léopold II et de la Reine Marie-Henriette, Archiduchesse d'Autriche, avaient été établies par un traité international. Les parties qui avaient intérêt à l'annulation de cet arrangement soutenaient

---

<sup>118</sup> J. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », dans *Miscellanea W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 220 ; D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, « Le droit international devant le juge belge », *R.B.D.C.*, 2013, p. 303, n° 7 ; H. ORBAN, « La réception du droit international aux États-Unis, en France et en Belgique : Étude comparative », *Rev. dr. ULG*, 2009, p. 385, n° 8 ; M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 154. Pour une solution constitutionnelle explicite v. p. ex. l'article 25 de la Constitution de la République Fédérale d'Allemagne : « Article 25 [Droit international public et droit fédéral] - 1. Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. 2. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. ». Toutefois, v. aussi l'article article 59 de la Loi fondamentale [Représentation internationale de la Fédération], qui dispose « (1) 1. Le président fédéral représente la Fédération sur le plan international. 2. Il conclut au nom de la Fédération les traités avec les États étrangers. 3. Il accrédite et reçoit les représentants diplomatiques. (2) 1. Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale. 2. Les dispositions régissant l'administration fédérale s'appliquent par analogie aux accords administratifs. »

(<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998616/388674/8ebe168c59975c69406341a69612f94c/loi-fondamentale-data.pdf>).

<sup>119</sup> Cass. 25 janvier 1906, *Pas.* 1906, p. 95 et les conclusions du procureur général JANSSENS.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 96.

dans un premier moyen qu'il n'existe pas de règle du droit international permettant de régler par traité pareille question.

La Cour aurait pu, conformément à sa jurisprudence de l'époque, considérer que pareille question relevait du fait, partant, qu'il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation à celle du juge d'appel. Elle le précise d'ailleurs, à la fin de son analyse de la première branche du premier moyen, lorsqu'elle indique « que la cour d'appel, en analysant la teneur et la portée de l'acte du 8 août 1853, et en lui reconnaissant la valeur d'un Traité public international, a tranché une question de fait, et que sa décision sur ce point est souveraine ». Cette considération est toutefois précédée d'une longue analyse – en pur droit – de la portée du droit international public, plus particulièrement de l'existence d'une coutume permettant d'arrêter par traité les conventions matrimoniales des membres des familles royales.

Un second moyen soutenait par ailleurs que l'arrêt attaqué n'avait pu appliquer le traité du 3 août 1953 sans violer l'article 68 de la Constitution<sup>121</sup>, dès lors que les conditions prescrites par ce dernier n'avaient pas été respectées lors de sa conclusion. C'est dans la réponse à ce grief que figure la référence à la maxime anglaise précitée.

La Cour y énonce ceci : « Attendu qu'à des degrés divers le Droit des Gens forme partie du Droit respectif des Nations ; Que ce principe est si vrai que Blackstone déclarait que la Loi des Nations, c'est-à-dire le Droit des Gens, quand il s'élève une question qui est de son ressort, doit, en Angleterre, être adopté dans toute sa plénitude par la loi commune et être regardé comme faisant partie de la loi du pays ; Que, de même, aux États-Unis le Droit des Gens est considéré comme formant une partie intégrante de la loi du pays, ainsi que l'attestaient déjà Thomas Jefferson et Daniel Webster, qui tous deux ont rempli les fonctions de secrétaire d'État ; Que la Cour suprême y a placé le droit des gens coutumier au même rang que le droit des gens conventionnel, et a proclamé que les Cours fédérales doivent respecter le droit des gens comme une partie du droit national ; Attendu que ce principe est également vrai en Belgique, et qu'au surplus l'acte du 8 août 1853 ne déroge en rien, quant au fond, au droit commun ».

En soi, ces principes n'ont rien de surprenant. Ce qui, en revanche, étonne, c'est l'usage qui en est fait, la raison pour laquelle ils sont convoqués dans le raisonnement de la Cour. Si on analyse l'entièreté de la réponse au moyen<sup>122</sup>, on constate en effet que ces éléments viennent

---

<sup>121</sup> Article 68 de la Constitution belge du 7 février 1831, telle que promulguée par le Congrès national dispose que « Le roi commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce. Il en donne connaissance aux chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'État le permettent, en y joignant les communications convenables.

Les traités de commerce et ceux qui pourraient grever l'État ou lier individuellement des Belges n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des chambres ».

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi. Dans aucun cas, les articles secrets d'un traité ne peuvent être destructifs des articles patents. »

<sup>122</sup> La réponse à la première branche du moyen est libellée comme suit :

« Attendu que l'article 68 de la Constitution belge investit le Roi du pouvoir de faire les Traités de paix, d'alliance et de commerce ;

Attendu que d'après le pourvoi la Convention du 8 août 1853 ne constitue pas un Traité dans le sens de l'article 68, par la raison qu'elle règle des intérêts purement privés, qu'elle n'impose aucune obligation soit à

au soutien d'un discours qui vise à soustraire la conduite des relations internationales au contrôle des tribunaux. La référence au droit des gens, au fait qu'il forme le droit respectif des nations, justifie que, ressortissant du domaine du droit international, le traité-contrat de mariage est soustrait à toute contestation dans l'ordre juridique interne. Il fait ainsi pendant à l'immunité de juridiction du pouvoir royal que l'arrêt évoque d'ailleurs également, quelques lignes plus loin, dans ce même but.

### **Paragraphe 2.- Application de plein droit - Notion**

---

l'empire d'Autriche, soit à la Belgique, et qu'elle est l'œuvre de l'Empereur d'Autriche, stipulant non pas comme Souverain, mais comme Chef de la Maison d'Autriche, et du Roi Léopold Ier, stipulant en qualité de père de famille et de Chef suprême de la Maison de Belgique ;

Attendu que le Roi Léopold Ier avait fait établir, ainsi que le constate l'arrêt attaqué, les conditions de son mariage avec la Princesse Louise d'Orléans, par un Traité politique conclu à Paris, le 28 juillet 1832, entre lui et le Roi des Français ;

Attendu que ce Traité, qui fut le prélude du siège d'Anvers opéré par l'armée française, avait pour objet de consolider notre nationalité naissante, et qu'il intéressait au plus haut point non seulement le Roi des Belges et le Roi des Français, mais la Belgique entière ;

Attendu que le mariage du Duc de Brabant avec une Archiduchesse d'Autriche constituait pareillement un gage de durée pour la Dynastie et pour la sécurité du pays, ainsi que l'a déclaré le Ministre des Affaires étrangères dans la séance du Sénat du 30 mai 1853 ;

Attendu que le Traité qui sanctionnait cette union avait pour objet, comme il est dit dans son préambule, de resserrer de plus en plus, pour la prospérité de la Belgique et de l'Autriche, les liens de parenté, d'amitié et de confiance qui existaient entre les deux Cours ;

Attendu que le but poursuivi et exprimé par les contractants imprimait à ce Traité le double caractère d'un Traité de paix et d'un Traité d'alliance ;

Que, par conséquent, le droit de le conclure appartenait au Roi en vertu du texte même de l'article 68 de la Constitution ;

Attendu que le contrat du 8 août 1853 ne se bornait pas à régler les intérêts pécuniaires des futurs époux, mais qu'il renfermait des clauses dont les conséquences politiques peuvent être considérables, telles que l'obligation pour la future épouse de renoncer à tous ses droits de succession dans les royaumes ou provinces que l'Empereur d'Autriche possède ou possédera dans l'avenir ;

Attendu que cet acte est conçu dans les formes usuelles des Traités politiques, et qu'il est signé par les plénipotentiaires des deux Souverains, en vertu de procurations régulières ;

Qu'il réunit donc, ainsi que la cour d'appel l'a reconnu, tous les éléments essentiels d'un véritable Traité public, et qu'il est placé, comme tel, sous la protection du Droit des Gens ;

Attendu qu'à des degrés divers le Droit des Gens forme partie du Droit respectif des Nations ;

Que ce principe est si vrai que Blackstone déclarait que la Loi des Nations, c'est-à-dire le Droit des Gens, quand il s'élève une question qui est de son ressort, doit, en Angleterre, être adopté dans toute sa plénitude par la loi commune et être regardé comme faisant partie de la loi du pays ;

Que, de même, aux États-Unis le Droit des Gens est considéré comme formant une partie intégrante de la loi du pays, ainsi que l'attestaient déjà Thomas Jefferson et Daniel Webster, qui tous deux ont rempli les fonctions de secrétaire d'État ;

Que la Cour suprême y a placé le droit des gens coutumier au même rang que le droit des gens conventionnel, et a proclamé que les Cours fédérales doivent respecter le droit des gens comme une partie du droit national ;

Attendu que ce principe est également vrai en Belgique, et qu'au surplus l'acte du 8 août 1853 ne déroge en rien, quant au fond, au droit commun ;

*Attendu que si la Cour d'appel avait invalidé, en tout ou en partie, les clauses d'un Traité placé sous la garantie du droit des gens, elle aurait empiété sur les attributions du Pouvoir royal, ainsi que le déclare l'arrêt attaqué, et franchi les limites de sa compétence ;*

Attendu qu'il suit de ces considérations que l'arrêt attaqué n'a contrevenu ni à l'article 68 de la Constitution ni aux autres textes cités à l'appui de la première branche du deuxième moyen ».

23. Non seulement la coutume internationale s'applique dans l'ordre juridique interne mais, surtout, elle s'applique de plein droit. Elle n'est soumise à aucune forme d'approbation, contrairement à ce que l'article 167, § 2 et 3, de la Constitution de 1994<sup>123</sup> prévoit pour les traités<sup>124</sup>. La chose s'explique facilement, par la différence de nature entre la coutume et le traité, mais aussi à la lumière de la *ratio legis* de l'assentiment.

La différence de nature est évidente : le traité est une manifestation de la volonté de l'organe chargé de la conduite des affaires extérieures de l'État ; la coutume est un phénomène « spontané ». Même si certaines théories du droit international fondent la coutume sur un assentiment plus ou moins tacite des États, les modes de création de la règle sont suffisamment distincts pour justifier un traitement différencié par la Constitution. Surtout, la règle de l'assentiment parlementaire répond à un souci de l'ordre juridique belge de préserver en son sein la séparation – ou plutôt l'équilibre – des pouvoirs : il s'agit d'éviter que le Roi, en négociant les traités, n'en vienne à empiéter sur les prérogatives du législateur. Le droit international coutumier, parce qu'il ne naît pas – en tout cas pas exclusivement – du fait de l'exécutif, ne présente pas pareil risque.

24. L'application de plein droit dans l'ordre juridique belge ne se confond pas avec l'*effet direct*. L'effet direct est une caractéristique supplémentaire qui désigne les hypothèses dans lesquelles une norme de droit international attribue de manière immédiate des droits ou impose des obligations aux particuliers.

---

<sup>123</sup> Article 167 de la Constitution de 1994 :

« § 1<sup>er</sup>. Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci.

Le Roi commande les forces armées, et constate l'état de guerre ainsi que la fin des hostilités. Il en donne connaissance aux Chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'état le permettent, en y joignant les communications convenables.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi.

§ 2. Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au § 3. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment de la Chambre des représentants.

§ 3. Les Gouvernements de communauté et de région visés à l'article 121 concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Parlement. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement.

§ 4. Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, arrête les modalités de conclusion des traités visés au § 3 et des traités ne portant pas exclusivement sur les matières qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions par ou en vertu de la Constitution.

§ 5. Le Roi peut dénoncer les traités conclus avant le 18 mai 1993 et portant sur les matières visées au § 3, d'un commun accord avec les Gouvernements de communauté et de région concernés.

Le Roi dénonce ces traités si les Gouvernements de communauté et de région concernés l'y invitent. Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, règle la procédure en cas de désaccord entre les Gouvernements de communauté et de région concernés. »

<sup>124</sup> D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 305, n° 9 : « Au contraire des traités, les règles du droit international coutumier ne doivent pas faire l'objet d'un assentiment parlementaire pour faire partie de l'ordre juridique belge. Une règle de droit international coutumier (qui lie la Belgique) fait d'office partie de l'ordre juridique belge ». Pour un examen récent des règles en droit public fédéral belge v. C. BEHRENDT, « La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé », Etude, EPRS/Service de recherche du Parlement européen, mars 2020.

Hors le cas particulier du *ius cogens*, la notion est généralement invoquée en rapport avec le droit international conventionnel, spécialement en rapport avec la question de la primauté de ce dernier sur le droit interne. Il joue un rôle particulier dans le droit européen<sup>125</sup>.

<sup>125</sup> Sur les notions d'effet direct ou indirect dans le droit de l'Union européenne, v. quelques rappels ci-dessous :

a. Effet direct – Notion

« Dans son arrêt *Van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise* la Cour de justice de l'Union européenne (la Cour) consacre l'effet direct du droit de l'Union européenne (UE). Cet arrêt précise que le droit de l'UE engendre non seulement des obligations pour les États membres de l'UE, mais également des droits pour les particuliers. Les particuliers peuvent donc se prévaloir de ces droits et invoquer directement le droit de l'UE devant les juridictions nationales et européennes, indépendamment de l'existence du critère du droit national (c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de recours judiciaire en droit national).

L'effet direct revêt deux aspects: (i) un effet vertical et (ii) un effet horizontal.

(i) L'effet direct vertical joue dans les relations entre les particuliers et le pays. Cela signifie que les particuliers peuvent invoquer une disposition du droit de l'UE à l'égard de l'État.

(ii) L'effet direct horizontal joue dans les relations entre les particuliers. Cela signifie qu'un individu peut invoquer une disposition du droit de l'UE vis-à-vis d'un autre particulier.

Selon le type d'acte concerné, la Cour a accepté soit un effet direct complet (c'est-à-dire un effet direct horizontal et un effet direct vertical), soit un effet direct partiel (limité à un effet direct vertical).

b. Effet direct, droit primaire et droit dérivé

(i) *Droit primaire*

En ce qui concerne le droit primaire, la Cour a établi le principe de l'effet direct dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. Toutefois, elle a indiqué comme condition que les obligations soient précises, claires, inconditionnelles, et qu'elles ne fassent pas appel à des mesures complémentaires, de nature nationale ou européenne.

Dans l'arrêt *Becker*, la Cour refuse l'effet direct dès lors que les pays possèdent une marge de manœuvre concernant la mise en œuvre de la disposition visée et ce, aussi minime soit-elle. Dans l'arrêt *Kaefer et Procacci contre État français*, la Cour affirme que la disposition en question est inconditionnelle, car elle ne laisse aucune marge d'appréciation aux États membres et a donc un effet direct.

(ii) *Droit dérivé*

Le principe de l'effet direct concerne également les actes de droit dérivé, c'est-à-dire les actes adoptés par les institutions de l'UE, tels que les règlements, directives et décisions, qui découlent des principes et des objectifs énoncés dans les traités. Cependant, la portée de l'effet direct dépend du type d'acte.

- *Règlements*.

Les règlements ont toujours un effet direct. En effet, l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise que les règlements sont directement applicables dans les États membres. La Cour a précisé dans son arrêt *Politi/Ministero delle finanze* qu'il s'agit d'un effet direct complet.

- *Directives*.

Les directives sont des actes adressés aux États membres qui doivent être transposés en droit national. Pourtant, la Cour leur reconnaît dans certains cas un effet direct afin de protéger les droits des particuliers. Ainsi, la Cour a établi dans son arrêt *Van Duyn contre Home Office* qu'une directive a un effet direct si elle est claire, précise, inconditionnelle et si l'État membre de l'UE n'a pas transposé la directive dans les délais. Cependant, l'effet direct ne peut être que de nature verticale: les directives s'imposent aux États membres de l'UE, mais ne peuvent pas être invoquées par les États membres de l'UE contre un particulier (voir l'arrêt *Ratti*).

- *Décisions*.

Les décisions peuvent avoir un effet direct lorsqu'elles désignent un État membre comme destinataire. La Cour ne reconnaît donc qu'un effet direct vertical (arrêt *Hansa Fleisch contre Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*).

- *Accords internationaux*.

Dans son arrêt *Demirel contre Stadt Schwäbisch Gmünd*, la Cour a reconnu un effet direct à certains accords selon les mêmes critères dégagés dans l'affaire *Van Gend en Loos*.

- *Avis et recommandations*.

Les avis et recommandations ne disposent pas d'une force juridique contraignante. Par conséquent, ils n'ont pas d'effet direct. »

Arrêts cités :

Arrêt du 5 février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise, affaire 26-62, EU:C:1963:1 ; Arrêt du 10 novembre 1992, Hansa Fleisch Ernst

L'effet direct peut cependant également concerner le droit coutumier : « Dans la doctrine, on parle généralement d'effet direct de conventions, en s'attachant avant tout aux droits que les particuliers peuvent en tirer. Or il ne faut toutefois pas perdre de vue que les cours et tribunaux belges attribuent également un effet direct à d'autres normes internationales, non seulement pour reconnaître des droits aux particuliers, mais aussi pour déterminer des obligations imposées aux particuliers. Ceci est inévitable étant donné le fait que chaque droit accordé à un particulier donne lieu, directement ou indirectement, à des obligations correspondantes »<sup>126</sup>.

25. Par ailleurs, la circonstance que le droit international coutumier fasse partie de plein droit de l'ordre juridique belge n'exclut pas que les autorités belges lui procurent parfois exécution en transposant la norme internationale dans l'ordre juridique interne.

Comme le relèvent Van Eeckhoutte et Wauters, « la globalisation, ainsi que l'internationalisation et la fragmentation du droit qui en résultent, ne favorisent pas la transparence de l'arsenal législatif, bien au contraire. Pour connaître précisément leurs droits et obligations, les sujets de droit sont en effet obligés de suivre l'évolution du droit interne, européen et international. C'est dès lors en premier lieu au législateur ou à l'organe normatif compétent lui-même qu'il revient de veiller à rendre le système normatif, même international, aussi accessible que possible. L'autorité nationale devra veiller à encadrer l'exécution du droit international et du droit européen dans l'ordre juridique interne pour que l'ensemble soit le plus intelligible possible, même lorsque certains de ces droits et obligations (pouvaient) s'appliquent directement. Le législateur et l'exécutif doivent par conséquent être attentifs en permanence à ce que la législation et la réglementation internes s'accordent avec le cadre international et supranational »<sup>127</sup>.

26. Plusieurs dispositions adoptées au cours des dernières années visent à transposer le droit international coutumier dans le droit belge. Comme le note N. Angelet, ces dispositions reposent sur des procédés différents et poursuivent des objectifs qui en sont pas identiques<sup>128</sup>. L'auteur distingue deux hypothèses.

---

Mundt GmbH & Co. KG contre Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg/Demande de décision préjudicielle, introduite par Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht/Allemagne. Contrôle sanitaire - Directive 85/73/CEE Décision 88/408/CEE /Effet direct. Affaire C-156/91, EU:C:1992:423 ; Arrêt du 12 décembre 1990, Peter Kaefer et Andréa Procacci contre État français, affaires jointes C-100/89 et C-101/89, EU:C:1990:456 ; Arrêt du 30 septembre 1987, Meryem Demirel contre Stadt Schwäbisch Gmünd, affaire 12/86, ECR 1987 ; Arrêt du 19 janvier 1982, Ursula Becker contre Finanzamt Münster-Innenstadt, affaire 8/81, ECR 1982 ; Arrêt du 5 avril 1979, Ministère public contre Tullio Ratti, affaire 148/78, ECR 1979 ; Arrêt du 4 décembre 1974, Yvonne van Duyn contre Home Office, affaire 41-74, ECR 1974 ; Arrêt du 14 décembre 1971, Politi s.a.s. contre ministère des finances de la République italienne, affaire 43-71, ECR 1971.

(cons. sur <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/the-direct-effect-of-european-union-law.html>)

<sup>126</sup> D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 305, n° 18.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 310, n° 14.

<sup>128</sup> N. ANGELET, « Le pouvoir judiciaire face aux dispositions législatives incorporant des règles de la coutume internationale », *R.B.D.I.*, 2012, p. 453.

*Premier cas* : « la loi belge énonce une règle en précisant que cet énoncé trouve sa base dans le droit international et y est, ou s’y veut, conforme »<sup>129</sup>. C’est par exemple le cas de l’article 1<sup>er</sup> *bis*, § 1<sup>er</sup>, du Titre préliminaire du Code d’instruction criminelle lorsque celui-ci prévoit que « conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l’égard [...] des chefs d’État, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction ».

*Deuxième cas* : « l’intention d’incorporer une règle du droit international dans une disposition législative n’est pas explicitée dans cette disposition-même, mais ressort néanmoins des travaux préparatoires ou encore, de l’objet même de la disposition en cause »<sup>130</sup>. Plusieurs dispositions légales relèvent aujourd’hui de cette catégorie : l’article 1412<sup>ter</sup> du Code judiciaire, qui organise l’insaisissabilité « sous réserve de l’application des dispositions impératives d’un instrument supranational » des « biens culturels qui sont la propriété de puissances étrangères » lorsqu’ils « se trouvent sur le territoire du Royaume en vue d’y être exposés publiquement et temporairement » ; l’article 1412<sup>quater</sup> du Code judiciaire relatif à l’immunité d’exécution des banques centrales étrangères et des autorités monétaires internationales.

La finalité de ces diverses transpositions n’est pas toujours identique. Dans le cas de l’article 1<sup>er</sup> *bis* du Titre préliminaire du Code d’instruction criminelle, le but a été « d’assurer le respect du droit international en abrogeant une disposition qui lui est contraire »<sup>131</sup>, après que « la Belgique ait été condamnée par la Cour internationale de Justice [...] pour avoir violé l’immunité du ministre des Affaires étrangères congolais Yerodia en lui appliquant l’article 5, § 3, de la loi du 16 juin 1993 »<sup>132</sup> sur la répression des violations graves du droit international humanitaire, tel qu’en vigueur avant sa modification par la loi du 10 février 1999.

Dans le cas des articles 1412<sup>ter</sup> et 1412<sup>quater</sup> du Code judiciaire, l’intervention législative vise « à renforcer la position concurrentielle de la Belgique ou son attrait pour des activités internationales »<sup>133</sup>. Les travaux parlementaires de l’article 1412<sup>ter</sup> justifient le texte par le « fait que divers États étrangers ont fait savoir à la Belgique qu’ils ne souhaitaient plus participer à des expositions organisées en Belgique si des garanties ne p[eu]vent leur être offertes afin d’éviter que les biens culturels leur appartenant soient l’objet de saisies. Le maintien des relations internationales harmonieuses de la Belgique commande dès lors qu’une suite favorable soit donnée à ces demandes. Le projet de loi [...] entend répondre à cette préoccupation »<sup>134</sup>. La même logique a présidé à l’adoption de l’article 1412<sup>quater</sup><sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 454.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., s.o. 2003-2004, n° 1051/001, p. 4.

<sup>135</sup> N. ANGELET, *op. cit.*, p. 454 : « Au regard de son but concret de renforcer la position concurrentielle de la Belgique vis-à-vis des opérateurs financiers, l’on comprend toutefois qu’il s’agit d’augmenter la visibilité de la règle sur les marchés internationaux plutôt que sa connaissabilité pour les tribunaux ou les justiciables. Dans un monde concurrentiel, la sécurité juridique *must be seen to be done* ».

### **Paragraphe 3.- Domaines d'application**

27. Si l'arrêt précité de 1906, présenté comme fondateur, est plus ambivalent qu'il n'y paraît, il n'en reste pas moins que le principe de l'application du droit international coutumier dans l'ordre juridique belge est parfaitement exact. L'examen de la jurisprudence de la Cour l'établit sans ambages.

Dans sa contribution aux *Mélanges Ganshof van der Meersch*, qui couvre la période de 1830 à 1976, Jean Salmon répartit en huit catégories les diverses applications du droit coutumier international par les tribunaux belges. Cette classification reste, pour l'essentiel, pertinente.

Une *première catégorie* regroupe l'ensemble des cas où la coutume internationale est évoquée dans le cadre de l'appréciation de la compétence du tribunal ou de la recevabilité de l'action portée devant lui. La coutume internationale peut en effet faire obstacle à l'action, comme lorsqu'elle reconnaît une immunité au profit d'un État ou d'un de ses représentants<sup>136</sup>. Elle peut aussi, au contraire, justifier la recevabilité d'une action dont on conteste qu'elle puisse être portée devant les tribunaux : ce fut le cas dans un certain nombre de dossiers où la coutume internationale fut invoquée pour justifier le droit d'action des étrangers devant les tribunaux belges, pour la garantie de droits ordinaires<sup>137</sup>.

Un *deuxième catégorie* reprend tous les litiges où s'est posée la question de la délimitation du territoire belge. Cette question est naturellement tranchée à l'aune du droit international. Plusieurs arrêts de la Cour concernent le territoire maritime<sup>138</sup> ; d'autres ont trait au territoire terrestre<sup>139</sup>, notamment dans un contexte de succession d'États<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> J. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », *loc. cit.*, p. 222, renvoyant naturellement au célèbre arrêt du 11 juin 1903 (*Pas.*, 1903, I, p. 204 et les conclusions du premier avocat général TERLINDEN), mais aussi à l'arrêt du 23 novembre 1939 (*Pas.*, 1939, I, p. 487) et à trois arrêts relatifs aux immunités diplomatiques, à une époque où celles-ci n'étaient pas encore codifiées par traité. Il s'agit des arrêts des 24 mai 1897 (*Pas.*, 1897, I, p. 198), 23 mai 1898 (*Pas.*, 1898, I, p. 202) et 20 septembre 1937 (*Pas.*, 1937, I, p. 239).

<sup>137</sup> On vise ici l'action visant à la protection des droits ordinaires, comme par exemple le droit de propriété, et non pas des droits que les étrangers tireraient directement du droit international (voir *infra*). La question a pu se poser en raison des termes des articles 11 et 13 du Code civil originel. L'article 11 du Code civil de 1804 prévoyait en effet que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». L'article 13 prévoyait quant à lui que « l'étranger qui aura été admis par l'autorisation de l'Empereur à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider ».

Plusieurs arrêts de la Cour ont considéré que l'étranger – ou l'apatride – puisse directement dans la coutume internationale certain droit d'agir en garantie de ses droits, ces deux dispositions du Code civil ne le lui enlevant pas. Voy. Cass. 12 mars 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 332 ; Cass. 3 août 1848, *Pas.*, 1848, I, p. 358 ; Cass. 1<sup>er</sup> octobre 1880, *Pas.*, 1880, I, p. 292 ; Cass. 21 avril 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 338. Comp. pour une personne morale : Cass. 8 février 1849, *Pas.*, 1849, I, p. 240.

<sup>138</sup> Cass. 10 mai 1906, *Pas.*, 1906, I, p. 220 ; Cass. 23 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 374.

<sup>139</sup> Cass. 1<sup>er</sup> février 1923, *Pas.*, 1923, I, p. 179 (trois arrêts), sur l'extraterritorialité des locaux diplomatiques ; Cass. 6 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 23, sur les conséquences de l'occupation du territoire.

<sup>140</sup> Cass. 16 juin 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 268 ; Cass. 26 janvier 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 52.

Une *troisième catégorie* comprend l'ensemble des applications concrètes « du principe que la souveraineté des États est limitée à leur territoire »<sup>141</sup>. Il paralyse notamment l'effet des mesures de nationalisation des États étrangers sur les biens situés en Belgique<sup>142</sup>.

Un *quatrième domaine* d'application de la coutume est lié à l'appréciation des conditions d'existence ou d'opposabilité des États ou gouvernements étrangers. La Cour s'est notamment prononcée sur les conditions de l'action en justice, en Belgique, d'un État étranger<sup>143</sup>.

Une *cinquième catégorie* regroupe toutes les hypothèses où l'application d'une disposition légale belge est subordonnée à la réunion de conditions qui doivent être appréciées en fonction de concepts propres au droit international. L'exemple que l'on cite généralement est celui de l'utilisation de la notion de « violation des lois et coutumes de la guerre » qui a été au cœur de deux arrêts de la Cour au sortir de la deuxième guerre mondiale<sup>144</sup>.

Le *sixième domaine* où les tribunaux ont été appelés à faire application la coutume internationale est celui des successions d'États, spécialement quant à savoir si un État est tenu par les actes d'un État prédécesseur<sup>145</sup>. Les principes de succession d'États ont également été parfois utilisés pour déterminer la nationalité d'un individu<sup>146</sup>.

Forment un *septième domaine* d'application de la coutume les questions relatives à l'existence et aux effets des traités, « indépendamment de l'assentiment qui est donné par les Chambres et de l'acte par lequel le consentement de la Belgique à être lié est donné par le Roi (ratification, adhésion, ...) »<sup>147</sup>.

Enfin, un *huitième domaine* regroupe toutes les hypothèses où certains justiciables invoquent un droit subjectif qu'ils tiendraient directement du droit international. L'hypothèse recoupe en partie d'autres catégories<sup>148</sup>.

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 231. Voy. Cass. 10 septembre 1869, *Pas.*, 1869, I, p. 480 ; Cass. 9 mars 1871, *Pas.*, 1871, I, p. 72 ; Cass. 21 mars 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 72.

<sup>142</sup> Cass. 2 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1138 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 446 et la note V. GOTHOT, « L'ordre public international et l'application des lois politiques étrangères ».

<sup>143</sup> Cass. 8 février 1849, *Pas.*, 1849, I, p. 240 ; Cass. 20 mars 1902., *Pas.*, 1902, I, p. 181.

<sup>144</sup> Cass. 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 506 ; Cass. 27 novembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 180.

<sup>145</sup> Sur la succession à la législation : Cass. 31 octobre 1831, *Pas.*, 1931, I, p. 280 ; sur la succession aux traités : Cass. 17 avril 1840, *Pas.*, 1839-1840, I, p. 369 ; sur la succession aux dettes d'emprunt : Cass. 30 janvier 1837, *Pas.*, 1837-1838, I, p. 27 et Cass. 2 mai 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 301 ; sur la succession aux dettes extra-contractuelles : Cass. 12 mars 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 58, à comparer avec Cass. 26 mai 1966 (première espèce), *Pas.*, 1966, I, p. 1211 ; sur la succession dans l'obligation au paiement des pensions : Cass. 5 janvier 1850, *Pas.*, 1850, I, p. 228, à comparer avec Cass. 26 mai 1966 (deuxième espèce), *Pas.*, 1966, I, p. 1214)

<sup>146</sup> Voy. les références citées par J. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », *loc. cit.*, p. 230-231.

<sup>147</sup> J. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », *loc. cit.*, p. 240, qui renvoie à Cass. 17 avril 1840, *Pas.*, 1839-1840, I, p. 369 ; Cass. 19 mars 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 122 ; Cass. 13 février 1911, *Pas.*, 1911, I, p. 126 ; Cass. 3 mars 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 137.

<sup>148</sup> J. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », *loc. cit.*, p. 242-243.

28. Au classement par matière que retient Jean Salmon, on peut en superposer un autre qui prend en compte la nature immédiate ou non de l'application du droit international coutumier. Les hypothèses envisagées se répartissent en effet en trois catégories distinctes<sup>149</sup>.

La *première catégorie* est celle où le juge belge fait directement application de la coutume internationale *en tant que telle*, parce qu'une des parties qui comparaît devant lui prétend trouver dans cette coutume un droit qu'elle veut faire respecter.

Elle s'oppose aux *deux autres catégories* où le droit coutumier international n'est envisagé qu'au titre de l'examen des conditions d'application de la loi belge, soit que celle-ci fasse référence au droit international, soit qu'une question de droit international doive être réglée de manière préjudicielle, avant que le juge ne puisse faire application de la loi belge.

Cette typologie présente un intérêt particulier du point de vue de la procédure de cassation. En effet, historiquement, les moyens qui critiquent l'application directe de la coutume internationale par le juge du fond se sont heurtés à certains obstacles liés à la nature du contrôle exercé par la Cour. On y reviendra plus loin.

## **Section 2. – La primauté sur la norme interne**

### **Paragraphe 1<sup>er</sup>.- Position traditionnelle**

29. Paradoxalement, la transposition du droit international coutumier dans le droit interne, souvent commandée par un souci de sécurité juridique, suscite parfois à son tour des interrogations quant à la sécurité qu'elle offre aux justiciables. La source du problème est l'éventuelle inadéquation entre la norme internationale transposée et le texte belge qui la transpose. En pareil cas, laquelle des deux règles doit-prévaloir ?

Cette question renvoie à celle de l'éventuelle primauté du droit coutumier international sur le droit interne qui lui est contraire.

30. On sait que l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 consacre le principe selon lequel « lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit international conventionnel, ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, et une norme de droit interne, la règle établie par le traité doit prévaloir, la prééminence de celle-ci résultant de la nature même du droit international conventionnel »<sup>150</sup>.

Pris isolément, cet arrêt ne peut être interprété ni *a contrario*, ni *a pari*. Rien ne permet de penser que la Cour aurait considéré que la primauté ne bénéficie ni au droit international autre que conventionnel, ni au droit dépourvu d'effet direct. Inversement, rien ne permet de considérer que cette décision doive être interprétée de manière analogique et, partant, qu'on puisse soutenir que la primauté concernerait d'autres hypothèses que celle visée

<sup>149</sup> Voy. F. RIGAUX, « Le droit international et le droit étranger à la Cour de cassation », *R.B.D.I.*, 1967, p. 52.

<sup>150</sup> Cass. 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886 et les conclusions procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH.

spécialement par l'arrêt. Pour le dire autrement, la Cour ne s'est pas prononcée sur ces questions qui sont donc restées ouvertes.

31. Si l'on examine la jurisprudence antérieure à 1971, on trouve des éléments contradictoires. On a déjà cité plus haut l'arrêt de la Cour du 25 janvier 1906 relatif à la succession de la Reine Marie-Henriette<sup>151</sup>. Ce dernier a semblé accréditer l'idée d'une primauté du droit international coutumier sur le droit interne belge<sup>152</sup>.

Un arrêt ultérieur a cependant expressément affirmé le contraire<sup>153</sup>. L'arrêt *Pittacos* du 26 mai 1966 concernait une dette relative à des faits s'étant déroulés au Congo belge dont le demandeur soutenait qu'elle était à charge de l'État belge, malgré l'indépendance intervenue entre-temps. Pour rejeter cette prétention, l'arrêt attaqué avait considéré « qu'en vertu des principes coutumiers du droit international public auxquels les tribunaux belges doivent avoir égard lorsque ces principes, comme en la présente espèce, s'accordent avec le droit interne, l'équité, qui est à la base de ces principes, ne commanderait pas que la dette d'indemnité dont litige soit à charge de l'État belge, et que n'ayant pas été sans contrepartie pour le territoire de l'ancienne colonie, cette dette constitue, selon la terminologie du droit international public, une dette "localisée", laquelle, suivant la règle propre de ce droit, ne grève pas l'État démembré »<sup>154</sup>.

Le moyen pris par le demandeur faisait valoir, dans une seconde branche, que « les principes du droit international public précisés et appliqués par l'arrêt attaqué ne s'accordent aucunement [...] » et « qu'il est inexact et contradictoire d'affirmer cette concordance et de considérer en même temps que, l'équité, fondement de ces principes, ne commanderait point en la cause que la dette d'indemnité dont litige soit à charge de l'État démembré, c'est-à-dire l'État belge, ou que cette dette, parce qu'elle n'aurait pas été sans contrepartie pour le territoire de l'ancienne colonie, constituerait, selon la terminologie et la règle propre du droit international public, une dette "localisée" qui ne grève pas l'État démembré, ce qui, dans l'un et l'autre cas, ne se concilie pas avec la loi belge qui impose à l'État, à l'égal des particuliers, de réparer personnellement les dommages causés par la faute de ses organes ou par les personnes dont il doit répondre, et de prouver, s'il se prétend libéré, le fait qui a produit l'extinction de son obligation, ce pourquoi les prétendues raisons d'équité, appréciées par le juge, sont inadéquates et inopérantes »<sup>155</sup>. Le moyen en déduisait la violation d'une série de dispositions de droit interne<sup>156</sup>.

Pour rejeter ce grief, la Cour a considéré :

<sup>151</sup> Cass. 25 janvier 1906, *Pas.*, 1906, p. 95 et les conclusions du procureur général JANSSENS.

<sup>152</sup> En ce sens, J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 455 ; M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 167.

<sup>153</sup> Cass. 26 mai 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1211 (première espèce) et p. 1214 (deuxième espèce).

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 1212.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 1213.

<sup>156</sup> Violation des articles 1<sup>er</sup>, 11, 92 et 97 de la Constitution de 1831, des articles 2, 6 et 259 de la loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, des articles 1234, 1315, 1382, 1383 et 1384 du Code civil, des articles 132, 197, 258, 259 et 260 du livre premier du Code civil mis en vigueur au Congo par décret du 30 juillet 1888, et de l'article 1<sup>er</sup> dudit décret.

« Attendu qu'à supposer quelque éventuelle contradiction entre le droit interne, qui règle les litiges nés, comme en l'espèce, entre un particulier et l'État belge, et les principes coutumiers du droit international public en matière de succession d'États, qui gouvernent les relations entre États, encore serait-il que ces derniers principes ne sauraient faire échec à l'application du premier ; que la solution imposée par celui-ci rend surabondantes les considérations de l'arrêt ayant pour objet les principes du droit international public et que le moyen, en tant qu'il s'y attaque, est non recevable à défaut d'intérêt »<sup>157</sup>.

### **Paragraphe 2.- Évolution récente**

32. En rapprochant l'arrêt *Pittacos* de l'arrêt *Le Ski*, on a pu, pendant plusieurs années, soutenir que la portée de ce dernier devait être limitée au droit conventionnel ayant un effet direct. Cette solution est aujourd'hui contestée à la lumière de l'arrêt de la Cour du 12 février 2003<sup>158</sup>.

Pour comprendre les faits à la base de cet arrêt, il convient de rappeler brièvement le contexte législatif de l'époque.

Le 16 juin 1993, le législateur belge a adopté une loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977. L'objectif de cette loi, comme l'indique son intitulé, était d'assurer l'exécution d'obligations résultant du droit conventionnel, même si, par certains aspects, elle semblait aller au-delà de ce que requéraient les Conventions du 12 août 1949.

Parmi les dispositions de cette loi, son article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, prévoyait que « les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises ».

Cette disposition, dite de « compétence universelle », a fini par donner à la loi sa dénomination courante, qu'elle a d'ailleurs conservé lorsque la loi du 10 février 1999 a étendu son domaine, au-delà des crimes de guerre, pour la rendre applicable aux violations graves du droit international humanitaire, ces dernières incluant, outre les crimes de guerre déjà visés depuis 1993, le génocide et les crimes contre l'humanité<sup>159</sup>.

En 2001, se prévalant de ce dispositif législatif, plusieurs personnes, pour l'essentiel des résidents du Moyen-Orient, ont porté plainte et se sont constituées parties civiles en Belgique contre le premier ministre israélien en exercice, ainsi que contre un haut-fonctionnaire du ministère de la Défense de l'État d'Israël. Les plaignants imputaient aux accusés des faits de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, en l'occurrence des massacres commis, en septembre 1982, dans les camps de réfugiés palestiniens de Sabra et Chatila. La

<sup>157</sup> *Pas.*, 1966, I, p. 1214.

<sup>158</sup> Cass. 12 février 2003, RG P.02.1139.F, *Pas.* 2003, n° 98 et les conclusions du procureur général DU JARDIN ; *J.T.*, 2003, p. 243 et la note P. D'ARGENT, « Monsieur Sharon et ses juges belges ».

<sup>159</sup> Voy. par ex. P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *J.T.*, 1999, p. 550 ; P. KLEIN, « Les prétentions des États à la mise en œuvre "unilatérale" du droit international », *R.B.D.I.*, 2010, p. 141.

plainte visait les accusés en raison de leurs responsabilités respectives à l'époque, le premier ministre étant alors ministre de la Défense, tandis que le haut-fonctionnaire commandait une division de l'armée israélienne stationnée à proximité des camps concernés.

Saisie par le procureur général près la cour d'appel de Bruxelles d'une procédure d'examen de la régularité des poursuites – sur la base de l'article 136*bis*, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle –, la chambre des mises en accusation de ladite cour a considéré, dans un arrêt du 26 juin 2002, que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des faits de la cause. Elle a cependant jugé que les poursuites sont irrecevables, dès lors que l'article 12 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, auquel il n'est pas dérogé par la loi de compétence universelle, exige la présence de l'accusé sur le territoire en cas d'infraction commise à l'étranger.

Le raisonnement, que la chambre des mises en accusation avait déjà exposé dans un arrêt du 16 avril 2002<sup>160</sup>, a donc consisté à considérer que la compétence universelle n'est pas un mécanisme autonome, dès lors que la loi du 16 juin 1993 ne fait pas explicitement mention du fait qu'elle déroge à la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

L'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2003 statue sur le pourvoi formé par plusieurs parties civiles. Il casse l'arrêt de la chambre des mises en accusation en ce que celui-ci a déclaré irrecevables les poursuites contre le haut fonctionnaire. En effet, l'interprétation que le juge du fond a donnée de la loi du 16 juin 1993 apparaît inexacte<sup>161</sup>.

Par contre, en ce qu'il est dirigé contre la décision relative aux poursuites visant le premier ministre israélien, l'arrêt rejette le pourvoi, malgré que cette décision soit entachée de la même illégalité que celle sur les poursuites contre le haut fonctionnaire. La Cour considère en effet que cette décision est légalement justifiée par un motif de droit qu'elle substitue à celui retenu par l'arrêt attaqué.

L'arrêt relève tout d'abord « qu'il ressort des constatations de l'arrêt que les demandeurs se sont constitués parties civiles notamment contre le défendeur du chef de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, alors qu'au moment où ils ont entendu mettre ainsi l'action publique en mouvement, le défendeur avait la qualité de premier ministre d'un État étranger, fonction qui était toujours la sienne au moment où l'arrêt attaqué fut rendu ».

Il considère, en droit, que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales

---

<sup>160</sup> Dans l'affaire dite du *mandat d'arrêt* (ou *Yerodia*, du nom d'un des protagonistes), qui a elle-même donné lieu à un arrêt de la C.I.J. du 12 février 2002, sur l'immunité d'un ministre en exercice de la république démocratique du Congo.

<sup>161</sup> L'arrêt de la Cour indique à ce propos « qu'étrangers au contenu du chapitre II du titre préliminaire du Code de procédure pénale, les crimes de droit international visés par la loi du 16 juin 1993, modifiée par celle du 10 février 1999, ne constituent pas des infractions pour la poursuite desquelles la loi requiert, lorsqu'elles ont été commises en dehors du territoire, que l'inculpé ait été trouvé en Belgique ».

contraires s'imposant aux États concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ».

Puis il vérifie s'il n'est pas dérogé à cette règle coutumière par une convention, ce qui n'est pas le cas<sup>162</sup>.

Enfin, il examine l'articulation de la coutume qu'il vient de rappeler avec la loi belge, et considère « que, sans doute, aux termes de l'article 5, § 3, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de ladite loi ». Il ajoute que « toutefois, cette règle de droit interne contreviendrait au principe de droit pénal coutumier international précité si elle était interprétée comme ayant pour objet d'écarter l'immunité que ce principe consacre ». Il en déduit « que ladite règle ne peut donc avoir cet objet mais doit être comprise comme excluant seulement que la qualité officielle d'une personne puisse entraîner son irresponsabilité pénale à raison des crimes de droit international énumérés par la loi ».

Les poursuites sont dès lors, en toute hypothèse, irrecevables en qu'elles visent le premier ministre en exercice, et les moyens critiquant la légalité des motifs au soutien de la décision statuant en ce sens sont dépourvus d'intérêt.

33. Pour certains, l'arrêt du 12 février 2003 établit le principe d'une primauté du droit international coutumier sur le droit interne.

Bossuyt et Wouters écrivent ainsi : « Het instrument van de volkenrechtconforme interpretatie, zoals toegepast in het arrest Sharon, gaat evenwel nog een stap verder en overschrijdt duidelijk de grenzen van een interpretatieregule. Immers, er kan weinig twijfel over bestaan dat de tekst van art. 5, § 3, van de voormalige "Genocidewet" duidelijk was. Overeenkomstig deze bepaling stonden immuniteiten de toepassing van de wet en bijgevolg

---

<sup>162</sup> « Attendu que, certes, l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose que les personnes ayant commis un des actes qu'elle incrimine seront punies sans avoir égard à leur qualité officielle ;

Que, toutefois, l'article VI de la même convention ne prévoit la poursuite de ces personnes que devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant la Cour criminelle internationale ;

Qu'il ressort de la combinaison de ces deux dispositions que l'immunité de juridiction est exclue en cas de poursuite devant les juridictions identifiées à l'article VI précité mais ne l'est pas lorsque la personne accusée est traduite devant les tribunaux d'un État tiers s'attribuant une compétence que le droit international conventionnel ne prévoit pas ;

Attendu que, par ailleurs, l'article 27.2 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dispose que les immunités qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas ladite Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ;

Que cette disposition ne porte dès lors pas davantage atteinte au principe de droit pénal coutumier international relatif à l'immunité de juridiction lorsque la personne protégée est poursuivie, comme en l'espèce devant les juridictions nationales d'un État s'attribuant une compétence universelle par défaut ;

Attendu qu'enfin, les Conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi que les Protocoles I et II additionnels à ces conventions ne contiennent aucune disposition faisant obstacle à l'immunité de juridiction dont le défendeur peut se prévaloir devant les juridictions belges. »

de strafrechtelijke vervolging wegens genocide, misdaden tegen de mensheid en oorlogsmisdaden niet in de weg. De toepassing die het Hof van Cassatie aan de voormelde bepaling geeft, is *contra legem*. Het gaat derhalve niet om een toepassing van de leer van volkenrechtconforme interpretatie, maar eerder om een *de facto* toepassing van de leer van het arrest *Le Ski*, uitgebreid tot gewoonterechtelijke normen. In de "interpretatie" die het Hof van Cassatie geeft, wordt de voornoemde bepaling immers buiten toepassing verklaard voor zover dit in strijd is met een regel van internationaal gewoonterecht inzake immuniteiten. Bovendien kan er op worden gewezen dat de Belgische hoven en rechtbanken steeds hebben erkend dat particulieren zich op de gewoonterechtelijke regels inzake immuniteiten kunnen beroepen. Het arrest Sharon wijst er bijgevolg op dat het internationaal gewoonterecht voorrang heeft op de Belgische wet »<sup>163</sup>.

Angelet ne dit pas autre chose : « Il ne fait guère de doute qu'en interprétant l'article 5, § 3, comme elle le fait, la Cour de cassation a recours à une fiction juridique. Affirmant procéder à une interprétation conforme, la Cour fait dire à la disposition législative ce que, manifestement, elle ne dit pas. Ce recours à la fiction juridique a deux implications, apparemment contradictoires. D'une part, la Cour consacre, de façon implicite mais certaine, la primauté de la coutume internationale sur la loi interne. Sans cette primauté, le recours à la fiction juridique n'aurait pas eu de raison d'être. D'autre part cependant, alors même qu'il résultait de l'*Affaire du mandat d'arrêt* que la Belgique violait le droit international des immunités, la Cour de cassation fait preuve de respect pour le rôle du législateur en la matière. Plutôt que d'écarter d'un revers de main l'article 5, § 3, comme contraire à la coutume internationale, la Cour de cassation a recours à une fiction juridique pour sauver les apparences de la conformité de l'article 5, § 3, au droit international »<sup>164</sup>.

D'autres auteurs sont plus nuancés : « L'immunité coutumière de juridiction de M. Sharon affirmée, la Cour de cassation dut encore la concilier avec l'article 5, § 3, de la loi du 16 juin 1993 [...]. Une voie aurait été, moyennant l'affirmation de son caractère directement applicable, de faire primer la règle coutumière sur la disposition légale contraire. L'arrêt aurait apporté un beau complément à la jurisprudence *Le Ski*, formellement limitée à la primauté du droit conventionnel directement applicable sur la loi. Ce n'est pas cette voie que la Cour de cassation a choisie. Il n'est pas sûr qu'il faille le regretter, l'immunité étant d'ailleurs plus une obligation que les juridictions du for doivent respecter qu'un droit du représentant étranger mis en cause devant elles. C'est en appliquant une exigence d'interprétation visant à concilier le texte de la disposition légale avec la règle internationale que la Cour de cassation parvient à réduire leur opposition apparente, rendant inutile tout argument de primauté »<sup>165</sup>.

<sup>163</sup> M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 168. Voy. également D. VAN ECKHOUTTE et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 322, n° 24 ; également p. 314, n° 16 : « Dans l'arrêt Sharon, la Cour de cassation attire l'attention sur l'importance de l'interprétation conforme au droit international. La Cour précise également que les juridictions nationales sont tenues de conformer leur interprétation au droit international et donne dès lors à cet instrument une portée très large. Eu égard au texte clair de la loi, il fallait cependant y voir une interprétation *contra legem*, affectant par conséquent le principe de sécurité juridique. On peut alors se demander s'il n'y a pas eu plutôt, en l'occurrence, une application *de facto* de l'exception d'irrégularité ».

<sup>164</sup> N. ANGELET, *op. cit.*, p. 458.

<sup>165</sup> P. D'ARGENT, « Monsieur Sharon et ses juges belges », note sous Cass. 12 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 251.

Cette dernière analyse est sans nul doute plus conforme à ce que l'arrêt décide. Ceux qui y lisent la consécration de la primauté du droit coutumier international sur la loi belge n'arrivent à cette conclusion que parce qu'ils affirment l'existence d'une contrariété entre la loi et la coutume, contrariété que l'arrêt exclut précisément. C'est là toute l'ambiguïté de la technique de l'interprétation conforme : présentant la possibilité d'une contrariété entre deux normes, elle s'épargne la difficulté de devoir les départager en leur attribuant un sens qui permet de les concilier. Et puisque le conflit de normes ne s'est pas posé, il est impossible de savoir comment il aurait été résolu s'il avait fallu le trancher. Ceci étant, on ne disconvient pas de ce que le recours à l'interprétation conforme, dans un contexte où la Cour a auparavant indiqué que le droit coutumier international cède devant le droit interne écrit, est un indice sérieux de ce que la Cour a abandonné la solution de l'arrêt *Pittacos*<sup>166</sup>.

34. On remarquera qu'en toute hypothèse, les commentateurs de l'arrêt du 12 février 2003, indépendamment des divergences d'analyse, semblent tous considérer que l'effet direct de la coutume est ou serait une condition de sa primauté éventuelle.

On vient de le voir, D'Argent relève que « l'immunité [est] [...] plus une obligation que les juridictions du for doivent respecter qu'un droit du représentant étranger mis en cause devant elles », ce qui semble exclure l'effet direct de la règle coutumière, et paraît constituer une des raisons pour lesquelles cet auteur exclut que l'arrêt du 12 février 2003 ait fait application du principe de primauté<sup>167</sup>.

A l'inverse, Van Eeckhoutte et Wouters, qui voient dans l'arrêt une extension au droit coutumier de la règle de l'arrêt *Le Ski*, insistent sur le fait que cette extension vise une règle coutumière d'effet direct : « signalons également que les cours et tribunaux belges ont toujours attribué un effet direct aux règles coutumières en matière d'immunités internationales et que la primauté, sur les normes internes, du droit coutumier international d'effet direct trouve un appui général dans la doctrine belge. Nous nous permettons, par conséquent, d'en conclure que l'arrêt *Sharon* confère au droit coutumier international d'effet direct la primauté sur le droit interne belge »<sup>168</sup>.

D'autres auteurs encore, mais qui ne commentent pas directement l'arrêt du 12 février 2003, considèrent que les règles coutumières d'immunités n'ont pas d'effet direct. Ils considèrent néanmoins qu'elle devraient malgré tout primer sur le droit belge contraire, dès lors que l'effet direct ne serait pas – ou ne devrait plus être – à leurs yeux une condition de la primauté, à tout le moins lorsque cette dernière est invoquée par un État étranger, une organisation internationale ou un de leurs organes.<sup>169</sup> L'analyse ne paraît toutefois pas fondamentalement différente de celle des autres auteurs ; elle retient une définition particulièrement fine de

<sup>166</sup> Comp. M. LEMAL, « Le moyen déduit de la violation de la coutume internationale », dans *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 1587 : « [l'arrêt] consacre la primauté de cette règle coutumière sur une disposition de droit interne auquel il applique le principe d'interprétation conforme ».

<sup>167</sup> P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 251.

<sup>168</sup> D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 322, n° 24.

<sup>169</sup> F. DOPAGNE, « L'effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge ? », *R.B.D.I.*, 2012, p. 463.

l'effet direct et en neutralise les conséquences potentielles en définissant le champ d'application de la primauté de manière à lui conserver son domaine initial<sup>170</sup>.

### CHAPITRE III. – La coutume internationale dans la procédure de cassation

#### *Section 1<sup>ère</sup>. – Le moyen fondé sur la violation de la coutume*

##### *Paragraphe 1<sup>er</sup>.- Position traditionnelle*

35. Aux termes de l'article 147 de la Constitution, il y a pour toute la Belgique une Cour de cassation. Cette Cour ne connaît pas du fond des affaires. L'article 608 du Code judiciaire dispose que la Cour de cassation connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité.

On considérait traditionnellement que ces deux limites à l'office de la Cour l'empêchaient de connaître d'un moyen pris de la violation de la coutume internationale. Telle était en tout cas la solution retenue par un arrêt du 21 janvier 1848 qui, en réponse à un moyen puisé « dans la violation des principes du droit des gens et dans la fausse application de l'article 12 du traité du 9 juillet 1831 et de l'annexe de l'article 8 du traité du 31 mai 1815 », affirme que « la violation des principes du droit des gens ne peut donner ouverture à cassation que pour autant qu'ils soient consacrés par un texte de loi cité à l'appui de la requête »<sup>171</sup>.

Citant Henri Simont, Salmon relève à ce propos : « Protectrice de la loi nationale dans le sens du droit écrit, la Cour, expliquait la doctrine, ne pouvait accueillir aucun moyen déduit de la violation "d'une maxime juridique, d'un principe de droit des gens et de droit international privé ou d'une disposition de la loi étrangère, lorsque leur méconnaissance n'entraîne aucune violation de la loi belge..." »<sup>172</sup>.

Cette solution a perduré puisque, en 1967, Rigaux écrivait encore : « sont, en revanche, soustraites au contrôle de légalité, les sources de droit non écrites, tels un principe de droit international non consacré par un texte de loi, la coutume internationale, "les règles non écrites de droit international privé" »<sup>173</sup>.

36. Un contrôle de la Cour n'était toutefois pas totalement exclu. Simplement, ce contrôle ne pouvait s'exercer que de manière médiate, par le truchement d'une disposition de droit interne.

<sup>170</sup> Comme le relèvent justement D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 323, n° 24, note 70 qui écrivent : « Selon F. Dopagne, les normes internationales sur les immunités n'ont pas d'effet direct (comme l'immunité n'est pas un droit qui a un particulier comme titulaire), mais il arrive – plus ou moins – au même résultat en écartant l'exigence d'effet direct pour une norme invoquées par un "État étranger, une organisation internationale ou leur organe" (donc une forme d'application immédiate en droit interne) ».

<sup>171</sup> Cass. 21 janvier 1848, *Pas.*, 1848, I, p. 277.

<sup>172</sup> J. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », *loc. cit.*, p. 253, citant H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Paris-Bruxelles, 1933, p. 205, n° 202.

<sup>173</sup> F. RIGAUX, « Le droit international et le droit étranger à la Cour de cassation », *R.B.D.I.*, 1967, p. 54, n° 7.

Comme le relève Rigaux, « les solutions exposées dans le paragraphe précédent appartiennent au droit positif belge mais, en ce qui concerne les sources de droit dont la Cour de cassation s'est, jusqu'ici, refusée à censurer la violation, le moyen n'est irrecevable que s'il est *directement* pris de la transgression de la règle de droit non nationale mal appliquée par le juge du fond au litige dont il est saisi. En revanche, il arrive que le principe de droit international ou la règle de droit étranger interviennent comme *condition d'application* de la disposition de la loi belge, appliquée par le juge aux faits de la cause. Dans ce cas, le moyen est recevable s'il est fondé sur la transgression de la loi belge elle-même »<sup>174</sup>.

C'est ce qui explique que, malgré les limites que la Cour avait posées, l'on a pu trouver dans sa jurisprudence ancienne des arrêts déterminant la portée de telle ou telle règle de droit international coutumier<sup>175</sup>.

### **Paragraphe 2.- Evolution récente – La coutume internationale dans l'arsenal juridique de la Cour**

37. L'arrêt du 12 mars 2001<sup>176</sup> a marqué un important revirement de jurisprudence. La Cour y a en effet admis qu'il est en son pouvoir de connaître d'un moyen directement pris de la violation d'une règle coutumière internationale.

L'affaire, un litige de droit du travail, opposait la Ligue des États arabes et un de ses employés. L'arrêt attaqué ayant refusé de considérer que la Ligue bénéficiait de l'immunité de juridiction, celle-ci s'était pourvue en cassation et avait fait valoir, dans la deuxième branche de son premier moyen, que « l'immunité de juridiction des organisations internationales est consacrée par un principe général du droit international public, lequel constitue une source formelle obligatoire des règles du droit international public, notamment aux termes de l'article 38, 1, c), du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945, approuvé par la loi belge du 14 décembre 1945 ». Elle en déduisait « qu'en refusant de reconnaître à la demanderesse l'immunité de juridiction invoquée par elle », l'arrêt a violé ce principe général du droit.

Pour rejeter ce grief, la Cour considère « qu'il n'existe pas de principe général du droit international public, au sens de l'article 38, 1, c), du Statut de la Cour internationale de justice signé à San Francisco le 26 juin 1945 et approuvé par la loi du 14 décembre 1945, qui consacre l'immunité de juridiction des organisations internationales à l'égard des États qui les ont créées ou reconnues »<sup>177</sup>.

38. Plusieurs arrêts ultérieurs ont confirmé la recevabilité du moyen invoquant la violation directe du droit international coutumier. On passe sur l'arrêt du 12 février 2003, déjà cité, qui n'évoque la règle coutumière internationale que pour procéder à une substitution de motif permettant de déclarer le moyen irrecevable. Plus pertinent, du point de vue de la

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 55, n° 9.

<sup>175</sup> V. not. J. SALMON, op. cit., pp. 22 et s. ainsi que les arrêts examinés et cités aux notes 135 à 146.

<sup>176</sup> Cass. 12 mars 2001, RG S.99.0103.F, *Pas.*, 2001, n° 126 et les conclusions du premier avocat général LECLERCQ.

<sup>177</sup> *Ibid.*

recevabilité du grief, est l'arrêt du 22 novembre 2012 par lequel la Cour a, pour la première fois, prononcé une cassation pour violation directe de la règle coutumière internationale.

Était en cause, dans cette affaire, le recouvrement d'une dette de l'État argentin par un fonds spécialisé dans le rachat spéculatif des dettes publiques. Ce fonds, qui bénéficiait d'une renonciation de l'État argentin à son immunité d'exécution, avait saisi des biens affectés au fonctionnement d'une mission diplomatique. L'arrêt attaqué avait rejeté le recours de la république d'Argentine.

Dans son pourvoi, celle-ci se prévalait notamment de la violation d'une règle coutumière du droit international, résumée par la maxime *ne impediatur legatio*.

La demanderesse faisait ainsi valoir :

« à tout le moins, l'immunité d'exécution dont jouissent les comptes bancaires de la mission diplomatique résulte de la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio* qui vise à garantir l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques, indépendamment de l'immunité générale d'exécution dont jouissent les États étrangers.

La force obligatoire de cette coutume internationale comme source du droit international est consacrée par l'article 38, § 1<sup>er</sup>, b), du Statut de la Cour internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

Il résulte de ce qui précède que les comptes d'une mission diplomatique jouissent d'une immunité d'exécution distincte de l'immunité d'exécution des États étrangers prévue par la coutume internationale. L'article 32 de la Convention européenne sur l'immunité des États confirme le caractère distinct de l'immunité diplomatique lorsqu'il souligne qu'"aucune disposition de [cette] convention ne porte atteinte aux privilèges et immunités relatifs à l'exercice des fonctions diplomatiques et consulaires ainsi que des personnes qui y sont attachées".

Par conséquent, en l'absence d'une renonciation spécifique à l'immunité d'exécution sur les comptes bancaires des missions diplomatiques, la seule renonciation d'un État étranger à son immunité d'exécution n'implique aucune renonciation à son immunité d'exécution sur les comptes bancaires de ses missions diplomatiques ».

La Cour a accueilli ce grief. Elle considère :

« En vertu de la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio*, suivant laquelle le fonctionnement de la mission diplomatique ne peut être entravé, l'ensemble des biens de cette mission qui servent à son fonctionnement bénéficie d'une immunité d'exécution autonome, se superposant à celle de l'État accréditant.

Il s'ensuit qu'aucune saisie ou mesure d'exécution ne peut être pratiquée sur les biens affectés au fonctionnement d'une mission diplomatique, sauf si l'État accréditant consent expressément à l'adoption de mesures de contrainte pour cette catégorie de biens ou une partie de cette catégorie. [...]

L'arrêt, qui, sans constater que les sommes saisies étaient affectées à d'autres fins que le fonctionnement de la mission diplomatique de la demanderesse, décide que la renonciation générale [...] s'étend aux biens de cette mission diplomatique, y compris ses comptes bancaires, sans qu'il soit besoin d'une renonciation expresse et spéciale en ce qui concerne ces biens, viole [...] la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio* »<sup>178</sup>.

39. Plus récemment, en 2019, la Cour a rendu coup sur coup deux nouveaux arrêts statuant sur un grief pris directement de la violation du droit coutumier international en matière d'immunité de juridiction des États étrangers.

L'arrêt du 6 décembre 2019, dans une affaire opposant la Fédération de Russie à une société belge, à propos de transactions immobilières, rappelle le critère de distinction classique fondé sur l'exercice ou non, par l'État étranger, de la puissance publique.

La Cour rappelle que « l'immunité de juridiction des États est la règle de droit coutumier international qui interdit aux juridictions d'un État d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti » et que « cette règle reçoit exception lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion ».

La Cour poursuit : « pour déterminer si un acte accompli par un État l'a été dans l'exercice de la puissance publique, il convient d'avoir égard à la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli ».

Or, en l'espèce, l'arrêt attaqué a considéré « que les actes posés par la Mission permanente de la demanderesse auprès de l'Union européenne sont des actes de gestion en se fondant uniquement sur la nature ou la forme de ces actes sans examiner la qualité en laquelle la demanderesse est intervenue compte tenu du contexte dans lequel ces actes ont été accomplis ».

Il s'en déduit qu'il a violé la coutume internationale relative à l'immunité de juridiction<sup>179</sup>.

Cet arrêt doit être rapproché d'un autre, celui du 4 mars 2019, rendu dans une affaire mettant aux prises les États-Unis d'Amérique et un employé de leur ambassade en Belgique.

Comme l'arrêt du 12 mars 2001, cette décision a trait à l'immunité de juridiction dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat de travail. A la différence de ce dernier, l'employeur en litige est un État étranger, à qui le droit international coutumier octroie une immunité de juridiction, et non pas une organisation internationale dont l'immunité est, en l'état actuel du droit international, de nature purement conventionnelle.

<sup>178</sup> Cass. 22 novembre 2012, RG C.11.0688.F, *Pas.* 2012, n° 630 et les conclusions du procureur général LECLERCQ.

<sup>179</sup> Cass. 6 décembre 2019, RG C.18.0282.F, *Pas.* 2019, n° 650, [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

La Cour considère que l'arrêt attaqué n'a pas violé le droit international coutumier. Dans l'exposé des règles applicables, elle précise ce qui suit :

« 1. En vertu du droit coutumier international en matière d'immunité de juridiction tel qu'il figure également à l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, à moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État.

En vertu de ce même droit coutumier international, tel qu'il figure également à l'article 11, alinéa 2, a, de la Convention précitée, cette exception à l'immunité de juridiction ne s'applique pas si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique.

2. Il s'ensuit que, lorsqu'une affaire concerne un contrat de travail entre un autre État et une personne physique et que cet autre État se prévaut de l'immunité de juridiction, cet État ne peut invoquer cette immunité que si un certain nombre de critères sont remplis, notamment l'engagement afin de s'acquitter de fonctions particulières "dans l'exercice de la puissance publique", à savoir les "*acta iure imperii*" »<sup>180</sup>.

Ce dernier arrêt, outre qu'il confirme une nouvelle fois la recevabilité du moyen pris de la violation de la coutume internationale et illustre l'importance croissante de ces matières dans le contentieux de cassation, aborde également une autre problématique : celle de la manière dont la Cour doit procéder pour identifier la règle coutumière (nous y reviendrons ci-dessous).

40. La cause jugée par la Cour le 27 juin écoulé<sup>181</sup> est remarquable en ce qu'elle va se fonder sur le droit international coutumier pour trancher et elle le fait de façon précise, sans ambiguïté me paraît-il.

Les faits de la cause et les antécédents de la procédure, tels qu'ils résultent des pièces auxquelles la Cour pouvait avoir égard, se résument comme suit.

Le demandeur (le Royaume d'Estwani) a engagé la défenderesse, en qualité de réceptionniste et dactylographe, au sein du personnel de son ambassade en Belgique. Le litige les opposant a trait au respect, par le demandeur, des obligations lui incombant en vertu de ce contrat et de la législation belge.

Le demandeur n'a pas soutenu devant les juges du fond que les tribunaux belges sont sans juridiction pour connaître du procès.<sup>182</sup> Il a par contre affirmé, devant la cour du travail, que

<sup>180</sup> Cass. 4 mars 2019, RG S.15.0051.N, *Pas.* 2019, n° 138.

<sup>181</sup> Cass. 27 juin 2022, o.c.

<sup>182</sup> Le jugement du tribunal du travail de Bruxelles relève expressément que « la compétence du tribunal n'est pas contestée par le Royaume du Swaziland ».

l'accueil de certaines des demandes de la défenderesse violerait l'immunité de juridiction dont il bénéficie comme État étranger.

Le pourvoi du demandeur critique l'arrêt attaqué en ce qu'il fait droit à deux demandes auxquelles il opposait cette immunité.

Le demandeur, dans un premier moyen, soutient en substance que lorsqu'un État étranger commet une infraction sur le territoire d'un autre État, l'immunité de juridiction s'oppose à l'exercice de poursuites pénales à l'encontre de l'État étranger et qu'elle s'oppose également à toute action civile, fondée sur le même comportement prétendument attribuable à cet État, à l'encontre de ce même État devant les juridictions pénales ou civiles d'un autre État. Il ajoute que l'article 11 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui permet certaines actions relatives aux contrats de travail, ne déroge pas à ces principes puisqu'il n'aborde pas la question de la responsabilité de l'État étranger en raison de comportements qui pourraient entraîner des poursuites pénales et que les exceptions à l'immunité doivent être interprétées de manière restrictive.

Le parquet considère que ce moyen manque en droit car il repose tout entier sur l'affirmation qu'un État étranger, qui ne peut être poursuivi pour une infraction commise sur le territoire de l'autre État, ne peut dès lors pas davantage l'être civilement sur le même fondement délictuel.

Or, des conclusions du procureur général, suivies (implicitement) par les juges de cassation, ressort sans doute aucun que ce raisonnement ne correspond pas à l'état du droit coutumier international. De cet examen ressort que :

- 1° la règle de droit coutumier international de l'immunité des États interdit aux juridictions d'un État d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti ;
- 2° cette règle reçoit exception lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion ;
- 3° si l'action relative à un acte de gestion d'un État étranger se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction prévue par la législation de l'État dont les juridictions sont saisies, l'immunité de juridiction pénale des États étrangers s'oppose à ce que l'État étranger fasse l'objet de poursuites répressives ;
- 4° l'immunité de juridiction pénale des États étrangers ne fait pas obstacle à l'exercice contre eux d'une action civile fondée sur cette infraction ;
- 5° dans son action civile, la personne lésée peut se prévaloir de l'application de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui détermine les délais applicables à une action civile résultant d'une infraction.

Toujours en son second moyen, le pourvoi, dans une seconde branche, pour faire grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé plusieurs astreintes à charge du demandeur, soutient que le juge belge était tenu de faire application de la coutume internationale relative à l'immunité de juridiction des États, *telle que celle-ci résulte du texte des articles 18, 19, 20 et 24.1 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.*

Le demandeur n'affirme pas que ladite Convention, dont il admet qu'elle a simplement été signée par la Belgique le 22 avril 2005, sans être ratifiée, serait obligatoire dans l'ordre juridique belge. Il se borne à affirmer, en se prévalant de l'arrêt (précité) de la Cour du 4 mars 2019<sup>183</sup>, que cette Convention exprime formellement le droit coutumier international applicable. Les règles qu'elle énonce seraient donc obligatoires pour le juge belge, malgré l'absence de ratification.

Ceci lui permet d'invoquer les règles exprimées par les articles 19 et 24.1 dont il prétend qu'elles interdisaient au juge belge de le condamner sous astreinte.

A l'issue de son examen relatif à la question de savoir, si les articles 18, 19, 20 et 24.1 de la Convention précitée expriment l'état actuel de la coutume internationale en matière d'immunité d'exécution des États, le parquet estime devoir conclure que, sous réserve de l'article 19, qui se rapporte à l'*immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement*, et ne les autorisant que sous diverses conditions restrictives, le moyen, en cette branche, sur ces fondements, manque en droit.

En outre, s'il résulte aussi de cet examen que le moyen, en ce qu'il se prévaut de l'article 24.1 de la Convention du 2 décembre 2004, manque en droit, le parquet ajoute que l'on ne voit pas bien en quoi cette disposition, à supposer qu'elle ait constitué l'état de la coutume, aurait pu interdire à la cour du travail d'assortir d'une astreinte les condamnations qu'elle prononce.

L'article 24.1 dispose, sous l'intitulé « privilèges et immunités en cours de procédure devant un tribunal », que « toute omission ou tout refus par un État de se conformer à une décision du tribunal d'un autre État lui enjoignant d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte déterminé ou de produire une pièce ou divulguer toute autre information aux fins d'une procédure n'entraîne pas de conséquences autres que celles qui peuvent résulter, quant au fond de l'affaire, de ce comportement. En particulier, aucune amende ou autre peine ne sera imposée à l'État en raison d'une telle omission ou d'un tel refus ».

Suivant le parquet, ce texte a un champ d'application limité par les termes soulignés. Il pourrait prohiber le prononcé d'une astreinte pour assortir une obligation procédurale de l'État. Il ne traite par contre pas du prononcé d'une astreinte à l'appui de la décision sur le fond du droit<sup>184</sup>.

Enfin, quant à savoir, si l'article 19 de la Convention, en tant qu'il exprime la coutume internationale, interdit à la cour du travail de prononcer une astreinte à charge de l'État étranger, comme le soutient le demandeur, le parquet répond par l'affirmative, dès lors que l'astreinte constitue bien une mesure de contrainte.

Ce sur quoi le Cour décide :

<sup>183</sup> Cass. 4 mars 2019, RG S.15.0051.N, *Pas.* 2019, n° 138.

<sup>184</sup> Comp. G. HAFNER et L. LANGE, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45, spéc. pp. 68-71. Voy. T. GAZZINI, « Article 24 », dans *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 363.

(Sur le premier moyen)

(i) La règle de droit coutumier international de l'immunité des États interdit aux juridictions d'un État d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti.

(ii) Cette règle reçoit exception lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion.

(iii) Si l'action relative à un acte de gestion d'un État étranger se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction prévue par la législation de l'État dont les juridictions sont saisies, l'immunité de juridiction pénale des États étrangers s'oppose certes à ce que l'État étranger fasse l'objet de poursuites répressives mais ne fait obstacle ni à l'exercice d'une action civile fondée sur cette infraction ni à l'application d'une norme qui, tel l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, soumet pareille action à un régime spécifique de prescription impliquant que les éléments constitutifs de l'infraction soient tenus pour établis dans le chef de l'État étranger.

(Sur le second moyen, seconde branche)

(i) La règle de droit coutumier international de l'immunité des États étrangers, exprimée à l'article 19 *in limine* de la convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, faite à New York le 2 décembre 2004, interdit les mesures de contrainte visant à forcer un État à exécuter une décision judiciaire rendue par une juridiction d'un autre État.

(ii) En assortissant d'astreintes les condamnations prononcées contre le demandeur, l'arrêt attaqué viole cette règle coutumière.

## **Section 2.– L'identification de la coutume**

41. La question de l'identification de la règle coutumière s'est posée avec une acuité croissante au cours des dernières années. Les premiers arrêts rendus après que la Cour ait confirmé la recevabilité du moyen pris directement de la violation de la coutume internationale ont concerné des règles incontestables du droit coutumier international public: l'immunité de juridiction des chefs de gouvernement, des États, le principe *ne impediatur legatio*.

Dans certains cas, les arrêts de la Cour s'inscrivent dans un flux jurisprudentiel qui a vu la C.I.J. déterminer la portée des règles qu'on lui demande d'appliquer. L'affaire Sharon est ainsi la suite logique de l'arrêt Yerodia.

Au fur et à mesure que le contentieux se développe, la tâche de la Cour est moins aisée, les applications de la règle coutumière portant sur des points de plus en plus précis, partant, de moins en moins susceptibles d'avoir fait l'objet d'un précédent.

La question de l'étendue de l'immunité de juridiction de l'État étranger dans les litiges relatifs à un contrat de travail l'illustre. Le principe de l'immunité de juridiction restreinte aux actes *de iure imperii* est établi. Mais que recouvre-t-il précisément dans tel ou tel cas ? Par exemple, la souscription d'un contrat de travail peut-elle relever de cette catégorie ? Et si oui, à quelles

conditions ? Dès que l'on s'éloigne du principe général pour rentrer dans les détails de son application, les choses se compliquent.

42. Le problème est général et les acteurs du droit international n'y sont pas indifférents.

Un mécanisme permettant de surmonter ces difficultés consiste à codifier les règles coutumières en les énonçant formellement dans un traité. La transposition écrite permet ainsi de préciser les détails d'application de la règle coutumière.

Le procédé ne va cependant pas sans poser question. Ainsi, la codification change-t-elle la nature intrinsèque de la règle ? Les choses ne sont pas claires. Selon certains, entre les États parties au traité codificateur, « ce n'est [alors] pas le droit coutumier qui s'applique en tant que tel, mais les clauses du traité qui l'ont codifié et lui ont donné une version écrite. Les clauses conventionnelles sont donc l'unique norme qui régit les relations entre les États parties au traité ». <sup>185</sup> Dans le même temps, ils doivent relever que la justice internationale envisage l'application cumulative du traité et du droit coutumier. En toute hypothèse, les clauses du traité conserveraient la nature de la règle coutumière : si elle est de *ius cogens*, ce trait se transmet à la clause du traité <sup>186</sup>.

A vrai dire, plus que de fixer les contours du droit coutumier, l'intérêt de la codification est de lever toute incertitude quant au caractère obligatoire des règles qu'elle consacre. Elles lient les parties contractantes, soit par leur nature coutumière, soit, si elles n'ont pas pareille nature, parce qu'elles sont conventionnelles.

Pour les États qui ne sont pas liés par la convention de codification, la question reste cependant inchangée. Ils sont certes tenus par la règle coutumière, mais le problème de l'incertitude du contour précis de cette dernière reste posé.

Il n'en reste pas moins que, même en pareil cas, la codification en projet facilite en partie la tâche du juge. Si l'expression écrite ne s'identifie pas à la règle coutumière, elle peut contribuer, avec d'autres éléments, à fixer l'étendue de cette dernière.

Il ne saurait cependant être question de considérer que la codification exprime nécessairement toute la règle coutumière dans tous ses aspects.

M. Lemal note que, « s'il est indéniable que les traités, notamment en ce qu'ils codifient certaines règles coutumières existantes, jouent un rôle important dans l'identification de ces règles, cette méthode n'est pas pour autant absolument décisive. Le projet de conclusion 11 sur la détermination du droit international coutumier précise à cet égard qu'«[u]ne règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier». Selon le commentaire de ce texte, «l'expression 'peut refléter' indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu». En outre, la codification d'une règle

---

<sup>185</sup> J. BARBERIS, *op. cit.*, p. 45.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

coutumière n'exclut pas une possible évolution de cette règle. Par ailleurs, la codification n'implique pas non plus la consécration de la règle dans tous ses aspects ».<sup>187</sup>

43. Une des codifications actuellement en cours est celle organisée par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Celle-ci n'est pas encore en vigueur : elle ne le sera qu'à partir du trentième jour suivant le dépôt du trentième instrument de ratification. Or, à ce jour, seuls vingt-deux États l'ont ratifiée<sup>188</sup>.

En ce qu'elle se veut déclarative de la règle coutumière internationale, elle joue néanmoins un rôle dans l'identification de celle-ci. C'est en tout cas ce qui ressort de l'arrêt de la Cour du 4 mars 2019 lorsqu'il affirme que l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup>, de la convention du 2 décembre 2004 constitue l'expression écrite d'une règle coutumière.

La Cour reste cependant très prudente et ne considère pas que l'intégralité du texte de la Convention constituerait l'expression du droit coutumier. M. Lemal relève que, « par contre, s'agissant de la règle de l'immunité de juridiction des États en ce qui concerne les procédures relatives à des transactions commerciales, il peut être déduit des arrêts de la Cour des 23 octobre 2015<sup>189</sup> et 6 décembre 2019<sup>190</sup> que celle-ci n'a pas considéré que les articles 2.2 et 10 de la même convention codifiaient une règle rigoureusement arrêtée dans tous ses aspects, notamment quant aux critères permettant de départager les actes de gestion des actes de souveraineté. En effet, ces arrêts considèrent, dans une formulation proche de celle d'un arrêt du 11 juin 1903, que, "pour déterminer si les actes accomplis par un État ou une entité d'un État l'ont été dans l'exercice de la puissance publique, il convient d'avoir égard à la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État ou cette entité est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli" »<sup>191</sup>.

On ne pourrait mieux souligner la dimension nécessairement casuistique du travail de découverte du droit coutumier, qui est d'ailleurs renforcée par l'obligation de la Cour de ne se prononcer que dans la limite des moyens dont elle est saisie.

L'existence de décisions en sens différent exclut que l'on puisse considérer, comme l'a soutenu un auteur, que la Cour mobilise d'emblée la codification aux fins d'identification du droit coutumier, en accordant à son existence et son libellé une foi décisive<sup>192</sup>.

<sup>187</sup> M. LEMAL, *op. cit.*, p. 1590, n° 9.

<sup>188</sup> La Belgique l'a signée le 22 avril 2005 mais ne semble pas encore avoir donné son assentiment ([https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&clang=fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=fr)). Par contre, elle a signé le 16 mai 1972 la Convention européenne de Bâle sur l'immunité des États (STE n° 074), l'a ratifiée le 21 octobre 1975 et elle est entrée en vigueur le 11 juin 1976 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=074>).

<sup>189</sup> Cass. 23 octobre 2015, RG C.14.0322.F, *Pas.* 2015, n° 621 et les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN.

<sup>190</sup> Cass. 6 décembre 2019, RG C.18.0282.F, *Pas.* 2019 n° 650 et les conclusions de M. l'avocat général DE KOSTER.

<sup>191</sup> M. LEMAL, *op. cit.*, p. 1590-1591, n° 9.

<sup>192</sup> F. DOPAGNE, « Le juge belge et l'immunité de juridiction de l'État étranger : à propos de l'approche du droit international coutumier », *J.T.*, 2020, p. 581.

Si l'on accepte que la Cour, comme c'est sa mission, recherche les éléments constitutifs d'une pratique coutumière, même si elle ne s'étend pas sur la question dans l'énoncé de la règle de droit, il n'y a aucune contradiction à ce que telle disposition conventionnelle soit analysée comme traduisant une coutume préexistante, voire a suscité l'apparition d'une coutume, tandis que telle autre reste dépourvue d'effets. La chose s'explique par le fait que, dans un cas, la Cour a considéré que les éléments constitutifs d'une coutume sont présents, mais non dans l'autre.

Si, comme l'indiquait déjà F. Rigaux, la Cour doit constater le droit international coutumier, elle n'est, dans la tradition qui est la sienne, pas tenue de consigner explicitement dans son arrêt tous les éléments qui l'ont menée à découvrir la règle que, seule, elle doit mentionner.

L'obligation de mentionner les éléments constitutifs de la coutume internationale, qui n'est pas imposée par les principes qui gouvernent la mission du juge, ne l'est pas non plus, selon la Cour, par l'article 38, § 1<sup>er</sup>, b), du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans son arrêt du 12 décembre 2014, la Cour a en effet décidé qu'« il ne résulte pas de cette disposition que le juge étatique qui identifie et interprète une règle coutumière internationale est tenu de constater, dans sa décision, l'existence d'une pratique générale, admise par une majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière »<sup>193</sup>.

## CONCLUSION

44. Le contrôle du respect par les juges belges de la règle coutumière de droit international a toujours été assuré par la Cour de cassation, même s'il est devenu plus franc, parce que plus direct, depuis une vingtaine d'années.

Cette évolution fait écho, à vingt ans d'écart, à celle qu'avait connu le domaine du droit international privé lorsque la Cour a accepté d'exercer un contrôle direct sur l'application du droit étranger par le juge belge<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> M. le professeur DOPAGNE, dans sa contribution précitée, après avoir une dernière fois rappelé la nécessité d'établir la nature coutumière d'une règle conventionnelle par une pratique généralisée et l'*opinio iuris*, affirme que « la Cour de cassation de Belgique semble se retrancher à cet égard derrière une conception passablement rigide de l'adage *iura novit curia*, puisqu'elle considère qu' "[i]l ne résulte pas de [l'article 38, § 1<sup>er</sup>, b), du Statut de la Cour internationale de Justice] que le juge étatique qui identifie et interprète une règle coutumière internationale est tenu de constater, dans sa décision, l'existence d'une pratique générale, admise par une majorité des États, qui soit à l'origine de cette règle coutumière" » (p. 586). Énoncer que la conception de la Cour serait *passablement rigide* aurait sans doute mérité une plus ample explication.

<sup>194</sup> Cass. 9 octobre 1980, *Pas.* 1980, I, n° 90 ; Cass. 15 février 1967, *Pas.* 1967, I, 741 et Cass. 15 décembre 1966, *Pas.* 1967, I, 471. En doctrine, voy. par exemple R. VANDER ELST, « La Cour de cassation, la loi étrangère et les règles de droit non écrites », *J.T.*, 1967, p.145 ; L. SIMONT, « La Cour de cassation et la loi étrangère. Quelques réflexions », in *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre MARCHAL*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 189 et s. ; J. MEEUSEN, Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht, Anvers, Intersentia, 1997, pp. 222 et s., nos 401 et s. ; J. ERAUW, « De ambtshalve toepassing van vreemd recht en cassatiecontrole op die toepassing », *R.W.*, 1981-1982, col. 1457 et s. ; F. RIGAUX, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 306 et s. ; F. RIGAUX, « La Cour de cassation et la cohérence de l'ordre juridique positif », in *Liber amicorum E. KRINGS*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, spéc. pp. 767 et s.

Ce contrôle, il ne faut pas se le cacher, est un exercice délicat. En particulier est-ce là pour les magistrats de tradition juridique européenne continentale, formés au et praticiens du droit écrit, de surcroît lorsqu'ils chérissent le dogme du texte clair, un exercice non quotidien et peut-être plus périlleux que le processus classique de l'interprétation des règles formellement codifiées.

François Rigaux avait clairement identifié le problème dès 1967. Prédissant l'évolution qui est intervenue au début du vingt-et-unième siècle, il soulignait les problèmes auxquels la Cour serait confrontée. Il relevait que la tâche de dire le droit international « diffère notablement de l'affirmation du contenu de la loi nationale. Non tant en raison de ce qui sépare un texte de droit écrit d'une règle coutumière, celle-ci plus rebelle à une affirmation distincte, que parce que le droit international général relève d'un ordre qui dépasse infiniment le cercle d'attributions d'une cour suprême nationale »<sup>195</sup>.

Il rappelait ainsi que « quand elle interprète la loi nationale ou en comble les lacunes, et jusqu'à ce que le législateur vienne, le cas échéant, contester son interprétation, la Cour de cassation ne saurait se tromper. En disant le droit, elle dégage souverainement, pour tous les organes de l'État dont elle unifie la jurisprudence, le sens, la portée et le contenu de la loi, texte inerte auquel la jurisprudence des tribunaux donne vie et contours »<sup>196</sup>.

« En revanche », ajoutait-il, « pour poser un principe de droit international, elle doit interroger d'autres sources de droit que sa propre jurisprudence et, dégageant le contenu d'un précepte qui s'est formé en dehors d'elle, elle risque, nécessairement, sinon de se tromper, au moins de prendre parti dans une controverse doctrinale que sa seule autorité est impuissante à trancher. Si malencontreuse qu'en soit l'expression, l'ancienne formule d'après laquelle l'affirmation du contenu de la coutume internationale est une "question de fait", n'est pas privée de toute signification : on en retiendra que, pour la Cour de cassation, il s'agit d'un travail de "reconstitution", c'est-à-dire de constatation d'un principe de droit qui s'est formé en dehors de l'ordre juridique national et dont l'évolution est soustraite à l'action des organes nationaux »<sup>197</sup>.

45. Que le poids des juridictions nationales dans la détermination du droit international coutumier ne doit aucunement être sous-estimé a été souligné dans une étude entreprise par le Secrétariat de la CDI, à la demande de cette dernière, portant sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier<sup>198</sup>. Cette étude fut menée en complément à la préparation des conclusions de la CDI sur la détermination du droit international coutumier (v. ci-dessus).

---

<sup>195</sup> F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 64.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>198</sup> Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international. Soixante-huitième session, Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016 - Détermination du droit international coutumier/Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier. Étude du Secrétariat . A/CN.4/691

Dans les « Observations générales » conclusives, le Secrétariat formule *in fine* de son étude les trois observations suivantes :

1) « Comme les tribunaux internes sont des organes de l'État, leurs décisions peuvent parfois être directement constitutives de la pratique de l'État ou être l'expression de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris*). Deuxièmement, les décisions des juridictions nationales peuvent faire partie des ' décisions judiciaires ' visées comme moyen auxiliaire de détermination de règles de droit, y compris du droit international coutumier, au paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice»<sup>199</sup>.

2) « Des décisions de juridictions nationales sont régulièrement invoquées par les cours et tribunaux internationaux lorsqu'ils évaluent les deux éléments constitutifs des règles du droit international coutumier, s'agissant en particulier des domaines de droit international les plus étroitement liés au droit interne »<sup>200</sup>.

3) « Des décisions de juridictions nationales concernant des règles de droit international coutumier ont été citées par les cours et tribunaux internationaux comme moyen auxiliaire de détermination de l'existence ou du contenu de ces règles »<sup>201</sup>.

46. Le mot de la fin reviendra à une conclusion énoncée par le professeur Salmon dans son apport au *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, déjà largement sollicité ci-avant, dont la pertinence n'a pas pris une ride.

Il écrit : « Le contrôle par la cour de la coutume se justifie par de nombreuses raisons, à commencer par le fait qu'au point de vue du droit international, elle est située sur le même pied que le traité. Si les règles de droit coutumières sont imprécises, il appartient à la cour de les préciser, c'est là un rôle traditionnel du juge national qui fixe la coutume internationale. La non-application ou la fausse application du droit international par le juge engage la responsabilité de l'État. Refuser de contrôler la coutume, c'est enfin décliner le rôle de premier protecteur des droits de l'homme qu'impose la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>202</sup>.

47. La mission qui est donnée à la Cour, parquet et siège, est donc, comme bien souvent, délicate voire difficile.

Motulsky, en conclusion de sa thèse de doctorat, écrit : « *Le Droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant. Le jeu des sphères individuelles qui composent l'activité humaine, ne se laisse point surprendre dans la spéculation abstraite, mais uniquement dans le microcosme des cas d'espèce. Et quand il sera admis que les collisions de ces sphères, quelles que puissent être leur nature et leur ampleur, n'ont d'autre signification que de former, précisément, des cas d'espèce justiciables de la seule réalisation du Droit, alors un pas décisif aura été fait vers cette*

---

<sup>199</sup> Observation 23, p. 34.

<sup>200</sup> Observation 24, p. 34.

<sup>201</sup> Observation 25, p. 35.

<sup>202</sup> J. SALMON, o.c., p. 267.

« harmonie de toutes les fins » dans laquelle Kant voyait l'apanage du Droit et qui — nous en demeurons pénétré - sera un jour créée par lui »<sup>203</sup>.

Sans doute est-ce aussi en ce domaine complexe du droit coutumier international que la Cour est invitée à démontrer sa plus-value décisive dans le concert des juridictions belges voire internationales.

AH/23.08.22

---

<sup>203</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé – La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, réédition présentée par M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, n° 150, p. 174.