



Article scientifique

Article

2013

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Nullité, inapplicabilité ou inexistance d'une norme coutumière contraire au
"jus cogens" universel?

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Nullité, inapplicabilité ou inexistance d'une norme coutumière contraire au 'jus cogens' universel? In: Revue générale de droit international public, 2013, vol. 117, n° 2, p. 281–298.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44912>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:38

NULLITE, INAPPLICABILITE OU INEXISTENCE D'UNE NORME COUTUMIERE CONTRAIRE AU *JUS COGENS* UNIVERSEL ?

Par

Robert KOLB

Professeur de droit international à l'Université de Genève

1. Suivant l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT, 1969), un traité s'écartant du *jus cogens* est nul *ex tunc* ; suivant l'article 64 de la CVDT de 1969 un traité conforme au droit international au moment de sa conclusion, mais contraire à une norme de *jus cogens* s'étant établie postérieurement, « est nul et prend fin », ce qui veut dire qu'il s'éteint automatiquement au moment de l'établissement de la nouvelle règle impérative¹ (donc *ex nunc*). Suite au standard ainsi posé par ces textes, la doctrine considère très généralement que l'effet par excellence du *jus cogens* est la nullité de la norme contraire. Il a été argumenté ailleurs par l'auteur de ces lignes² que la nullité n'est pas une conséquence nécessaire de tout *jus cogens* international ; même dans le droit des traités, la distinction entre les articles 53 et 64 montre une différence dans les effets juridiques d'une norme impérative.

2. La question qu'il s'agit ici de serrer de plus près est celle de savoir quel est l'effet de l'application d'une norme impérative à une norme de droit coutumier lui étant contraire. La contrariété pertinente ici repose sur le fait qu'il est impossible d'appliquer en même temps la norme A et la norme B. Tel est le cas quand leurs injonctions normatives se contredisent au moins dans un secteur donné du champ normatif respectif. Cette norme coutumière contraire peut relever du droit international général ; elle peut relever aussi du droit international particulier (coutume régionale ou locale). Si une telle norme coutumière s'oppose à une norme de droit impératif du droit international général (la question du droit impératif régional ne sera pas ici traitée), quel en sera la conséquence juridique ? Le droit impératif s'applique-t-il à une norme

¹ Dans cette contribution, les termes « jus cogens » et droit impératif seront utilisés dans un sens synonymique.

² R. KOLB, *Théorie du ius cogens international*, Paris, 2001.

coutumière pour en stériliser l'existence (nullité) ou l'application (inapplicabilité), voire même déjà en amont, pour en empêcher la formation et éliminer à la racine tout conflit de normes ? Cette application du *jus cogens* au droit coutumier ne peut découler que du droit international général, le *jus cogens* de la CVDT étant confinée à des normes conventionnelles contrares. Il faut donc ici apprécier dans quelle mesure la technique juridique permet d'appliquer le concept de droit impératif aux normes coutumières et dans quelle mesure la pratique des Etats admet une telle application, là où elle est techniquement possible.

I. *JUS COGENS* ET COUTUME UNIVERSELLE

3. La première question qui se pose est celle de savoir si le droit impératif issu du droit international général peut emporter la nullité d'une coutume générale non impérative, son inapplicabilité, une priorité d'application du droit impératif dans le domaine de la collision entre les normes, ou encore si le droit impératif peut empêcher la formation d'une norme coutumière contraire, voire faire conclure à l'inexistence d'une règle coutumière non conforme. Ces différentes hypothèses ne découlent pas uniquement des exigences de la technique juridique, mais aussi de la question préalable de savoir si la norme coutumière ordinaire existe déjà ou est au stade de formation. On observera que la question porte essentiellement sur un conflit entre deux normes du droit international général, l'une ayant la qualité impérative, l'autre n'ayant pas cette qualité (ou alternativement entre une norme établie et une norme en devenir).

4. Il n'est plus très rare (mais pas davantage fréquent) que la pratique internationale fasse état de situations telles qu'elles nous intéressent ici. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie, 2012), l'Italie avait plaidé dans le sens de la priorité du *jus cogens* devant la Cour internationale de Justice. Selon elle, le droit d'accès à la justice des victimes de crimes de guerre devait être considéré comme une norme de *jus cogens*. Cette norme l'emporterait sur la norme coutumière contraire de l'immunité juridictionnelle des Etats, du moins dans certaines circonstances de nécessité (absence d'autres moyens disponibles d'obtenir satisfaction). La Cour³ a pu répondre à la question qu'elle devait traiter en écartant *de plano* l'applicabilité du *jus cogens*, et ainsi sans avoir à approfondir la question de la nullité ou de l'inapplicabilité de la coutume contraire⁴. Dans d'autres cas, cette question s'est toutefois directement posée et a été franchement abordée. Dans ce contexte, la primauté de la norme impérative sur une norme coutumière générale a pu être

³ Arrêt du 3 février 2012, §§ 92 ss.

⁴ Une partie de la doctrine admet cette priorité : cf. A. ORAKHELASHVILI (*supra*, note 3), p. 340 ss, avec des renvois nombreux.

admise par d'aucuns. Telle fut en substance l'argumentation des juges C. Rozakis et L. Caflisch dans leur opinion dissidente rattachée à l'affaire *Al-Adsani* de la Cour européenne des droits de l'homme⁵.

5. Une partie de la doctrine⁶ fera fond dans ce contexte sur un argument de hiérarchie : la coutume impérative est hiérarchiquement supérieure à la coutume simple, si bien qu'elle devrait l'emporter en vertu de l'adage *lex superior derogat legi inferiori*. Cette conclusion n'est toutefois triplement pas assurée.

En premier lieu, il n'est pas certain que la norme impérative représente une norme hiérarchiquement supérieure. La seule chose certaine est qu'une norme de droit impératif ne peut pas être dérogée par une norme conventionnelle contraire (et *a fortiori* par un acte normateur unilatéral, comme une promesse). Mais cela ne signifie pas qu'elle a nécessairement en tant que telle une place généralement et abstraitement supérieure dans l'édifice d'ensemble du droit international. En effet, il se peut également que la norme impérative l'emporte dans le cas d'une collision (et seulement dans ce cas circonscrit) sur une norme conventionnelle contraire, en vertu d'un adage *lex cogentis derogat legi dispositiva*. Cette opération, qui découlerait du caractère impératif de la norme, implique aussi peu une construction hiérarchique que l'adage *lex specialis*. Ce dernier ne signifie nullement que la loi spéciale soit en tant que telle hiérarchiquement supérieure à la loi générale (c'est souvent plutôt le contraire). En d'autres termes, tout rapport de priorité (ou même de nullité) n'implique pas par nécessité la supériorité hiérarchique – bien que cette dernière puisse être une explication du phénomène observé.

En second lieu, même à supposer que la norme impérative soit supérieure à la norme non impérative, il n'en découlerait nullement que la première l'emporte nécessairement sur la deuxième à cause de sa supériorité hiérarchique (elle pourrait toutefois l'emporter sur la deuxième en vertu de son caractère impératif). En droit, il n'est pas rare qu'une norme supérieure soit contredite par une norme inférieure, sans que cette dernière ne subisse une nullité ou une inapplicabilité. Ainsi, dans les systèmes juridiques internes sans tribunal constitutionnel pouvant annuler une loi qui enfreindrait la constitution, la loi votée par le parlement ou adoptée par le peuple reste en vigueur et est applicable aussi longtemps qu'elle n'est pas modifiée ou abrogée par le législateur. C'est le cas en Suisse. De même, dans le domaine dans lequel la Constitution helvétique reconnaît une autonomie aux communes, le droit communal peut primer le droit

⁵ « En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle de droit international la première l'emporte. Du fait de cette primauté la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative » : Op. diss. Rozakis / Caflisch, rejoints par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic, CEDH, arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* en date du 21 novembre 2001, § 1. Sur la question des immunités et de la même Juridiction, voir aussi l'affaire *McElhinney c. Irlande*, arrêt du 21 novembre 2001.

⁶ Cf. A. ORAKHELESHVILI, *Peremptory Norms in International Law*. Oxford, 2006. p. 340.

cantonal contraire. C'est dire que le droit inférieur l'emporte sur le droit supérieur, en vertu d'une norme constitutionnelle fédérale octroyant une autonomie juridique à certaines entités. En somme, même si l'on voulait s'attacher à l'effet hiérarchique, il faudrait encore prouver qu'en la matière qui nous intéresse la conséquence issue de la hiérarchie et admise dans le droit positif est celle de la nullité ou de l'inapplicabilité de la norme coutumière non impérative contraire. Or, cela suppose au fond de rechercher si cette nullité ou inapplicabilité découle du caractère impératif de la norme. La hiérarchie n'est à cet effet d'aucun secours tangible et peut être écartée, à l'instar des constantes lors d'une opération de dérivation mathématique.

Enfin, en troisième lieu, il n'est pas clair que la pratique internationale et donc le droit coutumier ait validé une priorité de la norme impérative sur la norme coutumière contraire. Jusqu'à présent, cette priorité n'est admise avec certitude que dans le domaine des rapports entre normes impératives et normes conventionnelles contraires. Il faudra donc argumenter pour savoir dans quelle mesure il est techniquement correct d'étendre la hiérarchie (si on l'admet) au cas de la coutume, et d'analyser en plus séparément la mesure dans laquelle cette orientation s'est déjà implantée dans la pratique. Au regard de toutes ces raisons, l'argument hiérarchique est pour le moins insuffisant pris en lui-même.

6. Le raisonnement avancé pour étayer la primauté de la norme impérative est généralement celui de la hiérarchie. Mais on a pu avancer aussi l'argument selon lequel le *jus cogens* est un « droit international général » caractérisé par une double *opinio juris*, à savoir une opinion visant le caractère de droit général de la norme (*opinio juris generalis*) et une opinion visant son caractère impératif (*opinio juris cogentis*). Par cette dernière qualité, le droit coutumier impératif l'emporterait sur le droit coutumier non impératif. En quelque sorte, son *opinio juris* « supplémentaire » lui accorderait plus de poids. De plus, l'article 53 de la CVDT de 1969 précise qu'une norme impérative ne peut être modifiée que par une norme de droit international général ayant le même caractère, c'est-à-dire ayant un caractère elle-même impératif. On en a conclu que la coutume générale ordinaire ne peut déroger à une coutume possédant le caractère impératif. On a parfois ajouté qu'il serait incompréhensible que le droit international ne permette pas la dérogation aux règles impératives par des actes conventionnels, au vu des valeurs fondamentales contenues dans la règle impérative, mais qu'il permette cette même dérogation quand une règle coutumière tente de déroger à la même norme impérative. Il en serait ainsi à plus forte raison plus si l'on tient compte du fait que les deux sources, traités et coutume, sont normalement du même rang hiérarchique.

Ces opinions ont, malgré les arguments mentionnés, suscité la perplexité chez certains auteurs⁷. Ceux-ci rappellent qu'à leurs yeux le *jus cogens* ne peut l'emporter que sur des traités (actes juridiques) contraires, et non pas sur des normes de droit international général.

7. A cet égard, divers raisonnements peuvent être examinés. Chacun a sa particularité, et il faut donc les sonder tour à tour. Ces raisonnements répondent aussi – en partie du moins – aux arguments favorables à l'application du droit impératif au droit international général non impératif, tels que nous venons de les présenter.

a) Premièrement, on pourrait affirmer que le *jus cogens* suppose l'opposition d'un droit plus général à un droit plus particulier *ratione personae*, et non la collision entre deux normes du même caractère de généralité personnelle. Certes, la norme de *jus cogens* coutumière peut être construite comme étant supérieure (ou plus « générale ») en fonction de sa qualité impérative. Toutefois, elle ne l'est certainement pas dans sa portée personnelle. Dès lors, entre deux normes « générales », le mécanisme de non dérogation propre au droit impératif, fixé pour les accords dans de l'article 53 de la CVDT, ne jouerait pas. En effet, cette disposition prévoit que la norme de droit général soit impérative et suppose *en plus* que la norme dérogatoire soit particulière. Dans le cas de deux normes générales, on serait plutôt confronté à un problème de collision de normes. C'est dans ce cas l'interprétation qui devrait dégager la sphère d'application propre à chacune, en tenant compte de l'existence de l'autre et de la nécessité d'harmoniser le plus possible les diverses normes de droit international afin d'éviter des conflits. Le raisonnement se concentre alors sur *l'interprétation* et non sur la *dérogation*. Dans cette interprétation, il n'est pas exclu de prendre en considération le caractère impératif de l'une des deux normes en cause. Certes, il reste possible de contrer cet argument en affirmant que le rapport droit général / droit spécial, et donc la notion clé de dérogation, ne vaut que pour les rapports entre le *jus cogens* et les accords (traités), régis par la CVDT ; et qu'au contraire dans le domaine des relations entre une coutume générale impérative et une coutume générale dispositive, une autre notion de droit impératif serait à l'œuvre, développé par la pratique subséquente. Il serait loisible d'ajouter que la coutume générale dispositive peut être dérogée par accord ; et qu'il serait dès lors difficile de comprendre pourquoi elle ne serait pas écartée par une coutume impérative. Le simple accord (soumis au droit impératif) pourrait ici réaliser plus que le droit impératif lui-même – un contresens. Mais une telle priorité pourrait aussi découler d'une simple interprétation des normes en cause.

⁷ Voir J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun - Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 334, 2008, p. 235-236, 318. Voir déjà L. GROSSE, « Racines historiques et fondements contemporains des normes impératives (*jus cogens*) dans la théorie et la pratique du droit international ». *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politique*, vol. 73, 1995, n. 244.

Il faudra de toute manière déterminer quel est le champ d'application des normes en conflit potentiel et quelle est l'ampleur du caractère impératif de la norme tenue pour telle – et parfois même, il faudra déterminer si une norme est impérative *at all*.

b) Deuxièmement, on peut se poser la question de savoir dans quelle mesure une norme de droit international général impérative peut coexister *de lege lata* avec une norme de droit coutumier non impérative. Deux hypothèses diverses peuvent être examinées.

Si la norme coutumière générale non impérative est encore *in statu nascendi*, la norme coutumière générale impérative devrait normalement empêcher sa naissance (ou aménager une exception pour faire en sorte que les deux normes n'entrent pas en conflit). Si la norme coutumière générale non impérative naît malgré la norme coutumière générale impérative, la preuve est apportée que cette dernière a perdu son assise positive, et ce *même si la norme nouvelle n'est pas de caractère impératif*. En effet, la coutume exige toujours une pratique diffuse et une *opinio juris*. Si la pratique et l'*opinio juris* s'orientent dans le sens contraire à la norme impérative, cette dernière périclité dans tous les cas. Pour être impérative, la norme en question n'en demeure pas moins une norme coutumière⁸. Elle ne survit que si elle est portée par une pratique et une *opinio juris* effectifs. Or, dans notre cas, cette norme coutumière impérative n'a plus pour elle sa pratique et surtout son *opinio juris*, puisque par hypothèse une coutume contraire, non impérative, avec une nouvelle pratique et *opinio juris*, incompatibles avec la première, s'est imposée. L'ancienne pratique et l'ancienne *opinio juris* se sont donc nécessairement effacées. Si tel est le cas, la norme coutumière impérative n'existe plus. En toute conséquence, l'*opinio juris cogentis* de cette norme n'a pu que disparaître elle aussi : si les Etats manifestent une nouvelle opinion contraire, ils ne peuvent continuer à garder l'ancienne opinion impérative incompatible. Pour le moins s'appliquera l'adage *opinio juris posterior derogat opinio juris priori*. Dès lors, à bien regarder, l'exigence de l'article 53 CVDT, selon laquelle une norme de droit international général impérative ne peut être « *modifiée* que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »⁹, ne vaut donc que pour la modification par remplacement d'une norme à l'autre : une norme impérative remplace directement une autre norme impérative. En revanche, elle ne vaut pas pour la « mort » d'une norme impérative sans remplacement direct par une autre norme. Cette mort peut être induite par la formation d'une coutume simple (ou une désuétude accompagnée d'une *opinio juris* contraire), de caractère

⁸ Nous ne considérons pas ici la question de savoir si un traité ou des principes généraux peuvent donner lieu à une norme impérative, mais signalons qu'à notre avis il faut donner une réponse positive à cette question.

⁹ Italiques ajoutées.

général, qui montre que les Etats ne veulent plus se tenir à l'ancienne règle. Il est certes possible, ici aussi, d'argumenter autrement. Il n'est pas exclu de dire que tant que l'ancienne *opinio juris cogentis* n'est pas expressément abandonnée (et non pas seulement implicitement écornée à travers le développement d'une nouvelle coutume), elle continue à s'imposer. Elle empêchera alors l'émergence de la nouvelle norme coutumière. En quelque sorte, l'opinion juridique impérative reçue phagocyte ou écarte la nouvelle opinion de droit simple. L'adage du droit postérieur ne peut pas s'appliquer, étant donné qu'on se situe dans des classes de phénomènes différents (ainsi, on ne dira pas non plus que la loi postérieure inférieure dérogera à la loi antérieure supérieure). Ainsi, la nouvelle opinion ne pourra pas être *juris*. En somme, on est ici confrontés à l'extinction d'une norme impérative d'un côté ou à l'inexistence d'une norme contraire inhibée par la norme impérative. L'hypothèse de la nullité ne se manifeste en tout cas pas.

Dans le cas contraire, à savoir que la norme impérative (ou la qualité impérative de la norme) est postérieure à la norme non impérative, la question ne semble pas davantage réellement tourner autour de l'inapplicabilité ou la nullité de la coutume non impérative contraire (dans la mesure où elle est maintenue). Elle paraît plutôt se fixer sur le point de savoir si l'établissement de la coutume impérative n'a pas aménagé dans la coutume non impérative une nouvelle exception, admise désormais dans la pratique des Etats. La qualité impérative de la norme n'aurait pas un rôle distinctif. Que la nouvelle coutume soit impérative ou qu'elle ne le soit pas, sa relation avec l'ancienne coutume ne peut au fond être qu'unitaire et intégrée, étant donné que sa source matérielle, la pratique des Etats, est une et la même. Prenons un exemple. Admettons que la question se pose dans le contexte suivant : il y a des règles coutumières sur l'immunité juridictionnelle des Etats ; le droit d'accès à la justice des victimes de certains actes contraires au droit international évolue pour devenir une norme coutumière ; cette norme coutumière est éventuellement même d'un caractère impératif ; il s'agit alors de savoir, moins si l'une de ces normes doit l'emporter sur l'autre de manière générale en vertu du droit impératif, que de savoir si la pratique des Etats, lorsqu'elle a développé la règle sur l'accès à la justice dans le contexte en cause, a voulu écarter la règle sur l'immunité ou si elle ne l'a pas voulu. Si elle a voulu l'écarter, la règle sur l'immunité aura été restreinte, à l'instar de ce qui s'est passé lorsque la distinction entre actes *jure gestionis* et *jure imperii* a été introduite. Comme on le voit, la qualité impérative de la règle ne joue pas un rôle décisif à cet égard. Le problème se pose toujours quand deux normes coutumières paraissent entrer en collision. Dans le cas contraire, si la nouvelle règle n'entendait pas restreindre l'immunité, il n'y aura pas de collision entre les deux normes et le problème qui nous occupe ne se posera pas. La pratique aura alors admis une règle sur l'accès à la justice limitée par l'exception des immunités de juridiction. C'est en substance ainsi qu'avait raisonné la Cour

européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani* précitée, sauf qu'elle se fondait sur un droit d'accès à la justice basé en premier lieu sur la Convention qu'elle a la mission d'appliquer (la CEDH). Enfin, dans le cas où il est douteux si la nouvelle règle sur l'accès à la justice limite l'immunité des Etats – étant donné que la pratique étatique ou toute autre pratique pertinente n'est alors pas concluante et ne prend pas position sur la question –, la présomption doit être que la règle sur l'immunité persiste. Tant qu'une exception claire n'est pas établie, son empire n'a pas été limité.

En somme, le caractère impératif de la règle n'a pas ici une incidence concrète. Il s'agit une fois de plus d'une question de la détermination du contenu des normes, de leur domaine d'application et de leur interprétation. Il n'est évidemment pas exclu que le prétendu caractère impératif de tel ou tel volet d'une norme puisse influencer sur l'interprétation qu'on lui donne, aux fins de lui accorder plus de poids. L'affaire des *Immunités juridictionnelles des Etats* de 2012, déjà mentionnée, montre toutefois qu'il n'en est pas nécessairement ainsi.

c) Troisièmement, il est loisible de s'interroger pour savoir si une règle impérative pourrait avoir comme effet la « nullité » en bonne et due forme d'une coutume générale contraire. Dans la science juridique, la nullité est un concept normalement limité aux actes juridiques. Ne peut être nul qu'un acte juridique, c'est-à-dire ne peut être considéré comme non venu aux fins du droit qu'une déclaration de volonté contraire à une norme prévoyant sa nullité. Dans certains cas, le vice est si profond que la nullité confine ou entre dans la sphère de l'inexistence juridique d'un acte. Ainsi, un accord obtenu par la coercition peut éventuellement être considéré nul, l'expression de volonté étant fondamentalement viciée ; plus précisément, une volonté n'existe pas du tout dans ce cas, du fait même de la coercition ; l'acte obtenu sous la menace n'est pas en premier lieu nul, mais plutôt inexistant. Un exemple incontesté d'un acte nul est celui d'un contrat conclu en contrariété d'une norme de droit impératif du droit interne. L'acte est ici parfait, n'était la norme impérative ; au regard de celle-ci, il choit dans la nullité. Une norme peut aussi éventuellement emporter la nullité d'une autre norme. Il en est ainsi parce que la norme peut être perçue comme un acte de volonté producteur d'effets de droit accessibles à la nullité. Mais s'il s'agit d'une norme de l'ordre juridique (droit objectif), elle sera annulable (nullité relative), des raisons manifestes de sécurité juridique militant en ce sens.

La coutume est-elle un acte juridique, voire un acte de volonté ? Il n'est pas nécessaire d'analyser longuement la question à cette place. La coutume est un acte juridique dans certaines théories positivistes anciennes, qui la perçoivent comme un accord tacite¹⁰. Ces conceptions sont désormais entièrement

¹⁰ Voir par exemple K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 47, 1934-I, p. 301 ss, 303-304, 319 ; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Rome, 1928, p. 64, 68-69.

dépassées. De nos jours, personne ne considère plus que la coutume repose sur un accord ; ni ne recherche un acte d'adhésion de chaque Etat pour qu'il soit lié par la norme coutumière générale. La coutume est plutôt perçue comme un processus social normateur, reposant sur une pratique et une opinion juridique. Dans la technique juridique, la classification sera celle d'un fait juridique au sens étroit. Un fait juridique est un quelconque fait du monde sensible, auquel une norme de l'ordre juridique rattache des effets de droit. Ainsi, l'invasion d'un territoire est un fait juridique auquel le droit international rattache tantôt la conséquence d'une occupation de belligérance, tantôt l'effet de l'acquisition d'un territoire qui était auparavant sans maître, tantôt encore d'autres conséquences juridiques. Parmi les faits juridiques au sens large, on distingue les actes juridiques et les faits juridiques au sens étroit. L'acte juridique est une déclaration de volonté à laquelle l'ordre juridique rattache des effets de droit correspondant au contenu de la volonté exprimée. Le fait juridique au sens étroit est un fait auquel l'ordre juridique rattache des conséquences juridiques autonomes. Ainsi, une volonté manifestée dans un testament est un acte juridique : car les effets de droit sont ceux de disposer des biens légués dans le sens de ce que la volonté exprimée a déterminé. La volonté de commettre un homicide est en revanche un fait juridique au sens étroit lorsqu'elle est prévue par une norme pénale pour y rattacher une peine, que ce soit d'ailleurs pour un meurtre accompli ou pour la tentative d'un meurtre. La conséquence juridique n'est ici pas celle voulue par l'auteur du meurtre ou de tentative de meurtre. Le droit coutumier est par conséquent un fait juridique au sens étroit, étant donné qu'une norme sur la production juridique rattache à la pratique accompagnée d'une certaine opinion la création d'une norme de droit coutumier déterminée.

Or, dans la technique juridique, un fait juridique au sens étroit ne peut pas être nul. Il peut ne pas générer certaines conséquences juridiques ou être dérogé, il peut exister ou ne pas exister, mais il ne peut pas subir l'effet d'une nullité. C'est d'ailleurs quelque part généralement vrai : un fait ne peut jamais être nul en droit ; il peut seulement être qualifié, par exemple de pertinent ou de non pertinent (au regard d'une norme), de licite ou d'illicite, de conforme ou de contraire au droit, de compatible ou d'incompatible avec le droit, d'existant ou de non existant, etc. Certes, l'on pourrait être tenté de dire que la norme issue du droit coutumier (la norme issue du fait juridique au sens étroit sous-jacent) pourrait en tant que norme subir l'effet de la nullité. Mais, en tant que norme de droit international objectif (et non pas norme issue d'un acte juridique particulier), elle ne pourrait être qu'annulée à travers une procédure prévue à cet effet. Il n'en serait autrement que si le droit international général avait déterminé

par une exception à ces canons de la technique juridique qu'en son sein il est en effet possible de tenir pour nulle une norme de droit international général contraire à une norme de droit impératif. Une telle exception n'a toutefois jamais été démontrée ; la pratique n'en porte pas de trace jusqu'à ce jour.

Au contraire de la nullité, une inapplicabilité de la norme non impérative serait envisageable ; mais la nécessité de cette construction paraît douteuse en considération des développements précédents. On a vu que la question se pose davantage sur le plan de l'interprétation, de l'extinction ou de l'inexistence des normes concernées. Toutes ces considérations mises à part, la nullité ou même l'inapplicabilité générale de la coutume non impérative apparaissent le plus fréquemment comme des conséquences nettement disproportionnées par rapport à celles éventuellement nécessaires dans les collisions concrètes. Dans notre exemple, même s'il existait un droit impératif d'accès à la justice en collision avec l'immunité juridictionnelle des Etats, la nullité générale de cette immunité ne peut être sérieusement envisagée.

d) Enfin, en forme de boutade, il est possible de rappeler qu'une série d'auteurs ne considère pas l'auguste principe *pacta sunt servanda* comme relevant du droit impératif¹¹. Ces auteurs mettent l'accent sur le fait que *pacta...* est peut-être logiquement indérogeable (l'accord dérogoire supposant pour lui-même le principe de la fidélité aux accords), mais qu'il n'est pas lié aux valeurs fondamentales de la communauté internationale qu'envisage le *jus cogens* dans la mouture de la CVDT. Or, s'il en est ainsi, il deviendrait possible d'argumenter que toutes les règles de *jus cogens* écartent le principe *pacta...* lui-même (ou le rendent nul ?), ce dernier ne relevant que du droit coutumier non impératif. Cela reviendrait-il à dire qu'il serait impossible de conclure un accord dans le domaine en cause ? Par exemple, serait-il impossible de conclure un accord de liquidation des conséquences d'un conflit armé parce que chaque victime du conflit n'aurait pas obtenu pleinement ce à quoi elle aura peut-être droit ? Sans doute faudra-t-il recourir ici à de justes distinctions et limitations, ou alors admettre en amont que le principe *pacta...* constitue lui-même une forme de droit impératif.

8. Dans un ouvrage publié en 2001¹², nous avons soutenu que le *jus cogens* peut et doit s'appliquer aussi à la norme coutumière, qu'elle soit générale ou particulière (coutume régionale ou bilatérale). Nous affirmions que la norme impérative ne s'applique pas uniquement à des actes juridiques, mais à toute norme de droit particulier, quelle qu'en soit la nature juridique. Nous donnions l'exemple d'une coutume ou d'un usage de droit interne, devant évidemment

¹¹ Voir par exemple J. BARBERIS, « Le concept de 'traité international' et ses limites », *AFDI*, vol. 30, 1984, p. 266-267 ; L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law – Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, p. 319-320.

¹² R. KOLB, *Théorie du jus cogens international*, Paris, 2001, n. 93ss.

se conformer à la loi impérative. Le droit coutumier régional (dont il sera question ci-après) est manifestement une norme personnellement plus restreinte que le droit coutumier impératif universel ; il forme un droit particulier par rapport au droit général impératif. Le mécanisme de droit impératif nous paraissait dès lors applicable à cette relation normative. Quant au droit coutumier universel, nous affirmions qu'il s'agissait d'un « cas limite » d'application du droit impératif. Le droit coutumier non impératif serait plus spécial par rapport au droit coutumier impératif en cela qu'il lui manquerait l'*opinio juris cogentis*. La conclusion était que l'ancienne norme coutumière impérative empêche la nouvelle norme non impérative de s'établir, et ce à cause de son effet impératif (cet effet ne permettant pas à la norme plus spéciale de s'établir, et encore moins de primer). Il faut ajouter que nous ne soutenions pas que la conséquence nécessaire de cette application du droit impératif fût la nullité de la norme contraire. L'effet de la norme impérative était perçu à travers un éventail de conséquences plus larges et plus diversifiées.

9. Comme il est apparent, nous ne saurions maintenir l'ensemble de l'exposé du droit que nous donnions en 2001. Nous nous permettrons de rappeler les points saillants de notre position actuelle par rapport à celle de 2001. Nous continuons à penser que la coutume régionale soit soumise à l'effet du droit impératif (voir ci-après). L'on peut ajouter que le droit international ne semble connaître à ce jour aucune coutume régionale contraire à des normes impératives du droit universel (il faudrait sans doute examiner de plus près d'éventuelles normes communes aux Etats islamiques relatives aux droits de l'homme en les comparant aux règles universelles à cet égard, mais toutes parmi ces dernières ne sont pas impératives). En revanche, nous répudions partiellement notre approche de 2001 quant au droit international général. Si une norme coutumière impérative est établie, ce n'est pas tant son effet impératif qui empêche une nouvelle norme coutumière de s'établir, mais plutôt le principe de non contradiction, qui est logiquement prioritaire. En effet, si la pratique des Etats continue à rester alignée sur l'ancienne coutume impérative, la nouvelle coutume contraire n'a pas pu s'établir ; au contraire, si la pratique et l'opinion se sont écartées de l'ancienne norme, celle-ci aura partiellement ou totalement périclité, car le caractère impératif ne s'oppose pas à ce que les sujets puissent « modifier » cette norme, et aussi l'abandonner ou la restreindre par une pratique et une opinion contraires. On peut certes soutenir – on l'a vu – que cette modification de la norme impérative suppose une *opinio juris* qualifiée ; tant que cette opinion qualifiée ne sera pas intervenue, une pratique contraire à la norme devrait être considérée comme une simple violation du droit et non comme un abandon ou comme une modification de la norme¹³. Cette conclusion est

¹³ Voir parmi d'autres G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987 VII, n. 278, argument du parallélisme des formes : une norme de droit impératif ne peut être

correcte dans le sens qu'une simple pratique sans opinion ne peut pas modifier la coutume. Or, si l'opinion juridique n'y est plus, l'opinion de l'impérativité juridique aura à plus forte raison périclité. La question se rétrécit dès lors à une question de degré : à partir de quelle pratique *et* opinion contraire pourra-t-on dire que la norme ancienne a disparu ? Il est possible, à cet égard, d'être particulièrement exigeant quand il s'agit d'une norme impérative. Rien de plus – mais aussi rien de moins.

De plus, l'analogie que nous faisons en 2001 avec les coutumes et usages internes appelle des réserves. En droit interne, la coutume et les usages sont une source entièrement subordonnée à la loi ; elles n'ont de force que lorsque la loi la leur reconnaît (sauf les coutumes constitutionnelles). Il n'en va pas de même de la coutume internationale, qui est une source essentielle du droit objectif. Dès lors, l'argument de 2001, selon lequel ce qui s'applique à la coutume interne demande à être appliqué *a fortiori* à la coutume internationale (du fait de son importance majeure en droit international, il serait d'autant plus urgent de la soumettre au crible limitatif du droit impératif) doit être rejeté. Le mécanisme de l'impérativité ne s'applique pas aux normes du droit objectif suprêmes d'une société.

Enfin, nous pouvons maintenir sous certaines réserves l'idée que le droit impératif est susceptible de s'appliquer à des normes ne constituant pas des actes juridiques (voir la section suivante sur la coutume régionale) ; mais l'effet de la nullité est très difficile à appliquer à des faits juridiques au sens étroit, voire même techniquement impossible à appliquer dans ce cas de figure. Ce qui semble une hérésie juridique n'est toutefois pas matériellement impossible. Les exigences particulières du droit international, ainsi que la nature propre de ses sources, pourraient suggérer une telle construction à première vue déviante. Toutefois, on ne saurait l'admettre à la légère. L'inexistence d'une norme ou de parties d'une norme (sur le plan des sources), l'extinction d'une norme (sur ce même plan des sources) et le fait illicite (sur le plan de certaines conséquences de la norme) sont à cet égard des qualifications plus idoines.

En somme, la critique que nous avons formulé à l'époque contre les opinions de L. Grosse¹⁴ étaient moins fondées que nous l'imaginions.

10. En conclusion, s'il n'est pas absolument impossible de construire une nullité ou une inapplicabilité de la coutume générale contraire à une norme impérative, en vertu même du droit impératif, une telle construction apparaît

modifiée que par une norme du même caractère (à notre avis cela n'est vrai que pour le remplacement d'une norme impérative par une autre, non pour la disparition d'une norme impérative). Voir aussi M. KOHEN, « The Use of Force by the US after the End of the Cold War, and its Impact on International Law », dans : M. BYERS / G. NOLTE (éds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, 2003, p. 228.

¹⁴ KOLB (*supra* note 12) p. 94

comme étant superflue dans tous les cas qu'il est possible à ce jour d'imaginer. De plus, cette construction serait singulièrement ardue du point de vue technique. Ce n'est sans doute pas un fruit du hasard qu'il ait fallu un nombre d'années significatif avant que cette question n'ait trouvé droit de cité en droit international. Ce n'est qu'à partir des années 1990 qu'elle a commencé à affleurer, dans le contexte des immunités juridictionnelles en lutte avec le droit des droits de l'homme. Il est plus utile, à notre point de vue, de s'engager dans un exercice d'interprétation pour distinguer les sphères d'application des règles coutumières en apparence contradiction, plutôt que de vouloir subjuguer et en définitive anéantir l'une d'entre elles par un effet de mise à l'écart ou de nullité issu de la norme triomphante.

II. *JUS COGENS* ET COUTUME RÉGIONALE

11. Si la nullité (et dans une certaine mesure l'inapplicabilité) n'est pas facile à admettre dans le domaine de la coutume universelle, il pourrait sembler d'emblée plus facile de lui faire une place dans le cadre d'une norme coutumière régionale contraire à une norme coutumière universelle impérative. Pour commencer, nous sommes confrontés ici quasiment au schéma idéal d'une norme générale à laquelle une norme de droit particulier (donc plus restreinte *ratione personarum*) tente de déroger. L'effet du *jus cogens* serait précisément de l'empêcher d'avoir cette portée dérogatoire. Normalement (c'est-à-dire si la norme universelle n'était pas impérative), la norme coutumière régionale s'imposerait dans les rapports entre Etats qui la pratiquent, et ce en vertu du principe de la loi spéciale (*lex specialis derogat legi generali*). Or, puisqu'elle est ici contraire à une norme de droit international général de caractère impératif, la norme coutumière régionale ne pourrait pas s'appliquer de cette manière.

Il ne fait pas de doute que cette « inapplicabilité » doit ici être admise ; en d'autres termes, le mécanisme du droit impératif empêche la dérogation du droit impératif universel¹⁵. Une norme régionale ne peut pas s'imposer contre une règle coutumière universelle n'admettant pas de dérogation. La dérogation a beau ne pas intervenir ici à cause d'un *accord* dérogatoire, comme le prévoit la CVDT. Il n'en demeure pas moins que la norme coutumière régionale est une norme de droit particulier, cherchant à déployer un effet dérogatoire. Elle se heurte par cela même au caractère impératif de la norme générale, qui s'oppose précisément à tout effet dérogatoire, quelle que soit la source de la norme de droit particulier contraire. Il est dès lors et en toute conséquence assez courant

¹⁵ La doctrine l'admet très généralement. Voir par exemple A. VERDROSS / B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3. éd., Berlin, 1984, p. 359.

que la doctrine admette l'applicabilité du *jus cogens* à la coutume régionale et envisage que le *jus cogens* universel inhibe la formation ou l'effet dérogoaire d'une coutume régionale contraire¹⁶. La question se pose toutefois de savoir s'il est possible de construire cette inapplicabilité, généralement admise, comme une nullité de la norme régionale contraire ; en d'autres termes, si l'effet ordinaire du droit impératif, tel que codifié par la CVDT, peut s'appliquer également dans un cas comme le nôtre.

12. Envisageons d'abord une norme coutumière universelle et impérative face à l'émergence progressive d'une pratique régionale dérogoaire. La relation entre les deux normes peut reposer sur plusieurs approches. Deux d'entre elles seront évoquées ici. Par la suite, il faudra se pencher sur le cas contraire, à savoir celui d'une norme coutumière régionale déjà établie, qui se voit confrontée à une nouvelle norme coutumière universelle impérative.

a) Commençons donc par le premier cas de figure, celui d'une norme universelle établie et une coutume régionale émergente.

Une manière d'argumenter est la suivante : si une coutume universelle impérative existe, une nouvelle coutume régionale dérogoaire est impossible et ne pourra pas s'établir, car l'opinion du droit (*opinio juris*) requise par la formation coutumière ne peut pas exister ; une opinion ne peut pas être « juridique » si elle contredit la norme impérative ; il ne peut y avoir aucune *opinio juris*, avec accent sur *juris*, dans le hors-jeu de la norme impérative. Mais il s'agit là (si l'on ne creuse pas davantage la question) d'une manière un peu conceptualiste d'envisager l'opinion. Au fond, celle-ci décrit une notion autonome ; les Etats peuvent donc lui donner le sens qu'ils entendent. Dès lors, une nouvelle opinion efface l'ancienne opinion selon les mécanismes déjà décrits, quel que soit le regret que l'on puisse concevoir. Si l'on suivait l'argumentation proposée ci-devant, l'effet du droit impératif ne serait en tout pas la nullité ou l'inapplication de la norme régionale, mais plutôt son incapacité à s'établir, donc son inexistence juridique, due au droit impératif.

Une autre manière d'argumenter, plus solide, est que la qualité impérative de la norme générale empêche la dérogoation par une norme particulière, que celle-ci repose sur un acte juridique ou qu'elle repose sur un fait juridique au sens étroit. La norme impérative opère toujours comme technique juridique inhibant l'effet de la *lex specialis* ; elle agit vis-à-vis de toute norme plus spéciale *ratione personarum* pour empêcher que cette norme particulière puisse prévaloir dans les rapports *inter partes*. Dès lors, la coutume régionale ne peut pas l'emporter sur la norme impérative générale, qui lie les Etats sans les laisser libres de lui

¹⁶ Voir les références dans R. KOLB, (*supra*, note 12), p. 93, note 310, et A. VERDROSS / B. SIMMA cités dans la note précédente. Comme nous l'avons déjà dit, la pratique internationale ne connaît guère de coutume régionale qui se serait érigée contre une norme universelle impérative.

substituer une norme spéciale dans leurs rapports *inter se*. Mais toute cette argumentation suppose que la norme régionale soit déjà établie. Or, étant donné que dans notre exemple la norme universelle impérative lui préexiste, cette norme régionale dérogatoire n'aura jamais pu valablement se former. Les Etats ont dû juridiquement donner la priorité à la coutume impérative universelle, ce qui implique qu'une *opinio juris* régionale contraire n'a pas pu exister. Dès lors, la norme coutumière régionale est inexistante¹⁷. Si les Etats régionaux ont néanmoins développé leur pratique régionale dérogatoire en la revêtant de leur opinion juridique déviante, cette norme demeure juridiquement inexistante au regard du droit international impératif et sa mise en œuvre constitue par ailleurs un fait internationalement illicite.

En d'autres termes, dans l'hypothèse à peine évoquée de l'inexistence, l'ordre juridique international ne rattachera pas aux faits en cause les conséquences propres à la création d'une norme coutumière régionale. Il s'agira de simples faits, pas de faits de production juridique. La coutume, en tant que processus, diffère à cet égard d'un acte juridique. L'acte juridique est un acte de volonté, unilatéral ou conjoint. En tant que tel, il peut être adopté à tout moment par des parties auxquelles l'ordre juridique reconnaît le pouvoir de faire des déclarations de volonté. Si une telle déclaration s'écarte d'une norme impérative, la sanction naturelle est celle de la nullité. L'acte existe – car il a été régulièrement créé, dans l'exercice d'un pouvoir formellement reconnu par le droit ; mais il sera considéré nul par l'ordre juridique au regard de la norme impérative. La coutume, en tant que processus, n'a pas une existence s'imposant aussi nettement à un instant précis ; elle croît plus ou moins lentement à travers des actes qui doivent être évalués au regard du droit. Ici, il y aura impossibilité de formation d'une coutume ou inexistence d'une pratique donnant lieu à une obligation juridique, quand sera en cause l'intégrité d'une norme impérative.

b) Envisageons désormais le cas contraire déjà annoncé : la norme coutumière régionale préexiste et la norme de droit impératif universel se forme postérieurement, ou pour le moins son caractère impératif est postérieur. La norme régionale devrait ici prendre fin dès l'instant de l'établissement de la norme impérative universelle. Il y a analogie avec l'article 64 CVDT. Il s'agit d'un cas particulier d'extinction d'une norme coutumière régionale. Il n'y a pas nullité, ici non plus, mais extinction.

13. Il serait possible d'imaginer une autre construction si l'on admettait que la coutume régionale, contrairement à la coutume universelle, n'est pas un processus, mais un acte juridique, en d'autres termes une espèce d'accord informel. Quelque part, la coutume régionale s'en rapproche, car ne sont liés par

¹⁷ Dans ce cas, il n'y a pas lieu de lui appliquer une quelconque nullité. Le droit ne qualifie de nul qu'un objet dont il reconnaît un certain degré d'existence ; dans le cas d'un acte inexistant en droit, on constatera l'inexistence mais on ne parlera pas de nullité.

elle que les Etats ayant participé positivement à la pratique régionale ou y ayant apporté expressément leur adhésion. Il en est ainsi parce que la coutume régionale déroge par nécessité à la coutume générale. Si la norme coutumière régionale ne différerait en rien de la norme coutumière générale, il n'y aurait que cette dernière et non pas deux normes distinctes. De plus, la norme régionale, en tant que *lex specialis*, l'emporte sur la coutume générale non impérative dont elle diffère nécessairement – et de là vient précisément la dérogation. Or, le droit ne présume pas qu'un Etat ou plusieurs Etats s'écartent de ses règles coutumières générales, fussent-elles dispositives. Il en découle cette exigence d'adhésion particulière à la coutume régionale, qui la rapproche des phénomènes des accords tacites et des acquiescements. Certaines tentatives d'enfermer la coutume régionale dans le corset d'un accord informel ou tacite n'ont pas manqué¹⁸. Elles ne nous paraissent cependant pas convaincantes, car la coutume régionale est catégoriellement de la même souche que la coutume universelle. Elle se forme par accumulation de faits, auxquels un certain sens est attribué progressivement à travers l'opinion juridique. C'est dire que nous sommes dans le domaine du processus et non de l'acte. Le premier enchaîne des précédents dans le temps, dont le sens juridique ne devient apparent qu'*a posteriori* dans un regard d'ensemble, alors que le second se réalise instantanément par la puissance de la volonté exprimée. S'il en est ainsi, il ne sera pas possible d'appliquer à la coutume régionale le modèle de l'acte juridique ; et dès lors il ne sera pas davantage possible de faire ici place à la nullité pour contrariété à une norme de droit impératif. Il faudra plutôt s'en tenir à l'explication esquissée ci-devant, selon laquelle la norme impérative influe sur le processus de formation de la coutume, et en définitive sur le plan de son existence comme « coutume » reconnue par le droit ; ou, selon les cas, induira l'extinction d'une norme régionale préexistante.

CONCLUSION

14. Quelles conclusions peut-on tirer de ce qui précède ? Il y en a une multitude ; on peut ici mettre en exergue au moins deux d'entre elles.

En premier lieu, il est erroné de croire que le *jus cogens* forme une espèce de super-légalité placée de telle manière au-dessus de toute autre norme internationale qu'elle l'emporterait sur cette dernière en cas de conflit. Le droit impératif n'est pas créé pour littéralement défaire toute norme juridique qui pourrait, accidentellement ou durablement, s'opposer à son sceptre auguste. Ainsi, la question de collisions entre normes de droit international général (l'une

¹⁸ Voir à cet égard P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, vol. 90, 1986, p. 35. Pour la coutume bilatérale, voir par exemple P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 2. éd., vol. I, Genève, 1967, p. 109.

d'entre elles fût-elle de droit impératif) ne nous semble pas régie par le droit impératif dans le sens que celui-ci imposerait une priorité en bloc ou même une nullité. Il s'agit d'une collision normative qui renvoie à la détermination du champ d'application respectif des normes coutumières, voire à leur interprétation. Au contraire, le droit impératif régit les conflits entre normes d'échelle différente *ratione personarum* : il touche aux rapports entre un droit général et un droit particulier, renversant la règle habituelle selon laquelle *lex specialis derogat legi generali* pour imposer la règle *lex generalis cogentis derogat legi speciali non cogentis*. C'est la raison pour laquelle les relations entre coutume générale impérative et coutume régionale peuvent être perçus comme étant soumis à l'opération du droit impératif, alors que les relations entre une norme coutumière générale impérative et une norme coutumière générale non impérative ne le peuvent pas. Dans le premier des deux cas de figure mentionnés, il faudra évidemment quelque peu revoir l'effet juridique de l'impérativité, étant donné que la nullité au sens propre du terme ne convient qu'aux actes juridiques et que la coutume régionale est un fait juridique au sens étroit (ou un processus juridique) plutôt qu'un acte juridique. La manière dont de réajustement peut avoir lieu a été présentée ci-devant.

En deuxième lieu, il est évident qu'au-delà des constructions de technique juridique présentées dans cette brève contribution, le droit impératif continue politico-juridiquement sa carrière en repoussant constamment ses limites d'application et ses frontières conceptuelles. Il lutte contre toute barrière qu'on tente de lui opposer et franchit avec une étonnante force primesautière les enclos et les grillages à travers lesquels on croyait l'aborder. Ayant en 1969 placé sous son contrôle les actes juridiques, notamment les traités, il tente désormais de s'ériger en vecteur d'une reconstruction verticale du droit international, soumettant à son sceptre mouvant l'ensemble des sources (expressions normatives) du droit international, et aussi une série de conséquences de l'application ou de la violation de normes internationales. La justification en est toujours cette idée d'ordre public ou de valeurs fondamentales de la communauté internationale. Ils se fraient désormais un chemin vers la pratique judiciaire et la pratique d'autres organes. La conséquence est que pendant une période de transition plus ou moins longue, le droit international, qui souffre déjà d'une carence dans son expression formelle, traversera les turbulences d'une insécurité juridique accrue. Il serait toutefois fatal qu'une certaine construction du droit impératif entraîne non seulement un risque (limité celui-là, comme on l'a vu depuis 1969, et aussi bénin et nécessaire) pour le principe *pacta sunt servanda*, mais encore un danger éminent pour l'application du droit coutumier. Ce dernier est, en droit international, le socle fondateur des relations juridiques entre Etats. On ne saurait y toucher pour déclarer applicables ou non ses normes en fonction de géométries variables et d'agendas plus ou moins avouables. En d'autres termes, il serait entièrement infondé de vouloir « annuler » ou stériliser sélectivement des règles coutumières générales en fonction de

RG

Tome 117
2013
N°2

DIP



D
94
REGD

Revue Général