UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre | 2006 | Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le rôle de l'"opinio juris" : commentaire

Boisson de Chazournes, Laurence

How to cite

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Le rôle de l'"'opinio juris' : commentaire. In: L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international. Huesa Vinaixa, Rosario et Wellens, Karel (Ed.). Palma. Bruxelles : Bruylant, 2006. p. 75–80.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12916

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

COMMENTAIRE

PAR

LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES

PROFESSEURE ET DIRECTRICE
DU DÉPARTEMENT DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
ET ORGANISATION INTERNATIONALE
FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Je vous remercie toi et Karel de m'avoir demandé de faire ces observations. Toutefois c'est un exercice difficile. Séparer l'*opinio juris* de la pratique est périlleux. C'est en effet un travail d'exploration qui résiste mal à l'épreuve des faits. Mes propos seront très certainement en lien avec la discussion générale lorsque l'on réconciliera les deux éléments de la coutume. Je voudrais tout d'abord te féliciter pour ton rapport. Il peut être comparé à un tableau fait de touches modernistes et post-modernistes. Tu as essayé d'avoir une approche d'ensemble et en même temps tu montres qu'il peut y avoir des éléments qui se dissocient et qui n'ont pas forcément de lien les uns avec les autres.

Mes propos consisteront en six remarques, accompagnées de questions pour ouvrir la discussion.

1. Tu le dis, et Photini le répète dans son rapport, je crois que la vocation de l'*opinio juris* ou de la coutume, c'est d'être générale. Le présupposé de base – beaucoup d'auteurs l'ont déjà dit –, est donc que l'*opinio juris* est le véhicule par excellence de l'unicité du système si l'on considère que la coutume est une source importante du droit international par sa généralité et sa vocation. Dans ce contexte, tu as peu évoqué la coutume locale et la coutume régionale, cela avec raison parce que ce sont des notions qui résistent mal à l'épreuve des faits et de l'analyse juridique. Tu as ensuite posé la question de savoir s'il pouvait y avoir une *opinio juris* sectorielle. Je te rejoins pour penser qu'il n'y a pas d'*opinio juris* sectorielle. Il est vrai que dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, on peut dénoter un certain malaise avec le droit international

de l'environnement. Voulant peut-être mettre cet ensemble de normes «de côté», l'Avis de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires les qualifie de principes du droit international de l'environnement afin sans doute d'éviter de dire qu'ils relèvent du droit international général (1). Cela n'entraîne pas pour autant à considérer qu'il y aurait une «opinio juris environmentale» qui ne serait pas générale.

Unicité et généralité sont des qualificatifs de la coutume. Toutefois le qualificatif de «généralité» ne peut passer sous silence le profil politique de cette généralité. Le présupposé dans la doctrine classique est que doit être prise en compte l'*opinio juris* des États les plus intéressés. Ces derniers sont souvent les États les mieux lotis, les mieux dotés, ce sont aussi les plus vocaux – si l'on peut dire – aux Nations Unies. Mais pourrait-on également parler d'une *opinio juris* absente ou silencieuse? Cela aurait-il un impact sur l'appréciation de l'*opinio juris* comme véhicule d'unicité?

2. Ma deuxième remarque a trait à l'*opinio juris* que tu as qualifiée d'*opinio juris cogentis*. Dans ce contexte, on peut se demander si on peut parler d'une *opinio juris* qui représenterait la conscience universelle tout en pouvant être dénudée de pratique. Cette évocation appelle à l'esprit les écrits d'Albert Camus relatifs au devoir. Le colloque de la SFDI de Genève avait tenté de cerner les rapports entre *opinio juris* et pratique. J'avais moi-même évoqué le fait que l'habillage de l'*opinio juris* par la pratique est à dimension variable (2). Très souvent la pratique est un voile très fin. Mais peut-on affirmer pour autant que l'*opinio juris* peut exister sans pratique? Il est vrai que lorsque l'on essaie d'habiller cette *opinio juris cogentis*, la pratique – et on le voit avec la jurisprudence du TPIY – revêt un caractère particulier. Ainsi en droit international humani-

(1) «La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de *règles du droit international de l'environnement*», Cour internationale de Justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil*, 1996, par. 29.

(2) Voir à ce sujet, L. Boisson de Chazournes, «Qu'est-ce que la pratique en droit international?», in *La pratique et le droit international*, Société française pour le droit international, Colloque de Genève, Pedone, Paris, 2004, p. 19.

taire, la pratique ne serait pas ce qui se passe sur les champs de bataille mais reposerait essentiellement sur les déclarations étatiques, les manuels militaires et la jurisprudence (3). Ce serait cela qui confirmerait l'importance de l'*opinio juris*. Ne court-on pas le risque de créer une *opinio juris* impérative qui ne serait pas suffisamment arrimée à une pratique nécessaire et de caractère général ?

3. Le troisième point a trait aux relations entre l'*opinio juris* et le monde institutionnel. J'utilise à dessein la notion de «monde institutionnel» pour inclure les organisations internationales ainsi que les nombreux mécanismes institutionnels de caractère juridique plus hybride. Les organisations internationales, notamment les organisations universelles, sont des arènes très importantes pour la formation de l'*opinio juris* des États membres. On pense à l'interdiction du recours à la force, au principe de l'autodétermination, etc. Elles sont le siège de l'avènement de l'*opinio juris*. L'*opinio juris* qui se forme dans les organisations universelles est forcément générale et, qui plus est, véhicule d'unicité puisqu'elle transcende le cloisonnement institutionnel qui lui a permis d'éclore. Dans ce contexte, une distinction doit toutefois être établie entre l'*opinio juris* des États membres d'une organisation internationale et «l'*opinio juris* des organes» d'une organisation. Ces deux concepts doivent être distingués, tout en doutant du fait que l'on puisse parler d'une «*opinio juris* des organes des organisations internationales». Des pratiques peuvent être suivies, je pense par exemple aux procédures de vote des différents organes dans les organisations internationales, telle celle de la modification de l'article 27 de la Charte des Nations unies. C'est à dessein que j'utilise la notion de pratique. Est-on dans le champ du droit coutumier ou dans celui du droit conventionnel ? N'est-on pas dans le droit dérivé conventionnel ou dans un contexte juridique qui s'apparenterait à cela ? Qui plus est, du fait de la spécificité de chaque organisation internationale, il est très difficile de construire des généralités. Ainsi la Cour de Justice des Communautés européennes a toujours rappelé que la pratique des organes n'avait pas de portée juridique et qu'il revenait à la Cour d'interpréter l'évolution du traité. Par contre, aux Nations Unies, on

(3) Voir TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Dusko Tadic alias «Dule»*, Affaire n° IT-94-1-AR72, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, par. 99.

assiste à un essaimage de pratiques. Doit-on parler de «diversité» ou de «fragmentation» en matière de formation de normes coutumières si on se plaçait sur le terrain du droit coutumier? Je ne suis pas sûre que ce soit un problème de fragmentation.

Au scin du monde institutionnel, le développement normatif s'accompagne – pour certains c'est un signe de maturité – d'un élément institutionnel qui le solidifie et le construit. Mais l'institutionnalisation du droit s'apparente-t-elle à un processus de fragmentation? N'est-ce pas plutôt une forme de cloisonnement à la fois dans la construction des normes primaires et dans celle des normes secondaires?

L'*opinio juris* peut également permettre l'élaboration de mécanismes institutionnels. On peut évoquer à cet égard l'Organisation sur la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). C'est une organisation au profil juridique très particulier qui s'est beaucoup bâtie sur l'effectivité et donc, sur l'*opinio juris* à la fois de ses membres et de ceux qui n'en sont pas membres. On peut aussi évoquer l'évolution du mandat de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, construit pour une large part sur l'effectivité. Dans un tel contexte, l'*opinio juris* favoriserait l'édification de mécanismes institutionnels, sans que l'on puisse parler en termes de cloisonnement, puisque cette forme de consolidation institutionnelle s'inscrit dans un contexte de généralité.

4. La quatrième remarque a trait aux rapports entre juridictions internationales et *opinio juris*. Les juges peuvent exercer différents rôles. Comme il a déjà été dit, les juges jouent un rôle crucial dans notre société, notamment du fait du caractère a-centralisé de l'ordre juridique international. Le rôle des juges comme révélateur de l'*opinio juris* des États est souligné par Rosario. C'est là un rôle classique joué par la Cour internationale de Justice. Il y a également un rôle de faiseur de l'*opinio juris*. Ainsi par exemple, les enjeux de cohabitation entre différents ordres normatifs tels ceux relatifs à la santé, l'environnement et le commerce international nous montrent que le politique fait des choix qui sont bien souvent des non-choix. Le juge est alors appelé à décider et participe en ce sens au développement de l'*opinio juris* en faisant de la pesée d'intérêts pour dégager des principes et règles. Le troisième lien à établir entre juges, juridictions internationales et *opinio juris* a trait à l'idée selon laquelle les juges agissent comme structurants de l'unité de

l'ordre international. Ils exercent une fonction très importante pour préserver sa cohérence. Ainsi par exemple, un nouvel ordre public en droit international pénal est en train de se former au gré des décisions rendues par le TPIY, le TPIR et les Commissions d'enquête, telle la Commission d'enquête sur le Darfour. Ces décisions judiciaires et rapports participent à la structuration de l'ordre international.

5. La cinquième remarque a trait à la polysémie des notions de fragmentation et d'unicité. La notion de fragmentation revêt plusieurs sens, comme celle d'unicité. Il y a des domaines du droit international où l'on ne peut pas parvenir à un accord universel. On rencontre le même phénomène à l'échelon régional. Ainsi, par exemple, il y a une résistance forte à ce qu'il y ait une régulation internationale des questions de bioéthique relatives au génome humain. Du fait de cette résistance, il y a des pratiques, voire des normes, qui émergent à l'échelon régional et local. Certains qualifient cette situation de fragmentation. Il me semble plutôt que l'on fait face à un problème de pluralisme juridique. L'ordre juridique international est empreint de pluralisme. L'unicité ne veut pas dire que l'on exclut les différences. Elles doivent trouver leur place dans l'ordre international. Le droit comparé est un moyen d'y parvenir. Les méthodes du droit international privé telles celle du renvoi, celle de la reconnaissance et de l'exécution des actes publics étrangers ainsi que des décisions judiciaires et des sentences arbitrales étrangères ou encore celle des règles de conflit des lois sont également importantes.

Autre témoignage de la polysémie des notions : en droit de l'environnement et surtout depuis les années 80, une approche globale émerge. Les problèmes des changements climatiques, des polluants chimiques, de la biodiversité relèvent de cette approche. Il y a nécessité d'un cadre unique parce qu'on ne peut pas régler à l'échelon régional ou local ces questions. C'est un problème de nécessité naturelle et sociale qui nous pousse à l'unicité. Toutefois au sein de ces régimes uniques, une logique de différenciation se met en place. Ainsi par exemple, dans le domaine des changements climatiques, l'impératif global pousse tous les États à négocier ensemble. En même temps, les normes primaires reflètent une différenciation en matière d'obligations entre groupe d'États. On n'est pas là dans une logique de fragmentation entre ordres juridiques mais dans celle de

spécification à opérer dans un même ordre. Ce sont des logiques particulières. On retrouve cette différentiation dans l'élaboration des normes secondaires puisque les mécanismes d'observance et de sanction ne seront pas les mêmes selon les obligations et les tenants de celles-ci. On a affaire à un nouveau concept d'unicité/fragmentation dans un cadre conventionnel qui est nécessairement global. Ce nouveau concept tente d'émerger en droit coutumier.

6. Le sixième point a trait au fait de savoir qui fait l'*opinio juris*. Est-ce qu'on doit présumer que ce sont les sujets «adultes» de l'ordre international, à savoir les États ou les organisations internationales? Est-ce que les êtres «immatures» tels les représentants de la société civile n'ont pas leur mot à dire dans l'élaboration de l'*opinio juris*? Il y a là un rapport à établir avec la notion d'*opinio juris cogentis*. Cette forme d'*opinio juris* ne serait-elle pas forcément «inclusive» au sens de la prise en compte de toutes les composantes de la société internationale? L'exemple de l'offensive américaine contre l'Irak en 2003 est révélateur du fait que les opinions publiques ont été très présentes pour pousser les gouvernements à prendre des positions de part et d'autre et à se positionner. Est-ce que l'opinion publique ne doit pas être prise en compte quand on essaie d'identifier la fameuse *opinio juris*? Si l'on accepte que l'*opinio juris* puisse être inclusive, c'est-à-dire qu'elle associe d'autres composantes de la communauté internationale, on fait alors face à une nouvelle forme d'unicité. L'*opinio juris* joue le rôle de véhicule d'assemblage des aspirations de la communauté internationale dans ses différentes composantes.