

68ème Assemblée générale des Nations Unies
6^{ème} Commission

Examen du rapport de la 65^{ème} session de la Commission du droit international

Observations de la Belgique sur le sujet « Formation et détermination du droit international coutumier »

1. On lit dans le *Projet de rapport de la CDI sur les travaux de sa 65^e session* (doc. ONU A/CN.4L.818) :

« La Commission demande aux Etats de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des renseignements sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et sur les types d'éléments pouvant servir à établir ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflété dans:

- a) Des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales;
- b) Des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales. »

2. La Belgique constate que les Etats peuvent, à travers leur pratique, contribuer à la formation de la coutume internationale (**A.**) et à l'identification de son contenu (**B.**). La pratique belge illustre ce double rôle des Etats.

A. La formation de la coutume internationale

3. La Belgique a incriminé explicitement les violations graves du droit international humanitaire (DIH) commises dans un conflit armé non international. L'ancienne loi belge du 16 juin 1993 ¹ (incorporée aujourd'hui aux art. 136^{quater} ss. du code pénal) prévoyait la répression des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles additionnels (PA) de 1977 puisque son art. 1^{er} stipulait :

«Constituent des crimes de droit international [...] les infractions graves énumérées ci-après, portant atteinte [...] aux personnes et aux biens protégés par les Conventions signées à Genève le 12 août 1949 [...] et par les Protocoles I et II additionnels à ces Conventions [...]» (Italiques ajoutés).

En prévoyant la compétence du juge belge pour connaître des violations non seulement du 1^{er} PA mais aussi du 2^e PA, le législateur belge permettait au juge belge de connaître de violations graves du droit international humanitaire commises dans un conflit armé interne. Comme la loi permettait au juge belge de juger ces faits quels que fussent la nationalité de leur auteur, celle de leur victime et le lieu où ils avaient été commis ², la Belgique devenait un des premiers Etats ³ à se doter d'une compétence juridictionnelle à l'égard de faits qui n'étaient pourtant pas encore incriminés dans le 2^e PA.

4. Cette contribution de la Belgique à la formation de la coutume internationale a été constatée par la Chambre d'appel du TPIY, le 2 octobre 1995, en l'aff. *Tadić*. Les avocats

¹ MB, 5 août 1993.

² Cette extension aux conflits armés internes de l'incrimination résulte d'un amendement au projet de loi du Gouvernement, amendement déposé par les sénateurs Lallemand et consorts, D. P., Sénat, S.E., 1991-1992, n° 481-3/4/6 et rapport complémentaire n° 481-5 du 22 décembre 1992.

³ Voy. aussi c. p. milit. norv., art. 108 et c. p. yougoslave, art. 142, in BOTHE, M., "War crimes in non-international armed conflicts", in *War Crimes in International law*, ed. by Y. Dinstein and Tabory, The Hague, Nijhoff, 1996, p. 297; c. p. milit. suisse, art. 2, § 9, in ZIEGLER, A.R. "Domestic Prosecution and International Cooperation with Regard to Violations of International Humanitarian Law : The Case of Switzerland", R.S.D.I.E., 1996, p. 569, pour d'autres exemples, GRADITZKY, Th., "La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international", RICR, 1998, pp. 40-44.

de l'accusé contestaient la compétence du TPIY à connaître de violations du droit international humanitaire (DIH) (art. 2-3 du Statut) commises dans un conflit armé non international car les Convention de Genève de 1949 ne prévoyaient pas explicitement l'incrimination des violations de l'art. 3 commun. La Chambre a rejeté l'exception en constatant que plusieurs législations internes incriminaient les violations du DIH commises dans un conflit armé interne. A propos de la loi belge précitée, la Chambre dit :

« Sans aucune ambiguïté, une loi belge promulguée le 16 juin 1993 pour l'application des Conventions de Genève de 1949 et les deux Protocoles additionnels prévoit que les tribunaux belges sont habilités à statuer sur les violations du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève relatif aux victimes de conflits armés non internationaux. L'article premier de cette loi prévoit qu'une série d' "infractions graves" aux quatre Conventions de Genève et aux deux Protocoles additionnels, figurant au même article premier, "constituent des crimes de droit international" relevant de la compétence des tribunaux pénaux belges (art. 7) (*Loi du 16 juin 1993 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, additionnels à ces Conventions*, Moniteur Belge, 5 août 1993). »⁴

Pour la Chambre d'appel, cette loi faisait partie des « facteurs » qui

« confirment que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun »⁵

Cet exemple montre que le droit interne d'un Etat peut contribuer à la formation de la coutume internationale.

B. L'identification du contenu de la coutume internationale

5. La Belgique est d'avis que les Etats contribuent également à l'identification de la coutume internationale par leur pratique.

6. Certaines lois belges renvoient au droit international. Ainsi, le titre préliminaire du code belge de procédure pénale exclut toute poursuite pénale contre des dirigeants politiques étrangers lorsque le « droit international » prévoit leur immunité de juridiction pénale. L'art. 1*bis* du titre préliminaire dispose :

« § 1^{er}. *Conformément au droit international*, les poursuites sont exclues à l'égard :

- des chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont *l'immunité est reconnue par le droit international*;
- des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique.

§ 2. *Conformément au droit international*, nul acte de contrainte relatif à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges ou par une organisation internationale établie en Belgique et avec laquelle la Belgique a conclu un accord de siège. » (italiques ajoutés)

⁴ TPIY, aff. IT-94-1-AR72, § 132.

⁵ *Ibid.*, § 134.

De même, l'art. 12bis du même titre prévoit une compétence pénale extraterritoriale des cours et tribunaux belges lorsque le droit international conventionnel ou *coutumier* lui impose l'exercice de cette compétence :

« Hormis les cas visés aux articles 6 à 11, les juridictions belges sont également compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une règle de droit international conventionnelle ou *coutumière* ou une règle de droit dérivé de l'Union européenne liant la Belgique, lorsque cette règle lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites. » (italiques ajoutés)

7. Dans ces deux hypothèses, lorsqu'un tribunal belge est saisi d'un problème d'immunité de juridiction pénale d'un dirigeant politique étranger ou d'une question de compétence pénale à caractère extraterritorial, les cours et tribunaux belges rendent des décisions qui contribuent à la détermination du droit international coutumier tel qu'il est perçu et interprété par le juge belge.

8. D'autres exemples de contribution à l'identification de la coutume internationale peuvent être trouvés dans des décisions de jurisprudence de cours et tribunaux belges telles :

- Dans son ordonnance du 6 novembre 1998 dans l'affaire Pinochet, le juge d'instruction a considéré « qu'avant d'être codifié dans des traités ou des lois, le crime contre l'humanité est consacré par la coutume internationale et fait partie à ce titre du jus cogens international et s'impose dans l'ordre juridique interne avec effet contraignant erga omnes »⁶
- Dans son arrêt du 10 septembre 2010, la Cour de Cassation stipule qu'il n'existe pas de règle coutumière selon laquelle il n'y a pas de succession d'Etat automatique vis-à-vis des traités bilatéraux sans pourtant indiquer les raisons de cette conclusion.
- Dans un arrêt du 22 novembre 2012 relatif à une question d'immunité d'exécution, la Cour de cassation se réfère explicitement à la « règle coutumière internationale » *ne impediatur legatio*, suivant laquelle le fonctionnement de la mission diplomatique, ne peut être entravé pour souligner que 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'Etat accréditant. Il s'ensuit, dit la Cour, qu'aucune saisie ou mesure d'exécution ne peut être pratiquée sur les biens affectés au fonctionnement d'une mission diplomatique sauf si l'Etat accréditant consent expressément à l'adoption de mesures de contrainte pour cette catégorie de biens.

Dans son avis sur le recours en cassation en cause, le procureur général près la Cour de cassation déclare qu'il est désormais généralement reconnu que les sommes placées sur un compte bancaire destinées à assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques sur le territoire de l'Etat accréditaire bénéficient d'une immunité diplomatique d'exécution spécifique et autonome. Se basant sur l'article 38 §1 b du statut de la Cour internationale de Justice, il explique, dans son avis, les éléments constitutifs de la coutume : 1) répétition pendant une durée suffisante et dans un espace donné de certains actes ou comportements appelés des précédents, et 2) *l'opinio juris sive necessitatis*. Il se réfère ensuite à l'article 21 de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, lequel – estime-t-il – consacre la coutume internationale de l'inviolabilité des comptes bancaires de la mission diplomatique de l'Etat accréditant (à condition d'être utilisés conformément aux fins de la mission).

⁶ Civ. Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, JT, 1999, p. 310 et note Joe Verhoeven

9. Certaines déclarations officielles faites devant des corps législatifs abordent explicitement la question de la coutume internationale et aident à son identification. La Belgique relève à cette occasion deux exemples :

- le premier exemple est tiré des réponses de la Ministre belge de la Justice, en juillet 2003, aux parlementaires dans le cadre des travaux d'adoption de la loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire : la Ministre, parlant du Statut de la Cour pénale internationale, précise que « ce texte ne fait que définir la compétence de ladite Cour ; il ne crée pas d'incrimination. Ceci signifie que la notion de crime contre l'humanité préexistait au statut de la Cour. De même, l'obligation de poursuivre l'auteur présumé d'un crime contre l'humanité trouvé en Belgique est coutumière. »⁷
- Le deuxième exemple est extrait de l'exposé des motifs de la loi portant assentiment à l'amendement à l'article 8 du Statut de Rome adopté en 2010 lors de la Conférence de révision de Kampala, appelé aussi « amendement belge », la Belgique étant à l'origine de sa proposition : décrivant l'interdiction de l'utilisation du poison et des armes empoisonnées, le texte précise que « cette interdiction constitue une norme de droit international coutumier applicable tant aux conflits armés internationaux que non internationaux, affirmées par de nombreuses déclarations officielles étatiques. Elle constitue également une infraction dans la législation de nombreux Etats ». ⁸ Un peu plus loin, en abordant l'interdiction de l'emploi d'armes chimiques, le texte de l'exposé des motifs indique que « En droit international coutumier, l'interdiction de l'emploi des armes chimiques incluse dans la Convention sur les armes chimiques s'applique en toute circonstances, y compris dans les conflits armés non internationaux. En outre, cette interdiction se retrouve également dans plusieurs autres instruments qui s'appliquent aussi dans les conflits armés non internationaux et qui viennent renforcer la nature coutumière de la règle applicable en droit des conflits armés non internationaux. L'adoption de l'amendement belge renforce le caractère coutumier de l'incrimination applicable à l'emploi de ces armes ». ⁹

10. D'autres déclarations ont été faites devant des organes internationaux telle la Cour internationale de Justice. A titre d'exemple, la Belgique souhaite citer deux passages tirés des réponses qu'elle a apporté aux questions posées par le Juge Greenwood dans le cadre de l'affaire Belgique contre Sénégal lors des audiences sur le fond par lesquelles elle développe sa position en matière de détermination du droit international coutumier ¹⁰ :

« §6. Bien qu'il soit (...) « bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'opinio juris des Etats », il n'est pas toujours ni possible, ni nécessaire d'établir une distinction aussi nette entre l'élément matériel et l'élément psychologique de la coutume. La Cour a, dans le passé, établi l'existence d'une opinio juris à travers l'existence d'une certaine pratique étatique en la matière. »

« §8. Ceci ne veut pas et ne peut pas signifier qu'il peut y avoir une règle internationale coutumière sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence de l'opinio juris. Cela implique

⁷ La Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi relative aux violations graves de droit international humanitaire, Réponse de Mme la Ministre de la Justice aux membres de la Chambre des représentants, 28 juillet 2003, doc 51 0103/003, p.41

⁸ Sénat de Belgique, Projet de loi portant assentiment à l'amendement à l'article 8 du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Exposé des motifs, doc 5-2271/1, p.8

⁹ *Ibid*, p.9

¹⁰ CIJ, Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), Complément de la réponse de la Belgique à la question qui lui est posée par M. le juge Greenwood au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012, p. 2-3

seulement que la pratique et l'opinio juris ne sont pas aussi nettement et logiquement distinctes qu'on pourrait le croire. L'une peut effectivement informer l'autre: « Lorsqu'il existe une pratique suffisamment dense, elle reflète généralement une opinio juris; il n'est donc, dans la plupart des cas, pas nécessaire de démontrer séparément l'existence de cette dernière. En revanche, dans certaines situations où la pratique est ambiguë, l'opinio juris joue un rôle important pour établir si la pratique joue un rôle pour la formation de la coutume. »

11. Enfin, la Belgique a pris l'initiative, avec d'autres Etats parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de proposer des amendements à l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Ces propositions ont pour objectif de compléter la liste des crimes constitutifs de crime de guerre tant en situation de conflit armé international qu'en situation de conflit armé ne présentant pas un caractère international en y incluant l'utilisation de certaines armes dont l'usage est interdit. Dans la justification accompagnant les propositions d'amendements, il est spécifié que l'interdiction de ces armes ressort de traités internationaux largement ratifiés ou acceptés, voire quasi-universels, et qu'un très grand nombre d'Etats considèrent que ces textes relèvent de la coutume internationale. Ces propositions d'amendements visent, notamment, à poursuivre l'harmonisation des règles applicables aux conflits armés tant internationaux que non internationaux, harmonisation entamée avec l'amendement à l'article 8 adopté à la Conférence de révision de Kampala.