

LA REGLE JUS COGENS : son Rôle dans le Droit International

par Abès ABERKANE *

PLAN

INTRODUCTION

1^{re} PARTIE : Rôle du Jus Cogens avant l'avènement des Nations Unies.

- A. — Au niveau de la Doctrine.
- B. — Au niveau des Conventions internationales.
- C. — Au niveau de la Jurisprudence.

2^{me} PARTIE : Signification du Jus Cogens à la lumière du Projet de Convention sur le Droit des Traités et de la charte des Nations Unies.

- A. — La position de la Commission de Droit International.
- B. — La position des divers Etats et des commentateurs.

CONCLUSION

ANNEXES :

- Dispositions du Projet relatives au Jus Cogens.
- Quelques études sur le Jus Cogens.
- Documents des Nations Unies.

* Ancien Directeur de l'Institut d'Etudes Politiques de l'Université d'Alger,
Directeur Général du Centre d'Etudes et de Recherches des Transports.

LA REGLE JUS COGENS : son Role dans le Droit International

INTRODUCTION

La règle Jus Cogens pour être controversée dans sa signification et sa portée n'en constitue pas moins une idée force en Droit International public surtout depuis que la Commission du Droit International l'a intégrée dans le projet de Convention sur le Droit des Traités. Etabli en 1966, ce projet (1) a été soumis à une première conférence diplomatique qui s'est tenue à Vienne en 1968 et sera de nouveau examiné sous l'égide d'une conférence similaire qui se tiendra en 1969. Cette expression héritée du Droit Romain n'apparaît cependant pas dans ses sources. Pendant très longtemps et pratiquement jusqu'aux années 1950 le concept sera purement et simplement ignoré aussi bien par la Doctrine que par la jurisprudence, du moins sous ce vocable. En effet, la Doctrine favorable au droit naturel n'a pas manqué d'invoquer le caractère illicite de certains traités appréciés d'un point de vue éthique et moral en fonction de certaines normes impératives, réputées inviolables et s'imposant d'emblée à tous les sujets de Droit International. Ce n'est rien d'autre que l'application du concept. Rarement l'expression Jus Cogens est utilisée. Nous la trouvons par exemple dans l'opinion dissidente du juge allemand Schucking, à la suite d'un arrêt rendu le 12 décembre 1934 par la « Cour permanente de Justice Internationale » dans l'Affaire Oscar Chinn » (2). Nous la trouvons également dans une étude du professeur autrichien Alfred Von Verdross, publiée en 1937 et consacrée « aux traités illicites en Droit International » (3). Cet éminent juriste, qui n'a jamais ménagé ses faveurs à l'extension de ce concept, fait remarquer par ailleurs les réticences de la Doctrine à l'utiliser. Seuls quelques auteurs, jusqu'à ces dernières années, ont fait référence au Jus Cogens : les professeurs Kelsen (*Principles of International Law* 1952) ; Bin Cheng (*General Principles of Law* 1953) ; Schwarzenberg (*International Law* 1957) ; Quadri et Tunkin. Durant la dernière conférence diplomatique de Vienne, le délégué d'un pays latino-américain a même rapporté, selon

(1) Annuaire de la Commission de Droit International (ONU 1967)

(2) Oscar CHINN CASE (C.P.J.I. Recueils série A/B no 63 1934)

(3) Alfred VON VERDROSS : *Forbidden treaties in International Law* : comments on professor GARNER'S Report on « The Law of Treaties » (in A.J.I.L. vol 31 1937 p. 571).

les dires de certains membres de la C.D.I., que celle-ci n'a guère mentionné la règle *Jus Cogens* dans ses projets avant 1962. De fait, on peut signaler par exemple que le professeur H. Lauterpacht, rapporteur en 1953 de la C.D.I., ne parle dans son 1er projet sur le Droit des Traités (art. 15) que de « A treaty or any of its provisions is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice ». Il faisait explicitement allusion aux « principes de l'ordre public international », expression plus usitée dans les ouvrages consacrés au Droit International.

La C.D.I., instituée en 1947, a inscrit à son ordre du jour le problème de la codification du Droit des Traités dès sa première session en 1949. C'est dire que le projet de Convention sur le Droit des Traités est le résultat d'un travail qui a duré dix sept années. Les réflexions qui vont suivre portent essentiellement sur les conditions qui ont présidé à la restauration du *Jus Cogens* dans le droit positif international. Encore qu'il convienne de préciser que les discussions se poursuivent pour décider du sort à réserver à ce projet et au *Jus Cogens* en particulier. Mais avant d'entamer l'analyse du concept *Jus Cogens* à la lumière des dispositions du Projet qui s'y rapportent et des commentaires qu'elles ont inspirés, il serait peut-être utile de le situer rétrospectivement avant l'avènement des Nations-Unies et de la charte de San Fransisco.

1^{re} PARTIE

Rôle du *Jus Cogens* avant l'avènement des Nations-Unies

Ce rôle sera apprécié respectivement dans le cadre de la Doctrine, des traités internationaux et de la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale.

A. Au niveau de la Doctrine.

Il convient de considérer surtout les fondements qui déterminent l'orientation de deux écoles de pensée : le courant favorable au Droit naturel et le courant positiviste dont la démarche procède de deux postulats divergents sinon incompatibles. A la question de savoir si le « Treaty making Power » des Etats est illimité ou non, les deux courants précités apportent des réponses différentes.

1. Pour le courant en faveur du Droit naturel. Un Etat ne saurait disposer d'une volonté souveraine lorsqu'il prend des engagements au niveau international dans le cadre d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Tout traité doit obéir à certaines normes impératives dont la source se trouve dans le Droit naturel sous peine d'être frappé d'une nullité de plein droit. Il y a donc une distinction à faire entre traités illicites et licites. Le champ conventionnel se limite à cette deuxième catégorie seulement. Dès lors que l'Ecole du Droit naturel attribue à la moralité des traités un caractère préjudiciel, elle ne pouvait manquer

de plaider en faveur du Jus Cogens comme partie intégrante du droit des gens. Un juriste italien Gabrielle Salvioli écrivait en 1933 (4) : « Les traités doivent avoir un projet possible et un contenu licite. Si un traité est en opposition avec les règles impératives du Droit international, il est illicite et nul. Par contre, lorsqu'il s'agit de règles dispositives du Droit International, les deux parties sont libres d'adopter dans leurs rapports des dispositions qui en diffèrent ». Cet auteur ne précisait pas davantage ces règles impératives sauf à dire qu'elles sont respectées sous deux conditions solidaires relatives à l'objet d'un traité et à son contenu. De même le recours éventuel à une juridiction internationale n'était pas mentionné. Ces normes, pour ainsi dire, revêtent un caractère transcendantal et échappent au Droit positif.

Le professeur Alfred Von Verdross est l'un des rares auteurs à avoir essayé, à l'époque, d'établir une classification de ces normes impératives. Dans l'article pré-cité de 1937, il y distingue deux groupes tous deux susceptibles d'entraîner la nullité de plein droit d'un traité qui les enfreint. Ce qu'il appelle :

- « les normes impératives du Droit coutumier international » (ex : la liberté d'exploitation de la haute mer, l'annexion de Terra nullius)
- « les traités contra bonos mores ».

L'auteur songeait aux devoirs internationaux qui s'imposent à chaque état civilisé, qui sont universellement reconnus et dont l'application ne peut être contrariée d'aucune manière. Des exemples nous sont donnés :

- « le maintien de l'ordre public,
- le droit de défense d'un Etat contre toute attaque extérieure,
- le souci pour un Etat d'assurer le bien-être physique et spirituel des citoyens à l'intérieur du pays.
- la protection de ses nationaux à l'étranger ».

Un telle énumération montre clairement toute l'extension que l'auteur assignait au Jus Cogens à une époque où le Droit positif international ignorait la plupart de ces normes. Les exemples donnés par le professeur Von Verdross trouvaient certes application dans le droit interne où maintes législations limitent la liberté contractuelle en vertu des principes « d'ordre public » mais ces principes sont restés tributaires de la souveraineté des Etats. L'auteur place aussi parmi les normes impératives du Droit international, les principes relatifs aux conditions de fond des traités. Etudiant « les principes généraux du Droit applicables aux rapports internationaux » (5), il écrit : « Il peut

(4) Gabrielle SALVIOLI : Règles générales du Droit de la Paix (in Recueil des cours de l'Académie de Droit International, La Haye vol IV 1933 pp. 26-30).

(5) A. VON VERDROSS : Les principes généraux du Droit applicables aux rapports internationaux (in R.G.D.I.P. vol 45 1938 p. 51).

cependant exister aussi des principes d'un caractère strictement impératif (*Juris Cogentis*) qui ne peuvent être modifiés par aucune règle contraire. C'est par exemple le cas pour les principes relatifs aux conditions de fond des traités internationaux ». Il n'entendait donc pas se limiter au seul Droit naturel pour légitimer la suprématie des règles *Jus Cogens*. Il a recommandé par ailleurs que celles-ci soient placées sous le contrôle de la juridiction internationale. En commentant dans une étude récente (6) l'avant-projet de la commission du Droit international, le professeur Von Verdross ne fait que reprendre la classification adoptée auparavant en y intégrant certains principes consacrés par des conventions internationales.

Relèveraient du *Jus Cogens* :

- La faculté pour un Etat « d'accomplir ses devoirs internationaux ».
- « les règles générales du Droit international établies à des fins humanitaires ».
- Le principe de la prohibition de la menace ou de l'emploi de la force (art. 2 alinéa 4 de la charte).

2. La *Doctrine positiviste* dénie tout intérêt pratique aux principes d'ordre public constitutifs de *Jus Cogens* en Droit international public. La plupart des auteurs se réclamant de cette doctrine se réfèrent à la volonté des Etats présentée comme un postulat intangible dans l'élaboration du droit des gens. L'éminent juriste, le professeur Charles Rousseau (7), insiste sur « l'autonomie de la volonté des Etats », en raison de la « structure essentiellement individualiste et volontariste de la communauté internationale ». En d'autres termes, il n'y a pas lieu d'apprécier la liceité de l'objet d'un traité à la lumière de principes supra-juridiques au risque d'admettre un « domaine réservé » échappant à la volonté des Etats. La liberté de contracter des Etats ne doit souffrir aucune limite qui ne procède pas de leur volonté. « On ne saurait invoquer — écrit le professeur Charles Rousseau — à l'encontre de cette constatation la disposition de l'article 20 du Pacte de la Société des Nations portant abrogation automatique des traités incompatibles avec le Pacte car il s'agit là plus d'un problème de compatibilité de normes conventionnelles concurrentes que d'un problème de détermination de l'objet même des traités... » L'argument de l'auteur mérite discussion, d'autant plus qu'il interfère également avec l'article 103 de la charte de l'ONU qui dispose : « En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations-Unies en vertu de la présente charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Nous y reviendrons dans le développement

(6) A. VON VERDROSS : *Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law* (in A.J.I.L. vol 60 1966 p. 55).

(7) Charles ROUSSEAU : *Principes généraux du Droit international public* (ed 1944 Paris pp. 340-341).

consacré à l'article 20 du Pacte de la Société des Nations. Notons simplement qu'à l'occasion de travaux préparatoires de la charte de San Francisco, certains délégués (Ethiopie) ont demandé le maintien des dispositions de l'article 20 dans la charte de l'ONU.

Il n'apparaît donc pas possible à l'Ecole Positiviste de transposer dans le Droit International Public ce qui existe dans les législations internes, à savoir la suprématie de certains principes d'ordre public. Qu'il faille le souhaiter est un autre problème mais on ne peut parler de hiérarchie entre les règles de Droit qu'après une manifestation positive de la volonté des états. Mais certains théoriciens du Droit, comme le professeur Hersh Lauterpacht, se demandent s'il ne convient pas d'aller au-delà de la volonté pour déceler la source ultime de l'obligation juridique, et cet auteur d'observer que (8) : « Une fois qu'une règle de droit a été acceptée, elle est considérée comme obligatoire pour les Etats, indépendamment de leur volonté. Même ceux qui accordent à la volonté des Etats un rôle prépondérant et décisif dans la création des règles de droit admettent que la force obligatoire de cette volonté, une fois exprimée, est fondée sur un principe d'obligation juridique qui lui est à la fois extérieur et supérieur ».

B. Au niveau des Conventions Internationales.

Il convient de considérer en premier lieu le Pacte de la Société des Nations auquel certains Etats, et non des moindres (par exemple les USA et l'URSS jusqu'en 1934, n'ont pas pris part. Ce pacte destiné, à promouvoir la « Société des Nations-Unies », n'en mérite pas moins la première attention, compte tenu de son importance dans le Droit des gens. Son article 20 qui a suscité de nombreux commentaires, dispose :

« Les membres de la Société reconnaissent chacun, en ce qui le concerne, que le présent Pacte abroge toutes obligations ou ententes internes incompatibles avec les termes du Pacte et s'engagent solennellement à n'en pas contracter à l'avenir de semblables.

Si avant son entrée dans la Société, un membre a assumé des obligations incompatibles avec les termes du Pacte, il doit prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations ».

Faut-il considérer, à la suite du professeur Charles Rousseau, que rien dans l'article 20 n'autorise à conclure à une hiérarchie des règles quant à leur contenu ? Cet auteur parle de « normes conventionnelles concurrentes » en les plaçant sur un même pied d'égalité mais alors en vertu de quoi l'article 20 impose-t-il aux parties contractantes le devoir de mettre fin à toutes obligations incompatibles avec les termes du pacte sinon de la prééminence reconnue à celui-ci ? Plus que d'une incompatibilité, il s'agit véritablement d'une supériorité des termes

(8) Hersh LAUTERPACHT : Règles générales de la paix (in Recueil des Cours A.D.I. La Haye vol IV 1937 pp. 306-308).

du Pacte sur toute autre convention. Les termes employés dans l'article 20 traduisent davantage une injonction et dictent la solution à adopter. Aucun choix ni appréciation n'est laissé aux parties contractantes. Par ailleurs, cette injonction a une portée rétroactive puisqu'elle vise également les engagements contractés par les Etats avant leur entrée dans la Société des Nations. En comparant l'article 20 du Pacte avec l'article 103 de la charte des Nations-Unies, on peut constater une similitude dans leur inspiration. Or, lorsque la C.D.I. a considéré dans son avant-projet sur le Droit des Traités le problème de l'application des Traités successifs se rapportant au même sujet — concurrence de normes conventionnelles — elle a fait une réserve pour les dispositions de l'article 103 de la charte. L'article 26 du Projet dispose clairement : « sous réserve des dispositions de l'article 103 de la charte des Nations-Unies... ». Il n'y a aucun doute que les membres de la Commission ont voulu traduire par cette réserve la prééminence de la charte sur toute autre convention internationale. Il y a un rapport de subordination et non de concurrence. Le seul problème qui se pose est de savoir ce qu'il faut entendre exactement par l'expression « obligations des membres des Nations-Unies en vertu de la présente charte ». Il semble qu'il faille se référer au Chapitre I qui définit les buts et les principes des Nations-Unies. En discutant ce point particulier, la C.D.I. n'a pas voulu anticiper en proposant une définition précise de l'article 103. On peut relever dans le compte rendu de sa XVIIIème session, l'observation suivante :

« Therefore, without prejudging in any way the interpretation of article 103 or its application by the competent organs of the United Nations it decided to recognize de overriding character of article 103 of the charter with respect to any obligations of members ».

« Par conséquent et sans préjuger en aucune manière de l'article 103 ou de son application par les organes compétents des Nations-Unies la Commission a décidé de reconnaître le caractère prééminent de l'article 103 en ce qui concerne les obligations de chacun de ses membres ».

Pour en revenir aux dispositions de l'article 20 du Pacte, on peut signaler qu'elles se réfèrent au Pacte dans sa totalité et non pas à telles ou telles de ses dispositions. Il y a là peut-être matière à confusion. D'autre part, le Pacte n'avait pas le caractère d'universalité dont peut se prévaloir à une exception près (majeure, il est vrai) la charte des Nations-Unies, en particulier ses dispositions relatives à l'exercice de la guerre. Le Pacte de Paris en prohibant la guerre introduisait des règles incompatibles avec les articles 12 et 15 du pacte de la S.D.N. qui tolèrent l'état de belligérance en le réglementant simplement. En 1930, la Grande-Bretagne, appuyée par certains pays, fit une proposition dans ce sens qui n'eut pas de suite pour des raisons politiques. Il ressort des débats que de nombreux pays ont plaidé en faveur de la révision du Pacte de la S.D.N. considérant que le maintien de la paix appelle des normes supérieures pour sa protection. Certains délégués ont invoqué les aspirations de l'opinion publique pour une coopération pacifique entre les Etats mieux garantie.

Il y avait là implicitement une référence au Jus-Gogens et en l'occurrence, à une nouvelle règle (celle du Pacte de Paris) supérieure à celle inscrite dans le Pacte tout en étant de même nature. C'est en somme l'hypothèse envisagée par l'article 61 du Projet de Convention de la C.D.I., à savoir « la survenance d'une norme impérative du Droit International général ». Mais alors, peut-on dire qu'une telle présomption en faveur du Pacte de Paris donne raison à ceux qui refusent de reconnaître au Pacte de la S.D.N. une quelconque prééminence sur les autres conventions internationales ? Pas nécessairement, car aucune prééminence n'est immuable. Valable pour le passé, elle ne l'est pas automatiquement pour le futur à la seule condition, dit l'article 20 du Pacte de la S.D.N., que les parties contractantes ne prennent pas d'engagements ultérieurs qui soient incompatibles avec ceux du Pacte (1^{er} alinéa). Les nombreux pays déjà signataires du Pacte de la S.D.N. se sont autorisés à bon droit à souscrire aux engagements posés dans le Pacte de Paris. En vérité, le problème était d'ordre politique. Le Pacte de la S.D.N. a défini un équilibre relatif à partir de traités de paix qui allaient être contestés par certains Etats et le Pacte de Paris ne transformait pas radicalement le climat des relations internationales de l'entre deux guerres.

Bien que les Etats aient songé durant cette période à codifier le droit des traités, aucune entreprise n'a abouti de façon concrète et il est symptomatique par exemple de remarquer, dans un projet sur le Droit des traités, élaboré sous l'égide de la « Law Harward School » (9) en 1935 qu'aucune disposition relative aux normes impératives n'est prévue. Ce qui témoigne assez du déclin subi par cette notion dans le Droit international positif. La plupart des juristes préférèrent s'en tenir aux conditions de fond et de forme des traités sans considérer si leur objet est conforme ou pas à des principes supérieurs. Dans les nombreux arrêts rendus par la C.P.J.I., nous retrouvons également cette tendance.

C. Au Niveau de la jurisprudence.

C'est en ces termes que le professeur danois Max Sorensen conclut son « étude sur la jurisprudence de la C.P.J.I. » (10) :

« La jurisprudence de la Cour ne nous offre donc aucun exemple où elle a refoulé au second rang une disposition conventionnelle. Conformément à la tradition du Droit international et prenant en considération peut-être les conditions particulières de la communauté internationale, qui sont peu propices à une invalidation de ce qui a été expressément stipulé par les Etats, la Cour a toujours reconnu, en cas de conflit, la primauté du droit conventionnel sur les autres catégories de normes du droit international ».

(9) American Journal of International Law 1935 (vol 29 supp 2nd part.).

(10) Max SORENSEN : Les sources du Droit International : Etude sur la jurisprudence de la C.P.J.I. (in Einar Munksgaard Copenhagen 1946).

Dans un cas en particulier (affaire Oscar Chinn), la Cour internationale devait apprécier les principes de liberté de navigation et de commerce sur le fleuve Congo ainsi que les principes d'égalité de traitement et du respect des droits acquis. En l'occurrence, il s'agissait de voir dans quelle mesure les règles, définies dans l'Acte général de Berlin du 26 février 1885 et la déclaration de Bruxelles du 2 juillet 1890, conservaient force obligatoire après les nouvelles dispositions posées par la Convention de Saint-Germain (10 septembre 1919).

Le gouvernement britannique agissant pour le compte de son ressortissant Oscar Chinn, contestait au gouvernement belge le droit de réglementer la liberté de commerce et de créer un monopole générateur de discrimination.

Bien qu'ayant statué :

« Il est clair que c'est le caractère licite ou illicite au point de vue du Droit international des mesures de 1931 qui est à la base du présent litige », la Cour n'a pas estimé pouvoir donner suite à la requête déposée devant elle lors même que certains juges plaidaient en ce sens. Pour le Juge Van Eysinga (opinion individuelle) tout en soulignant que les deux parties litigantes ont outrepassé leurs droits en modifiant inter se l'Acte de Berlin et « ont agi à l'encontre non pas seulement d'un principe essentiel du droit des gens mais aussi de l'article 36 de l'acte général de Berlin prescrivant expressis verbis que des modifications ne pourraient être introduites dans l'Acte général que d'un commun accord. », il aboutit à la conclusion « qu'il s'agit ici d'une situation juridique qui est d'ordre public et dont une juridiction doit tenir compte d'office ». Le juge allemand Schuckling a fondé son opinion dissidente sur l'existence explicite d'un Jus Cogens qu'il trouve justement dans les dispositions de l'article 20 du Pacte de la S.D.N. Selon lui : « Le pacte de la Société des Nations dans son ensemble et particulièrement son article 20, où les membres s'engagent à ne pas contracter à l'avenir des obligations et ententes inter se incompatibles avec les termes du Pacte, n'avait guère de valeur si les traités conclus en violation de cette obligation ne devaient pas être entachés d'une nullité absolue dans ce sens qu'ils seraient nuls de plein droit. Et je ne peux pas imaginer que la société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer dans ce domaine un Jus Cogens avec cet effet que, quand les Etats ont convenu que certaines règles ne peuvent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit ». Il convient de rappeler la fidélité de ce juge aux principes du Jus Cogens. Enclin à attribuer au juge de larges pouvoirs pour dire le droit y compris celui de « seulement reconnaître les règles juridiques qui sont valables à ses yeux », le juge Schuckling n'a jamais manqué de reconnaître à la C.P.J.I. le droit d'écarter l'application de toute convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs. Il a refusé dans une autre affaire (Wimbledon Case 1923) de suivre la décision de la Cour qui a estimé que l'Allemagne en tant que neutre dans la guerre Russo-polonaise de 1921, devait se limiter strictement aux dispositions du traité de Versailles du 28 juin 1919 lesquelles l'engageaient

à assurer la liberté de circulation à travers le canal de Kiel à tous les bateaux appartenant aux nations en paix avec l'Allemagne. Peu importait donc de savoir si le « Wimbledon » transportait des munitions au profit du gouvernement polonais, mettant en péril la neutralité du gouvernement allemand.

La Cour a appliqué dans ce cas le principe d'effectivité des engagements internationaux tandis que le juge Schuckling s'est appuyé sur le principe excluant « les Traités contra bonos mores »

2^e PARTIE

Signification du Jus Cogens à la lumière du Projet de convention sur le Droit des traités et de la charte des Nations-Unies

Ainsi qu'il a été déjà signalé, il a fallu dix-sept années de travail à la Commission du Droit International avant de soumettre aux pays membres des Nations-Unies un Projet de convention sur le Droit des traités qui a connu au demeurant plusieurs versions antérieures à celle de 1966. Des juristes éminents ont contribué à ce travail de codification dont la nécessité s'est toujours fait sentir. Jusqu'en 1963, la Commission n'avait pas arrêté la procédure à suivre pour déterminer la sanction à réserver au projet de Code. Pour les uns, au nombre desquels le docteur Fitzmaurice qui a été rapporteur sur ce même problème au sein de la C.D.I., il fallait se limiter à présenter le projet comme une simple déclaration. La majorité s'est ralliée au point de vue adopté, à savoir présenter à l'Assemblée générale de l'ONU un Projet de convention en l'invitant à prendre les mesures nécessaires pour la réunion d'une conférence diplomatique destinée à discuter du projet. L'assemblée générale a suivi l'avis de la C.D.N. en adoptant le 5 décembre 1966 une Résolution (2166 XXI) en vertu de laquelle ont été prévues deux conférences. La première s'est déjà tenue à Vienne (26 mars - 22 mai 1963) et la seconde était prévue pour l'année 1969. Parmi les 75 articles de ce Projet de convention discuté à Vienne, seules quelques dispositions se rapportent à l'objet de cette étude :

— le principe du Jus Cogens est explicitement mentionné dans les articles :

50 (« Traités en conflit avec une norme impérative du Droit international général Jus Cogens »)

61 (« Survenance d'une nouvelle norme du Droit international général »).

67 Conséquences de la nullité ou de l'extinction d'un traité en conflit avec une norme impérative du Droit international général »).

On peut également invoquer les articles 26 et 49 qui en procèdent indirectement.

On peut trouver en annexe à la présente étude le texte des articles ci-dessus tels qu'ils figurent dans le Projet de convention établi en 1966.

L'apparition toute nouvelle du Jus Cogens dans un Projet de Convention internationale suscite naturellement beaucoup de questions. En consacrant le Jus Cogens, ce Projet de convention a eu moins l'avantage de provoquer une large réflexion à son sujet. On peut parler véritablement d'une restauration du Jus Cogens sous l'égide de la Commission du Droit International. Les questions que l'on se pose maintenant sont essentiellement de trois sortes :

1. Est-il nécessaire d'adopter le Jus Cogens ?
2. Si oui, quelle définition faut-il lui donner ?
3. Et de quelle façon peut-on le contrôler ?

Nous verrons en fonction de ces trois questions l'attitude de la C.D.I. comme organe promoteur du Projet ainsi que celle des différents Etats et de divers commentateurs.

A. — *La position de la C.D.I.*

Elle est connue à travers les rapports de sessions publiés tous les ans. Son intérêt ne peut échapper à personne dans la mesure où les membres de cette Commission appartiennent à différents pays où les systèmes juridiques et les convictions politiques ne sont pas les mêmes. A côté de juristes appartenant à l'hémisphère occidental et à l'Europe orientale, nous retrouvons certains représentants de pays du Tiers-Monde. Cela, pour souligner combien les tractations peuvent être longues et difficiles au sein de la C.D.I. mais encourageantes lorsqu'elles aboutissent à des résultats concrets.

1. *Sur la nécessité* d'adopter le principe Jus Cogens dans le Droit public international, la C.D.I. a répondu de façon nette en recueillant l'unanimité de tous ses membres non seulement pour le Jus Cogens mais pour l'intégralité du projet. Ce point mérite d'être relevé dans la mesure où devant la XXème session de l'Assemblée Générale de l'ONU (1965), le Président de la XVIIème session de la C.D.I. a cependant déclaré : « The expression Jus Cogens did not represent the same idea for all with regard to what constituted modern positive international law at any given time » (« L'expression Jus Cogens n'a pas eu la même signification pour tous en ce qui concerne les fondements du droit positif international à toute époque »).

En dépit de cela, il a été jugé nécessaire d'établir ce principe pour en faire une norme du Droit positif international. Même si chaque membre a pu s'en faire une idée plus ou moins extensive tous en ont ressenti le besoin pour consolider les bases de la vie internationale. Une telle prise de position traduit un progrès indéniable par rapport au passé. Elle tend à renforcer l'édifice des Nations-Unies. La discuter

dans son opportunité reviendrait à dénier tout intérêt aux nombreuses Conventions internationales à vocation humanitaire dont l'ONU a permis l'avènement depuis 1945.

2. *La définition du Jus Cogens* n'a pas manqué de faire surgir les problèmes les plus épineux. Pour les uns (professeurs Ago, Amado, Tsuruoka), il n'a pas été jugé nécessaire de donner une définition au Jus Cogens. D'autres membres se sont appliqués à cerner cette notion. Selon le Docteur Yasseen, une telle règle « est celle qui est nécessaire à la vie internationale et qui est profondément enracinée dans la conscience internationale ». Le professeur Pal était d'avis de considérer le Jus Cogens comme la norme constitutive de « l'ordre public international ». Selon le professeur Lachs, la règle Jus Cogens ne peut exister que dans « l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble ». De façon générale, on a donc insisté sur le caractère nécessairement universaliste du Jus Cogens. La Commission, faute de temps et par prudence, n'a pas voulu arrêter une typologie des normes impératives. Elle a préféré laisser ce soin à la pratique des Etats et à la jurisprudence observant notamment que « The Commission considered it to be the right course to leave the full content of the rule to be worked out in state practice and in the jurisprudence of international tribunals » (« il est plus juste de laisser à la pratique des Etats et à la Jurisprudence des tribunaux internationaux le soin de donner une signification concrète à la règle »).

Mais à la lumière des discussions qui ont eu lieu et de l'économie générale du projet, on peut dire que les faveurs de la Commission ne vont pas à une interprétation extensive du Jus Cogens. En considérant par exemple l'article 49 du Projet qui frappe de nullité absolue tout traité obtenu par la menace ou l'usage de la force, la commission a précisé que les dispositions de cet article s'appliquaient stricto sensu à l'article 294 de la charte.

Commentant dans une étude pénétrante le projet de convention de la Commission, le professeur Michel Virally (11) qui partage les conclusions de la commission, trouve trois caractères distinctifs du Jus Cogens :

a) C'est d'abord, selon lui, une norme impérative qu'il faut distinguer d'une norme obligatoire dans la mesure où elle peut limiter la souveraineté des Etats. Cette norme impérative puise sa force prohibitive dans sa valeur éthique soit qu'elle assure une justice sociale en faveur des plus faibles soit qu'elle « présente pour la société internationale dans son ensemble une importance telle que sa non-application exposerait celle-ci à un grave danger ».

(11) Michel VIRALLY : *Réflexions sur le Jus Cogens* (in *Annuaire français de Droit International* pp.5-29 1966).

b) C'est ensuite une norme universelle, partagée donc par l'ensemble de la communauté internationale. Le projet établi en 1963 ne parlait que de norme ne pouvant être modifiée que par une norme « d'un traité multilatéral général ». Cette expression a été remplacée dans le texte de 1966 par la formule « Droit international général » qui est plus large. En parlant de la non-immutabilité du Jus Cogens, l'auteur ajoute un autre caractère que nous pouvons qualifier de Droit positif. La Commission a posé clairement ce principe lorsqu'elle dit : « It would clearly be wrong to regard even rules of Jus Cogens as immutable and incapable of modification in the light of future developments ». (« Il serait absolument faux de considérer même les règles de Jus Cogens comme immuables et non susceptibles de modification à la lumière de développements ultérieurs »). Le professeur Michel VIRALLY abonde dans ce sens lorsqu'il écrit : « Même s'il est déduit de conceptions éthiques ou d'une représentation normative de la Société internationale, qu'elle soit d'origine naturaliste (12) ou idéologique, le Jus Cogens ne constitue pas par conséquent du Droit naturel. Il évolue en fonction des transformations de la situation socio-historique de la société internationale et des modifications intervenues dans les conceptions politiques, éthiques, philosophiques et idéologiques qui s'y rapportent ».

c) C'est enfin une norme qui frappe « d'une nullité de plein droit » tout accord dérogatoire. On peut certes trouver dans un traité multilatéral des normes à caractère impératif mais leur seul effet est d'interdire aux parties de conclure un accord dérogatoire sans pour autant attacher à celui-ci « une nullité de plein droit ».

3. *Le contrôle du Jus Cogens dans son application.* Une norme (lorsqu'elle revêt un caractère inviolable) a besoin d'un juge pour la préserver de toute infraction et censurer les engagements contractés qui s'opposent à elle. Or, la Commission n'a pas cru devoir se prononcer sur le problème fondamental de la non-exécution des traités ni définir comment le juge international est appelé à exercer son rôle. Dans le projet sur le Droit des traités présenté (dans le cadre de la commission du droit international) par le professeur Lauterpacht en 1953, ce problème n'a pas été ignoré puisque le projet laissait expressément le soin au juge d'exercer son pouvoir de censure. En regressant sur ce point, la Commission a introduit une faille dans le Projet, d'autant plus sensible qu'elle laisse la définition du Jus Cogens à l'initiative des Etats et du Juge. Mais quelle portée cela pourrait-il avoir puisque la juridiction n'est pas obligatoire ? La bonne volonté des Etats ne saurait suffire. Certes cette position est dictée par les conditions du moment car tous les Etats ne sont pas disposés à se soumettre à l'autorité du juge sans leur consentement préalable. Mais

(12) cf. Par exemple la position du délégué italien à la conférence de Vienne qui a insisté sur l'essence naturaliste du Jus Cogens.

n'y a-t-il pas risqué à transformer le Jus Cogens en lettre morte sans la garantie juridictionnelle ? La Commission n'a pas voulu aller plus loin que les dispositions de la charte sur le « règlement pacifique des différends » (art. 33.)

La Commission a également écarté du champ du Projet certaines matières comme :

- les conséquences de l'ouverture des conflits sur les traités,
- les incidences résultant de la succession d'Etats sur les traités,
- les effets de la clause de la nation la plus favorisée.

Ces problèmes sont appelés à être examinés plus tard.

B. — *La position des divers Etats et des commentateurs.*

1. Naturellement, l'innovation introduite par la Commission a provoqué d'après discussions au sein des Nations-Unies et de nombreux courants se sont dessinés allant de l'approbation complète ou conditionnelle jusqu'à l'opposition radicale. De même, la doctrine est divisée. Le feu de la discussion s'est concentré surtout sur l'article 50. Lorsqu'on consulte les procès-verbaux de la dernière conférence diplomatique de Vienne, on ne trouve pas moins de cent pages de commentaires se rapportant seulement à l'article 50 ! Lors de travaux du Comité juridique de l'ONU (session de 1953) le professeur Egon Schwelb (13) a recensé l'intervention de 51 pays au sujet de l'article 50. Si la plupart d'entre eux - 43 - ont plaidé en sa faveur, 5 représentants (Chili, France, Japon, Suède, Turquie) émettaient de sérieuses réserves à son endroit, 2 pays (Belgique, Australie) n'avaient pas de position arrêtée, tandis que le Luxembourg, par la voix de son représentant, faisait connaître son opposition en ces termes : « Luxembourg government concludes that in the present state of international relations it is not possible to define in juridical terms the substance of peremptory international law ») « Le Gouvernement du Luxembourg, en l'état actuel des relations internationales, estime qu'il n'est guère possible de traduire en termes juridiques la substance des normes péremptoires du Droit international »).

Autrement dit certains pays, en minorité il est vrai, considèrent l'adoption du Jus Cogens comme prématurée dans le contexte international actuel. C'est l'argument également avancé par le professeur Schwarzenberg qui se demande jusqu'à quel point la communauté internationale d'aujourd'hui est prête à accepter des normes impératives universelles et à les respecter. Il affirme en particulier dans une étude (14) sur le Jus Cogens qu'il ponctue par un point d'interrogation :

(13) Egon SCHWELB : Some aspects of International Jus Cogens as formulated by the International Law Commission (in A.J.I.L. 1967 vol. 61 p. 946).

(14) G. SCHWARZENBERG : International Jus Cogens ? (in Texas Law Review vol 43 1964-65 p. 455).

« The rise of legal rules which bind without agreement between the parties affected and which override any contradictory agreement presupposes one of two things : the existence of authorities believed to be endowed with supranational powers (as when lawyer-priests administered *jus sacrum* or a centralized worldly power which would refuse to compound at least offenses directed against itself or the community at large » (« L'avènement de règles de droit liant les parties concernées en dehors de tout accord mutuel et ne souffrant aucune disposition conventionnelle dérogatoire suppose l'une de ces deux choses : soit l'existence d'une autorité investie de pouvoirs supranationaux comme à l'époque où les prêtres législateurs gouvernaient - *Jus sacrum* -, soit un pouvoir mondial centralisé qui refuserait d'entériner pour le moins toute atteinte dirigée contre lui ou la communauté dans son ensemble »). Comme le temps des prêtres-législateurs n'est plus et que le gouvernement mondial n'est pas pour demain, le professeur Schwartzberg ne cache pas son scepticisme en ce qui concerne la portée actuelle du *Jus Cogens*. Sa position est logique mais nous nous permettrons d'en discuter le côté quelque peu irréaliste. Il y a une donnée de fait, à savoir la coexistence au sein de la communauté internationale d'Etats ayant des professions de foi différentes. *Jeter l'anathème sur l'une d'elles reviendrait à cristalliser la division du monde*. Préconiser d'emblée l'intégration sous des règles de Droit uniformes de tous les sujets de Droit international n'est ni possible ni souhaitable. Le Droit ne se définit pas une fois pour toutes, ne varie-t-il pas. Il plonge ses racines dans des sociétés qui évoluent sans cesse. C'est à la condition d'être dynamique qu'il peut épouser fidèlement ce rythme d'évolution. A côté des différences voire des antagonismes qui subsistent dans l'interprétation du Droit, il y a aussi des chemins étroits vers le ralliement. C'est pourrait-on dire des « zones franches ». On peut y accéder ou en sortir facilement. Mais en vérité, cette deuxième faculté constitue l'exception et dans tout dépaysement il y a nécessairement effort d'adaptation. Le *Jus Cogens* est nécessaire pour organiser le concert des Nations. C'est d'ailleurs l'avis de la majeure partie des Etats. Quitte à se séparer sur la définition du *Jus Cogens* ou sur ses modalités de contrôle, la plupart des Etats représentés à la conférence de Vienne n'ont pas discuté l'opportunité de son introduction dans un projet de code sur les traités.

2. A la question de savoir *comment le définir*, les délégués présents à Vienne ont donné des réponses variables. Pour les uns, le texte de l'article 50 manque de précision. Le conserver tel quel pourrait compromettre la mise en œuvre du *Jus Cogens*. Le représentant du Royaume Uni (M. Sinclair) a beaucoup insisté sur ce point déclarant notamment que « In the absence of a procedure for defining which rules of international law had the character of peremptory norms the application of the rule in the article 50 would be at the mercy of unilateral assertions and counter-assertions made by the states concerned » (« En l'absence d'une procédure définissant celles des règles internationales qui ont le caractère de normes péremptoires l'application de la règle prévue dans l'article 50 risque d'être à la merci d'assertions

unilatérales et de contre-assertions émanant des Etats concernés », et il a suggéré trois moyens pour clarifier cette notion :

- établir une liste exhaustive des normes impératives en droit international.
- ou une liste indicative susceptible de constituer une bonne base de référence.
- ou enfin dire selon quels textes on peut les identifier.

De même pour le représentant de la France (M. De Bresson), il n'est pas pensable d'admettre l'existence du Jus Cogens « sans définir la substance de cette règle du Droit positif, les conditions de son développement et le contrôle de son application ». Cette substance, selon lui, réside dans « l'expression indéniable de la conscience universelle, le dénominateur commun de ce que les hommes de toutes les nationalités considèrent comme intangible, à savoir, le respect et la protection des droits de la personne humaine ».

Pour d'autres, il n'y a rien à ajouter à la formule proposée par la Commission et le délégué de l'Inde (M. Jagota) dira même que « le texte de l'article était un chef-d'œuvre de précision et de simplicité que sa délégation appuyait sans réserve ». Ce point de vue est partagé par de nombreux pays du Tiers Monde. Tout en soulignant qu'il n'était ni nécessaire ni possible d'aboutir à une classification des normes Jus Cogens, les représentants des pays socialistes réservent leur faveur à la pratique des Etats. C'est, semble-t-il, une constante de la position soviétique et de ses alliés que de ne rien envisager qui puisse compromettre la volonté des Etats. Le professeur E. Mc Whinney (15) a essayé dans une de ses publications d'expliquer à partir des diverses prises de position soviétiques en matière de Droit international l'opposition de la Doctrine à un « mondialisme » idéaliste et utopique parce que procédant d'un égalitarisme formel entre les Etats abstraction faite du système idéologique qui les inspire. Ainsi la coexistence pacifique considérée comme fondement des relations inter-étatiques serait destinée, selon la doctrine soviétique, non pas à établir une convergence idéologique mais à dégager de nouvelles voies pour une compétition pacifique entre deux systèmes économiques opposés par nature. Cette coexistence pour être viable c'est-à-dire préserver son caractère progressif ne doit dépendre ni d'un Droit supra-national ni du contrôle d'un juge, facteurs conservateurs par excellence. Le statu quo actuel marqué par l'antagonisme entre les deux blocs, n'a pas à être pérennisé. Mais dans la mesure où il peut à tout instant mettre en péril la paix du monde à cause de la course intensive aux armements, il doit obéir à certaines « règles du jeu » ou encore aux principes directeurs de la coexistence pacifique tels que définis par exemple dans le programme du Parti Communiste de l'Union Soviétique (16) adopté en 1961 par le XXII^e Congrès du Parti :

(15) ED. Mc WHINNEY : « Peaceful coexistence » and Soviet-Western International Law (A.W. Sythoff/Leyden 1964 p. 53-54).

(16) cf. TUNKIN : Le Droit international de la coexistence pacifique (in Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris ed. Pedone 1964 pp. 407-418).

- « 1. Le renoncement à la guerre comme moyen de règlement des questions litigieuses entre les Etats, leur règlement par la négociation ;
2. L'égalité des droits, la compréhension et la confiance réciproques entre les Etats, le respect des intérêts mutuels ;
2. La non-ingérence dans les affaires intérieures, la reconnaissance du droit de chaque peuple de résoudre lui-même toutes les questions concernant son pays ;
3. Le strict respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de tous les pays ;
5. Le développement de la coopération économique et culturelle sur la base de l'entière égalité et de la réciprocité des avantages ».

On peut ajouter à ces cinq principes, le respect de la clause « Pacta Sunt Servanda » (17) dans l'exécution des traités. Les principes ainsi posés peuvent constituer la définition donnée au Jus Cogens par la doctrine socialiste en général à condition de rappeler :

1. L'interprétation donnée à certains concepts utilisés par la charte. Par exemple : l'emploi de la force, la définition de l'agression.
2. La question des « traités inégaux » dont on peut se libérer.
3. Le primat donné à la négociation plutôt qu'aux procédures d'arbitrage et au règlement judiciaire dans la solution des litiges.
4. La légitimité des « guerres de libération nationale ».

Le représentant des USA (M. Mc Dougall) a essayé en vain de faire adopter à Vienne une conception « régionaliste » du Jus Cogens dans un amendement à l'article 50 stipulant que : « A treaty is void if at the time of its conclusion it conflicts with a peremptory rule of general international law which is recognized in common by the national and regional legal system of the world and from which no derogation is permitted » (« Est nul tout traité en conflit au moment de sa conclusion avec une norme peremptoire du droit international général reconnue à la fois par les systèmes juridiques nationaux et régionaux existant dans le monde, norme à laquelle aucune dérogation n'est permise »). Seulement 24 pays ont appuyé cette proposition qui renoue d'ailleurs avec une longue tradition américaine tendant à ne pas

(17) cf. l'intervention du représentant soviétique lors de la réunion de Vienne en 1968 concernant le rôle de cette clause.

« The violation of treaty obligations undermined the foundation of peace and trust between states and generated disputes which could lead to military action. The principle of Pacta Sunt Servanda was an important source of international law and an instrument of peaceful coexistence between states ».

soumettre la codification du Droit au seul critère d'universalité. La majorité des participants à la conférence diplomatique de Vienne n'a pas suivi cette suggestion. Le représentant de la France en particulier a expliqué son désaccord à l'amendement proposé par les USA en déniant aux règles liées à l'équilibre bipolaire du monde actuel tout caractère universel et impératif. Il a déclaré notamment « That principles that were peculiar to a particular system adopted by the Nations or which related to the play of forces maintaining equilibrium in the world should be excluded from Jus Cogens. Those principles were still too controversial ». « Ces principes inhérents à un système particulier adopté par les Nations ou correspondant au mécanisme des forces qui maintient l'équilibre mondial devraient être exclus du Jus Cogens. De tels principes sont encore trop controversés ». C'est à la suite de très grandes discussions que la conférence par 72 voix contre 3 et 18 abstentions a pu adopter la nouvelle version de l'article 50 :

« A treaty is void if at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present convention a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character ».

« Est nul tout traité qui est en conflit au moment de sa conclusion avec une norme péremptoire du droit international général. Aux fins de la présente convention est norme péremptoire du droit international général celle qui est acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par un nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

Deux précisions ont donc été apportées au texte initial : la première indique que le conflit visé se rapporte aux traités qui seront conclus sous l'empire de l'article 50 à l'avenir. Elle donne en partie satisfaction au gouvernement américain dans la mesure où elle limite le champ d'application du Jus Cogens dans le temps. La seconde insiste sur le caractère universellement reconnu du Jus Cogens. Une fois de plus, on aura beaucoup discuté pour entériner seulement des principes généraux.

Si nous devons considérer les sources du Droit international général, auxquelles de ces sources serait-il possible d'attribuer le caractère du Jus Cogens ? En vertu de l'article 38 du statut de la C.I.J., ces sources sont essentiellement de trois sortes :

- a) Les conventions internationales ;
- b) La coutume internationale, *comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit* ;
- c) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

a) Parmi les conventions internationales celles dont la vocation est à la fois universelle et humanitaire relèvent sans problème du Jus Cogens. On peut citer, à titre d'exemple :

- la convention contre le génocide (signée à Paris, le 9-XII-1948 en vigueur depuis le 12-I-1951).
- les conventions de Genève pour la Protection des Victimes de la guerre (signées à Genève le 12 août 1949, en vigueur depuis le 21 octobre 1950).
- la convention pour la suppression du trafic des personnes (signée à New York le 21 mars 1950, en vigueur depuis le 25 juillet 1951).
- la convention sur les droits politiques de la femme (signée à New York le 31 mars 1953, en vigueur depuis le 7 juillet 1954).
- la convention contre l'esclavage (du 25 septembre 1926, amendée par le Protocole du 7 décembre 1953, en vigueur depuis le 7 juillet 1955).
- la convention supplémentaire sur l'abolition de l'esclavage (signée à Genève le 7 septembre 1956, en vigueur depuis le 30 avril 1957).
- la convention contre le travail forcé (1957)
- la convention contre toute discrimination dans l'éducation (1960).
- la convention contre l'Apartheid (1965).

Dans les conventions de Genève de 1949, il est stipulé que la clause de dénonciation : « shall in no way impair the obligations which the parties in the conflict shall remain bound to fulfil virtue of the principles of the law of nations as the result from the usages established among civilized peoples from the laws of humanity and the dictates of the public conscience » (« Ne doit nullement décharger les parties litigantes des obligations qu'elles continuent d'assumer en vertu des principes du Droit des gens tels qu'ils résultent de la coutume reconnue par les peuples civilisés à partir du droit de l'humanité et des impératifs de la conscience universelle ». C'est donc en vertu des commandements dictés par la conscience universelle que de telles conventions revêtent un caractère strictement impératif.

Quant aux traités de paix, ils prennent souvent la forme bilatérale et manquent dès lors de cette première condition d'universalité qui caractérise le Jus Cogens. Un large consensus est toujours nécessaire. Il semble que l'intégration dans le cadre du Jus Cogens de certains traités à caractère multilatéral où l'intérêt de l'humanité est mis en relief soit possible. On peut citer par exemple le « Traité sur l'Antarctique » de 1959 et le « Traité sur l'Espace » de 1967. Il serait d'ailleurs très intéressant d'apprécier dans deux domaines particuliers la portée du Jus Cogens : celui des activités spatiales et des activités nucléaires.

Il nous reste à considérer maintenant les principes fondamentaux énoncés par la charte des Nations-Unies. L'unanimité est loin d'exister quant à leur définition. Les comités spécialisés, nommés par l'assemblée générale de l'ONU pour « définir l'agression » ou codifier « les principes du droit international touchant les relations amicales entre les Etats

conformément à la charte des Nations-Unies », ont travaillé jusqu'à présent sans aboutir à des résultats concrets. Dès 1950, l'Assemblée générale de l'ONU s'est penchée sur le problème de l'agression (18) mais le dénouement ne varie pas. Elle prend acte des rapports (il en existe plusieurs) établis par les comités nommés à cet effet et réinscrit la question à son ordre du jour en désignant un nouveau comité. Le 18 décembre 1967, l'assemblée générale a une fois de plus dans sa résolution 2330 (XXII) constitué un comité de 35 membres chargé de lui faire un rapport sur la question de l'agression pour sa 23^e session. Cette question demeure donc insaisissable, nouveau « mythe de Sisyphe ». Pas plus aujourd'hui qu'en 1944, on n'a réussi à donner une définition valable pour tous à un phénomène dont on veut préserver le genre humain. Le rapporteur du comité qui a étudié le problème à Dumbarton Oaks, Paul Boncour (19) expliquait déjà les raisons de l'impasse : « Il est apparu néanmoins à la majorité qu'une définition préalable de l'agression dépassait les possibilités de cette conférence et le but de la charte. Les progrès de la technique de la guerre moderne rendent assez difficile la définition de tous les actes d'agression. La liste de ces cas devant être forcément incomplète, on a fait remarquer que le Conseil aurait tendance à tenir un moins grand compte des actes qui n'y figureraient pas : les omissions encourageraient l'agresseur à tourner la définition ou risqueraient de retarder l'intervention du Conseil. Dans d'autres cas, au contraire, une intervention automatique du Conseil pourrait entraîner une application prématurée de mesures coercitives. Le Comité a donc décidé de s'en tenir au texte rédigé à Dumbarton Oaks et de laisser au Conseil l'entière appréciation de ce qui constitue une menace à la paix, une atteinte à la paix ou un acte d'agression ». Quant au comité qui s'occupe des principes appelés à régir la coexistence pacifique (20) entre les différents Etats de la communauté internationale, les deux dernières sessions (1964 et 1967) témoignent des profondes divergences qui subsistent lorsqu'il s'agit de définir en particulier les principes suivants :

- interdiction de la menace ou de l'emploi de la force ;
- règlement pacifique des conflits ;
- non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ;
- égalité souveraine des Etats.

(18) cf. Jean SPIROPOULOS : La question de la définition de l'agression devant les Nations-Unies (in *Mélanges Gidel* ed. Sirey 1961 pp. 541/566).

Jaroslav ZOUREK : La charte des Nations-Unies interdit-elle le recours à la force en général ou seulement à la force armée ? (in *Mélanges offerts à Henri Rolin* Problèmes de Droit des gens, Paris ed. Pedone 1964, pp. 517-534).

(19) Cité par Ch. CHAUMONT : Explication juridique d'une définition de l'agression (in *Annuaire français de Droit International* 1956 pp. 521/529).

(20) cf. Piet HEIN HOUBEN : Principles of International Law concerning Friendly relations and co-operation among states (in *A.J.I.L.* vol 61 1967, pp. 703/736).

S'agissant par exemple du premier principe, les uns (représentants des pays socialistes ou du Tiers Monde) considèrent qu'il convient de conférer au mot « force » un sens très large intégrant en particulier toute pression à caractère économique ou politique. Les autres (hémisphère occidental), évoquent les travaux préparatoires de Dumbarton Oaks et préfèrent une interprétation restrictive. Pour le représentant français, lors de la session du Comité à Mexico (1964) : « Il ne saurait être question d'étendre le concept de menace ou d'emploi de la force à des cas que les auteurs de la charte avaient délibérément exclus ». Quant au représentant des USA, il s'est même interrogé sur l'utilité d'un tel travail de codification signalant en particulier que : « Those obligations (under article 2, 4°) had usually been clarified by the practice of the United Nations and no international code could have made them explicit » (« de telles obligations (en vertu de l'article 2 alinéa 4) avaient été généralement clarifiées par la pratique des Nations Unies et qu'aucune codification internationale ne pouvait les rendre plus explicites »). Dans ces conditions, un accord en la matière est difficile à prévoir. Tout le monde se prévaut de la charte mais chacun continuera à l'interpréter à sa manière.

b) En ce qui concerne la coutume il s'est trouvé un représentant de la Conférence de Vienne, celui de l'Italie (M. Maresca) pour y voir non seulement un des fondements constitutifs du Jus Cogens mais aussi pour dire que c'est le premier de tous. Lorsqu'on compare sa position où il dit : « Sources of (Rules of Jus Cogens) lay in custom, the first source of the rules from which no derogation was permissible ». (« Les sources (du Jus Cogens) se trouvent dans la coutume d'où procèdent en premier lieu les règles auxquelles nulle dérogation n'est permise »), avec celle du représentant hongrois par exemple, on mesure toute la différence qui sépare les courants « naturalistes » et « positivistes » :

« The source of rules having a peremptory character like all the other rules of international law, lay in the will of states. They were of necessity dictated by the complexity of international relations and by the interdependence of the subjects of international law ».

« La source des normes ayant un caractère péremptoire comme toutes les autres normes de droit international réside dans la volonté des Etats. Ces normes ont procédé de la nécessité dictée par la complexité des relations internationales et par l'interdépendance des sujets de droit international ».

Beaucoup de questions se posent. En effet, si le Jus Cogens, comme il est généralement reçu, est considéré comme évolutif, comment pourra-t-il s'adapter à la coutume dont le premier attribut est la force de conviction ? D'autre part, il faut se demander à qui se rapporte cette coutume ?

A partir de quel moment peut-on parler de « pratique générale acceptée comme étant de droit » ? Nous savons que la doctrine socialiste a toujours manifesté quelque défiance à l'égard de cette source du droit international insistant en particulier sur son rôle quasi-inhibiteur pour

les aspirations révolutionnaires. Selon la doctrine socialiste (21), les nouveaux Etats issus de la décolonisation n'ont pas à se sentir engagés par les coutumes déjà en vigueur entre un nombre plus ou moins grand d'Etats. Seule leur volonté exprimée librement peut les lier. Au demeurant, il faut signaler que le Projet de convention sur le droit des traités n'intéresse que les conventions sous forme écrite mais sans faire référence au problème posé par la succession d'Etats. Nous pensons que même si les *Etats et la doctrine* n'adoptent pas à l'égard de la coutume la même position, il n'est pas possible de contester au Jus Cogens son aspect de règle positive du Droit international public. C'est bien d'ailleurs cet aspect qui le distingue de la période qui précède 1945 où seuls les partisans du Droit naturel s'en prévalaient en s'appuyant sur la morale.

c) S'agissant des principes généraux reconnus par les nations civilisées, nous allons retrouver la même controverse. Les représentants des pays de l'Est et du Tiers Monde (22) recusent la validité d'un critère produit de l'histoire occidentale. En vérité, la « mission civilisatrice » des puissances occidentales a justifié le plus souvent des opérations de domination colonialiste et impérialiste. Elle a conduit à de telles discriminations dont les séquelles existent encore qu'il est difficile de lui prêter une valeur intangible. Le moins qu'on puisse dire est qu'un tel critère est frappé de suspicion aux yeux des représentants des pays anciennement colonisés. Lorsqu'il s'agit d'éthique comment assurer une hiérarchie quelconque en faveur de telles normes plutôt que d'autres ?

Il existe une autre catégorie de principes généraux que les Etats arrêtent en commun sous l'égide des Nations Unies sous forme de « résolutions » ou de « déclarations » émanant de l'Assemblée générale de l'ONU. Quelle est leur signification juridique ? Pour celles d'entre elles qui prennent la forme de conventions internationales, il n'y a aucun problème d'interprétation qui se pose puisqu'elles ont gagné l'autorité qui s'attache à tout traité international. Mais que faut-il penser du reste c'est-à-dire du grand nombre ? Tout d'abord, convient-il de distinguer entre ces résolutions selon la majorité acquise par le vote (majorité simple ou unanimité) ou leur *dénomination* (*résolutions ou déclarations*) ? Aucune disposition de la charte ne permet d'élucider ces questions. Comme exemple de résolutions sous forme de déclarations, on peut citer :

- L'octroi de l'indépendance aux peuples et aux territoires colonisés (G.A. Res. 1514 (XV) 1960).
- L'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermo-nucléaires (G.A. Res 1663 (XVI) 1961).
- La reconversion à des fins pacifiques des ressources procurées par le désarmement (G.A. Res 1837 (XVIII) 1962).

(21) cf. TUNKIN : Coexistence and International Law (95 Hague Recueil I, 20 1958).

Ed. Mc WHINNEY : « Peaceful Coexistence » (pp. 62-63-64).

(22) Ed. Mc WHINNEY : International Law and World Revolution (in Ed. Mc WHINNEY Seven talks for C.B.C. Radio 1967, pp. 8-12).

- L'élimination de toutes formes de discrimination raciale (A.G. Res. 1904 (XVIII) 1963).
- la dénucléarisation de l'Afrique (A.G. Res 2033 (XX) 1965)
- La Promotion parmi la jeunesse des idéaux de Paix, de respect mutuel et de compréhension entre les peuples (G.A. res 2037 (XX) 1965).
- L'élimination de toute discrimination contre la femme (G.A. Res 2263 (XXIII) 1967).
- Le droit d'asile (G.A. res 2312 (XXII) 1967).
- Déclarations des principes juridiques gouvernant les activités des Etats dans le domaine de l'exploration et de l'utilisation de l'espace cosmique (G.A. res 1962 (XVIII) 1963, G.A. res 2222 (XXI) 1966).

Mais dans des domaines similaires, sinon identiques, le terme employé sera celui de « résolutions ». Il en résulte que les résolutions ne présentent pas un caractère moins solennel que les « déclarations ». Les Etats d'ailleurs dans leurs commentaires n'introduisent pas cette distinction. En appréciant la portée juridique des recommandations de l'Assemblée générale les représentants des Etats se réfèrent indifféremment aux deux termes. Beaucoup de gouvernements ont exprimé leurs réserves (23) quant au fondement juridique des recommandations de l'A.G. de l'ONU. Une occasion leur a été donnée par la résolution n° 1962 (XVIII) sur l'espace, adoptée à l'unanimité. Le représentant du gouvernement français a déclaré par exemple : « J'ajouterais toutefois que tout en appuyant les principes contenus dans la déclaration à laquelle je viens de faire allusion et en y souscrivant, ma délégation ne pourrait pour le moment donner à cette déclaration d'autre valeur que celle d'une déclaration d'intention. En effet, nous ne considérons pas qu'une résolution de l'Assemblée générale, même adoptée à l'unanimité, puisse dans le cas présent, créer stricto sensu, des obligations juridiques à la charge des Etats membres ; de telles obligations ne peuvent découler que d'accords internationaux ». Lors de la réunion du sous-comité juridique sur les problèmes spatiaux (novembre 1964), le délégué soviétique a développé le même point de vue déclarant notamment « ... La déclaration adoptée par l'Assemblée générale représentait un grand pas en avant car elle constituait le premier texte juridique régissant les activités des Etats dans l'utilisation de l'espace cosmique. La délégation soviétique regrette toutefois que cette déclaration se présente sous forme d'une résolution de l'Assemblée générale n'imposant pas d'obligations juridiques aux gouvernements des Etats membres de l'ONU ... » Le représentant de l'Italie a également parlé dans le même sens. On peut relever par contre dans la déclaration du délégué américain l'opinion selon laquelle « ces principes juridiques traduisent la

(23) cité par John COBB COOPER : A qui appartiendra la lune ? Nécessité d'une réponse (in Revue française de droit aérien, vol 20, 1966, p. 167).

loi internationale telle qu'elle est admise par les membres des Nations-Unies » et qu'à ce titre, ils appellent le respect de la part des Etats. En résumé, 3 points de vue se dégagent pour qualifier les recommandations de l'Assemblée générale :

- simples déclarations d'intention ayant force morale sans plus,
- textes juridiques sans force obligatoire,
- textes constitutifs de la loi internationale dont le respect s'impose.

Cette dernière interprétation est généralement partagée par les jeunes Etats du Tiers-Monde.

En Doctrine, nous trouvons certains auteurs qui n'hésitent pas à reconnaître aux résolutions de l'Assemblée générale des bases juridiques. C'est le cas par exemple de l'auteur français Charles Cadoux (24) qui écrit : « En définitive bien que l'Assemblée générale ne dispose pas d'un pouvoir réglementaire à l'égard des Etats membres, il n'est pas possible de dénier toute valeur juridique aux recommandations qu'elle formule, à celles du moins qui concrétisent les principes de la charte ». Dans une étude consacrée justement à la « signification légale des déclarations de l'Assemblée générale des Nations Unies », un auteur (25) considère que « même si l'auto-détermination n'est qu'un critère et non pas un droit légal, la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples et aux territoires colonisés pourrait être envisagée comme traduisant quelques principes juridiques ».

De toute évidence, ce problème fera encore couler beaucoup d'encre avant qu'un accord général ne s'impose. Personne n'en ignore les incidences politiques. Pour avoir été parfois décriée ici ou là, l'organisation des Nations Unies n'en conçoit pas moins une grande force d'attraction. Elle plie souvent comme le roseau mais ne rompt pas. Elle n'agit pas par contrainte mais oblige à la confrontation. Par là, elle suscite et développe la réflexion sur l'évolution du droit des gens permettant ainsi la conclusion de certaines conventions s'imposant à la quasi-totalité des Etats. Un tel résultat pourrait être difficilement acquis autrement. On fait observer que certaines puissances (« les deux grands » notamment) assument des responsabilités particulières, décisives pour l'équilibre mondial, que dès lors il faut et il suffit qu'un accord limité intervienne entre elles pour garantir la survie de cet équilibre. En vertu de quoi, on ajoute que la réalité résiderait dans cette situation

(24) Ch. CADOUX : Droit des Nations-Unies et Droit des Etats membres. (in R.G.D.I.P., vol 63, 1959, p. 650).

(25) OBED Y. ASAMOAH : The legal significance of the declaration of the General Assembly of the United Nations. (in The Hague Martinus Nijhoff 1966).

voir aussi: Michel VIRALLY : La valeur juridique des organisations internationales (in Annuaire français de Droit international 1956).

Rosalyn HIGGINS : The development of International Law through the political organs of the United Nations (1963).

et nulle part ailleurs. Largement ouverte aux petits comme aux grands Etats, l'ONU n'aurait qu'une faible efficacité ressemblant à un « forum » où le seul droit qui soit également partagé est celui de la parole. C'est alors reconnaître l'intangibilité du statu quo actuel et condamner à l'immobilisme tout ce qui tend à faire progresser le droit, à savoir, les multiples réalités de la vie internationale. Peut-on imaginer comme viable une situation où deux Etats après avoir exprimé leur volonté dans un accord bilatéral, instaurent de fait une procédure d'adhésion pour tous les autres ? Une telle démarche ne saurait se justifier même dans les domaines où leur avance technologique est notoire. Le traité sur l'espace impliquait l'assentiment des deux grands mais sa conclusion définitive s'est faite sous l'égide des Nations Unies. Dans les principes qu'il énonce, il y en a un en particulier qui précise que l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique doit se développer pour le profit de tous les pays quel que soit leur degré de développement économique ou technique.

3. Comment assurer le contrôle du *Jus Cogens* ?

Cet aspect est celui qui a le plus cristallisé les différences entre les Etats, parce qu'il s'agit véritablement d'un problème de fond. Nous savons, pour en avoir déjà parlé, combien de pays socialistes répugnent à l'idée d'un contrôle juridictionnel lui préférant le procédé de la négociation. Le point de vue que l'on peut relever à cet égard dans le rapport (26) de l'Association soviétique de Droit International est catégorique : « There is no universal principle of compulsory arbitration in modern international law, and the introduction of such a rule in the Code of peaceful coexistence would in practice entail the curtailment of the sovereign right of States » (« Il n'y a aucun principe universel d'arbitrage obligatoire dans le droit international moderne et l'introduction d'une telle règle dans le code de coexistence pacifique compromettrait dans la pratique le droit de souveraineté des Etats »).

Le contrôle de l'application des traités en général par voie d'arbitrage ou de règlement judiciaire a déjà conduit les membres de l'Institut de Droit International à se prononcer à son égard. Lors de plusieurs sessions organisées par cet Institut (Sienné, Aix-en-Provence, Grenade) les participants sur la base d'un rapport provisoire établi par le juriste suisse P. Guggenheim ont essayé d'aboutir à « l'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la C.I.J. ». La résolution adoptée en 1956 lors de la session de Grenade (27) stipule que :

(26) Cité par Ed. Mc WHINNEY « Peaceful coexistence » (p. 55) (Report by Committee on peaceful coexistence, Soviet Association of International Law, 1962).

(27) Institut de Droit International (1956, vol. 46, p. 360).
cf. aussi vol. 44 T.I., p. 458-468, vol 45 T.I., p. 316).

I « L'Institut de Droit international recommande aux gouvernements et aux organisations internationales d'insérer lors de l'élaboration de conventions internationales multilatérales ou bilatérales une clause conférant compétence obligatoire à la Cour internationale de Justice dans tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention.

II Cette clause pourrait être la suivante :

« Tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente convention relèvera de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice qui, à ce titre, pourra être saisie par requête de toute partie au différend ». Or, c'est précisément cette faculté laissée « à toute partie au différend » de recourir à la Cour sans que les parties en cause se soient entendues auparavant sur un tel recours que certains pays contestent comme préjudiciable à leur volonté. Si on consulte par exemple la liste dressée par l'ONU (28) des traités ayant des dispositions relatives au règlement pacifique des litiges internationaux, on constate que les traités - 46 - recensés au chapitre I comme « traités d'amitié et de règlement pacifique » contiennent tous une obligation générale de régler de façon pacifique tout litige pouvant surgir entre les parties. Les procédures envisagées sont variables mais le plus souvent elles se réfèrent aux dispositions prévues dans la charte de l'ONU. Avant tout arbitrage ou tout recours à la C.I.J. est généralement prévu le moyen diplomatique comme première modalité de règlement des litiges.

Si nous considérons les conventions à caractère social et humanitaire (cf chapitre VII du document ONU déjà cité), nous en trouvons bon nombre qui établissent le contrôle juridictionnel obligatoire de la C.I.J. à l'initiative de n'importe quelle partie. C'est le cas par exemple :

— de la convention sur le génocide dont l'article IX dispose que :

« Disputes between the contracting parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present convention including those relating to the responsibility of a state for genocide or for any of the other acts enumerated in article 3, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any the parties to the dispute ».

« Tout différend entre les Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention y compris les différends se rapportant à la responsabilité d'un Etat pour génocide ou tous autres actes énumérés à l'article 3, doit être soumis à la Cour internationale de justice à la demande de toute partie au différend ».

— de la convention sur la suppression du trafic des personnes (art XXII).

— de la convention sur les droits politiques de la femme (art IX).

(28) A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputs 1949-1962 (UN N.Y. 1966).

— de la convention sur l'esclavage amendée par le Protocole du 7-XII-1953 (article VIII).

Certains pays ont formulé des réserves visant en particulier ce recours obligatoire et unilatéral devant la C.I.J. Elles émanent des pays socialistes en général et de quelques pays du Tiers Monde. Elles soulignent comme une position de principe la nécessité dans chaque cas litigieux de soumettre le recours devant la C.I.J. à l'accord préalable et conjoint des parties. Ainsi 14 et 12 pays ont introduit de telles réserves respectivement dans les conventions sur « le génocide » (29), et sur « les Droits politiques de la femme » (30). La position des pays socialistes (31) rappelle que « In each particular case the agreement of all parties to the dispute is essential for the submission of any particular dispute to the International Court for decision ». « Dans chaque cas particulier l'accord de toutes les parties au différend est essentiel pour soumettre chaque différend à la Cour Internationale de Justice en vue d'une décision »).

La réserve formulée par le gouvernement indien procède du même principe :

« For the submission of any dispute in term of this article to the jurisdiction of the I.C.J. the consent of all the parties to the dispute is required in each case » (« Pour tout recours devant la juridiction de la Cour Internationale de justice en vertu de cet article, le consentement de toutes les Parties au différend est requis dans chaque cas »).

S'agissant des réserves à la « Convention sur le génocide », la Cour de Justice internationale a été amenée dans un avis consultatif rendu en 1951 à considérer si leur maintien est compatible avec les buts de la Convention et si un pays en les formulant peut prétendre être toujours membre à ladite Convention (32). Malgré l'avis dissident de quatre juges (Guerrero, Mc Nair, Read, Hsu Mo) la Cour n'a pas conclu en faveur de l'incompatibilité (34). Le fait est que d'autres pays ont fait savoir leurs objections écrites aux réserves formulées dans la Convention sur le génocide.

(29) Albanie, Algérie, Bulgarie, Biélorussie, Hongrie, Inde, Maroc, Philippines, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Ukraine, URSS, Vénézuéla.

(30) Albanie, Argentine, Biélorussie, Bulgarie, Guatemala, Hongrie, Indonésie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie, Ukraine, URSS.

(31) Réserve URSS « A Survey... » p. 526).

(32) « A Survey... p. 524).

(33) Avis consultatif 28 mai 1951 Recueil C.J.I.

Position concernant la portée des principes énoncés par la convention sur le génocide.

« The principles underlying the convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on states, even without any conventional obligation ». « Les principes sur lesquelles repose la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme s'imposant aux Etats, même en dehors de toute obligation conventionnelle » (p. 15).

(34) Avis consultatif du 28 mai 1951 : Opinion dissidente collective (p. 47),

Ce qui se trouve au fond d'un tel débat c'est naturellement le prestige plus ou moins grand reconnu à la présente juridiction internationale. La doctrine n'a pas manqué de soulever des critiques et parfois de façon véhémente comme, par exemple, dans « L'affaire du Sud-ouest africain ». De nombreux commentateurs et pas seulement au sein des pays socialistes ou du Tiers Monde n'ont pas hésité alors à stigmatiser un véritable « déni de justice » dans la mesure où un pays comme l'Afrique du Sud bien que condamné dans toutes les instances internationales pour la politique d'apartheid n'a pas vu son comportement sévèrement censuré par la plus haute juridiction internationale. C'est une preuve de plus que le droit ne peut pas échapper à l'évolution des courants qui portent les sociétés politiques contemporaines. Les juges ne peuvent pas rester indifférents aux mutations qui affectent la conscience internationale. L'idéologie anti-colonialiste est assurément l'une des dominantes actuelles de cette conscience internationale. Généralement assumée dans l'opinion des plus hautes autorités universelles, figurant dans des déclarations solennelles, elle devrait trouver son corollaire dans les décisions de jurisprudence faute de quoi les plaideurs feraient valoir à l'encontre des Juges cette réflexion du fabuliste : Jean de La Fontaine.

« Selon que vous soyez puissants ou misérables, les jugements de cour vous rendront blancs ou noirs ».

Parlant de l'attitude soviétique à l'égard de la C.I.J., le professeur Mc Whinney nous rapporte une observation intéressante qui nous explique pourquoi les auteurs soviétiques ne sont pas disposés à conférer à la Cour des pouvoirs plus grands. Le litige opposant l'Inde et le Portugal pour savoir le bien fondé de la revendication portugaise concernant le droit de passage au-dessus du territoire indien a donné lieu au commentaire suivant dans les milieux soviétiques (35) :

« If the (world) Court had indeed been called upon to decide the question of sovereignty over the former Portuguese colonies in India, these Indian territories would undoubtedly still be Portuguese, for the members of the Court, due to the origins and education of the majority of them, would have found considerable difficulty in admitting recognition of the right of the self-determination of peoples as a fundamental principle of international law ».

« Si la Cour Internationale avait été en effet invitée à se prononcer sur le problème de la souveraineté dans les anciennes colonies portugaises en Inde ces Territoires indiens à n'en pas douter seraient encore portugais car les membres de cette Cour, en raison de l'origine sociale et de l'éducation reçue par la majorité d'entre eux auraient éprouvé une grande difficulté à reconnaître le droit à l'auto-détermination des Peuples comme principe fondamental du Droit International ».

(35) Cité par Ed. Mc WHINNEY : *Peaceful coexistence Law in the service of peace : Two concepts* (International Association of Democratic Lawyers 1963) pp. 33-34.

On s'est demandé dans quelle mesure des juges professionnels sont les personnes les mieux placées pour dénouer des litiges où le facteur politique existe toujours. Car il convient d'inscrire le jugement en droit dans le contexte politique approprié. Aucun règne du droit n'est possible sans un climat favorable. Le problème est alors pour différents juges de savoir apprécier ce contexte de la même façon. C'est pourquoi les règlements à l'amiable par voie de négociation peuvent jouer un certain rôle. C'est du reste ce qui ressort d'un autre rapport établi sous l'égide de l'Institut de Droit International (36) par le professeur Wilfred Jenks où on peut lire : « Dans l'état actuel du développement de l'organisation internationale, il existe une aversion répandue pour soumettre à une décision judiciaire, de peur que cette dernière ait pour effet de cristalliser prématurément le droit à un stade déterminé de son développement, des questions qui, croit-on, peuvent être traitées d'une manière plus adaptée aux besoins et aux circonstances changeantes au moyen de procédés de négociations par l'intermédiaire d'institutions internationales ».

D'une façon ou d'une autre, toutes ces questions ont dominé les travaux de la Conférence diplomatique de Vienne. Les positions étaient déjà connues. Divers porte-parole se sont bornés simplement à les rappeler. Pour les principaux pays de l'hémisphère occidental, il ne sert à rien de parler du *Jus Cogens* si parallèlement, on n'arrête pas des dispositions relatives à son contrôle juridictionnel. Faudrait-il réviser le mode d'organisation de la C.I.J. pour sortir de l'impasse ? Mais, s'agit-il vraiment d'un problème de composition de cette juridiction universelle ? Si au lieu des 15 membres qui composent actuellement la Cour on ajoutait des représentants d'autres pays, les problèmes ne seraient pas réglés pour autant. Bien plus, à supposer que d'autres moyens existent pour consolider les assises de la Cour dans l'intérêt de tous, il faudrait, à l'instar des modèles constitutionnels nationaux, concevoir un édifice constitutionnel cohérent à l'échelle mondiale, mais il resterait à savoir déjà au niveau de la théorie jusqu'à quel point un accord serait possible. L'on connaît la défiance qui se manifeste parfois même dans le cadre de régimes à démocratie libérale à l'égard « d'un gouvernement par les juges ». Au reste, les délégués présents à Vienne se sont finalement bornés à rappeler les dispositions de l'article 33 de la charte des Nations Unies sur « le Règlement pacifique des différends ». Celles-ci, comme on sait, ainsi que l'article 36 de la C.I.J., laissent une grande liberté de manœuvre aux parties litigantes.

La question est ainsi posée : Si le Droit international général est réputé comprendre des normes à caractère strictement impératif, quel est le meilleur moyen d'en assurer la sauvegarde ? Ni la Commission de Droit international, ni la Conférence diplomatique de Vienne n'ont donné une réponse claire à cette question. Il est à prévoir que la

(36) Institut de Droit International. Rapport provisoire du professeur W. JENKS sur la « compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales » (session d'Amsterdam 1957, vol 47, T.I. pp. 34-185).

2^e Conférence diplomatique qui se tiendra dans le courant de l'année 1969 reviendra sur cet aspect puisqu'il est la clef de voûte de tout l'édifice. Les positions exprimées jusqu'à présent ne permettent pas d'entrevoir une solution acceptable pour tous les pays sur tous les points. Du moins pourrait-on espérer à défaut d'une solution radicale un *modus vivendi* qui fera progresser le Droit des gens vers la voie d'une authentique coopération internationale. Dans un domaine aussi important, il n'est pas simplement permis mais également requis de revenir plusieurs fois à l'ouvrage. Par ailleurs, on peut dire que ce n'est pas seulement une affaire de juristes, mais aussi de tous ceux qui s'interrogent sur l'évolution des sociétés contemporaines.

CONCLUSION

A partir de ce qui a été dit précédemment, on peut essayer d'apprécier ce qui a été acquis et ce qui reste à l'être.

Ce qui est acquis, c'est :

1. La nécessité reconnue par tous les pays à quelque système idéologique qu'ils appartiennent de s'interroger en commun dans le cadre de Commissions spécialisées ou de Conférences diplomatiques sur les conditions de développement du Droit international.

Il en est ainsi parce que tous les pays se réclament d'une charte dont l'universalité est indiscutée même si son interprétation n'est pas uniforme.

2. De reconnaître comme possible et souhaitable dans l'intérêt de la communauté internationale entière, l'existence au sein du Droit International général de normes impératives dont la suprématie sur tout traité ne peut être suspendue que par l'avènement de normes de même nature.

3. D'établir un lien entre l'existence de telles normes et le comportement pacifique des Etats. Tout n'est pas permis. Sachant la prolifération des armements et surtout des armes nucléaires qui résulte de la guerre froide entre les blocs, l'humanité traverse un grand péril dont il faut la préserver. La « force de dissuasion » nucléaire et un *pis-aller* parce que l'humanité est soumise à l'équilibre de la peur. Le moment est venu de dépasser cette situation en dégagant de nouveaux horizons pour la coexistence pacifique entre les peuples.

Ce qui ne l'est pas, c'est :

1. Les moyens de qualification du Jus Cogens. Cela provient du fait que les doctrines socialiste et libérale n'adoptent pas la même attitude à l'égard des sources du Droit international et en particulier de la coutume et des principes généraux. La doctrine socialiste recuse « l'origine naturelle » du Jus Cogens de la même façon qu'elle conteste la validité des « principes généraux du Droit admis par les pays civilisés ». Reste seulement valable ce qui procède de l'assentiment volontaire des Etats (37). A notre sens, cette différence d'optique même

(37) Ed. Mc WHINNEY : *International Law and World Revolution* (pp. 9-12).

si elle subsistait en principe ne saurait constituer un obstacle insurmontable dans la mesure où le champ conventionnel s'élargit sans cesse et peut intégrer au fur et à mesure certaines coutumes internationales ainsi que certains principes généraux. La solution peut donc résider dans un effort d'intégration progressive de ces deux catégories de sources au sein de Conventions multilatérales à la condition évidemment de concéder qu'elles ne sont pas immuables. Des exemples existent déjà dans le sens. Rien n'interdit d'envisager leur développement. A cet égard, l'Assemblée générale des Nations-Unies peut jouer un grand rôle. Elle formule des principes généraux dans ses recommandations et ses déclarations, qui sont susceptibles de devenir des conventions internationales. Il suffirait donc de prêter une plus grande importance à la fonction « quasi-législative » de l'Assemblée générale.

De toute façon, l'article 50 du projet de convention *tel qu'amendé* à Vienne nous autorise à penser que le Jus Cogens appartient au Droit positif international sous réserve de son adoption.

2. Le champ d'extension du Jus Cogens. Nous avons vu que dans l'esprit de la Commission, les normes Jus Cogens ne sont pas immuables; l'hypothèse de leur remplacement est envisagée dans l'article 61 relatif à la « survenance d'une nouvelle norme impérative du Droit international général ». Mais pour avoir observé les interprétations diverses adoptées à l'égard des principes fondamentaux énoncés par la *charte* (le plus important des *traités* actuellement en vigueur), on peut dire que les Etats se font une idée plus ou moins extensive du Jus Cogens. C'est que les uns envisagent le projet de la C.D.I. comme un travail de codification du Droit sur la base du Droit international actuel dont il faut tenir compte pendant que d'autres appréhendent le projet dans son aspect essentiellement progressif. Dans un cas, on pense aux commandements de la morale universelle dont la pérennité est hors de question, aux droits et aux devoirs traditionnels des Etats (38) et dans l'autre, on s'intéresse aux nouveaux rapports qui s'établissent entre les Etats, aux légitimes remises en cause de l'ordre établi. Visiblement l'intérêt n'est pas le même. Dans certains cas seulement, un accord général a pu aboutir. Les pays du Tiers Monde en particulier s'insurgent contre un ordre qui contrarie leurs aspirations politiques et leur volonté de s'affranchir de la domination économique des anciennes métropoles. En posant leurs problèmes, ils rappellent à la communauté internationale certains impératifs. Dans la charte adoptée à Alger en octobre 1967 par « le groupe des 77 » pays appartenant aux trois continents d'Afrique, d'Amérique Latine et d'Asie, on peut relever sur le plan de développement économique l'affirmation suivante (39) :

(38) voir par exemple définition donnée par FAUCHILLE (Traité de Droit international public T.I. 3^e Partie, n° 819, p. 300).

« Doit être reconnue nulle pour illicéité de son objet toute convention tendant à la violation du droit international positif, des règles de la morale universelle, des droits fondamentaux de l'humanité ».

(39) Charte d'Alger : 1^{ère} partie Tendances et problèmes du commerce mondial et du développement.

« La communauté internationale a l'obligation de corriger ces tendances [du développement économique] défavorable et de créer les conditions dans lesquelles toutes les nations pourront jouir du bien-être économique et social et disposer des moyens nécessaires pour développer leurs ressources de manière à permettre à leurs peuples de mener une existence libérée du besoin et de la peur ».

3. Le contrôle du Jus Cogens.

Nous avons déjà dit que la conférence de Vienne n'a pas tranché ce problème. Certains pays se rallieraient à la définition du Jus Cogens en dépit de sa généralité mais à la condition qu'une autorité arbitrale ou judiciaire reçoive les moyens de préserver de toute dérogation possible les normes impératives du Droit international sur lesquelles les Etats s'entendent dans la pratique. Déjà en 1937, le professeur H. Lauterpacht dans une conférence donnée à l'Académie de Droit international signalait que :

« Pratiquement tant que n'existe pas un organe exerçant une juridiction obligatoire statuant sur la moralité ou l'immoralité des obligations d'un traité, la prétendue nullité des traités immoraux est une invitation constante à ceux qui violent le droit de se dégager unilatéralement et de la manière héroïque d'une obligation qui les gêne » (40).

Le professeur Schwarzenberg en se référant directement à l'article 50 du projet de convention sur le Droit des traités aboutit à la même conclusion (41). Selon lui, la consolidation du contrôle juridictionnel est une condition sine qua non et tant qu'elle n'existe pas, il vaut encore mieux renoncer au Jus Cogens.

D'autres (les pays socialistes notamment) se situent presque aux antipodes de cette attitude puisqu'ils veulent limiter les pouvoirs de la présente juridiction internationale. Ils considèrent à la limite que les négociations entre Etats peuvent suffire pour trouver des solutions aux différends qui peuvent surgir dans les relations internationales. Les raisons de cette préférence ont été déjà signalées. La diplomatie arrive assurément à dénouer des situations dangereuses. Elle dispose d'une latitude de manœuvre qu'une juridiction n'a pas. De façon discrète ou officielle, des personnalités politiques réputées pour leur sagesse et leur esprit de compréhension sont investies de missions de conciliation dans des situations difficiles. Elles peuvent agir avec célérité et sans recours à une quelconque procédure. Mais ces moyens ne sauraient suffire car parfois il faut trancher en termes de droit à la lumière d'obligations précises et ceci est l'affaire des juges. On peut contester leur doctrine (42) sans disqualifier la fonction juridiction-

(40) H. LAUTERPACHT : op cité, p. 307.

(41) G. SCHWARZENBERG : op cité, p. 478.

(42) cf Ed. Mc WHINNEY : International Law and World Revolution et « Peaceful coexistence ».

nelle. Il n'est pas interdit de songer à une révision des statuts de la C.I.J. pour l'adapter aux nouvelles réalités de la vie internationale. Cela est même souhaitable puisqu'on ne peut nier la défiance que beaucoup de pays manifestent à son encontre. Alors peut-être sera-t-il possible de donner aux normes positives et impératives du droit international une réalité tangible et une sanction adéquate. En tout cas, le dilemme ne doit pas déboucher sur des positions exclusives. L'ambiguïté du concept Jus Cogens revêt aux yeux de certains un vice redhibitoire cependant que d'autres (43) ne veulent pas réaliser l'universalité à tout prix. Faut-il laisser plus de crédit à la sagesse des Etats qu'au pouvoir des Juges ? Plutôt qu'en termes de doctrine, il conviendrait peut-être mieux en la matière de se prononcer en termes d'opportunité.

L'article 50 du Projet, à supposer qu'il figure un jour dans un traité international ce qu'il faut souhaiter ne sera pas sans doute « une épée de Damoclès » ayant une véritable force de dissuasion mais il constitue un progrès indéniable dans le développement du Droit positif international (44). L'unanimité qu'il a recueilli au sein de la Commission de Droit International peut certes n'être pas un titre de prestige suffisant mais elle mérite d'être signalée dans la mesure où elle sanctionne dix-sept années de travail et de réflexion avec des participants appartenant à différentes écoles de pensée. Bien sûr que l'existence d'une autorité mondiale est la solution, mais la position du professeur SCHWARZENBERG nous paraît radicale lorsqu'il dénie tout intérêt à l'institutionnalisation du Jus Cogens. En quoi va-t-elle compromettre davantage l'exercice du Droit international ?

Invoquée jusque-là peu ou prou par certains juristes, la règle Jus Cogens a maintenant acquis notoriété après une large confrontation internationale. Son autorité sera à la mesure de la volonté des Etats de coopérer pour donner un sens à la Communauté internationale.

(43) cf opinion dissidente des quatre juges (GUERRERO, Mc NAIR, READ, HSU MO) dans l'avis consultatif sur les réserves à la Convention sur le génocide, avis donné le 28 mai 1951 par la C.I.J.

« Il ne faut donc pas s'attacher en premier lieu à réaliser l'universalité à n'importe quel prix. Ce qui présente une importance suprême c'est plutôt l'acceptation d'obligations communes de concert avec les Etats ayant des aspirations semblables en vue d'atteindre un but élevé dans l'intérêt de l'humanité toute entière ».

(44) cf La conclusion favorable au Jus Cogens de Michel VIRALLY (op Cité, p. 23).

« Le Jus Cogens s'imposera dans la pratique des Etats quelles que soient les opinions que l'on puisse professer en doctrine à l'égard des risques que comporte son maniement ».

ANNEXES

I. — DISPOSITIONS DU PROJET DE CODE DE DROIT DES TRAITES ETABLI EN 1966 PAR LA COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL ET RELATIVE AU « JUS COGENS »

Article 50. — **Traités en conflit avec une norme impérative du Droit International général (Jus Cogens).**

« Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du Droit International général 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 ».

Article 61. — **Survenance d'une nouvelle norme impérative du Droit International général.**

« Si une nouvelle norme impérative du Droit International général du genre mentionné à l'article 50 est établie, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

Article 67. — **Conséquence de la nullité ou de l'extinction d'un traité en conflit avec une norme impérative du Droit International général**

« 1. Dans le cas d'un traité nul en vertu de l'article 50, les parties sont tenues :

a) D'éliminer, dans la mesure du possible, les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative du Droit International général et

b) De rendre leurs relations mutuelles conformes à la norme impérative du Droit international général

2. Dans le cas d'un traité qui devient nul et prend fin en vertu de l'article 61, la fin du traité :

a) Libère dès lors les parties de l'obligation d'exécuter le traité ;

b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du Droit International général ».

Article 26. — **Application des traités successifs portant sur la même matière.**
« 1. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la charte

des Nations Unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés comme il est stipulé aux paragraphes suivants... ».

Article 49. — Contrainte exercée sur un Etat par la menace ou l'emploi de la force.

« Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de la charte des Nations Unies ».

II. — QUELQUES ETUDES SUR LE JUS COGENS

(Articles de Revues)

- | | |
|---------------------|---|
| Joseph NISOT | A propos du projet de la Commission du Droit International des Nations Unies relatif au Droit des traités. (in Revue générale de Droit International public, 1967, vol. 71). |
| Henri ROLIN | Vers un ordre public réellement international (in Mélanges en l'hommage du président BASDEVANT; ed. Pedone, Paris 1960, pp. 441-462). |
| Egon SCHWELB | Some aspects of international Jus Cogens as formulated by the International Law Commission (in American Journal of International Law 1967, vol 61, p. 946). |
| Georg. SCHARZENBERG | International Jus Cogens ?
(in Texas Law Review 1964/65, vol. 43, p. 455). |
| Takeschi MINAGAWA | Jus Cogens in Public international law (in Hitotsubsschi Journal of Law and Politics, April 1968, vol. 6, Tokyo, pp. 16-28). |
| Alfred VON VERDROSS | Forbidden treaties in International Law
(in A.J.I.L., 1937, vol. 31, p. 571).

Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law (in A.J.I.L., 1966, vol. 60, p. 55). |
| Michel VIRALLY | Réflexions sur le Jus Cogens
(in Annuaire français de Droit International 1966, pp. 5-29). |

III. — DOCUMENTS DES NATIONS UNIES

- Conférence diplomatique de Vienne sur le Droit des traités : Débats.
- Commission de Droit international : Rapports (15^e, 16^e, 17^e, 18^e sessions).
- Comité spécial sur les principes du Droit International touchant les relations amicales entre les Etats (Débats, session Mexico 1964).