

EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR INTERNATIONALE DE LA HAYE
RELATIVE AU PROBLEME DE LA HIERARCHIE
DES NORMES CONVENTIONNELLES

par

NGUYEN QUOC DINH

*Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales
de Paris*

La jurisprudence a-t-elle un pouvoir normatif ? A cette question Marcel Waline répond : elle agit comme si elle l'avait, elle prouve le mouvement en marchant, elle s'arroge ce pouvoir (Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *Mélanges Georges Scelle* 1950, II, p. 623).

Cette manière de prendre une position qui est finalement affirmative lui laisse toute latitude pour déterminer tout à la fois le domaine de ce pouvoir normatif et le « domaine réservé » à la loi et à la coutume dans lequel la jurisprudence ne peut pénétrer. C'est en procédant à cette dernière délimitation qu'il ne reconnaît au Conseil d'Etat que le pouvoir de constatation des principes généraux du droit dont la création proprement dite relève, à son avis, de la coutume (*Droit Administratif*, 9^e édition, N° 770).

Bien qu'il déclare qu'il s'abstient de « s'aventurer » dans le domaine du droit international public, sa conception positive et limitative est applicable, grâce précisément aux nuances qu'elle comporte, au juge international qui exerce son rôle et son pouvoir dans un milieu où un peu d'audace est tolérable à condition d'être tempérée par une grande prudence. Transposée dans l'ordre international, la pensée de Marcel Waline se situe effectivement à mi-chemin entre l'opinion systématique de Georges Scelle qui hisse la jurisprudence internationale au niveau d'une véritable source du droit international et la solution erronée de l'article 38 (1, a) du Statut de la Cour Internationale de justice qui place sur un pied d'égalité décisions judiciaires et doctrine. Ainsi, le juge international ne crée pas mais découvre les prin-

pes généraux de droit « reconnus par les nations civilisées » transportables dans l'ordre international alors que dans le domaine de l'interprétation des traités, par exemple, les principales règles applicables qui font « jurisprudence » sont les produits de son œuvre indépendante.

On peut encore prouver l'existence de ce pouvoir combiné de constatation et de création en poussant des investigations dans une autre matière. C'est bien en exerçant un tel pouvoir dans les limites qu'elle s'assigne elle-même, que la Cour internationale de la Haye, en dépit de la rareté de ses décisions et quelle que soit sa prudence, est parvenue à dégager et à instituer quelques règles objectives sur la base desquelles il est possible de construire une certaine hiérarchisation des normes conventionnelles.

Les lignes qui suivent tendent à la recherche de ces règles. Admettre qu'elles existent, implique, compte tenu de la structure de juxtaposition d'Etats souverains dans la société internationale actuelle, une prise de position préalable sur la méthode d'approche du problème (I). Ce n'est qu'une fois faite cette option pour la méthode appropriée qu'on se trouvera en situation logique pour analyser positivement et dans cet esprit, l'évolution jurisprudentielle au cours des cinquante dernières années de justice internationale qui a abouti à la mise à jour de ces règles (II).

— I —

Dans toute société régie par le droit les conflits entre normes juridiques sont inévitables. Or, si la conciliation de deux normes contradictoires n'est pas réalisable parce que leur opposition est réelle, seule, l'une des deux est applicable à l'exclusion de l'autre. En d'autres termes, l'une doit primer l'autre et l'on ne peut déterminer laquelle si entre les deux il n'existe pas un ordre hiérarchique. La hiérarchie des normes internes est fondée sur des règles générales sûres.

Dans l'ordre international, un Etat peut-être partie à plusieurs traités contenant des normes incompatibles entre elles. Rare ou fréquente, une telle situation est un des aspects du développement de l'activité conventionnelle qui provient lui-même de l'intensification des relations internationales et de l'extension croissante de leur objet.

A) On peut concevoir que la hiérarchie des normes conventionnelles par laquelle se résolvent ces cas d'incompatibilité soit déterminée chaque fois par les Etats auteurs des traités contradictoires. Tel est le point de départ de la *méthode subjective* d'approche du problème. Elle exclut ainsi l'existence d'une hiérar-

chie générale indépendante de la volonté des Etats. La solution du conflit dépend des intentions des parties. Si celles-ci ne se manifestaient pas par une clause stipulant expressément la primauté de tel ou tel traité, et si la recherche de ces intentions par d'autres moyens s'avérait vaine, il faudrait s'en remettre à une solution négociée.

Approché selon cette méthode, le problème cesse d'être difficile, non parce qu'elle permet d'aplanir toutes les difficultés, mais plutôt parce qu'elle les exclut du champ de l'examen. Cette manière de procéder équivaut en définitive à considérer les conflits de traités comme des conflits *politiques* dont le règlement ne dépend pas des facteurs juridiques. Elle convient certes aux traités à objet politique comme les traités d'alliance. Elle présente cependant un inconvénient majeur : le conflit deviendrait insoluble en cas d'échec des négociations.

La Convention de Vienne n'a pas réussi à éliminer complètement cet inconvénient parce que la Commission de droit international qui la prépare et ses auteurs qui l'adoptent n'ont pas tout à fait renoncé à la méthode subjective. Le paragraphe 5 de l'article 30 de cette Convention prévoit bien la mise en cause de la responsabilité de l'Etat qui a consenti aux deux traités contradictoires qu'il ne peut exécuter simultanément. L'initiative de l'action revient à l'Etat victime de l'inexécution qui conserve également la possibilité de mettre fin au traité qui le lie. Mais, cette disposition ne règle pas un conflit de normes. A la mise en cause de la responsabilité de son co-contractant défaillant, laquelle n'aboutirait au mieux qu'à une réparation, l'Etat victime préférerait sans aucun doute pouvoir soutenir que le traité auquel il est partie *prime* l'autre et exiger ainsi qu'il soit exécuté de préférence à l'autre. La lacune est grave car elle aura pour effet de donner à l'Etat coupable d'avoir pris des engagements contradictoires le libre choix du traité qu'il n'exécutera pas, il faudrait dire qu'il violera. Afin d'éviter de le pénaliser, la Convention, adoptant l'idée de la Commission de droit international, le récompense en définitive.

Il est vraiment difficile d'accepter un tel aboutissement. Les conflits des traités, comme tout conflit de normes, sont des conflits juridiques en tant qu'ils se rattachent à l'application du droit. Aucun ordre juridique ne peut se désintéresser du sort des normes élaborées dans son sein. Comme tout ordre juridique, l'ordre juridique international contient *nécessairement* des règles destinées à résoudre ses propres conflits de normes. La *méthode objective* repose sur ces prémisses. Elle invite à rechercher ces règles en dehors de la volonté des Etats. Que la jurisprudence internationale

les découvre et les constate ou qu'elle les crée, elle se rallie en agissant de la sorte à une conception objective du problème et, vue sous cet angle, son œuvre revêt un caractère de nécessité juridique.

B. — C'est lorsque le problème est abordé selon cette méthode objective que les difficultés surgissent. L'entreprise est en effet fort délicate. Sa réalisation est certes aisée dans le cadre étatique. Deux règles essentielles découlent directement de la structure de l'ordre juridique interne. En cas de conflit entre normes contradictoires émanant d'une même autorité étatique, la norme postérieure prime la norme antérieure : *lex posterior derogat priori*. Si le conflit oppose deux normes émanant de deux autorités différentes, la norme élaborée par l'autorité supérieure prime celle qui a pour auteur l'autorité inférieure : c'est la hiérarchie classique des normes internes (constitution, lois, règlements...) qui est fondée sur la hiérarchie des organes. La transposition pure et simple de ces deux règles en droit international est possible dans le cadre des ordres partiels constitués par les organisations internationales contemporaines dans une mesure déterminée par leur degré d'intégration. Mais, dans le cadre du droit international général — dont il est seul question ici — qui s'applique à une société internationale inorganisée, les choses sont beaucoup moins simples.

Il est remarquable que de grands auteurs, parmi lesquels on compte ceux qui sont bien loin d'adopter la conception objectiviste du droit international (Strupp, Anzilotti, Cavaglieri...), ont pris conscience de la nécessité de rechercher des règles au-delà des intentions des Etats et sont arrivés à proposer quelques solutions « objectives ». C'est Georges Scelle qui a élaboré un système complet par la construction d'une hiérarchie véritable des traités dont il a tiré une conséquence extrême. D'après lui, tout traité élaboré en violation de cette hiérarchie serait entaché de nullité. Le conflit entre normes conventionnelles poserait donc un problème de validité et non seulement un problème de priorité d'application.

Devant ce vaste mouvement doctrinal, quelques remarques préalables pour délimiter le problème sont nécessaires.

En premier lieu, s'il est possible de dégager l'existence d'une hiérarchie des normes internationales, la sanction de sa violation, hormis le cas de violation d'une norme impérative (*jus cogens*) telle qu'elle est prévue par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, n'est pas la nullité de la norme inférieure contraire mais seulement son inopposabilité et son inapplicabilité. Il s'agit en principe, d'une question de priorité d'application des normes et non d'une question relative à leur validité.

En second lieu, le recours à cette hiérarchie pour résoudre les conflits est toujours supplétif. Il n'interviendra qu'en l'absence de

règles volontaires posées dans les traités eux-mêmes (déclarations de compatibilité ou d'incompatibilité ou clause spéciale affirmant la primauté de tel traité). Même, en l'absence de telles règles, le juge devrait d'abord s'efforcer dans toute la mesure du possible, par le truchement de l'interprétation, de coordonner les deux normes contradictoires afin de les rendre toutes les deux simultanément applicables (V. Anzilotti : opinion dissidente dans l'Affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie. CPJI série A/B, 77, p. 90-91 ; V. également S. Sur, L'interprétation en droit international public 1974, p. 161 et ss).

Il faut enfin, en troisième lieu, déterminer dans quelles hypothèses, face à la structure de coordination de l'ordre international, l'existence des règles objectives est concevable. L'ensemble de la doctrine propose la règle de la primauté du traité postérieur lorsqu'il y a identité absolue entre les parties aux deux traités incompatibles. Cette règle est évidemment applicable du moment que ces deux traités se situent à l'intérieur d'un même système juridique et émanent d'un même « organe » collectif composé de tous les Etats parties. On est en quelque sorte en présence d'un ordre « interne » comparable sous cet aspect à l'ordre étatique. La jurisprudence internationale qui admet qu'un traité antérieur conclu entre certains Etats peut être abrogé d'une manière tacite ou expresse par accord entre ces mêmes Etats, confère à cette règle sa positivité. A son tour, la Convention de Vienne la consacre (art. 30 § 3 et art. 54).

Dans l'hypothèse où les traités contradictoires sont conclus entre des Etats différents, quelques auteurs dont Guggenheim et Georges Scelle propose de reconnaître la primauté du traité antérieur : *prior in tempore, potior in jure*. Quelles que soient les raisons alléguées pour justifier cette primauté, il semble qu'il s'agisse là d'une hypothèse type non justiciable d'une règle générale car ce qui est en cause, c'est une pluralité de « sociétés internationales » particulières, indépendantes les unes des autres, secrétant chacune ses propres normes et donc irréductibles à l'unité et à l'uniformisation. La Convention de Vienne reconnaît bien le privilège de l'antériorité, mais telle n'est pas sa position systématique (art. 30, § 4). Elle semble le fonder d'ailleurs sur la volonté supposée des Etats et non sur une règle objective qui s'impose à eux.

Reste l'hypothèse de conflit entre une norme générale et une norme particulière. C'est elle que nous retenons. La norme générale se définit par l'un ou l'autre de ses deux aspects. Elle peut résulter d'un traité multilatéral ; dans ce cas, la règle particulière est celle qui est contenue dans un traité postérieur conclu seulement entre certains Etats parties à ce traité multilatéral antérieur (traité *inter-se*). Une norme peut être aussi générale ou particulière selon que son objet est général ou spécial. Sous ces deux aspects,

il existe toujours un lien — formel ou matériel — entre la norme générale et la norme particulière qui ne sont donc pas absolument étrangères l'une à l'autre. Dans ces conditions, leurs rapports sont susceptibles d'être réglementés. C'est à propos de ces rapports qu'on trouve effectivement des règles jurisprudentielles dont l'évolution est la plus significative.

La doctrine propose à l'unanimité la solution d'après laquelle la règle particulière prime la règle générale : *in toto jure genus per speciem derogatur*. Certains auteurs se demandent en outre si cette primauté est absolue. Georges Scelle est sans doute le seul à se prononcer catégoriquement pour la négative. Pour lui, la règle particulière ne peut être préférée à la règle générale que si elle la complète ou fixe ses modalités d'application sans la contredire. Par contre, en cas de conflit, il faut renverser la priorité et faire prévaloir le traité général.

Quelle est l'attitude de la Cour internationale devant ces vues doctrinales ?

— II —

A. — En ce qui concerne la règle *in toto jure...*, la continuité jurisprudentielle est sans faille de la CPJI à la CIJ. L'une et l'autre l'appliquent constamment comme une règle générale sans distinguer entre l'origine coutumière ou conventionnelle des normes.

1°) Dès son arrêt N° 2 rendu dans l'affaire *Mavrommatis* et bien qu'elle ne fût pas invitée à se prononcer expressément, la CPJI a pris position en faveur de la règle particulière. En l'espèce, elle faisait prévaloir les termes du Protocole XII du Traité de Lausanne (texte particulier) sur le Mandat britannique sur la Palestine (texte général assimilé à un accord dont les parties sont en l'espèce l'Etat mandataire, les puissances alliées et associées et la SDN représentée par son Conseil). En 1934, la même solution a été affirmée avec la même netteté dans deux autres arrêts. Dans le premier, à propos d'une concession accordée par le souverain territorial sur un territoire occupé par un Etat étranger et de l'opposabilité à ce dernier de cette concession après qu'il eût acquis ce territoire, la Cour se décidait sur la base d'un texte conventionnel sans chercher si celui-ci était conforme ou non à quelque règle coutumière générale (Affaire des *Phares*. France-Grèce. Arrêt du 17 mars 1934. Série A/B p. 25). Le deuxième arrêt est relatif à la fameuse affaire *Oscar Chinn* (Arrêt du 12 décembre 1934. Série A/B 63, p. 80). On sait que la Cour a admis que le traité de St-Germain de 1919 (Etats-Unis, Belgique, Grande-Bretagne, France, Italie, Japon, Portugal)

(Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie, Pays-Bas, Luxembourg, Portugal, Russie, Norvège, Turquie).

2°) Entre la position de la CPJI dans l'affaire des *Phares* et celle de la CIJ dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien, entre le Portugal et l'Inde, on relève une identité frappante. En l'espèce, le Portugal a invoqué à l'appui de sa prétention à un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises la coutume générale ainsi que les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Mais, après avoir acquis la conviction que ce droit était valablement fondée sur une pratique entre les deux Etats ayant donné naissance à des règles bilatérales en ce sens, la Cour « ne juge pas nécessaire de rechercher si la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent conduire au même résultat ». (Rec. 1960 p. 43). Par le même raisonnement, la Cour estime superflu de rechercher s'il existe dans la même coutume et dans les mêmes principes des règles générales qui autorisent le Portugal à faire passer ses forces armées, sa police armée, ses armes et munitions dès lors qu'il ressort de la pratique constitutive de règles bilatérales que le passage de ces catégories est subordonné à la permission accordée par le souverain territorial. Selon la Cour, « une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles (Rec. 1950 p. 44).

Incidemment, dans l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, alors qu'elle se demande si la règle de délimitation instituée à l'article 6 de la convention de 1958 est une règle générale ou une règle particulière, la Cour croit devoir rappeler encore, avec au moins autant de précision, qu'il est possible en pratique « de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties... » (Recueil 1969, p. 42). La même préférence reconnue à l'accord particulier peut-être tirée encore de l'avis sur les Réserves à la Convention sur le Génocide. En effet, d'après le système admis par la Cour dans cette espèce, on peut considérer qu'il existe une convention particulière entre l'Etat qui formule une réserve à une convention multilatérale et la partie ou les parties à cette dernière convention qui acceptent ladite réserve. Consacrant celle-ci, cette convention particulière est donc dérogatoire à la convention multilatérale initiale. Or, dans son avis, en estimant qu'il est possible de formuler des réserves en cas de silence de la convention multilatérale, la Cour n'a fait rien moins que valider une dérogation particulière à cette dernière (Rec. 1951, pp. 21 et 29).

B. — Il existe cependant un écart sensible entre la position de la CPJI et celle de la CIJ à l'égard de la question des limites de la priorité d'application de la norme particulière.

Dans une société internationale sans hiérarchie organique, démunie de procédé autoritaire de création du droit et dont la carence sur le plan institutionnel n'est au surplus tempérée au point de vue normatif, par aucune hiérarchie des sources du droit, la supériorité finale du traité général ne peut être fondée *objectivement* que sur deux critères. Ou bien, on considère que, comme produit d'une œuvre d'une collectivité d'Etats, le traité général doit primer, en tant que tel, tous les textes contraires établis par des groupes restreints d'Etats qui composent cette collectivité : c'est le critère *formel* de la hiérarchie des ordres. Ou bien, on admet que c'est par son contenu que ce traité général, s'impose aux traités particuliers : c'est le critère *matériel* de la norme impérative. Si aucun de ces critères n'est retenu, le rôle du juge international dans la détermination d'une hiérarchie des normes sera forcément réduit. Sans aucun pouvoir propre, il se cantonnera dans l'application des clauses conventionnelles de compatibilité ou d'incompatibilité. A leur défaut, il s'efforcera de concilier les textes contradictoires par le moyen de l'interprétation et, si l'entreprise est vaine, il ne lui restera que la constatation pure et simple de l'incompatibilité. Qu'il adopte l'un ou l'autre de ces deux critères, il s'arrogera par contre, un pouvoir considérable parce qu'il sortira des chemins classiques tracés par le respect intégral de la volonté des Etats souverains. De fait, la CIJ s'est montrée plus audacieuse que sa devancière.

1° En effet, dans les trois affaires précitées, la Cour permanente a admis sans nuance la primauté de la règle particulière. Elle n'a donné la moindre impression d'être influencée, fût-ce de manière implicite, par l'idée de hiérarchie des ordres. Dans son arrêt rendu dans l'affaire Mavrommatis, cette Cour ne se contentait pas d'appliquer le texte particulier — le Protocole XII du traité de Lausanne — de préférence au texte général — le Mandat britannique sur la Palestine. Elle croyait devoir encore, d'une part, écarter expressément la conclusion selon laquelle « le Protocole ne serait applicable en Palestine que pour autant qu'il est compatible avec le Mandat » et d'autre part, souligner à l'inverse que les dispositions du Mandat ne seraient applicables que « pour autant qu'elles sont compatibles avec le Protocole » (Série A. N° 2 p. 31). C'était la reconnaissance de la priorité sans limite de la règle particulière. Pour conforter son opinion, la Cour invoquait au surplus le principe de la primauté du texte postérieur comme manifestation la plus récente de la volonté des Parties, mais cette attitude est des plus classiques car elle n'a d'autre fondement que le respect de cette

Dans l'affaire *Oscar Chinn*, la CPJI a vraiment perdu une belle occasion d'aller de l'avant afin d'affirmer la supériorité d'un ordre composé sur un ordre composant, alors qu'en l'espèce, il pouvait puiser dans une clause même du traité général émanant de cet ordre composé un réel encouragement à un comportement hardiment constructif. La Convention *inter-se* de Saint-Germain de 1919 (art. 13) avait expressément *abrogé* l'Acte général de Berlin de 1885 (à l'exception de son article 14). Le texte particulier était donc, on ne peut plus, en contradiction avec le texte général. Pour lui refuser une priorité d'application absolue, il suffisait à la Cour de s'abriter derrière cet article 36 de l'Acte général de 1885 : « Les puissances signataires du présent Acte général se réservent le droit d'y introduire ultérieurement et d'un commun accord les modifications ou améliorations dont l'utilité serait démontrée par l'expérience ». C'est justement ce que, dans sa prudence excessive, elle n'a pas fait, sous prétexte que cette disposition ne fut soulevée par aucun gouvernement intéressé et que, d'après les circonstances de l'espèce, le problème de l'incompatibilité éventuelle entre la Convention de Saint-Germain et l'Acte Général n'était pas expressément posé (Série A/B N° 63 p. 80). Dans cette affaire, on doit s'associer aux remarques de principe exprimées par les juges dissidents Eysinga et Schücking dans leur opinion individuelle, même si l'on ne partage pas toutes les conséquences qu'ils en ont tirées.

La situation juridique était très exactement analysée par le premier. Après avoir rappelé qu'en 1919, certaines Puissances contractantes de l'Acte général de Berlin, sans prier les autres puissances contractantes de prendre part à la Conférence de Saint-Germain, ont estimé pouvoir modifier *inter-se*, ledit Acte général, le juge Eysinga ajoute : « Il paraît clair que, de cette façon, ils 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 s'agit ici d'une situation juridique qui est d'ordre public et dont une juridiction doit tenir compte d'office. Si la Cour l'avait fait, elle aurait appliqué uniquement l'Acte de Berlin. » (Série A/B N° 63 pp. 133-135). Cette opinion incite à établir une liaison de cause à effet entre la supériorité de l'ordre composé et le « principe essentiel » qui est sûrement de droit positif selon lequel l'abrogation d'un traité ne peut s'obtenir que du consentement unanime de tous les Etats parties à ce traité.

Tout en adoptant cette analyse, le juge Schücking en a tiré une conséquence radicale. A ses yeux, en violant la règle de l'unanimité édictée à l'article 36 de l'Acte général, la Convention de St-Germain est frappée d'une nullité absolue. Elle est nulle de plein droit.

C'est pourquoi, « le fait que jusqu'à présent ceux des Etats signataires de l'Acte de Berlin qui sont étrangers à la Convention de Saint-Germain n'ont pas attaqué cette dernière ne peut en aucune façon remédier au vice absolu de sa conclusion : elle reste nulle et sans effet, parce qu'elle dépasse les limites que les auteurs de l'Acte de Berlin se sont eux-mêmes fixés en souscrivant à cette acte ». (Série A/B N° 63 pp. 148-149). C'est la critique directe de l'attitude d'abstention de la Cour qui, de l'avis de ce juge, aurait dû, non seulement écarter l'application de la Convention de Saint-Germain, mais encore prononcer d'office sa nullité. Reconnaissons cependant que la proposition scellienne de sanctionner par la nullité un traité conclu en violation de la hiérarchie des normes ainsi que la conception de la nullité absolue des actes juridiques internationaux étaient au moins en avance sur le droit positif de l'époque.

Enfin, dans son avis consultatif du 8 décembre 1927 (Affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube), s'en tenant à la primauté du traité postérieur, la CPJI a également refusé toute supériorité du traité multilatéral (art. 346-353 du Traité de Paix de Versailles de 1919) sur le traité particulier (Convention de Paris du 23 juillet 1921 établissant le Statut du Danube). Or, l'idée de la hiérarchie des ordres n'a jamais été exprimée d'une manière aussi explicite que dans l'opinion dissidente du juge roumain Negulesco qui faisait suite à cet avis : « Le Statut du Danube ne pouvait pas modifier les dispositions du Traité de Versailles, car à ce dernier avaient pris part 28 Puissances, tandis qu'à la Convention sur le Danube, seulement 12 Puissances étaient représentées ». (Série A/B N° 25 p. 129).

Ce qu'on attendait vainement de la Cour Permanente, et qui ne trouvait d'écho que dans les opinions individuelles de certains de ses juges, a été enfin adopté clairement et poussé même jusqu'à ses limites extrêmes par la Cour actuelle, bien qu'elle n'ait pris position qu'incidemment dans les affaires où le problème de conflits des normes conventionnelles contradictoires ne lui a pas été posé à titre principal. Dans son avis sur les *Réserves à la Convention sur le Génocide*, elle a tenu sans ambiguïté le langage suivant : « On peut également considérer comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement intervenu sur ces clauses et qu'en conséquence, il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers ce qui est le but et la raison d'être de la Convention ». (Rec. 1951. p. 21).

Plus significative encore en ce sens est l'explication que la Cour a fournie pour justifier la supériorité *erga omnes* de la Charte des Nations-Unies. Dans son avis sur la *réparation des dommages subis au service des Nations-Unies* elle a déclaré : « La Cour est d'avis

que cinquante Etats, représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale avait le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective — et non pas simplement une personnalité reconnue par eux seuls — ainsi que la qualité de présenter des réclamations internationales ». (Rec. 1949 p. 185). Il résulte de ces lignes non seulement le ralliement explicite à l'idée de la hiérarchie des ordres mais encore la reconnaissance *juridique* d'un système unifié au sommet duquel se place l'ordre global de la communauté internationale. Du point de vue de la Cour, cette cinquantaine d'Etats ne s'est pas arrogée un pouvoir de fait, c'est un pouvoir régulier qu'elle exerce « conformément au droit international » parce qu'elle représente valablement la communauté internationale. Depuis 1949, la suprématie de la Charte en tant qu'elle est l'œuvre de ce pouvoir universel (ou quasi-universel) a fait son chemin. Acceptée par la Commission du droit international parce que « les Etats-Membres de l'Organisation des Nations-Unies constituent une part si considérable de la communauté internationale » (Rapport de la Commission — mai-juillet 1966 p. 48), elle est maintenant consacrée par l'article 30, §1 de la Convention de Vienne.

2°) Très strictement négative sur le critère formel, la CPJI a été moins imperméable au critère matériel de la norme impérative.

L'affaire du Projet d'union douanière austro-allemande du 19 mars 1931 qui a donné lieu à l'avis consultatif du 5 septembre 1931, compte tenu des circonstances qui étaient à son origine, fournissait l'exemple d'un cas où le critère de la norme impérative avait la possibilité de s'appliquer en faveur d'un traité général.

Il est nécessaire de rappeler les principales circonstances de cette affaire. L'Article 88 du traité de St-Germain de 1919 disposait que « l'indépendance de l'Autriche est inaliénable si ce n'est du consentement du Conseil de la Société des Nations » et que « l'Autriche s'engage à s'abstenir... de tout acte de nature à compromettre son indépendance... ». Par ailleurs, le Protocole N° 1 signé à Genève le 4 octobre 1922 entre la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et la Tchécoslovaquie d'une part, et l'Autriche de l'autre, stipulait que ce dernier pays « s'engage, dans les termes de l'article 88 du Traité de Saint-Germain, à ne pas aliéner son indépendance » tout en spécifiant qu'il « s'abstiendra de toute négociation et de tout engagement économique ou financier qui serait de nature à compromettre directement ou indirectement cette indépendance... ». Ce protocole était ainsi en liaison étroite avec l'article 88 du Traité de Saint-Germain dont il n'était que la confirmation et le prolongement.

Il est entendu en outre qu'ensemble, ce Traité et ce Protocole étaient opposables à l'Allemagne en vertu de l'article 103 de la Constitution.

80 du Traité de Versailles par lequel elle s'engageait à « respecter strictement l'indépendance de l'Autriche » et de l'article 434 du même Traité par lequel elle acceptait de « reconnaître la pleine valeur » de tous les autres Traités de paix conclus séparément avec ses autres alliées. C'est en se référant au Traité de St-Germain et au Protocole de Genève que, dans sa Résolution du 19 mai 1931, le Conseil de la SDN a demandé à la CPJI un avis sur la compatibilité entre ceux-ci et le projet d'union douanière austro-allemande de Mars 1931.

En soi, la question ainsi posée à la Cour ne visait que la comparaison entre les contenus respectifs de ces deux textes, comparaison qui pouvait s'effectuer uniquement par leur interprétation. Pour donner son avis, la Cour n'avait donc pas à établir entre l'un et l'autre un rapport de hiérarchie quelconque. Ce dernier problème a été néanmoins inclus à juste titre et en termes appropriés, dans l'opinion individuelle du juge Anzilotti. Il commençait par préciser que la question du Conseil de la SDN consistait à savoir si l'union douanière austro-allemande devait être considérée « comme un acte susceptible de mettre en danger l'indépendance de l'Autriche » (Série A/B 41 pp. 67-68). Puis, il faisait observer que les dispositions de l'article 88 (et partant, celles du Protocole de Genève de 1922 qui en découlaient) « forment une partie essentielle du règlement de la paix et ont été adoptées non pas dans l'intérêt de tel ou tel Etat, mais dans l'intérêt supérieur de l'ordre politique européen et pour le maintien de la paix » (Série A/B N° 41 p. 64). En d'autres termes, le principe de l'indépendance autrichienne, apparaissait aux yeux d'Anzilotti comme un principe supérieur, c'est-à-dire, une véritable *norme impérative* s'imposant au moins à tous les Etats européens en tant qu'il établissait un « statut objectif » d'intérêt général européen. Il posait alors une question qui pouvait se traduire en ces termes : est-il possible que deux ou quelques Etats aient le pouvoir de porter atteinte, par des ententes particulières entre eux, à cette norme impérative posée par un Traité général ?

On sait que dans son Avis, la Cour n'a pas dépassé l'opération d'interprétation. Il n'en est pas moins vrai qu'en concluant à l'incompatibilité entre le projet d'union douanière et le Protocole de Genève, elle a pris soin de qualifier elle-même cette union de « régime spécial » qu'elle a mis, en tant que tel, en confrontation avec la norme générale et impérative de l'indépendance autrichienne, même si elle a prêté le flanc à la critique en se limitant finalement à l'aspect économique de cette indépendance.

Dans l'affaire des *Zones franches*, le problème des rapports entre un accord particulier et un traité général s'est posé à la CPJI dans un contexte de simple technique procédurale dépouillé de toute incidence de politique internationale. Est-ce pour cette

Dans cette affaire, à la suite d'un accord spécial entre elles, les deux parties, la France et la Suisse, ont demandé à la Cour, en dérogation à ses règles procédurales solidement établies par son Statut de leur communiquer, à *titre officieux*, le résultat d'un délibéré sur le différend en cours. La Cour a repoussé ces demandes en ces termes : « Considérant que les termes et l'esprit de son Statut, tels qu'ils apparaissent notamment dans ses articles 54 § 3 et 58, ne permettent pas à la Cour de communiquer « à titre officieux » aux représentants des deux Parties en cause « le résultat du délibéré » sur une question à elle soumise pour décision ; que, contrairement à ce qui est permis pour le Règlement (art. 32), il ne lui appartient pas, sur la proposition des Parties, de déroger aux dispositions du Statut ». Elle a précisé encore : « qu'il importe... clairement que les compromis par lesquels la Cour est saisie de différends internationaux devraient désormais être rédigés en tenant exactement compte des formes dans lesquelles il appartient à la Cour de manifester son opinion selon les termes mêmes des actes constitutionnels qui régissent son activité... » (Série A N° 22 p. 12 et s.).

Commentant cette décision, Basdevant a souligné, ce qui se rapporte directement à notre propos, qu'« ici, la Cour fait apparaître des normes d'une valeur juridique supérieure à celles que les Etats peuvent adopter par des Traités particuliers » (Règles générales du droit de la Paix. Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye - 1936 - tome 58 p. 650 ; Voir aussi Berlia Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur propre compétence *ibid.* 1955. t. 88 p. 116). La Cour a justifié cette supériorité par l'aspect « constitutionnel » de son Statut. Mais, dans la mesure où les règles fondamentales de procédure que ce Statut adopte et que la Cour oppose aux plaideurs viennent en droite ligne des principes généraux qui régissent partout, dans tous les pays, l'exercice de la fonction juridictionnelle, on peut estimer en définitive, que la supériorité de ces règles a pour fondement véritable leur caractère de normes impératives universelles qu'elles acquièrent par leur contenu.

Implicite dans la décision ci-dessus rapportée, la reconnaissance des normes impératives universelles va recevoir un développement construit et cohérent dans la jurisprudence de la Cour actuelle. Le nouveau « système » se dégage des positions qu'elle a adoptées dans quatre affaires dont elle a été saisie, soit, par la voie consultative soit, par la voie contentieuse.

Dans l'arrêt du 9 avril rendu dans l'Affaire du *Détroit de Corfou* (fond), on lit : « Les obligations qui incombent aux autorités albanaises consistent à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence... »

territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées, non pas sur la Convention VIII de La Haye de 1907 qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que les considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats ». (Rec. 1949. p. 22). Ce passage affirme l'existence des obligations s'imposant *directement* et *impérativement* aux Etats, en vertu de certains principes. Les deux derniers principes auxquels se réfère la Haute Juridiction sont d'origine coutumière. Ce qu'elle désigne par l'expression « considérations élémentaires d'humanité » est moins précis : ces considérations peuvent résulter des règles coutumières déjà formées ou simplement des règles en voie de formation.

La même conception découle de l'Avis relatif aux *Réserves à la Convention sur le génocide* du 28 mai 1951. La Cour commence par souligner que l'objet de cette Convention est « de condamner et de réprimer le génocide comme « crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine inflige de grandes pertes à l'humanité et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations-Unies ». Elle tire ensuite de cette constatation une première conséquence : « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel ».

Une incertitude plane encore sur fondement du caractère obligatoire desdits principes. La Cour n'a certainement pas visé les principes généraux de droit de l'article 38, (§ 1, c) qui sont des principes de droit interne. Comme précédemment, les termes qu'elle emploie semblent englober aussi bien les principes de droit international coutumier déjà en vigueur que ceux qui ne sont que virtuels ou en cours de formation. La Cour dégage une deuxième conséquence qui, par contre, apporte une utile précision à sa conception, à savoir le caractère *universel* de la condamnation du génocide et la coopération nécessaire pour « libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux ». La Convention sur le génocide est donc « une convention de portée universelle » (Rec. 1951. p. 23).

En 1966, La Cour est encore plus précise, mais elle adopte une position nettement en retrait par rapport à ses idées antérieures qui ressortaient des deux affaires précédentes. On relève en

effet, dans son Arrêt du 18 juillet 1966 rendu dans les *Affaires du Sud-Ouest Africain* (deuxième phase) plusieurs déclarations significatives :

« Tout au long de la présente affaire, on a dit ou laissé entendre que des considérations humanitaires suffisent à faire naître des droits et obligations juridiques et que la Cour peut et doit agir en conséquence. La Cour ne le pense pas. La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante ».

« Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit ; ainsi le préambule de la Charte des Nations-Unies constitue la base morale et politique des dispositions juridiques qui sont énoncées ensuite. De telles considérations ne sont pas cependant en elles-mêmes des règles de droit ».

« La mission sacrée, dit-on, est une « mission sacrée de civilisation ». Par suite, toutes les nations civilisées auraient un intérêt à son accomplissement. Un intérêt, certainement ; mais, pour que cet intérêt puisse prendre un caractère spécifiquement juridique, il faut que la mission sacrée elle-même soit ou devienne quelque chose de plus qu'un idéal moral ou humanitaire. Pour engendrer des droits et des obligations juridiques, elle doit avoir une expression et une forme juridique ». (Rec. 1966 p. 34).

Ces formules éliminent l'impression qui se dégageait de ses déclarations antérieures et d'après laquelle la Cour pouvait tenir compte des normes impératives qui seraient seulement en cours de formation. Sa « doctrine » apparaît enfin clairement dans tous ses contours dans son Arrêt du 5 février 1970 rendu dans l'*Affaire de la Barcelona Traction* :

« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

« Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont inté-

instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel ». (Rec. 1970 p. 32).

Ainsi, est reconnue l'existence des normes impératives de portée universelle. La Cour ne vise pas exclusivement le *jus cogens* bien que les exemples qu'elle fournit dans le passage ci-dessus cité coïncident avec ceux qu'invoquent les partisans de celui-ci. Dans sa conception générale, le domaine de ces normes impératives universelles devrait être plus large. On vient de voir que dans son arrêt sur le *Détroit de Corfou*, elle a cité tout à la fois les principes moraux et un principe qu'à défaut d'autre dénomination on peut qualifier de principe de « droit objectif », celui de la liberté des communications maritimes. De même, dans son arrêt du 11 juillet 1950 sur le *Sud-Ouest Africain*, après avoir souligné que les règles internationales qui régissaient le Mandat avaient pour but de réaliser la « mission sacrée de civilisation », la Cour a aussitôt précisé que ces règles constituaient pour le Territoire sous Mandat un « statut international ». En insistant sur le caractère « objectif » de l'article 22 au Pacte de la Société des Nations dans son opinion individuelle exprimée à la suite de cet arrêt, Sir Arnold Mc Nair a abondé dans le même sens. Il a écrit notamment : « Il arrive de temps à autre qu'un groupe de Grandes Puissances ou qu'un nombre important d'Etats grands et petits créent, par un Traité multilatéral, quelque régime ou Statut international nouveau, qui est bientôt accepté et revêt un caractère durable dépassant les limites des parties contractantes effectives, et conférant à ce régime une existence objective. On fait usage de ce pouvoir, lorsqu'un intérêt public est en jeu... » (Rec. 1950 p. 153). Et, ce juge de citer le statut « objectif » de démilitarisation des Iles d'Aaland institué par la Convention de Paris de 1856 ainsi que l'Avis conforme de la Commission de Juristes consultée en 1920 par le Conseil de la Société des Nations (SDN. J. O. octobre 1920 supplément spécial N° 3). C'est évidemment dans ce même cadre que doit se situer le principe de l'indépendance de l'Autriche stipulée par l'article 88 du Traité de St-Germain de 1919 et auquel la Cour permanente aurait dû conférer des effets plus énergiques.

Selon la Cour internationale de justice, les normes impératives peuvent être incorporées dans la coutume générale ou formulées dans des conventions à portée universelle ou quasi-universelle. Son système tout à fait cohérent entraîne la conséquence que ces conventions bénéficient, *en raison* des normes qu'elles contiennent, d'une valeur juridique hiérarchiquement supérieure à celle de toutes les autres conventions particulières contraires. Leur supériorité repose donc sur leur contenu, qu'il s'agisse ou non des normes du *jus cogens*.

Effectivement, dans l'Avis relatif aux Réserves à la Convention sur le Génocide, la Cour a reconnu la supériorité de cette Convention. Son Avis sur le *Sud-Ouest Africain* de 1950 a également consacré, sans aucun doute possible, la pleine supériorité non seulement, de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et de l'accord attribuant le Mandat mais encore, de l'article 80, § 1 de la Charte des Nations-Unies parce que cette disposition a pour objet et pour but de maintenir les droits que les peuples intéressés tirent du mandat et de « la mission sacrée de civilisation » jusqu'à ce que leurs territoires respectifs soient placés sous le Régime de Tutelle (Rec. 1950 pp. 133-134). C'est toujours sur la base de ces mêmes droits et de leur nature objective que la Cour a reconnu l'illégalité de la présence continue de l'Afrique du Sud dans le Sud-Ouest Africain (Namibie) après la révocation de son mandat par la Résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée Générale (Avis consultatif du 21 juin 1971. Rec. 1971 p. 58). Elle n'a pas hésité à conférer même à cette illégalité un effet *erga omnes* quand elle demande aux Etats, qu'ils soient membres ou non-membres des Nations-Unies, d'agir conformément aux décisions de l'Organisation : « Quant aux conséquences générales de la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, tous les Etats doivent se souvenir qu'elle porte préjudice à un peuple qui doit compter sur l'assistance de la communauté internationale pour atteindre les objectifs auxquels correspond la mission sacrée de civilisation (Rec. 1971. p. 56).

Quel est le rôle réservé au juge international dans ce nouveau système jurisprudentiel ? Crée-t-il ou constate-t-il seulement les normes impératives ? Les formules compréhensives de l'Arrêt sur le *Détroit de Corfou* et de l'Avis sur les Réserves pouvaient impliquer à son profit la reconnaissance d'un certain pouvoir normatif. Mais, on est revenu à son rôle classique de détermination de la règle de droit dans les Arrêts sur le *Sud-Ouest Africain* et la *Barcelona Traction*. Il n'en reste pas moins que tant que persiste la primitive de la structure du droit international, la frontière entre la constatation des normes et leur création ne se trace pas facilement surtout dans une matière aussi neuve et donc mouvante que celle des normes impératives. Une autre question se pose, mais elle est actuellement sans réponse. Le juge international sanctionnera-t-il de la même manière une convention particulière contraire à une norme impérative que nous appelons « ordinaire » et celle qui contrevient à une norme impérative relevant du *jus cogens* ? Décidera-t-il seulement l'inopposabilité ou l'inapplicabilité de la première et ira-t-il jusqu'à prononcer la nullité de la seconde conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne ?



Quelle que soit l'extension qu'on veut bien donner à ses pouvoirs, il n'est pas réaliste de demander à la jurisprudence internationale de créer dès maintenant un système complet de hiérarchie des normes alors que l'ordre juridique international est toujours dépourvu d'organes supérieurs. En dépit de ses efforts, les normes internationales demeurent insuffisamment hiérarchisées. Le juge international ne peut y remédier que par un travail constant, patient et progressif. L'essentiel est que la voie soit ouverte. On peut considérer que c'est aujourd'hui chose faite. Le principal mérite de la Cour internationale de justice est, qu'en reconnaissant sur le plan formel, la supériorité de la communauté internationale globale et, sur le plan matériel, la primauté de son intérêt et de ses valeurs propres que traduisent les normes impératives universelles, elle a édifié les bases juridiques d'un bon départ.

Espérons que les Etats lui permettront de continuer sa mission comme organe judiciaire principal des Nations-Unies et qu'ils ne la réduiront pas, en se détournant d'elle, à n'être, selon le mot amer prononcé par son Président, Sir Mohammad Zafrulla Khan, le jour de son vingt-cinquième anniversaire, que la «cinquième roue du carrosse».