

VERS UN ORDRE PUBLIC RÉELLEMENT INTERNATIONAL

par

Henri ROLIN

Professeur près l'Université Libre de Bruxelles

§ 1. — L'ORDRE PUBLIC INTERNE

1. — Il est superflu de souligner l'importance du rôle joué dans le droit interne des Etats par les notions d'ordre public et de bonne mœurs.

Sans doute toute règle de droit et *a fortiori* toute loi doit par définition présenter une certaine utilité sociale. Mais celle-ci est susceptible de bien des degrés.

Lorsqu'il s'agit de règles considérées comme d'intérêt essentiel, qui touchent aux principes mêmes de l'organisation sociale et de sa stabilité, leur force obligatoire est renforcée de sanctions pénales, le contrôle de leur observation est confié au Ministère public même en cas de passivité de la victime, leur observation est une condition de validité des contrats et autres actes juridiques, même en ce qui concerne les actes ou situations juridiques antérieurs à leur promulgation, enfin il en est fait application par les tribunaux même d'office et les parties sont admises à s'en prévaloir en tout état de la cause et devant tous les degrés de juridiction, fut-ce pour la première fois devant la Cour de Cassation.

A des degrés inférieurs d'intensité, le caractère d'ordre public que confère à certaines règles de droit l'intérêt qu'elles présentent pour la communauté étatique n'entraîne qu'une partie des effets énumérés ci-dessus (cf. Henri De Page — *Traité élémentaire de Droit civil belge*, 2^e éd., Bruxelles 1939, par. 91 et suivants).

2. — Non moins que l'ordre public, les bonnes mœurs se déroberont à toute définition précise ou énumération exhaustive. A peine mentionnée dans la plupart des législations (voir l'article 6 du Code Napoléon) la notion est le plus souvent incluse dans le concept « ordre public ». En fait, cependant, le souci du respect des bonnes mœurs intervient dans une large mesure dans l'élaboration du droit positif, non seulement comme source d'inspiration de la législation, mais comme point de départ d'une production jurisprudentielle exceptionnellement abondante et solide (1).

§ 2. — L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

3. — L'ordre public occupe également une place importante en droit international privé.

A vrai dire, il s'agit, cette fois encore, essentiellement de droit interne : plus précisément l'ordre public, au sens du droit international privé, groupe dans chaque Etat un certain nombre de règles et de principes faisant obstacle à l'application des lois étrangères ou jugements étrangers dont relèvent normalement les rapports juridiques envisagés et y substitue des dispositions de la loi du for. Niboyet constate en termes imagés « l'intolérance de l'organisme juridique national à la réception de certaines institutions juridiques étrangères ». De son côté, la Cour de Cassation de Belgique relève dans un arrêt du 4 mai 1950 :

« qu'une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé que pour autant que le législateur ait entendu consacrer par les dispositions de celle-ci un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique et qui, pour ce motif, doit nécessairement à ses yeux exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente inscrite dans le statut personnel de l'étranger. » (2)

C'est donc généralement sous forme d'exception que l'ordre public intervient en droit international privé.

(1) De Page, *op. cit.*, par. 92. Cette production se cantonne bien entendu dans le domaine civil, le droit pénal demeurant dominé par la nécessité de stipulations légales expresses.

(2) *Pasicrisie*, 1950, I, p. 624.

4. — Auteurs et tribunaux se servent fréquemment à cet égard de l'expression « ordre public international », voulant ainsi mettre en lumière l'extension internationale que l'on prétend donner dans certains cas à l'application de la loi nationale.

Déjà pourtant en 1897 Albéric Rolin dénonçait le caractère trompeur de l'expression lancée vingt-cinq ans plus tôt par Brocher. Elle évoque en effet un ordre public commun aux Etats, alors qu'en fait on groupe sous ce vocable un ensemble de règles répondant dans les divers Etats à un intérêt national, mais dont le champ d'application est étendu à titre exceptionnel, à cause de la gravité de l'intérêt en cause, à des rapports juridiques qualifiés internationaux. (Principes de Droit International Privé n° 121, vol. I, p. 279).

5. — On peut toutefois se demander si une évolution importante n'est pas en voie de s'accomplir et si l'expression « ordre public international » n'est pas en train de gagner progressivement en droit international privé au moins dans certains cas une signification nouvelle correspondant mieux à son interprétation littérale telle que la définissait Albéric Rolin, portée semblable à vrai dire à celle qui depuis fort longtemps lui est attribuée en droit des gens.

6. — Constatons tout d'abord que même la conception classique d'ordre public en droit international privé recèle certains éléments dont le caractère national est très atténué. S'il est vrai que comme l'enseigne Lerebours-Pigeonnière (3) il s'agit parfois de défendre « les fondements politiques sociaux de la civilisation française, d'autres fois il est question de « droit naturel » ou de ce que la Cour de Cassation de France n'a pas craint d'appeler récemment des « principes de justice universelle », notion qui se confond manifestement avec les « bonnes mœurs » cette réplique de l'ordre public que le droit interne mentionne expressément, tandis que doctrine et jurisprudence en droit international la passent sous silence, l'englobant manifestement dans l'appellation générique.

Or les bonnes mœurs sont assurément une notion extra-

(3) Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 6^e éd., 1954, n° 270.

étatique ; aucun juge national, quand il en fait application, n'y voit un ensemble de règles propres à son seul pays. Sans doute cherche-t-il bien plutôt à exprimer sa conception des postulats moraux de l'ordre international (4).

7. — D'autre part, ce n'est pas toujours au juge national qu'est confiée la solution des différends de droit international. Exceptionnellement, mais de moins en moins rarement, un arbitre ou un tribunal international peuvent être appelés à les trancher fut-ce après épuisement des voies de recours interne.

Niboyet a publié une étude pénétrante sur le « rôle de la justice internationale en droit international privé » (5). Sans doute va-t-il trop loin lorsqu'il expose que le juge international « n'a pas en principe à tenir compte de l'ordre public de l'un des deux pays dont ni l'un ni l'autre ne le concerne » ajoutant que « le voudrait-il, il ne le pourrait pas, puisqu'il n'aurait aucune raison de se substituer à tel ou tel juge national » (6).

Nous pensons qu'au contraire le juge international sera fréquemment tenu, dans le contrôle qu'il sera appelé à faire de l'application d'une convention déclarant la loi d'une des Parties applicable à un rapport juridique déterminé, d'avoir égard à l'exception d'ordre public que l'autre Partie fait valoir, que l'exception soit prévue au traité ou qu'elle y soit sous-entendue. Mais ce qui ne paraît pas contestable, c'est que comme le constate quelques lignes plus loin notre regretté collègue : « il (le juge) ne tiendra pas compte de la loi étrangère — ajoutons : ni de la règle d'ordre public national invoquée en la cause — si elle heurte l'ordre public international au sens strict du mot, c'est-à-dire celui des pays civilisés » (7).

Est-il besoin de souligner qu'en ce faisant le juge inter-

national ne fait que puiser à la troisième source que lui propose l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice à savoir les « principes généraux du droit ».

Les deux opérations, vérification du bien-fondé de l'invoque de l'ordre public national et contrôle de sa conformité avec l'ordre public international, seront du reste naturellement appelées à se confondre, lorsque l'exception opposée par une des Parties à l'application de la loi de l'autre Partie se réclamera de la nécessité de protéger les bonnes mœurs.

8. — De fait, on voit de bonne heure les arbitres internationaux faire appel à une conception de l'ordre public universelle ou objective.

C'est ainsi, que le juriste chilien Carvallo ayant à statuer en 1872 comme arbitre unique dans l'affaire du « Queen » opposant le Brésil au royaume de Suède et Norvège, invoque « le vœu du droit commun » pour rejeter les moyens de preuve de certains actes demeurés ignorés de la partie adverse.

En 1903 Winkler ayant à départager l'Italie et le Pérou dans un litige relatif à l'exécution des jugements étrangers tranche la question de compétence des tribunaux italiens qui dominait le débat non en se référant à l'une ou l'autre législation mais... suivant la doctrine de Von Bar (8). Comme le constate Niboyet (9) « l'arbitre s'est placé sur le terrain supranational, tel du moins qu'il le concevait ».

Belges qui, par une sentence du 15 mai 1863 dans l'affaire du « Macedonian » n'a pas fixé les intérêts dus par le Chili aux Etats-Unis pour une saisie illicite sur base de la loi du Pérou, lieu de la saisie, et a préféré s'en référer — en fait sinon dans les termes — aux « principes du droit des gens », c'est-à-dire à des « considérations de justice et d'équité qui forment la base solide du droit des gens ».

De même un auteur récent, Batiffol, *op. cit.*, n° 363, admet « qu'on concevrait qu'une loi contraire aux principes considérés comme indispensables par la communauté dont est issue la juridiction saisie soit écartée du débat », et relève la parenté existant entre cette notion et celle de droit naturel. Il ajoute il est vrai, que pareille intervention en faveur du droit naturel ne saurait être fréquente « car elle revient à constater qu'un membre de la communauté internationale s'est détaché de cette communauté sur un principe fondamental de conduite ». Et l'auteur conclut que « la prudence s'impose dans cette voie ». Mais cette recommandation n'enlève rien à l'importance de sa constatation première.

(8) L. Renault, *Recueil des traités du XX^e siècle*, 1903, p. 340.

(9) *Op. cit.*, p. 195.

(4) Cf. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., 1959, p. 311.

(5) *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 40, p. 157 et s.

(6) *Op. cit.*, p. 178.

(7) C'est en ce sens qu'on peut souscrire aujourd'hui à l'opinion exprimée en 1906 par Basdevant dans un article de la *Revue Darras*, 1906, p. 872 et s., reconnaissant au juge international pouvoir de rechercher si la loi interne est juste ou non. Dans le même sens, Albéric Rolin dans une note de 1924 approuve l'arbitre, en l'espèce le Roi des

En 1910 la Cour Permanente d'Arbitrage appelée à reviser une sentence rendue par le surarbitre Barge dans l'affaire de l'Orénoque était invitée par le compromis lui-même à statuer « sur la base de l'équité absolue, sans tenir compte des objections techniques ou des dispositions de la loi locale », ce qui fut légitimement interprété par la Cour comme l'autorisant à écarter les dispositions de la législation locale, quand elles seront en désaccord avec les règles de l'équité absolue. En suite de quoi la Cour jugea contraire à l'équité absolue la disposition de la loi vénézuélienne rendant inopposable aux tiers la cession de créance non signifiée au débiteur « au moins lorsqu'en fait le débiteur a eu connaissance de la cession et qu'il n'a pas plus payé sa dette au cédant qu'au cessionnaire » (10).

9. — L'arrêt rendu le 28 novembre 1958 par la Cour Internationale de Justice dans le litige entre les Pays-Bas et la Suède relatif à l'application de la convention de 1902 pour

(10) Dans le même sens, Niboyet, *op. cit.*, p. 204, relève que dans l'affaire Canevaro le tribunal arbitral a, en 1912, expressément indiqué qu'il aurait écarté l'application de la loi péruvienne si elle avait prétendu diminuer unilatéralement les droits de créanciers étrangers, pareille réduction devant être considérée comme contraire à « l'ordre public international au sens véritable du mot ».

Dans le même sens encore, quoique trop absolu, cet attendu contenu dans un jugement du 16 juin 1925 du tribunal arbitral mixte roumano-allemand (*Recueil des décisions*, v. p. 200) « Suivant les règles constantes du conflit des lois, le droit national de l'une des parties ne peut être écarté de plano que s'il est contraire aux dispositions d'ordre public de la *lex fori*. N'appartenant à aucun Etat et siégeant où bon leur semble, les tribunaux arbitraux mixtes n'ont pas de *lex fori*. Le droit national des parties ne pourrait ainsi se heurter qu'à des règles d'ordre public international » et cet autre attendu contenu dans un jugement du 15 mai 1929 du tribunal arbitral mixte hongaro-serbe « Attendu que les dispositions des lois nationales touchant la prescription d'une action ne s'appliquent dans la jurisprudence internationale qu'autant qu'elles sont en conformité avec les dispositions du droit international ou qu'elles y suppléent ». — En sens contraire on pourrait être tenté d'invoquer l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale du 14 mai 1929 dans l'affaire des emprunts serbes dans lequel la Cour fait mention seulement de l'obstacle auquel une loi étrangère peut se heurter à raison de l'ordre public de l'Etat du for. (*Recueil officiel*, Arrêt 14, pp. 41 et 46). Mais il serait à notre avis excessif d'interpréter l'absence d'une mention de l'ordre public international comme une condamnation de la notion alors que la question n'avait pas été soulevée devant la Cour.

régler la tutelle des mineurs apporte, semble-t-il, un précieux appui aux vues exprimées ici.

Sans doute la Suède s'était-elle essentiellement basée pour justifier le refus de ses autorités de remettre une fillette néerlandaise à la tutrice nommée aux Pays-Bas sur le caractère de « droit public » ou « d'ordre public international » que sa propre législation attribuait à la loi sur la protection de l'enfance et aux mesures s'en inspirant, mais les conseils de la Suède avaient pris soin d'établir dans la procédure écrite et dans la procédure orale que le même caractère était attribué aux Pays-Bas, en France, Allemagne, Suisse, Italie, Grande-Bretagne, aux législations ayant le même objet.

Et il est hautement significatif, que la Cour, tout en estimant superflu de se prononcer sur l'exception d'ordre public à raison du caractère territorial qu'elle entendait reconnaître à la loi suédoise sur la protection de l'enfance, a cru utile de souligner le but social de cette loi, ajoutant que « l'importance en a été ressentie dans de nombreux pays, surtout après la signature de la Convention de 1902 » et que « la Cour ne pourrait aisément souscrire à une interprétation qui ferait de la Convention de 1902 un obstacle sur ce point au progrès social » (11). Bien que les mots « ordre public international » ne figurent nulle part dans l'arrêt de la Cour, est-il exagéré de considérer l'attendu reproduit comme manifestant un souci de cet ordre ? (12).

10. — Peut-être ce souci apparaît-il plus nettement encore dans l'opinion individuelle du juge Sir Hersch Lauterpacht en marge du même arrêt. Le juge britannique se plaçant sur le terrain de l'exception d'ordre public débattue par les Parties se donne pour devoir de rechercher « si la loi sur l'éducation protectrice des mineurs rentre légitimement dans le domaine de l'ordre public » et répond aussitôt affirmativement, estimant difficile d'imaginer un cas *plus approprié* et *plus naturel* d'invoquer l'ordre public. Or comment vérifier la légitimité de l'invocation d'un ordre public national sinon en recourant à un critère plus général à savoir l'ordre public

(11) *Recueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice*, 1958, p. 71.

(12) *Ibidem*, p. 90.

ou la *public policy* tels qu'on les entend généralement dans les pays civilisés, soit en d'autres termes l'ordre public réellement international.

11. — Les développements qui précèdent nous paraissent permettre de formuler dès à présent une première conclusion, à savoir que les juridictions internationales sont tout naturellement amenées, lorsqu'elles sont saisies d'un litige portant sur une question de droit international privé, à vérifier la conformité des lois nationales ou des conventions particulières qui leur sont soumises avec les règles du droit des gens, plus spécialement avec celles résultant des principes généraux de droit mentionnés comme troisième source à l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice.

Divers auteurs, nous l'avons vu, considèrent qu'en agissant ainsi ces juridictions ne font que donner effet à la primauté de ce qu'ils dénomment « l'ordre public international au vrai sens du terme », c'est-à-dire un ensemble de principes et de règles auxquels tous les pouvoirs de tous les Etats sont tenus de se conformer.

Ainsi le droit international privé rejoint une notion de droit des gens à vrai dire controversée mais qui nous paraît avoir gagné en force et précision au cours des dernières années.

12. — Avant cependant de passer à l'examen de l'ordre public en droit des gens, nous devons signaler son apparition récente dans une tranche nouvelle du droit qui bien que régissant des rapports internationaux non interétatiques ne peut être rattachée aisément ni au droit international privé, ni au droit des gens ; c'est le droit régissant les rapports entre les administrations internationales et leurs fonctionnaires, ce que l'on appelle parfois droit administratif international (14).

Assurément ces rapports sont fixés dans des statuts et des contrats, mais ces statuts et contrats doivent eux-mêmes être régis par des lois, fut-ce à titre interprétatif ou complémentaire. Or ces lois ne peuvent être des lois de droit privé

(14) Negulesco, « Principes de droit administratif international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1953, vol. 71.

d'un Etat déterminé, puisque, comme Madame Bastid l'a fait remarquer : « l'une des parties contractantes possède des prérogatives dictées et fortifiées par un intérêt interétatique » (15), ce qui rend nécessaire l'application des règles de droit interne ou administratif s'appliquant à une situation aussi étroitement analogue que possible.

Dans le même sens un comité juridique de l'Assemblée de la Société des Nations constata en 1932 que la relation juridique entre des fonctionnaires et les organisations internationales n'était pas une relation juridique de droit privé au sens du droit civil de tous les pays, mais que dans le système de la Société le droit du fonctionnaire à son traitement repose sur un contrat et que dès lors, en vertu des principes généraux de droit qui sont reconnus par les Membres de la Société des Nations, ce contrat liait les deux parties et ne pouvait être modifié par une des parties sans le consentement de l'autre (16).

Depuis 1947 du reste les contrats d'engagement de l'O.I.T. prévoient expressément que « le contrat est dominé par les principes généraux de droit mais ne crée pas de relations contractuelles soumises à quelque point de vue que ce soit à la loi d'un pays quelconque ».

13. — La jurisprudence des tribunaux administratifs n'a pas cessé d'être en ce sens.

Dès ses premiers jugements du 15 janvier 1929 en cause Di Palma Castiglione, Phelan et Maurette c/ B.I.T. le tribunal administratif de la S.D.N. a admis qu'à défaut de l'existence d'un droit positif résultant du droit interne de la S.D.N., « il y aurait lieu pour le tribunal de s'en référer aux principes généraux de droit et à l'équité » (17).

De même dans un jugement du 13 mars 1934 le même tribunal a estimé qu'« entre une interprétation qui donne

(15) Suzanne Bastid, *Les fonctionnaires internationaux*, 1931, pp. 85, 283.

(16) *Journal officiel de la S.D.N.*, supplément spécial n° 107, pp. 206-207. Nous empruntons ces informations et celles qui suivent à l'étude de Philip Jessup, *Transnational law*, 1956, p. 85 et s.

(17) Jugements 1, 2, 3 du Tribunal S.D.N. cités dans Mohammed Bedjaoui. Les Tribunaux administratifs internationaux du Juris-classeur de droit international, *L'organisation judiciaire internationale*, 1958, fascicule 230, par. 105.

lieu à une différence contraire à toutes règles de justice et d'équité et une interprétation également possible bien que s'écartant du sens strictement littéral », il pouvait accepter la seconde (18).

Même dans les dispositions écrites de droit positif les tribunaux administratifs sont amenés à faire une différence entre celles qui relèvent de l'ordre public ... de l'institution, et les autres. C'est ainsi que dans un jugement n° 19 du 6 mai 1938 le tribunal de la S.D.N. a jugé que ... les délais d'introduction de recours par leur nature « ne tiennent pas à l'ordre public interne de la S.D.N. et ne sont stipulés qu'en faveur de la partie défenderesse » qui peut donc valablement renoncer à s'en prévaloir (19).

Qu'est-ce que cet ordre public interne d'une institution comme la S.D.N. sinon un ordre public réellement international ?

A défaut de pareille renonciation, la juridiction se prononcera néanmoins en faveur de la recevabilité si cela lui paraît être « du strict intérêt d'une justice impartiale » (Jugement n° 15 du Tribunal de l'O.I.T. en cause D.N. Leff c/ U.N.E.S.C.O. — 6 septembre 1954) (20).

De même on ne peut contester le caractère d'ordre public réellement international à la distinction établie tant à cette occasion par le Tribunal de l'O.I.T. que peu avant par le Tribunal des Nations Unies en cause Crawford (21) entre le loyalisme des fonctionnaires envers un Etat et celui dû aux institutions.

Enfin on peut également considérer comme relevant éminemment de l'ordre public international les articles de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme et notamment les articles 20 et 23, consacrant le droit d'association auxquels le Tribunal administratif de l'O.N.U. n'a pas hésité à recourir pour annuler un licenciement motivé en fait par l'activité syndicale du fonctionnaire (13).

(18) Jugement n° 13, *ibidem*, par. 107.

(19) *Codem loco* (suite), fascicule 231, par. 28.

(20) *Ibidem*, par. 29.

(21) Jugement du tribunal O.N.U. n° 18, affaire n° 26, du 21 août 1953, cité dans *Bedjaoui, op. cit.*, fascicule 230, par. 128.

(13) Jugement en cause Robinson reproduit dans *Mohammed Bedjaoui, Jurisprudence comparée des Tribunaux administratifs interna-*

§ 3. — L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL AU SENS DU DROIT DES GENS

14. — De très bonne heure et par analogie avec les règles de droit interne relatives à la validité des conventions, la question s'est posée de savoir si certaines limites n'étaient pas fixées par le droit des gens à la liberté des Etats de conclure entre eux des traités donnant naissance à des obligations valables.

La réponse donnée par la doctrine a été très généralement affirmative.

Ainsi Vattel enseigne que : « Tous les traités, toutes les coutumes qui vont contre ce que le droit des gens nécessaire prescrit ou défend sont illégitimes » et, faisant application de ces principes, Vattel ajoute : « Une nation n'est point en droit de trafiquer de l'état de ses membres et de leur liberté, pour quelques avantages qu'elle se promettrait d'une pareille négociation » et plus loin : « Un traité fait pour cause injuste ou déshonnête est absolument nul, personne ne pouvant s'engager à faire des choses contraires à la loi naturelle » (22).

15. — La même notion se retrouve dans la plupart des auteurs.

C'est ainsi que suivant Rivier (23), l'objet du traité doit être « licite, autorisé par le droit et par la morale » et l'auteur cite comme exemples de traités illicites celui qui aurait pour objet « de rendre le contractant souverain d'une partie de la haute mer, ou d'exclure un pavillon d'un cours d'eau international, ou celui par lequel un Etat promettrait ou permettrait de faire ou de laisser faire la traite, ou la contrebande, ou de laisser exercer la piraterie, ... ou celui qui aurait pour objet la spoliation ou l'écrasement d'un Etat tiers, ou l'anéantissement de son commerce ».

De même d'après Fauchille (24) : « doit être reconnue

tionaux en matière d'excès de pouvoir, *Annuaire français de droit international*, 1956.

(22) Vattel, *Le droit des gens*, Préliminaires, par. 9, Livre I, par. 263, Livre II, par. 161, cité par Seferiades, « L'échange des populations », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1928, vol. 13.

(23) Rivier, *Droit des gens*, vol. II, Bruxelles, 1896, p. 58.

(24) Fauchille, *Traité de droit international public*, I, 3^e partie, n° 819, p. 300.

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 ».

M. Basdevant (25), bien que plus hésitant, paraît pencher dans notre sens, puisque dans le cours professé à l'Académie en 1936 il cite avec approbation l'opinion de Ripert suivant lequel « la difficulté d'appréciation du principe ne doit pas faire oublier qu'il est dans le principe de l'ordre public une règle supérieure reconnue par le droit dont un jour le droit international pourra tirer de nombreuses applications ».

Relevons encore parmi les plus récents ouvrages Scelle (26) suivant lequel : « l'accord de deux ou plusieurs gouvernements ne suffit pas à fonder la validité juridique d'une convention ou d'un traité. Encore faut-il que cet accord soit conforme aux règles qui gouvernent la compétence des agents juridiques internationaux. Nous avons vu par exemple qu'un accord conventionnel en contradiction avec une contrainte générale bien établie devient nul, de nullité absolue ».

Sibert (27) est tout aussi formel : « Il existe un ordre public international au sein de la société des Etats comme il existe un ordre public interne à l'intérieur d'une même collectivité étatique. Les traités que les Etats passent entre eux ne peuvent pas déroger à ses règles principales ».

De même Cavaré (28) : « On sait qu'en droit privé interne le but doit être licite et possible. Ces deux caractères sont applicables aux traités. En pratique ils intéressent surtout les traités contrats : a) licite : le traité ne peut être contraire au droit positif. Un traité contrat ne doit pas contredire un traité loi qui semble hiérarchiquement supérieur à lui. Mais la fragilité de la hiérarchie entre les sources du droit rend fort délicate cette appréciation. L'accord de volonté spécial ne peut-il au reste déroger sur un point à la loi générale ? Ce qui paraît le plus sûr, c'est que le traité ne doit pas être contraire aux principes fondamentaux du droit international ou à ce qu'on peut appeler le droit commun de

(25) Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des Cours*, 1936, IV, vol. 58, p. .

(26) Scelle, *Cours de droit international public*, p. 640.

(27) Sibert, *Traité de droit international public*, 1951, I, n° 887, p. 212.

(28) Cavaré, *Traité de droit international public positif*, 1951, II, p. 57.

l'humanité, exemple un traité qui tendrait à légitimer la piraterie ou la traite des nègres serait illicite. De même un traité qui tendrait à la suppression violente d'un Etat viable qui ne trouble pas la paix (Vattel) serait illicite ».

16. — Et parmi les auteurs qui ne sont pas de langue française citons : Salvioli (29) qui enseigne à La Haye qu'« un traité en opposition avec les règles impératives du droit international est illicite et nul ».

Verdross (30) qui consacre toute une étude aux traités interdits et constate l'existence en droit international de règles obligatoires dérivant les unes du droit coutumier, les autres prohibant les traités *contra bonas mores*.

François (31) qui tout aussi formellement déclare sans force obligatoire le traité qui s'écarte des prescriptions de droit impératif (*jus cogens*).

Mc Nair (32) qui cite en tête des causes de nullité des traités l'illégalité de l'objet pouvant résulter de conflit avec une règle de droit international coutumier, une règle de droit international conventionnel et une obligation particulière résultant d'un traité antérieur avec une tierce partie. Il cite comme exemple d'une illégalité de la première catégorie le cas d'un traité entre l'Etat A et l'Etat B par lequel il est convenu sans l'accord de l'Etat C de partager le territoire de C en deux sphères d'influence, dont chacune serait réservée à l'acquisition de concessions par les ressortissants de A et B respectivement et par lequel A et B conviendraient d'empêcher C par la menace ou l'emploi de la force armée d'accorder des concessions aux ressortissants de tout autre Etat. Pareil accord serait illégal et nul *ab initio*.

Lauterpach (33) qui considère comme une règle coutumière du droit international coutumier que des engagements immoraux ne peuvent faire l'objet de traités internationaux, non

(29) Salvioli, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1933, IV, p. 26.

(30) Verdross, « Forbidden treaties in international law », dans *American Journal of International Law*, 1937, p. 572.

(31) François, *Handboek van het Volkenrecht*, 2^e éd., 1949, vol. I, p. 652.

(32) Mac Nair, *The law of treaties*, 1938, p. 112.

(33) Lauterpacht, *International Law*, 8^e éd., 1955, I, p. 505 et s.

plus que des engagements qui s'écartent des principes universellement reconnus du Droit international.

Cheney Hyde (34) enfin qui admet que l'obligation d'un Etat de respecter les termes d'un accord « ne peut naître si la société internationale considère l'accord comme gravement préjudiciable à ses intérêts et conclu au mépris de ce que le droit des gens est censé requérir ».

17. — Un petit nombre d'auteurs modernes défendent, il est vrai, un point de vue opposé. Ainsi Brierly dans le cours professé en 1936 à La Haye sur les règles du droit de la paix (Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1936, IV, vol. 58, p. 218). L'auteur n'est pourtant pas formel : « Le droit n'impose guère de restrictions au sujet des conditions que les Etats peuvent introduire dans leurs traités ; nous avons vu qu'il ne refuse même pas encore de reconnaître un traité imposé par la violence. Tant que les Etats s'attacheront à cette liberté *presqu'illimitée*, tant qu'ils refuseront de coopérer à la formation d'un principe d'ordre public international, leurs traités continueront à mener à des situations dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du monde ». Charles Rousseau admet la nullité d'un traité dont le contenu se trouve en contradiction avec une règle positive du droit des gens liant toutes les Parties contractantes, mais il rejette la nullité résultant de l'immoralité. (Principes Généraux de Droit International Public, 1944, p. 340). L'auteur s'appuie quant au deuxième point sur la démonstration qu'en avait fait Lauterpacht dans le cours professé en 1937 (R.C.A.D.I., vol. 54, pp. 306-308). Mais il est significatif que depuis lors M. Lauterpacht, comme nous l'avons indiqué, s'est rallié à la thèse opposée qui est défendue ici. Pour Guggenheim enfin (Traité de Droit International Public, 1951, I, p. 57) : « il n'existe aucune norme qui interdise ou sanctionne la conclusion de conventions dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs » ... « il n'existe pas d'ordre public international limitant l'autonomie des sujets dans la création des règles de droit international ». Nous avouons ne pas comprendre comment l'auteur concilie

(34) Cheney Hyde, *International Law*, 2^e éd., 1947.

cette double dénégation avec l'admission du « caractère normatif » de droit international contenue dans les premières pages de l'ouvrage (p. 2). Si le droit international « confère à certains états de fait le caractère d'actes licites ou illicites » on se demande pourquoi il perdrait ce pouvoir lorsque deux gouvernements s'entendraient pour créer un état de fait ou accomplir un acte.

18. — Sans doute serions-nous en peine de citer des décisions judiciaires ou arbitrages dans lesquelles les juges ou arbitres auraient d'office fait prévaloir des principes d'ordre public international consignés dans une convention aux dispositions de laquelle les Parties en litige auraient prétendu déroger par un accord particulier (35).

Il n'empêche que deux juges internationaux — et non des moindres — ont senti le besoin, à quelques années d'intervalle, de marquer avec force l'impossibilité où se trouverait la Cour d'accorder sa sanction à des traités contraires à l'ordre public international ou aux bonnes mœurs (36 et 37).

Tout récemment la même opinion a été développée avec plus de netteté encore par un juge à la Cour Internationale de Justice, M. Moreno Quintana qui, tout en écartant — à tort selon nous — l'ordre public réellement international du champ d'application du droit international privé, en reconnaît l'existence en droit des gens, lui donnant comme contenu : « certains principes, tels les principes généraux du droits des gens et les droits fondamentaux des Etats, dont

(35) On peut toutefois voir un pas dans cette direction dans deux avis consultatifs récents, celui du 11 avril 1940 sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, et celui du 11 juillet 1950 sur le statut international du Sud-Ouest Africain. Nous relevons dans le premier que les Nations Unies y sont décrites comme « le type le plus élevé d'organisation internationale » d'où la Cour déduit que l'existence de sa personnalité s'impose même aux Etats non-membres. Plus impressionnante encore est la constatation contenue dans le deuxième que « le mandat a été créé dans l'intérêt des habitants du territoire et de l'humanité en général comme une institution internationale : « une mission sacrée de civilisation ». On pourrait difficilement souligner plus clairement le caractère d'ordre public international.

(36) Anzilotti, dans son avis dissident accompagnant l'avis consultatif de la Cour relatif à l'affaire du projet d'union douanière austro-allemande, C.P.J.I., Série AB/41.

(37) Schücking, dans l'avis dissident relatif à l'affaire Chinn, AB/63, p. 149.

le respect est indispensable pour permettre la coexistence juridique des unités politiques qui composent la communauté internationale » (38).

19. — Le principe est du reste expressément affirmé en ce qui concerne la Charte même des Nations Unies dont l'article 103 stipule : « 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 ».

Il est vrai qu'à première vue l'effet juridique d'une telle disposition peut apparaître comme exprimant simplement la force obligatoire que possèdent les traités à l'égard des Parties contractantes et les règles relatives à la préséance de la loi générale sur la loi particulière sans qu'il soit nécessaire de recourir à une notion d'ordre public international pour renforcer l'autorité dominante attribuée aux dispositions de la Charte. Mais à la réflexion on s'aperçoit que c'est à leur caractère d'ordre public que les dispositions de la Charte doivent leur prédominance, et que l'article précité n'a d'autre objet que de constater ce caractère.

20. — On aurait tort toutefois de considérer que toutes les règles de droit des gens de caractère impératif relèvent de l'ordre public international et que les Etats tenus en principe de les faire respecter par leurs divers organes à quelque ordre qu'ils appartiennent ne peuvent se libérer de cette obligation par des accords particuliers.

Nous avons souvent cité (39) le discours dans lequel, en 1915, le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis Elihu Root, à l'ouverture de la réunion annuelle de la Société américaine de droit international, dénonçait comme une faiblesse du droit des gens le fait que :

« jusqu'à ce jour, les violations du droit international ont été traitées comme nous traitons les *torts* en procédure civile, comme s'ils ne concernaient que la nation particulière à qui le dommage

(38) Opinion individuelle accompagnant l'arrêt du 28 novembre 1958 dans l'affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (*Recueil*, p. 106).

(39) Cf. notamment H. Rolin, « Les principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1950, par. 189,

a été infligé et la nation qui l'inflige. Il n'y a point eu de reconnaissance générale du droit à protester. »

Il est clair que le vœu de l'éminent homme d'Etat tendant à voir la responsabilité de l'Etat construite sur le modèle de la *criminal law*, comme devait plus tard le proposer en clair Philip C. Jessup (40) ne peut raisonnablement être considéré comme devant s'étendre à l'ensemble du droit des gens.

Ainsi, c'est à juste titre, nous semble-t-il, que Mac Nair admet la licéité d'accords particuliers par lesquels deux Etats conviendraient de réduire le volume des immunités diplomatiques auxquelles, en vertu de la coutume, les représentants de chacun d'eux serait en droit de prétendre dans le pays de l'autre.

De même il tombe sous le sens que des traités-lois groupant un très grand nombre d'Etats, tels des traités commerciaux, peuvent n'avoir d'autre objet que d'assurer à chacune des Parties certains avantages par exemple commerciaux de la part de chacune des autres. Pourquoi, en pareil cas, interdirait-on à l'arbitre ou au juge international de tenir pour valides les accords particuliers qui y dérogeraient ?

21. — Il y a donc un tri à opérer parmi les règles générales de droit des gens. Reconnaissons pourtant tout de suite que ce tri est aussi difficile à effectuer *a priori* et *in abstracto* qu'en droit interne. Mais l'examen de la question dans le cas des divers recours organisés par le droit international nous permettra de préciser notre pensée.

22. — Notre attention est attirée avant tout par les articles 62 et 63 du Statut de la Cour Internationale de Justice.

Aux termes de l'article 62 :

« 1. Lorsqu'un Etat estime que, dans un différend un *intérêt d'ordre juridique* est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention.

2. La Cour décide... »

Aux termes de l'article 63 :

« 1. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une *convention à laquelle ont participé d'autres Etats* que les parties en litige, le greffier les avertit sans délai.

(40) Philip C. Jessup, *A modern law of nations*, New York, 1949, p. 8.

2. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès et s'il exerce cette faculté l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard. »

Le statut reconnaît donc un droit absolu d'intervention à tous les Etats parties à une convention dont l'interprétation est débattue devant la Cour, et admet en dehors de cette hypothèse l'intervention des Etats tiers ayant un intérêt d'ordre juridique dans le différend, sauf à permettre à la Cour de vérifier l'existence de pareil intérêt.

23. — La disposition de l'article 63 est simple et ne nécessite pas grande explication ; ce qu'elle prévoit, c'est l'intervention « dans l'intérêt de la loi ».

Le texte écarte les différends relatifs à la simple application de la convention multilatérale. Si une Partie contractante a été lésée par une violation, les autres ne se voient pas reconnaître de plein droit qualité pour intervenir ; l'intérêt tout à fait général qu'elles peuvent avoir à ce que la convention soit respectée est pleinement satisfait par la circonstance que le différend a pu être soumis à la Cour par l'Etat directement intéressé auquel elles n'auraient pu se substituer, auquel il ne leur est pas permis de se joindre.

Si, par contre, le différend porte sur une question d'interprétation d'une convention multilatérale, il est clair que chaque Partie contractante a un intérêt à faire reconnaître par la Cour l'interprétation qu'elle-même prétend donner aux dispositions débattues. Car s'il est vrai qu'en son absence la décision de la Cour ne la lie pas (article 59 de la Cour), elle va néanmoins créer au sein de la Cour un préjugé, tout au moins une tendance à confirmer sa jurisprudence, si jamais un Etat tiers était amené à lui soumettre la même question d'interprétation.

Quant aux cas mixtes, — peut-être les plus nombreux (ou les plus probables) — dans lesquels la demande originaire portera à la fois sur l'interprétation d'une convention et sur la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation, ils donnent ouverture à une intervention mais seulement, semble-t-il, pour la partie de la contestation portant sur l'interprétation.

24. — Plus délicate est l'hypothèse de l'intérêt juridique qu'aux termes de l'article 62 du Statut la Cour est autorisée à reconnaître comme fondement de l'intervention d'un Etat tiers hors du cas examiné ci-dessus.

A notre avis cette hypothèse vise essentiellement le cas où d'autres Etats que l'Etat demandeur sont intéressés à l'observation de la règle de droit — conventionnelle ou non — dont la violation a été dénoncée.

Il semble en être ainsi des règles relatives au maintien de la paix, à la répression de la piraterie, de la traite, etc...

25. — On peut se demander si un important précédent ne peut être trouvé à cet égard dans l'intervention en 1902, en faveur des Juifs de Roumanie, des Etats-Unis non signataires des clauses du Traité de Berlin protectrices des minorités balkaniques. Si, déclarait le Secrétaire d'Etat Haye, les Etats-Unis n'ont pas le droit d'invoquer les clauses du traité, « ils se réclament instamment des principes qui y sont contenus, parce que ce sont des principes de droit et d'éternelle justice » (41).

26. — De même les Parties à une Convention trouvent parfois dans l'article 62 du Règlement de la Cour l'ouverture à des interventions dépassant celles prévues à l'article 63. Il en va ainsi dans le cas fréquent où les conventions intéressent les individus auxquels elles tendent à assurer certaines garanties sans que chacune des Parties contractantes ait limité ses préoccupations à ses propres ressortissants.

Ainsi les Conventions du Travail accordent expressément à chaque Partie contractante le droit de saisir de ses réclamations les organes compétents de l'Organisation sans qu'il soit question de limiter cette faculté de plainte aux cas où des ressortissants de l'Etat demandeur ont été victimes des mesures dénoncées. Qu'on ne s'y trompe pas, cet « intérêt » qui, en pareil cas, anime l'Etat demandeur, ce n'est pas autre chose que l'intérêt public ou l'intérêt de chacun au maintien de l'ordre public instauré par la convention. Il y a dans le

(41) Rappelé dans Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 1953, p. 153.

chef de l'Etat demandeur une des manifestations les plus frappantes de ce *dédoublement fonctionnel* que Georges Scelle a si heureusement mis en lumière dans l'organisation internationale actuelle.

Il ne paraît pas douteux que si cet intérêt est suffisant pour déclencher l'action judiciaire, il devra être considéré comme suffisant aussi dans le chef des autres Parties contractantes désireuses d'intervenir dans le litige.

27. — Pareille extension du droit d'ester en justice pour la protection d'individus victimes d'actes contraires au droit international ébranle fortement la règle traditionnelle imposant comme condition de l'exercice du droit de protection l'existence d'un lien de nationalité entre l'individu et l'Etat protecteur soit au moment de l'acte illicite, soit tout au moins au moment de l'introduction de la réclamation.

On peut, il est vrai, se demander si la Cour saisie par voie principale ou par intervention d'un recours motivé par le « tort » subi par un individu étranger à l'Etat exerçant le recours, n'aurait pas tendance à limiter celui-ci à la constatation de la violation, tout en réservant au gouvernement protecteur naturel de la victime le droit de réclamer pour elle des réparations. Nous regretterions personnellement pareille réserve ; il nous paraîtrait en effet regrettable de séparer ainsi la constatation d'un acte illicite de sa sanction naturelle : la réparation.

28. — L'évolution que nous venons de constater est particulièrement marquée en ce qui concerne la sauvegarde collective des droits de l'homme telle que l'a organisée pour l'Europe occidentale la Convention de Rome de 1950. Non seulement, en effet, il est ici prévu que toute Partie contractante peut saisir la Commission européenne « de tout manquement aux dispositions de la présente Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie contractante » (art. 24), mais une fois qu'elle a usé de cette faculté, la Partie contractante peut, dans les trois mois du dépôt du rapport de la Commission, également saisir la Cour concurremment avec celle dont la victime est le ressortissant (art. 48). Et ce droit appartient aussi à la Commission.

Or l'article 50 de la Convention prévoit de façon tout à fait générale que

« si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable. »

Aucune distinction n'est donc faite entre les affaires portées devant la Cour suivant que le recours émane ou non de l'Etat dont la personne lésée serait la ressortissante. Il paraît donc certain que la requête adressée à la Cour par d'autres que l'Etat dont la victime est le ressortissant peut, aussi bien que celle émanant de ce dernier, tendre à la fois à la constatation de la violation de la Convention et à la réparation du dommage subi par la victime. L'action publique se double en ce cas d'une action civile dont le monopole est enlevé à l'Etat national.

29. — Cette présence et prédominance de l'intérêt public ou de l'ordre public dans le fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme explique l'étrange spectacle qu'elle paraît devoir être amenée à donner parfois et qui la différencie totalement de tout ce que la procédure internationale a connu jusqu'à présent en matière de règlements de litiges.

Jusqu'à présent en effet le procès international, que l'individu fût ou non admis à s'y présenter concurremment avec les Etats, se mouvait toujours entre un demandeur et un défendeur sur le modèle des procès civils connus dans la jurisprudence interne. Au contraire, devant la Cour le procès pourra se mouvoir à l'initiative de l'Etat mis en cause devant la Commission par un de ses ressortissants sans qu'il y ait de Partie opposante, la victime n'ayant pas accès à la Cour en tant que Partie, la Commission elle-même, à supposer qu'elle se fasse représenter, ne pouvant être assimilée à une Partie mais faisant plutôt fonction de Ministère public.

30. — D'autre part, la Cour une fois saisie d'une « affaire » a pour tâche, aux termes de l'article 19, d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention et non de « régler des litiges ». Elle ne pourra donc se décharger sur les Parties du soin de faire la lumière, de produire les moyens de preuve, ni les laisser libres de se mettre d'accord entre elles pour soustraire à l'appréciation de la Cour l'affaire dont l'une d'elles l'aura saisie. Contrairement à ce que prévoit le règlement de la Cour internationale de justice le désistement même accepté par l'Etat défendeur ne pourra de plein droit dessaisir la Cour européenne des droits de l'homme.

31. — Ainsi petit à petit l'organisation internationale s'achemine vers de nouvelles formes de juridiction, proches de ce modèle que lui proposaient Elihu Root et Philip Jessup et l'ordre public réellement international s'enrichit de jour en jour de précisions et de garanties nouvelles.

H. ROLIN.
