

# La liberté de traiter des Etats et le jus cogens

*Julio A. Barberis\*)*

## Sommaire

### Introduction

- I. Les ordres juridiques internes
  1. La structure hiérarchique des normes
  2. Le contenu des normes contractuelles
- II. L'ordre juridique international
  3. La structure de l'ordre juridique international
  4. Le contenu des traités internationaux
- III. Les restrictions à la liberté de traiter des Etats relevant des causes extra-normatives
  5. Les restrictions d'ordre logique
  6. Les restrictions imposées par la réalité naturelle
- IV. Les restrictions conventionnelles à la liberté de traiter des Etats
  7. Généralités
  8. a) Traités incompatibles intervenus entre les mêmes Parties
  9. b) Traités incompatibles signés entre des Parties différentes
  10. c) Incompatibilité d'un traité avec un autre signé entre un nombre restreint d'Etats ayant participé au premier traité
- V. Les restrictions à la liberté de traiter des Etats relevant du jus cogens
  11. Généralités
  12. Normes juridiques internationales relevant du jus cogens
    - a) La norme interdisant la traite des esclaves
    - b) La norme interdisant la traite des femmes
    - c) La norme interdisant le génocide
    - d) La norme pacta tertiis non nocent
  13. Le jus cogens devant les juridictions internationales
  14. Le projet d'articles de la Commission du Droit International
  15. La Convention de Vienne
  16. Considérations théoriques
    - a) Le jus cogens et la structure hiérarchique de l'ordre juridique international
    - b) Les sources du jus cogens

---

\*) Professeur de Droit international public à l'Université Catholique de Buenos Aires. Le présent article a été préparé dans le cadre des travaux de la Section de Langue Française du Centre d'Etude et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye. L'auteur tient à adresser ses remerciements à l'Académie de Droit International, au Directeur de la Section M. Georges Ténékidès ainsi qu'aux autres membres de la Section ayant participé à ses travaux. Cette étude est néanmoins l'œuvre exclusive du signataire de l'article et n'exprime que ses vues personnelles.

### Introduction

La récente Conférence de Vienne et le projet de la Commission du Droit international sur le droit des traités ont soulevé plusieurs commentaires sur l'existence du *jus cogens* en Droit des gens et sur l'utilité de codifier cette notion si souple et si nuancée. Dans cette étude nous nous proposons de faire quelques remarques sur la notion précise du *jus cogens* et sur sa délimitation, ce qui pourrait éclaircir dans une certaine mesure la discussion actuelle.

Dans ce sens nous estimons qu'il est utile de considérer d'abord le droit interne des Etats où la notion du *jus cogens* présente des caractères plus nets que dans l'ordre international.

#### I. Les ordres juridiques internes

##### 1. La structure hiérarchique des normes

Dans les ordres juridiques internes, la Constitution de l'Etat a la qualité de norme suprême. Mais cette norme ne prévoit pas directement toutes les conduites que les citoyens de l'Etat doivent observer comme obligatoires. En général, le texte constitutionnel se borne à organiser la structure politique de l'Etat. Mais si la Constitution ne contient que quelques normes concernant la conduite des citoyens en particulier, elle crée, en revanche, des organes capables de les poser. Le procédé de création juridique généralement établi dans les Constitutions modernes est celui de la législation.

Une des fonctions principales de la Constitution est justement de désigner l'organe compétent chargé d'édicter les lois<sup>1)</sup>. La norme constitutionnelle peut préciser aussi le procédé à suivre par le législateur pour la création de la loi et quelquefois son contenu. Si le texte de la Constitution ne précise pas la procédure à suivre ou le contenu, les éléments non déterminés sont laissés à la libre discrétion du législateur.

D'une façon générale on peut dire que la Constitution prévoit qui doit édicter une loi, et peut préciser aussi comment elle doit être créée et quel peut être son contenu. La Constitution confère donc à la législation le caractère de source juridique, celle-ci devient ainsi un fait créateur du droit<sup>2)</sup>.

Etant donné que la Constitution prévoit par rapport à la loi l'organe capable de la créer et, dans une certaine mesure le procédé à suivre et son contenu, on dit que la norme constitutionnelle appartient à un degré supérieur à celui de la règle législative. La source de validité de cette dernière

<sup>1)</sup> Il faut remarquer que lorsque nous parlons de législation et de loi nous faisons référence à deux objets différents: la législation est un procédé de création du droit, tandis que la loi est la norme créée, le produit de ce procédé.

<sup>2)</sup> Conf.: K e l s e n, *Reine Rechtslehre* (Wien 1960, 2ème. éd.), pp. 228 ss. et 238 ss.

se trouve dans la Constitution. La loi est valable dans la mesure où elle a été créée de la manière déterminée par la Constitution.

Quant au contenu des lois, les normes constitutionnelles n'ont que des dispositions très générales. Les déclarations des droits fondamentaux sont justement une restriction imposée au législateur car il ne peut valablement édicter des lois s'opposant à ces principes<sup>3)</sup>. En général, le législateur a une liberté très ample en ce qui concerne le contenu à donner aux lois qu'il pose.

Mais il arrive que le législateur estime politiquement inconvenable d'édicter toutes les normes qui doivent régir les relations civiles et commerciales des citoyens. Il préfère laisser à eux-mêmes la tâche de créer leurs propres normes. Dans ce but la loi confère au contrat le caractère de source du droit, de fait créateur de normes juridiques<sup>4)</sup>. Nous devons remarquer que le mot *contrat* a un sens équivoque car il désigne aussi bien le procédé conventionnel, c'est-à-dire la méthode pour créer la norme contractuelle, que la norme produit de ce procédé de création juridique.

De même que dans le cas de la Constitution par rapport à la loi, celle-ci détermine les personnes qui peuvent s'engager par contrat, la procédure à suivre pour cela (existence d'une déclaration de volonté commune exempte de vices, etc.) et le contenu que les normes contractuelles peuvent avoir. En ce sens, on peut dire que la loi est une norme hiérarchiquement supérieure au contrat. Celui-ci trouve sa source de validité dans une norme législative.

Les normes qui constituent l'ordre juridique étatique ont donc une structure hiérarchique. La validité d'une norme appartenant à un degré repose sur une autre norme d'ordre supérieur. Ainsi, un contrat est valable s'il a été conclu selon les dispositions de la loi et, à son tour, la loi est valable si elle a été créée d'après les règles de la Constitution. Celle-là, étant la norme suprême du système, ne tire sa validité d'aucune autre. Dans le cadre du droit positif il n'y a pas de sens de se demander pour la validité de la norme première. Ce serait la même chose que de nous demander, dans le cadre d'un système axiomatique, pour la vérité d'un de ses postulats, ou de se demander tout simplement si le mètre prototype de Sèvres a exactement un mètre de longueur<sup>5)</sup>.

## 2. Le contenu des normes contractuelles

La loi prévoit donc qui peuvent prendre un engagement par contrat, comment ils doivent le faire et quel peut être son contenu. La régula-

<sup>3)</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 230.

<sup>4)</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 261 ss., et du même auteur, *El Contrato y el Tratado* (México D. F. 1943), p. 3 ss.

<sup>5)</sup> Conf.: Hart, *El concepto de Derecho* (Buenos Aires 1963), p. 125 ss.

tion législative concernant le contenu des contrats offre certaines particularités qui méritent d'être examinées ici.

En principe, les Codes civils nationaux établissent la règle de la liberté contractuelle. Mais elle n'est pas absolue, son ampleur dépend de l'idéologie inspirant le législateur. Ainsi, dans un Etat libéral, les personnes privées jouiront d'une liberté contractuelle plus vaste que celle conférée par une législation de tendance socialiste ou interventionniste.

En général, les lois civiles ne permettent pas aux particuliers de conclure des contrats contraires au droit public de l'Etat, à la morale ou aux bonnes mœurs. Les principes du droit romain *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>6)</sup> et *privatorum conventio iuri publico non derogat*<sup>7)</sup> font partie aujourd'hui du droit positif de la plupart des Etats<sup>8)</sup>.

Les normes impératives qui limitent la liberté contractuelle ont reçu le nom de *jus cogens*. R a d n i t z k y écrit que le *jus cogens* (*zwingendes Recht*) »heißt so, weil diejenigen, die es angeht, sich seiner Geltung schlechterdings nicht entziehen können«<sup>9)</sup>. Les codes civils contiennent aussi des dispositions qui règlent les principaux contrats (société, louage, vente, dépôt, etc.) et dont la plupart n'a pas de caractère impératif. Elles remplissent une fonction subsidiaire car elles vont compléter les aspects de la norme contractuelle que les parties contractantes n'ont pas considérés. A cette catégorie appartient, par exemple, l'art. 1943 du Code civil français qui, faisant référence au dépôt, dispose: «Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt». Ces normes sont appelées dispositives et sont susceptibles de dérogation par les conventions particulières. R a d n i t z k y les définit de la façon suivante: »Als dispositives Recht . . . wird in der Regel jenes Recht bezeichnet, das nur gilt, wenn die Personen, die es angeht, nichts anderes an seine Stelle setzen, wenn es also die Parteien gelten lassen wollen«<sup>10)</sup>.

Nous avons déjà exprimé que la loi précise par rapport aux contrats la capacité des parties, la procédure de leur conclusion et le contenu des

<sup>6)</sup> Dig., II, 14, 38.

<sup>7)</sup> Dig., L, 17, 45.

<sup>8)</sup> L'art. 6 du Code civil français dit: «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs». Conf. aussi: Code fédéral suisse des obligations, art. 19; Code civil de l'Espagne, art. 1255; Code civil de l'Italie, art. 1322; Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Autriche), art. 879; Code civil portugais, art. 671; Bürgerliches Gesetzbuch (Allemagne), arts 134 et 138.

<sup>9)</sup> R a d n i t z k y, Dispositives Völkerrecht, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, t. I (1914), p. 657. Conf. aussi: Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (9ème éd. Frankfurt am Main 1906) t. I, p. 125.

<sup>10)</sup> R a d n i t z k y, *op. cit.* t. I, p. 657. Conf. aussi: Windscheid, *op. cit.* t. I, pp. 125-126.

normes contractuelles. Les normes concernant la capacité des parties sont, en principe, des règles d'ordre public. Ainsi, le droit civil n'autorise pas les personnes privées à déroger aux normes interdisant aux mineurs de contracter. Il en est de même quant à la procédure à suivre pour la conclusion du contrat. La loi civile établit les conditions que doit remplir une déclaration de volonté pour donner naissance à une norme contractuelle, lesquelles dépendent aussi de l'ordre public. Ainsi, par exemple, il est interdit aux parties de s'obliger à considérer comme valable un engagement obtenu par la violence. Elles pourront peut-être confirmer l'acte entaché de violence, mais une fois le vice disparu,

Par conséquent, le seul domaine laissé à la liberté des parties contractantes, au moins dans une certaine mesure, est celui du contenu des contrats. Ce domaine est réglé par des normes impératives (*jus cogens*) et dispositives<sup>11)</sup>.

Etant donné l'objet de cette étude, il convient de faire quelques réflexions sur les normes impératives. On peut constater tout d'abord que les normes du *jus cogens* ne sont pas susceptibles de dérogation par les conventions particulières parce qu'il y a une norme du même ordre juridique qui l'interdit. Il faut remarquer donc que la raison de l'impossibilité de dérogation d'une norme ne se fonde pas sur son contenu, mais sur une norme de droit positif.

En deuxième lieu, les juristes qui se sont occupés de ce sujet considèrent le *jus cogens* plutôt comme une caractéristique propre à certaines normes d'un ordre juridique. Ce point de vue est correct, mais il peut facilement conduire à des conclusions erronées. En réalité, le *jus cogens* consiste en une ou plusieurs normes qui interdisent de déroger aux autres normes par des conventions particulières. Dans la mesure où ces normes font partie d'un ordre positif, on dit qu'il y existe un *jus cogens*<sup>12)</sup>. Par conséquent, la question de savoir si dans un ordre juridique déterminé il y a des normes du *jus cogens* est la même que de se demander si dans cet ordre juridique il y a une norme dont le contenu est une interdiction de déroger par convention aux autres normes appartenant au même ordre.

Enfin, il faut signaler aussi que lorsqu'on parle de *jus cogens*, on fait seulement référence aux restrictions à la liberté contractuelle issues d'une loi. Les parties contractantes peuvent, elles aussi, restreindre leur liberté con-

<sup>11)</sup> Pour des considérations générales sur le *jus cogens* en droit interne, voir: Morelli, Norme dispositive di diritto internazionale, *Rivista di Diritto Internazionale* 1932, p. 388 ss. Jurt, *Zwingendes Völkerrecht* (1933), p. 16 ss. Marek, Contribution à l'étude du *jus cogens* en Droit international, dans *Recueil d'études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim* (1968), p. 427 ss.

<sup>12)</sup> La caractéristique propre à certaines normes que les auteurs considèrent lorsqu'ils parlent des «normes appartenant au *jus cogens*» ce sont en réalité toutes les normes qui sont mentionnées par la norme de *jus cogens* comme non susceptibles de dérogation.

tractuelle. Mais ces restrictions conventionnelles ne rentrent pas sous la dénomination de *jus cogens*.

## II. L'ordre juridique international

### 3. La structure de l'ordre juridique international

On a dit plusieurs fois que le droit international se trouve dans un état de développement semblable au droit des communautés primitives. Ainsi, les normes sont créées par les mêmes membres de la communauté, soit par leur participation à la formation de la coutume, soit par traité. Le droit international ne connaît pas de législateur, d'organe spécialisé pour édicter les normes. Quant à la juridiction des tribunaux, elle est entièrement volontaire et repose sur le consentement des Etats<sup>13</sup>). Il manque un organe centralisé chargé de constater la commission des actes illicites et d'appliquer les sanctions.

Mais malgré ces défauts, l'ordre juridique international offre quand même une certaine structure. Il est vrai que dans sa description «la pensée constructive a quelque peu devancé la réalité juridique»<sup>14</sup>), mais il n'est pas moins vrai que cette réalité offre quelques traits propres à un système hiérarchique des normes.

Le droit des gens comprend d'abord les normes fondées par la voie de coutume. Ces normes constituent le droit international général et appartiennent au degré le plus haut dans la hiérarchie de l'ordre international. Le droit positif ne connaît aucune norme supérieure réglant les conditions que doit remplir le procédé coutumier de création du droit. La coutume elle-même règle sa propre création.

L'une des plus importantes normes coutumières est la règle *pacta sunt servanda* qui autorise les Etats membres de la communauté internationale à conclure des traités réglant leur conduite réciproque. La validité du droit conventionnel repose justement sur la norme coutumière *pacta sunt servanda*. Les normes créées par convention constituent un degré inférieur par rapport à la règle qui érige la coutume en source de droit, c'est-à-dire en procédé de création de normes juridiques<sup>15</sup>).

<sup>13</sup>) Conf.: C. P. J. I., Série A No. 2, p. 16; Série A No. 15, p. 22; Série A No. 17, pp. 37-38; Série B No. 5, p. 27. C. I. J., Recueil 1949, p. 178; Recueil 1950, p. 71; Recueil 1953, p. 19; Recueil 1959, p. 142. Conf. aussi: H ä r l e, Die allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (Berlin 1933), p. 219 ss.

<sup>14</sup>) M a r e k, *op. cit.*, p. 434.

<sup>15</sup>) K e l s e n, Contribution à la théorie du traité international, Revue internationale de la théorie du droit 1936, p. 254.

Sur la structure hiérarchique de l'ordre international, voir notamment K e l s e n,

Outre les normes coutumières et conventionnelles, les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées viennent compléter le cadre de l'ordre juridique international. Ces règles sont appliquées, en principe, de façon subsidiaire lorsque les normes de coutume et les normes conventionnelles font défaut<sup>16</sup>). Mais les principes généraux servent aussi à interpréter et à compléter le sens des autres normes de l'ordre international<sup>17</sup>).

#### 4. Le contenu des traités internationaux

Les traités constituent aujourd'hui la source la plus importante du droit des gens. Nous comprenons par traité toute forme ou méthode de création de droit international ayant comme élément essentiel un accord de volontés entre deux ou plusieurs sujets qui après seront les destinataires de la norme qu'ils vont fonder<sup>18</sup>). Ce concept de traité en tant que fait créateur de droit doit être nettement différencié du traité comme norme conventionnelle, comme norme créée.

On a déjà dit que le droit conventionnel trouve sa source de validité dans une norme coutumière connue généralement sous la formule *pacta sunt servanda*. Dans ce sens il y a une certaine analogie entre le contrat et le traité. En droit interne, la loi détermine les personnes capables de s'engager par contrat, le procédé à suivre pour créer une norme contractuelle et le contenu qu'elle doit avoir. En droit des gens il y a aussi certaines normes qui règlent les conventions, bien que cette réglementation soit assez primitive par rapport aux ordres juridiques internes. Il s'agit de certaines normes d'origine coutumière fondées soit par une jurisprudence uniforme et constante des tribunaux arbitraux et judiciaires, soit par une répétition générale et constante de certaines clauses à travers un nombre de traités<sup>19</sup>), et de quelques

---

Théorie du Droit international public, Rec. d. C. 1953 III, pp. 170-171; le même auteur, *Reine Rechtslehre*, p. 324 ss. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Wien et Berlin 1926), p. 42 ss.

<sup>16</sup> Conf.: C. P. J. I., Série A No. 13, p. 27 (opinion dissidente de M. Anzilotti); C. I. J., Recueil 1951, p. 147 (opinion individuelle de M. Alvarez). Conf. aussi: Verdross, Les principes généraux du droit comme source du droit des gens, dans: Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. III, p. 388.

<sup>17</sup> Conf.: Verdross, *Völkerrecht* (5ème. éd. Wien 1964), pp. 150-151.

<sup>18</sup> Du point de vue de la pratique diplomatique, les normes créées par voie d'une convention reçoivent des noms divers: traité, concordat, pacte, compromis, protocole, arrangement, etc. Conf.: C. P. J. I., Série A/B No. 41, p. 47.

<sup>19</sup> La Cour de La Haye a reconnu la formation du droit coutumier par voie de la jurisprudence et par voie de traités. Voir p. ex.: C. P. J. I., Série A No. 1, p. 28; Série A No. 17, p. 47; Série B No. 18, pp. 12-13; Série A/B No. 64, p. 17. Conf.: K o p e l m a n a s, Custom as a means of the creation of international law, *The British Year Book of International Law* 1937, pp. 136 et 141.

principes généraux du droit<sup>20</sup>). Ainsi, par exemple, on a exposé de façon systématique les normes concernant la nullité des traités<sup>21</sup>, le vice de l'erreur<sup>22</sup>) et les effets sur le plan international des traités conclus en violation des dispositions constitutionnelles internes<sup>23</sup>). Cette réglementation deviendra beaucoup plus complète lorsque la récente convention de Vienne sur le droit des traités entre en vigueur.

L'objet de notre étude consiste à rechercher si, dans le domaine des normes réglant le droit conventionnel, il y en a qui interdisent aux Etats de déroger par la voie de traité à certaines règles juridiques. Il s'agit donc de savoir s'il y a des normes limitant la liberté contractuelle des Etats. En droit des gens il y a un principe selon lequel une conduite est permise dans la mesure où elle n'est pas juridiquement interdite<sup>24</sup>). Par conséquent les Etats ont la liberté de donner aux conventions n'importe quel contenu et de déroger à n'importe quelle norme dans la mesure où il n'existe pas une norme juridique interdisant de le faire.

Prenons donc comme point de départ la liberté absolue de traiter. Tout d'abord nous pourrions constater que cette liberté présente certaines restrictions relevant des causes extra-normatives, telles que la logique formelle et la réalité naturelle. Et puisque le droit ne peut se départir ni de l'une ni de l'autre, il faut considérer premièrement ces restrictions.

### III. Les restrictions à la liberté de traiter des Etats relevant des causes extra-normatives

#### 5. Les restrictions d'ordre logique

Dans l'ordre juridique international il y a quelques normes qui ne sont pas susceptibles de dérogation par voie de traités pour des raisons logiques.

La règle *pacta sunt servanda* est l'exemple le plus clair en ce sens. Si l'on admet la dérogation conventionnelle à *pacta sunt servanda*, la norme qui déroge perdrait aussi sa validité car sa raison d'être se trouve justement dans la norme à laquelle elle prétend déroger. Si *pacta sunt servanda* est dérogée, le droit conventionnel disparaît et, par conséquent, on ne pourrait penser à l'existence d'aucune autre norme conventionnelle. La question de déroger à

<sup>20</sup>) Pasching, Allgemeine Rechtsgrundsätze über die Elemente des völkerrechtlichen Vertrages, Zeitschrift für öffentliches Recht 1934, p. 26 ss.

<sup>21</sup>) Guggenheim, La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, Rec. d. C. 1949 I, p. 195 ss.

<sup>22</sup>) Saullé, L'errore negli atti giuridici internazionali (Milano 1963).

<sup>23</sup>) Geck, Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 38) (Köln et Berlin 1963).

<sup>24</sup>) Conf.: C. P. J. I., Série A No. 10, p. 19.



*pacta sunt servanda* au moyen d'une norme conventionnelle serait comme tâcher de démontrer la fausseté d'une proposition en se basant sur elle-même. Cela constituerait une contradiction logique<sup>25</sup>).

Il serait aussi impossible de penser que la norme *lex posterior derogat legi priori* soit susceptible de dérogation par convention. Il y aurait une contradiction logique. Si une norme conventionnelle va déroger à cette norme, elle appliquerait à la fois le principe auquel elle déroge.

Par conséquent il faut conclure que les normes *pacta sunt servanda* et *lex posterior derogat legi priori* ne sont pas susceptibles de dérogation par voie conventionnelle.

Outre ces deux normes, Virally et Kelsen estiment qu'il y en a encore d'autres auxquelles on ne peut déroger par voie de traité pour des raisons logiques.

Le professeur de Genève s'incline à considérer la dérogation au principe de la bonne foi comme logiquement impossible<sup>26</sup>).

Kelsen, pour sa part, écrit qu'une norme conventionnelle ne peut enlever à la coutume le caractère de fait créateur de droit. Il part du principe qu'une norme est valable dans la mesure où elle a un minimum d'efficacité. La perte de l'efficacité entraînerait celle de la validité<sup>27</sup>). Le maître viennois affirme que même si l'on établit juridiquement l'interdiction de créer des normes par la voie coutumière, cette disposition peut à son tour perdre son efficacité et, par conséquent, sa validité. Cela revient au même que de dire qu'elle peut tomber en désuétude. Pour ces raisons Kelsen arrive à la conclusion que l'on ne peut, par la voie conventionnelle, enlever à la coutume le caractère de source de droit, au moins, quant à la fonction dérogatoire qu'elle accomplit en tant que désuétude<sup>28</sup>).

## 6. Les restrictions imposées par la réalité naturelle

La nature des choses impose aussi des limitations aux parties contractantes. Le principe *impossibilium nulla obligatio est*<sup>29</sup>) est applicable à tout ordre juridique. Un Etat ne peut s'obliger valablement à réaliser un acte qui

<sup>25</sup>) Sur ce sujet, voir aussi: Virally, *Réflexions sur le jus cogens*, *Annuaire Français de Droit International* 1966, p. 10. Strupp, *Theorie und Praxis des Völkerrechts* (Berlin 1925), p. 69. Marek, *op. cit.* (ci-dessus note 11), p. 448. Morelli, *op. cit.* (ci-dessus note 11), p. 403.

<sup>26</sup>) Virally, *op. cit.*, p. 10.

<sup>27</sup>) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 219.

<sup>28</sup>) »Ist Wirksamkeit ... Bedingung der Geltung nicht nur der Rechtsordnung als eines Ganzen, sondern auch der einzelnen Rechtsnorm, dann kann die rechtserzeugende Funktion der Gewohnheit zumindest insoweit durch Satzung nicht ausgeschlossen werden, als die negative Funktion der *desuetudo* in Betracht kommt« (*Reine Rechtslehre*, p. 220).

<sup>29</sup>) *Dig.*, L, 17, 185.

est impossible du point de vue physique<sup>30</sup>). Une norme qui établit comme dûe (*gesollt*) une conduite physiquement impossible, n'a pas de sens. Ainsi, par exemple, un Etat ne peut s'engager à faire des transmissions télégraphiques à une vitesse supérieure à celle de la lumière, à concéder l'extradition d'une personne déjà morte ou à transférer la souveraineté sur une île qui n'existe plus<sup>31</sup>).

#### IV. Les restrictions conventionnelles à la liberté de traiter des Etats

##### 7. Généralités

On accepte généralement que les Etats peuvent *motu proprio* restreindre leur liberté contractuelle au moyen de la conclusion de traités<sup>32</sup>). La question de savoir quelle est la valeur juridique d'un traité signé par un Etat en violation d'un autre conclu auparavant fait partie du problème connu sous le nom d'« incompatibilité de traités ». Quant à ce sujet le Droit international n'offre pas de règles précises capables de donner une solution à toutes les hypothèses qui se présentent dans la réalité. Parmi celles-ci il est possible cependant de distinguer trois catégories principales de conflits de traités, à savoir: a) incompatibilité de traités signés entre les mêmes Parties; b) traités incompatibles intervenus entre des Parties différentes; et c) incompatibilité d'un traité avec un autre signé entre un nombre restreint d'Etats ayant pris partie au premier traité.

##### 8. a) Traités incompatibles intervenus entre les mêmes Parties

Un Etat A peut s'engager envers un Etat B à adopter une conduite déterminée. Ensuite ils peuvent signer entre eux un autre traité ayant un contenu total ou partiellement contraire au premier. Dans ce cas, il ne peut y avoir une contradiction normative par application du principe *lex posterior derogat legi priori*. Même si ces deux Etats s'obligent réciproquement à ne pas signer de traités sur une matière déterminée pendant un certain délai, ils peuvent cependant déroger à cette norme et conclure valablement une convention sur la matière interdite.

<sup>30</sup>) Sur cette question voir notamment Wright, Norm and Action (London 1963) chap. VII.

<sup>31</sup>) D a h m, Völkerrecht (Stuttgart 1961) t. 3, p. 59. B e r b e r, Lehrbuch des Völkerrechts (München et Berlin 1960) t. 1, p. 438. V e r z i j l, La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, Revue de Droit International (La Pradelle) 1935, p. 317.

<sup>32</sup>) C. P. J. I., Série A No. 1, p. 25; Série B No. 14, p. 36. Voir aussi: C. P. J. I., Série A/B No. 63, p. 93 (opinion dissidente de M. A l t a m i r a).

### 9. b) Traités incompatibles signés entre des Parties différentes

La deuxième hypothèse d'incompatibilité de traités se présente lorsqu'un ou plusieurs des signataires de la première convention en question, ne sont pas partie à la deuxième ayant un contenu contraire. Par exemple, l'Etat F s'engage vis-à-vis de l'Etat G à adopter une conduite X et ensuite il conclut un autre traité avec l'Etat H en s'obligeant à une conduite contradictoire (-X). On a interprété quelquefois qu'il s'agit là de traités contradictoires, ce qui entraînerait la nullité de la deuxième convention. D'autres fois on a dit que l'Etat F en concluant le premier traité a restreint sa liberté contractuelle et que, pour cette raison, il n'a pas pu conclure valablement le deuxième accord, lequel est nul.

En réalité, l'incompatibilité du contenu de deux traités ne constitue pas une contradiction logique, les deux étant également valables. Pourtant elle comporte les conséquences qui découlent de la responsabilité internationale<sup>33</sup>).

La jurisprudence internationale n'offre aucun précédent dans lequel un traité ait été déclaré nul à cause de son incompatibilité avec une autre convention de la même catégorie signée auparavant par l'une des Parties.

La Cour de Justice Centroaméricaine fut le premier tribunal saisi pour connaître d'une question d'incompatibilité de traités. Le Costa Rica avait déposé une requête contre le Nicaragua en demandant à la Cour de déclarer la nullité du traité Bryan-Chamorro, conclu entre le Nicaragua et les Etats-Unis, pour être incompatible avec l'art. 8 de la convention signée le 15 mai 1858 entre les Parties en litige et avec le traité centroaméricain de Washington (20 décembre 1907)<sup>34</sup>). Dans son arrêt du 7 septembre 1916 la Cour constata l'incompatibilité du traité Bryan-Chamorro avec ceux invoqués par le Costa Rica, déclara que le Nicaragua avait violé au préjudice de la Partie demanderesse les conventions de 1858 et 1907, mais elle refusa de déclarer la nullité de ladite convention Bryan-Chamorro<sup>35</sup>).

La Cour de Justice Centroaméricaine dut connaître aussi d'une requête du Salvador contre le Nicaragua concernant l'incompatibilité du traité Bryan-Chamorro avec le traité de Washington de 1907 conclu entre les Etats de l'Amérique centrale. La Partie demanderesse n'avait pas demandé la nullité du premier traité, mais elle avait prié la Cour de condamner le

<sup>33</sup>) Conf.: art. 30, alinéa 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir aussi: G u g g e n h e i m, *Traité de Droit International Public* (Genève 1967, 2ème. éd.) t. 1, p. 269.

<sup>34</sup>) *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, t. V No. 14-16, p. 150.

<sup>35</sup>) *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, t. V No. 14-16, p. 176.

Nicaragua «a la abstención del cumplimiento del predicho Tratado Bryan-Chamorro»<sup>36)</sup>. Le tribunal, pour sa part, déclara:

«Que el Gobierno de Nicaragua está obligado, valiéndose de los medios posibles aconsejados por el Derecho Internacional, a restablecer y mantener el estado de derecho que existía antes del Tratado Bryan-Chamorro, entre las Repúblicas litigantes, en lo que respecta a la materia considerada en este juicio»<sup>37)</sup>.

La Cour adopta donc la même solution qu'après adopterait l'art. 20 du Pacte de la Société des Nations.

Une solution contraire adopte l'art. 103 de la Charte des Nations Unies qui frappe de nullité les traités contraires à ses dispositions conclus même entre un Etat membre de l'Organisation et un Etat tiers. «La nullité automatique d'une telle convention – affirme G u g g e n h e i m avec raison – dépend en dernière analyse des moyens dont disposent les Nations Unies pour empêcher son exécution»<sup>38)</sup>.

Le fait qu'un Etat signe un accord en limitant sa liberté contractuelle ne constitue pas un obstacle juridique pour que cet Etat s'engage après envers un Etat tiers à adopter la conduite interdite dans le premier traité. L'incompatibilité de traités conclus entre des Parties différentes entraîne un problème de responsabilité internationale, mais non pas de nullité<sup>39)</sup>. Dans cette hypothèse, la liberté contractuelle des Etats ne peut donc être limitée par la voie d'une convention<sup>40)</sup>.

10. c) Incompatibilité avec un traité d'un traité signé  
entre un nombre restreint d'Etats ayant participé  
au premier traité

Un traité peut avoir des dispositions s'opposant à une convention conclue après entre quelques-unes des Parties au premier traité. Les situations pratiques qui se présentent offrent certaines différences. Mais, étant donné le but de notre étude, nous allons considérer le cas extrême d'un traité signé par les

<sup>36)</sup> Anales de la Corte de Justicia Centroamericana, t. VI No. 16-18, p. 108.

<sup>37)</sup> Anales de la Corte de Justicia Centroamericana, t. VI No. 16-18, p. 170.

<sup>38)</sup> G u g g e n h e i m, *Traité, op. cit.*, t. 1, p. 273. Voir aussi: K e l s e n, *The Law of the United Nations* (London 1950), p. 114. B e n t w i c h - M a r t i n, *A commentary of the Charter of the United Nations* (London 1951), p. 179 s.

<sup>39)</sup> Conf.: V i t t a, *La validité des traités internationaux* (Bibliotheca Visseriana, t. XXXI) (1940), p. 195.

<sup>40)</sup> Voir aussi l'avis consultatif de la C. P. J. I. du 5. IX. 1931 sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche. Dans ce cas, la Cour s'est bornée à constater l'incompatibilité du Protocole signé entre ces Etats le 19. III. 1931 avec le Protocole de Genève du 4. X. 1922, conclu par l'Autriche, d'une part, et le Royaume Uni, la France, l'Italie et la Tchécoslovaquie, de l'autre part, tel qu'elle avait été priée par le Conseil de la Société des Nations (C. P. J. I., Série A/B No. 41, pp. 38 et 53).

Etats A, B, C, D et E et une autre convention ayant un contenu contraire, signée seulement entre certaines des Parties au premier traité. Supposons aussi que dans le premier traité les Parties se sont mises d'accord pour entâcher de nullité toute convention de contenu contraire qu'un groupe restreint de ces Etats signe entre eux.

Dans cette hypothèse nous sommes donc en présence d'un cas où les Parties ont restreint par leur volonté leur liberté de traiter et ont même prévu la nullité comme conséquence de la violation de l'accord. Dans le cas que nous considérons, le deuxième traité serait nul. A notre avis, la seule hypothèse où un problème d'incompatibilité de traités peut entraîner la nullité d'une des conventions se présente lorsqu'un traité multilatéral prévoit la nullité de toute convention ayant un contenu contraire qui soit signée par un nombre restreint des Parties au premier accord<sup>41</sup>).

Dans un passage de sa décision sur l'affaire *Pablo Nájera*, le surarbitre Verzijl considère la situation qui se poserait en cas d'un conflit entre l'art. 18 du Pacte de la Société des Nations qui exigeait l'enregistrement des traités et une convention non enregistrée conclue entre deux Etats membres, et il dit:

«La raison pour laquelle entre membres de la Société des Nations, une convention non enregistrée ne saurait être considérée comme obligatoire, pas même par un tribunal international indépendant de la Société... consiste en ceci que les Parties contractantes sont, l'une et l'autre, liées par la même règle impérative (*jus cogens*), qui prévaut sur leur liberté d'agir en matière de traités internationaux»<sup>42</sup>).

Mais pourtant il ne s'agit pas ici d'un cas d'existence d'une norme impérative. Les Parties au traité multilatéral ont restreint leur liberté, mais elles l'ont fait au moyen d'une convention à laquelle elles peuvent mettre fin par un autre accord. La norme qui limite la liberté de traiter dans ce cas n'est pas une norme impérative dont les Etats ne peuvent échapper<sup>43</sup>). Il s'agit, en revanche, d'une limitation conventionnelle à la liberté contractuelle. Aussi pouvons-nous dire que c'est un cas de *jus cogens conventionnel*. La norme est impérative, mais elle l'est dans la mesure où les Parties contractantes le veulent.

<sup>41</sup>) Voir G u g g e n h e i m, La validité..., *op. cit.* (ci-dessus note 21), p. 223.

<sup>42</sup>) Recueil des sentences arbitrales, t. V, p. 472. Voir aussi l'arrêt de la C. P. J. I. dans l'affaire *Oscar Chinn* (Série A/B No. 63) entre la Grande-Bretagne et la Belgique, sur l'incompatibilité entre l'Acte général de Berlin de 1885 et le traité de Saint-Germain. Voir les opinions du Jonkheer v a n E y s i n g a (Série A/B No. 63, p. 131) et de M. S c h ü k k i n g (Série A/B No. 63, p. 148) et le commentaire de G u g g e n h e i m, La validité..., *op. cit.*, p. 221 ss.

<sup>43</sup>) M a r e k, *op. cit.* (ci-dessus note 11), p. 443.

## V. *Les restrictions à la liberté de traiter des Etats relevant du jus cogens*

### 11. Généralités

Dans la présente étude nous sommes partis du principe juridique d'après lequel les Etats peuvent donner aux conventions un contenu quelconque dans la mesure où il n'y a aucune norme limitant cette liberté. Le principe de «ce qui n'est pas interdit, est permis» appartient au droit international positif.

Nous avons déjà vu que certaines normes du droit des gens ne sont pas susceptibles de dérogation par convention, soit pour des raisons logiques, soit pour une impossibilité physique. Ces restrictions relèvent donc des causes extra-normatives.

On a signalé aussi que les Etats peuvent limiter leur liberté de traiter par la voie conventionnelle. La seule hypothèse possible dans ce sens serait le cas d'une convention multilatérale dans laquelle l'interdiction serait prévue pour un nombre restreint des Parties, de conclure entre elles des traités ayant un contenu contradictoire, sous peine de nullité. Mais, pourtant cette restriction n'aurait pas le caractère de norme impérative car les Parties pourraient l'abroger au moyen d'une autre convention.

Il faut examiner maintenant si le domaine de la liberté contractuelle des Etats se trouve aussi restreinte par des normes juridiques impératives. La question se pose donc de savoir si dans l'ordre juridique international il y a des normes auxquelles les Etats ne peuvent déroger par la voie conventionnelle et dont ils ne peuvent se départir.

Les fondateurs du Droit des gens s'étaient déjà posé la question. Mais, dans le cadre de l'école jusnaturaliste, à laquelle appartenaient ces auteurs, la réponse n'offre point de difficulté. Si l'on accepte l'existence d'un droit naturel au-dessus de celui créé par les hommes et si l'on admet également que celui-ci est valable dans la mesure où il s'accorde avec les normes supérieures, il s'en suit logiquement que le Droit des gens contient des normes non susceptibles d'être dérogées par convention. Telle est, par exemple, la pensée de Vattel, qui se réfère à un «droit des gens nécessaire» qu'il définit comme «l'application du Droit Naturel aux Nations», lequel «est nécessaire, parce que les Nations sont absolument obligées à l'observer»<sup>44</sup>). Vattel ajoute: «Puis donc que le Droit des Gens nécessaire consiste dans l'application, que l'on fait aux Etats, du Droit Naturel, lequel est immuable . . . il s'en suit que le Droit des Gens nécessaire est immuable», et il conclut: «Dès-là que ce

<sup>44</sup>) Le Droit des Gens ou Principes de la Loi naturelle (Londres 1748) Préliminaires, par. 7.

Droit est immuable, et l'obligation qu'il impose nécessaire et indispensable; les Nations ne peuvent y apporter aucun changement par leurs Conventions, ni s'en dispenser elles-mêmes, ou réciproquement l'une l'autre»<sup>45</sup>).

En revanche, si l'on se borne au cadre du droit positif, la question du *jus cogens* soulève des problèmes sérieux. Contrairement à ce que l'on peut déduire de certaines opinions émises au sein de la Commission du Droit International de l'O.N.U., la question de l'existence du *jus cogens* en Droit des gens n'est pas récente.

Dans la plupart des ouvrages sur le Droit international on trouve une référence à l'objet des traités. Les auteurs se limitent généralement à considérer le cas de la nullité des traités *contra bonos mores*, comme s'il s'agissait de la seule restriction possible à la liberté contractuelle des Etats<sup>46</sup>). La littérature juridique de langue allemande parue entre les deux guerres s'est occupée notamment des traités *contra bonos mores* dans le but de trouver un argument justifiant la nullité des traités de paix de 1919<sup>47</sup>). D'autres auteurs analysent à la fois les questions de la moralité et de l'incompatibilité des traités, malgré que ce soient des problèmes différents<sup>48</sup>).

Enfin une partie de la doctrine envisage la question du *jus cogens* d'un point de vue général et se demande s'il y a des normes dans l'ordre juridique positif qui ne soient pas susceptibles de dérogation par la voie conventionnelle<sup>49</sup>). A notre avis, celui-ci est le point de départ correct pour ce qui a trait au droit des traités. Mais le *jus cogens* dépasse encore le domaine du droit conventionnel. Ainsi, on peut examiner si le droit des gens contient des normes limitant la volonté des Etats pour agir non seulement par la voie conventionnelle, mais d'une façon quelconque<sup>50</sup>). En ce sens on peut se demander

<sup>45</sup>) Vattel, *op. cit.*, Préliminaires, par. 8 et 9. Voir aussi: Vitoria, De potestate civili, par. 21 *in fine*. Grotius, De iure belli ac pacis libri tres, I, 1, X. Wolfius, Jus gentium methodo scientifica pertractatum, par. 6. Vattel, *op. cit.*, II, 12, 161.

<sup>46</sup>) Voir, p. ex., Podestá Costa, Derecho Internacional Público (Buenos Aires 1955 3ème. éd.) t. 1, p. 400 s.

<sup>47</sup>) Voir la bibliographie à ce sujet dans Wenner, Willensmängel im Völkerrecht (Zürich 1940), p. 233 ss. Quant à l'application de cette théorie, voir l'arrêt du 28. X. 1940 du *Volksgerichtshof* allemand qui déclara nul l'art. 53 du traité de Versailles (Deutsches Recht, 1940-II, p. 2233).

<sup>48</sup>) Voir, p. ex., Fauchille, Traité de Droit International Public (8ème. éd. Paris 1926), t. 1, 3ème. partie, p. 426 ss.

<sup>49</sup>) Voir, p. ex., Marek, *op. cit.* (ci-dessus note 11), p. 426 ss.

<sup>50</sup>) Conf.: Suy, The concept of *jus cogens* in public international law, dans: The concept of *jus cogens* in International Law (Carnegie Endowment for International Peace - Conference on International Law, Lagonissi, April 3-8, 1966; Papers and Proceedings, vol. II) Geneva 1967, p. 59.

s'il y a des normes restreignant la liberté juridique des Etats pour s'obliger au moyen d'actes juridiques unilatéraux.

Dans les paragraphes suivants nous analysons le *jus cogens* en nous basant sur le droit conventionnel. Sans vouloir élaborer une liste complète des normes juridiques ayant cette caractéristique, nous en donnons quelques exemples et examinons le rôle joué par cette notion dans la jurisprudence internationale.

## 12. Normes juridiques internationales relevant du *jus cogens*

a) *La norme interdisant la traite des esclaves.* Les Puissances participant au Congrès de Vienne signèrent le 8 février 1815 une déclaration contre la traite des nègres dans laquelle elles qualifiaient ce commerce «comme répugnant aux principes d'humanité et de la morale universelle». Elles proclamèrent aussi «le désir de mettre un terme à un fléau qui a si longtemps désolé l'Afrique, dégradé l'Europe, et affligé l'humanité». La déclaration de Vienne fut confirmée ensuite par le deuxième traité de paix de Paris (20 novembre 1815), par le Congrès d'Aix-la-Chapelle (24 octobre à 19 novembre 1818) et par celui de Verona (28 novembre 1822).

La traite des esclaves fut l'objet d'interdiction par la convention de Londres (20 décembre 1841) entre l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie, par l'Acte général de Berlin de 1885 et l'Acte général de la Conférence de Bruxelles de 1890.

Le 25 septembre 1926 une convention interdisant la traite fut signée à Genève, sous les auspices de la Société des Nations. Dans son art. 2, alinéa b, les Etats signataires s'obligent à «poursuivre la suppression complète de l'esclavage sous toutes ses formes». Enfin une convention supplémentaire fut conclue à Genève le 7 septembre 1956.

Les dispositions contenues dans les traités signés à partir de 1815 reflètent la conception des nations civilisées à l'égard de la liberté et la dignité humaines. Dans une grande mesure ces conventions ont codifié des règles déjà existantes dans le droit des gens. En ce sens, il faut rappeler que l'art. 9 de l'Acte général de Berlin déclarait interdite la traite des esclaves «conformément aux principes du droit des gens, tels qu'ils sont reconnus par les Puissances signataires». Cela montre quelle était déjà en 1885 *l'opinio gentium*. Aujourd'hui il n'y a point de doute que l'interdiction de la traite des esclaves est devenue une règle de droit coutumier, obligatoire même pour les Etats qui ne sont pas Parties aux conventions indiquées. Cela veut dire qu'aucun Etat ne peut signer des accords réglant, protégeant ou encourageant, de



n'importe quelle façon, ce commerce. Cette règle juridique universelle n'est pas susceptible d'être dérogée par une convention internationale<sup>51</sup>).

b) *La norme interdisant la traite des femmes.* Une règle semblable à celle interdisant la traite des esclaves existe aussi pour ce qui a trait à la traite des femmes, autrefois appelée «traite des blanches». On peut affirmer aujourd'hui que les Etats ne sont pas autorisés à passer des traités dans le but de favoriser d'une manière quelconque cette activité.

De même que pour la traite des esclaves, cette règle générale a été précédée d'une série de traités multilatéraux. Il y a lieu de citer d'abord l'arrangement de Paris du 18 mai 1904 signé entre l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Russie, la Suède et Norvège et la Suisse pour la suppression de la traite des femmes et la convention du 4 mai 1910 conclue aussi à Paris dans le même but.

Sous les auspices de la Société des Nations et suivant les recommandations inscrites à l'Acte final de la Conférence internationale qui s'est réunie à Genève en juin 1921, le 30 septembre de cette année une convention fut ouverte à la signature pour la suppression de la traite des femmes et des enfants qui assurait d'une manière plus complète la lutte contre cette activité que celle prévue dans les accords antérieurs. Ensuite, un autre traité multilatéral fut conclu le 11 octobre 1933.

Enfin, le 21 mars 1950 une convention fut ouverte à la signature à Lake Success pour la répression de la traite des êtres humains, sans discrimination de sexe, et de l'exploitation de la prostitution d'autrui. Dans son préambule on dit que la «traite des êtres humains en vue de la prostitution est incompatible avec la dignité et la valeur de la personne humaine».

c) *La norme interdisant le génocide.* Après la fin de la deuxième guerre mondiale, les Nations assistèrent stupéfaites au procès de Nuremberg où l'on punit les crimes commis par certains membres du gouvernement national-socialiste contre le peuple juif et d'autres minorités qu'ils voulaient exterminer. Sous l'influence particulière de ces événements, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopta le 11 décembre 1946 la résolution 96 (I) dans laquelle il est dit que le crime de génocide «bouleverse la conscience humaine» et «est contraire à la loi morale»<sup>52</sup>). Deux ans après, le 9 décembre 1948, fut signé le traité pour la prévention et la répression du crime de génocide.

La convention n'a fait que codifier certains principes que les nations civilisées considéraient déjà obligatoires. La Cour Internationale de Justice corrobora cette idée lorsque, en se référant à ce traité, elle dit:

<sup>51</sup>) Conf.: B e r b e r , Lehrbuch des Völkerrechts, t. 1, p. 439.

<sup>52</sup>) A/64/Add. 1, pp. 188 et 189.

«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»<sup>53</sup>).

Dans le droit international positif il est actuellement un principe bien établi que les Etats ne peuvent conclure de conventions ayant pour objet de commettre des actes de nature telle à être qualifiés comme génocide. Cette norme internationale relève du *jus cogens*<sup>54</sup>).

d) *La norme pacta tertiis non nocent*. Les normes conventionnelles ne créent des obligations que pour les Parties contractantes. En principe, un traité ne peut imposer des obligations à la charge des Etats tiers<sup>55</sup>). Cette règle est affirmée par la jurisprudence constante des tribunaux internationaux<sup>56</sup>) et des cours internes<sup>57</sup>). Le principe *pacta tertiis non nocent* est une norme coutumière qui informe tout le droit des traités. La règle a été posée d'une façon particulièrement nette lorsque les tribunaux ont dû examiner des cas où les Parties à un traité dérogeant au droit international commun, ont voulu faire valoir la convention à l'égard des tiers<sup>58</sup>).

Pourtant le droit coutumier a introduit une exception à ce principe en ce

<sup>53</sup>) C. I. J., Recueil 1951, p. 23. Le juge T a n a k a fit mention de ce précédent dans C. I. J., Recueil 1966, p. 297.

<sup>54</sup>) Conf.: S c h e u n e r, Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences, *ZaöRV*, t. 27 (1967), p. 526. G u g g e n - h e i m - M a r e k, Verträge, völkerrechtliche, dans: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch t. 3, p. 532.

<sup>55</sup>) Conf.: arts. 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>56</sup>) Conf.: sentence arbitrale sur les limites entre la Guyane française et le Surinam (13/25. V. 1891), L a F o n t a i n e, Pasicrisie internationale, p. 329; arbitrage sur l'acquisition de la nationalité polonaise (10. VII. 1924), Recueil des sentences arbitrales, t. I, p. 413; arrêt de la C. P. J. I. du 25. V. 1926, Série A No. 7, p. 29; décision du tribunal arbitral mixte turco-anglais dans le cas *Eastern Bank Ltd. c/Gouvernement turc* (28. XII. 1927), Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, t. VIII, p. 192; décision de Max H u b e r dans le cas de l'île de Palmas (4. IV. 1928), Permanent Court of Arbitration, Arbitral Award, p. 62; décision du tribunal arbitral mixte roumano-hongrois dans le cas *Ungarische Erdgas A. G. c/Etat roumain* (8. VII. 1929), Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, t. IX, p. 455; sentence arbitrale sur l'île de Clipperton (28. I. 1931), Recueil des sentences arbitrales, t. II, p. 1110.

<sup>57</sup>) Quant à la jurisprudence des cours internes, voir V i t t a, *op. cit.* (ci-dessus note 39), pp. 209-210; K o j a n e c, Trattati e terzi Stati (Padova 1961), p. 193 ss.

<sup>58</sup>) Conf.: l'affaire de l'*Appam* où l'on décida que l'art. 19 du traité du 11. VII. 1799 entre la Prusse et les Etats-Unis, qui dérogeait au droit commun de la neutralité, n'était pas opposable à la Grande-Bretagne (sentence de la Cour impériale des Prises d'Hambourg, 11. V. 1916, American Journal of International Law 1917, p. 872; sentence de la Cour Suprême des EE. UU., 6. III. 1917, American Journal of International Law 1917, p. 443). Dans l'affaire *Tinoco*, l'arbitre Taft considéra que le Traité de Washington de 1907 signé entre les Etats de l'Amérique centrale et qui dérogeait aux normes coutumières sur les effets internationaux des actes accomplis par les gouvernements *de facto*, n'était pas opposable à la Grande-Bretagne (Recueil des sentences arbitrales, t. I, p. 382).

que certains traités dits «objectifs» s'imposent même aux Etats tiers. A cette catégorie appartiennent, par exemple, les traités instituant un nouvel Etat ou ceux établissant un règlement territorial. Le caractère objectif que peut avoir un traité ne relève pas de la volonté des Parties contractantes, mais de son contenu. Le principe *pacta tertiis non nocent* aussi bien que son exception relative aux traités objectifs sont régis exclusivement par le droit coutumier.

Il est juridiquement impossible aux Etats de déroger par une convention à la norme *pacta tertiis non nocent*. Les Etats ne peuvent non plus d'un commun accord établir dans un traité une obligation à la charge d'un Etat tiers et conférer à cette convention un caractère objectif. La détermination du caractère objectif d'un traité se trouve au-delà des possibilités conventionnelles des Parties contractantes. Pour cette raison, on peut conclure donc que la norme *pacta tertiis non nocent* relève du *jus cogens*<sup>59)</sup>.

### 13. Le jus cogens devant les juridictions internationales

a) D'après le résultat de nos recherches la question de la limitation de la liberté contractuelle des Etats par une norme impérative s'est posée pour la première fois à l'occasion de l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique du Nord*, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis en 1910. Dans ce cas, la Cour Permanente d'Arbitrage fut appelée à interpréter l'art. 1 du traité conclu le 20 octobre 1818 entre les Parties au litige. D'après cette disposition les Etats-Unis renonçaient à jamais à la liberté de prendre, sécher ou saler le poisson sur ou dans les trois milles marines des côtes, baies, criques ou havres de certaines possessions de S. M. Britannique en Amérique.

La Grande-Bretagne soutenait que dans le cas des baies, l'art. 1 s'appliquait à n'importe lesquelles d'entre elles, indépendamment de sa largeur. L'agent américain alléga alors que cette interprétation amenait à la conclusion que les ressortissants de son pays seraient obligés à renoncer à pêcher dans une zone de la haute mer. Et il ajouta:

"That while a State may renounce the treaty right to fish in foreign territorial waters, it cannot renounce the natural right to fish on the High Seas"<sup>60)</sup>.

Selon la thèse américaine donc, un Etat ne pourrait renoncer par convention à ce que ses ressortissants pêchent dans la haute mer, ce qui est contraire à une norme du *jus cogens*. La Cour d'Arbitrage ne se prononça pas dans sa sentence sur l'existence de normes impératives en droit des gens.

<sup>59)</sup> Conf.: Berber, *op. cit.* (ci-dessus note 31), t. 1, p. 439. Voir aussi l'opinion, à notre avis, erronée de Burkhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* (Basel 1927), p. 391.

<sup>60)</sup> Permanent Court of Arbitration. North Atlantic Coast Fisheries Tribunal of Arbitration (The Hague 1910), p. 134.

b) La jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale n'offre aucun exemple relatif au *jus cogens*. En revanche, nous trouvons deux passages sur ce sujet dans les opinions des juges. Dans son opinion individuelle jointe à l'avis consultatif de la Cour sur le régime douanier austro-allemand (5 novembre 1931), M. Anzilotti examine les restrictions à la souveraineté imposées par les Grandes Puissances aux Etats vaincus dans les traités de paix et il affirme: «On peut se demander s'il n'y a pas une certaine contradiction à imposer à un Etat de vivre et à le mettre en même temps dans une situation qui rend sa vie extrêmement difficile»<sup>61</sup>).

Dans l'affaire *Oscar Chinn*, entre la Grande-Bretagne et la Belgique (12 décembre 1934), le juge Schücking dit: «Jamais... la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs»<sup>62</sup>).

Quant aux mémoires et plaidoiries des Parties devant la Cour, il y a lieu de citer un passage du discours de M. Logoz, représentant de la Suisse dans l'affaire des *Zones franches*, où l'on nie catégoriquement l'existence des normes impératives en droit des gens<sup>63</sup>).

c) La sentence du troisième Tribunal Militaire de Nuremberg du 31 juillet 1948 dans le procès suivi contre Alfried Krupp von Bohlen und Halbach nous offre un précédent intéressant. Krupp avait été accusé d'avoir employé des prisonniers de guerre français dans ses fabriques d'armements. La partie défenderesse alléga alors que les prisonniers de guerre avaient été employés en vertu d'un accord international conclu entre le Reich allemand et le gouvernement de Vichy et que ce traité enlevait à l'acte imputé son caractère antijuridique. Le Tribunal exprima ce qui suit:

“Under such circumstances we have no hesitancy in reaching the conclusion that if Laval or the Vichy ambassador to Berlin made any agreement such as that claimed with respect to the use of French prisoners of war in German armament production, it was manifestly *contra bonos mores* and hence void”<sup>64</sup>).

d) Dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice il y a deux passages bien connus qui sont généralement pris comme argument pour affirmer que le tribunal a reconnu l'existence du *jus cogens*. L'un se trouve dans l'avis consultatif relatif aux réserves à la Convention sur le génocide

<sup>61</sup>) C. P. J. I., Série A/B No. 41, p. 72.

<sup>62</sup>) C. P. J. I., Série A/B No. 63, pp. 149-150.

<sup>63</sup>) «Par un traité, les Etats peuvent stipuler ce qu'ils veulent; leur liberté est illimitée; ils n'ont pas à craindre l'arbitraire, puisqu'ils n'assument alors que des obligations auxquelles ils ont eux-mêmes consenti» (C. P. J. I., Série C No. 19-I, t. I, p. 163).

<sup>64</sup>) *Trials of War criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, t. IX (Washington 1950), p. 1395.*

que nous avons cité plus haut. Le deuxième concerne la déclaration faite par la Cour dans l'affaire du *détroit de Corfou* sur le fondement de l'obligation qu'avait l'Albanie de faire connaître l'existence d'un camp de mines dans ses eaux territoriales. La Cour dit que les obligations des autorités albanaises

«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 des 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»<sup>65</sup>).

Quant aux opinions des juges, M. M o r e n o Q u i n t a n a reconnaît l'existence du *ius cogens* dans le cas relatif à l'application de la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs, lorsqu'il dit:

«L'ordre public international se confine dans le système du droit international public quand il établit certains principes, tels les principes généraux du droit des gens et les droits fondamentaux des Etats, dont le respect est indispensable pour permettre la coexistence juridique des unités politiques qui composent la communauté internationale . . . Ces principes . . . ont un caractère impératif et une portée universelle»<sup>66</sup>).

Dans le cas sur le droit de passage, le juge *ad hoc* M. F e r n a n d e s soutint l'existence de certaines règles générales impératives non susceptibles d'être dérogées par une pratique particulière<sup>67</sup>).

Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour sur le *Sud-ouest africain*, le juge T a n a k a affirma:

«If we can introduce in the international field a category of law, namely *ius cogens* recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *ius dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *ius cogens*»<sup>68</sup>).

Enfin dans l'arrêt du 20 février 1969 concernant le *plateau continental de*

<sup>65</sup> C. I. J., Recueil 1949, p. 22. La Cour fit aussi une référence au *ius cogens* dans C. I. J., Recueil 1969, p. 42.

<sup>66</sup> C. I. J., Recueil 1958, p. 106.

<sup>67</sup> «Il est vrai que le droit particulier déroge, en règle, au droit général, mais donner comme acquis que, en l'espèce, le droit particulier est différent du droit général, c'est tomber dans une pétition de principe. D'autre part, cette règle n'est pas sans exceptions. Le droit général *cogens* l'emporte sur tout droit particulier. Et les principes généraux dont je ferai mention plus loin constituent de véritables règles de *ius cogens* auxquelles il ne saurait être dérogé par une pratique particulière» (C. I. J., Recueil 1960, p. 135).

<sup>68</sup> C. I. J., Recueil 1966, p. 298.

*la mer du Nord*, les juges Padilla Nervo<sup>69)</sup>, Tanaka<sup>70)</sup>, Lachs<sup>71)</sup> et Sørensen<sup>72)</sup> ont fait mention de l'institution du *jus cogens* en droit des gens.

e) Il y a lieu de citer aussi sur ce sujet la décision de la Commission Arbitrale sur les Biens, Droits et Intérêts en Allemagne du 23 mars 1962 dans le cas *Paul et Thérèse Gilis contre la République Fédérale d'Allemagne*. La partie demanderesse prétendait que le texte de l'art. 6, chapitre X, de la Convention sur le Règlement de Questions issues de la Guerre et de l'Occupation (23 octobre 1954) «n'est pas compatible avec les principes du droit des gens sur la garantie de la propriété privée des étrangers»<sup>73)</sup>. La Commission décida que le droit des gens interdisait aux Etats d'exproprier unilatéralement et sans indemnité la propriété privée des étrangers dans certaines conditions, mais que lorsque ces mesures sont prises dans un traité, elles ne peuvent porter atteinte au droit international général<sup>74)</sup>.

#### 14. Le projet d'articles de la Commission du Droit International

La Commission du Droit International des Nations Unies a considéré déjà à sa première session (1949) la possibilité de codifier le droit des traités. Mais ce n'est qu'à sa dix-huitième session, en 1966, qu'elle adopta un texte définitif d'un projet d'articles sur le droit des traités<sup>75)</sup>. Ce sont les arts. 50 et 61 du projet<sup>76)</sup> qui font référence au *jus cogens* et dont le texte est le suivant:

<sup>69)</sup> C. I. J., Recueil 1969, p. 97.

<sup>70)</sup> C. I. J., Recueil 1969, p. 182.

<sup>71)</sup> C. I. J., Recueil 1969, p. 229.

<sup>72)</sup> C. I. J., Recueil 1969, p. 248.

<sup>73)</sup> Décisions de la Commission Arbitrale sur les Biens, Droits et Intérêts en Allemagne, t. V, p. 333.

<sup>74)</sup> «Dans les relations avec les contribuables qui sont ressortissants des Nations Unies, il ne saurait donc être question d'expropriation sans indemnité contraire au droit des gens, car celui-ci ne l'interdit que lorsqu'elle est unilatéralement décrétée par un Etat; or, l'Article 6 du Chapitre Dixième de la Convention de Règlement est le résultat d'un accord de volontés entre les Etats Signataires. L'exonération de l'Impôt sur les Biens et ses limites étant stipulées dans un traité international, la réglementation qui y est contenue ne saurait plus être contestée, restreinte ou étendue par des considérations tirées des atteintes à la propriété privée des étrangers, contraires aux règles du droit des gens général» (Décisions de la Commission Arbitrale sur les Biens, Droits et Intérêts en Allemagne, t. V, p. 336).

<sup>75)</sup> Le projet est reproduit en anglais dans ZaöRV t. 27, p. 562 ss. (n. d. l. r.).

<sup>76)</sup> Ces dispositions reconnaissent les antécédents suivants: art. 15 du premier rapport de Sir Hersch Lauterpacht (A/CN. 4/63, p. 13); art. 17 du deuxième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice (Annuaire de la Commission du Droit International 1957 II, p. 33); arts. 16 et 20 du troisième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice (Annuaire de la Commission du Droit International 1958 II, pp. 27 et 28); art. 21 du quatrième rapport de

*Art. 50.* Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

*Art. 61.* Si une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 50 est établie, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin<sup>77)</sup>.

Ces dispositions elles-mêmes ne se prononcent pas sur la question à savoir s'il y a ou non des normes de *jus cogens* dans le droit international actuel – ce qui aurait d'ailleurs surpassé la fonction de la Commission –, mais elles en reconnaissent du moins la possibilité. Aussi la Commission a estimé possible qu'il se pose un conflit entre une norme conventionnelle et une norme impérative, et elle s'est bornée à établir une solution juridique pour le cas d'un tel conflit.

C'est dans ce sens que, à notre avis, on doit interpréter les arts. 50 et 61 du projet de la Commission du Droit international. Il nous semble que les commentaires qui dégagent des arts. 50 et 61 la conclusion que la Commission a reconnu l'existence du *jus cogens* dans le droit international actuel ne sont pas fondés.

Quant à la rédaction du projet d'articles, on fit des critiques dont quelques-unes méritent d'être exposées. Morelli critiqua d'abord la définition tautologique incluse dans l'art. 50<sup>78)</sup>. En effet, cette disposition se réfère à «une norme impérative . . . à laquelle aucune dérogation n'est permise». Il va de soi que s'il s'agit d'une norme impérative, elle n'admet aucune dérogation. Par conséquent, on aurait pu supprimer les termes tautologiques. Morelli souligna aussi avec raison que l'art. 61 confond la nullité et l'extinction d'un traité, malgré qu'elles soient différentes<sup>79)</sup>. En réalité, l'art. 61 établit une cause d'extinction du traité et non pas de nullité. Il aurait fallu supprimer de cette disposition les mots «devient nul et».

---

Sir Gerald Fitzmaurice (Annuaire de la Commission du Droit International 1959 II, p. 47); art. 13 du deuxième rapport de Sir Humphrey Waldock (Annuaire de la Commission du Droit International 1963 II, p. 54); arts. 37 et 45 du projet d'articles de la Commission de 1963 (Annuaire de la Commission du Droit International 1963 II, pp. 207 et 220); cinquième rapport de Sir Humphrey Waldock (Annuaire de la Commission du Droit International 1966 II, pp. 22 ss. et 48 ss.) et arts. 37 et 45 du projet d'articles révisé (Annuaire de la Commission du Droit International 1966 II, pp. 131 et 132).

<sup>77)</sup> Annuaire de la Commission du Droit International 1966 II, pp. 200 et 201.

<sup>78)</sup> Morelli, A proposito di norme internazionali cogenti, *Rivista di Diritto Internazionale* 1968, p. 111.

<sup>79)</sup> Morelli, *op. cit.*, pp. 108 et 109. Voir aussi la même confusion dans le commentaire de la Commission à l'art. 67 (Annuaire de la Commission du Droit International 1966 II, p. 291).

Scheuner remarqua que les arts. 50 et 61 doivent être en correspondance avec l'art. 41 sur la divisibilité des dispositions des traités. Cet auteur estime que lorsqu'une disposition conventionnelle divisible est contraire au *jus cogens* c'est seulement celle-ci qui doit être nulle et non pas le traité. Scheuner proposa d'ajouter à l'art. 50 un deuxième alinéa conçu dans ces termes:

"(2) Under the conditions specified in art. 41 if only certain clauses of the treaty are in conflict with the peremptory norm of general international law, these clauses only shall be void"<sup>80</sup>).

Quant à l'art. 61 il proposa aussi de prévoir le cas de conflit entre une disposition conventionnelle divisible et une nouvelle norme de *jus cogens*. Dans cette hypothèse ce n'est que la clause conventionnelle divisible, et non pas l'ensemble du traité, qui devrait prendre fin<sup>81</sup>).

### 15. La Convention de Vienne

Le projet d'articles de la Commission du Droit international fut le document fondamental analysé par la Conférence des Nations Unies sur le Droit des traités. Cette Conférence s'est réunie à Vienne en mars-mai 1968<sup>82</sup>) et en avril-mai 1969. Le texte définitif de la convention fut signé le 23 mai 1969<sup>83</sup>). Les arts. 53 et 64 prévoient la question du *jus cogens* et leur texte est le suivant:

*Art. 53.* Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

*Art. 64.* Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

L'art. 53 de la Convention contient deux modifications par rapport à l'art. 50 du projet d'articles. En premier lieu, le nouveau texte prévoit que le

<sup>80</sup>) Scheuner, *op. cit.* (ci-dessus note 54), p. 530.

<sup>81</sup>) Voir le texte proposé pour l'art. 61 chez Scheuner, *op. cit.*, p. 531. Voir d'autres commentaires et observations dans le document A/CONF. 39/5.

<sup>82</sup>) Quant à la discussion des articles relatifs au *jus cogens* pendant la première période voir le document A/CONF. 39/11, séances 52 ss., 66, 80 et 83, et Scheuner, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>83</sup>) Document A/CONF. 39/27, reproduit en anglais et en français ZaöRV t. 29, p. 711 ss.



conflit entre la norme du *jus cogens* et le traité doit avoir lieu au moment de la conclusion de celui-ci. C'est-à-dire que l'art. 53 fait référence à un conflit entre un traité et une norme préexistante du *jus cogens*. La deuxième modification introduite par la Convention est que la norme du *jus cogens* doit être acceptée et reconnue comme telle par la communauté internationale des Etats dans son ensemble. Quant à l'art. 64, son texte est substantiellement le même que celui de l'art. 61 du projet d'articles que nous avons analysé plus haut.

## 16. Considérations théoriques

Dans le paragraphe 12 de cette étude nous avons donné quelques exemples de normes du Droit international positif ayant le caractère du *jus cogens*. L'existence, à notre avis, indubitable de normes du *jus cogens* dans le Droit des gens pose des problèmes théoriques importants. Nous allons en considérer deux, à savoir: a) le *jus cogens* et la structure hiérarchique de l'ordre juridique international, et b) les sources du *jus cogens*.

a) *Le jus cogens et la structure hiérarchique de l'ordre juridique international.* Nous avons déjà esquissé dans le paragraphe 3 les lignes générales de la structure de l'ordre juridique international et nous avons aussi souligné que la règle coutumière *pacta sunt servanda* constitue la source de validité du droit des traités. Les considérations suivantes ne concernent que les normes du *jus cogens* limitant la liberté de traiter des Etats et non pas les possibles règles existantes limitant la faculté des Etats de s'engager par des actes juridiques unilatéraux ou par d'autres moyens juridiques.

La norme *pacta sunt servanda* confère à l'accord des volontés de deux ou plusieurs Etats le caractère de source du droit, de fait créateur du droit.

Nous avons déjà montré que certaines normes du Droit international positif limitaient la liberté de traiter des Etats et avaient un caractère impératif (*jus cogens*). Du point de vue d'une théorie générale du droit, la fonction de ces normes impératives consiste à restreindre l'étendue du concept *pactum* dans la règle *pacta sunt servanda*. En d'autres termes, les normes impératives précisent quels sont les accords qui n'ont pas le caractère de *pactum*. Ainsi, par exemple, prenons la norme qui interdit aux Etats de conclure des traités favorisant la traite des esclaves. En réalité, cette norme ne fait que limiter l'étendue du concept *pactum* en ce sens que le traité ayant pour objet l'encouragement de la traite n'est pas un *pactum* de ceux prévus par la règle *pacta sunt servanda*. Celle-ci est d'ailleurs la fonction de toute norme appartenant au *jus cogens*.

Le rôle joué par les normes du *jus cogens* montre aussi pourquoi elles ne sont pas susceptibles de dérogations. Il s'agit d'une simple conséquence logi-

que: Prenons comme exemple la règle interdisant aux Etats de conclure des traités qui favorisent la commission du crime de génocide. Cette norme, comme nous l'avons déjà vu, appartient au *jus cogens*. D'après ce que l'on vient d'exposer, la règle en question limite le concept de *pactum* en ce sens que les accords de volontés ayant comme objet l'encouragement du crime de génocide ne sont pas des *pacta* et, par conséquent, ils ne produisent aucun effet juridique. En conséquence, tout accord qui aurait comme but la dérogation à la norme interdisant aux Etats de favoriser le crime de génocide ne serait pas un *pactum* et n'aurait donc aucun effet juridique. La dérogation par la voie conventionnelle devient par conséquent impossible.

b) *Les sources du jus cogens*. Il est généralement admis que les normes du *jus cogens* peuvent être des normes coutumières ou des principes généraux du droit. En revanche, les opinions sont partagées en ce qui concerne la possibilité de création des normes du *jus cogens* par la voie de traités.

Avant d'examiner cette question, il faut tout d'abord distinguer entre le cas de la création d'une norme de *jus cogens* par un traité et celui de la codification, dans une convention, d'une norme coutumière ou d'un principe général ayant un caractère impératif. Le problème doit se borner au premier cas car, dans le deuxième, le traité n'agit pas comme fait créateur du droit.

A la base du procédé créateur du *jus cogens* on trouve toujours certaines valeurs telles que la dignité de la personne humaine, des considérations d'humanité, le respect de la vie du prochain, etc. Ce sont ces valeurs, ou plutôt leur reconnaissance par les nations civilisées, qui provoquent la formation de la norme juridique impérative, soit par la voie coutumière, soit comme principe général du droit. Ce procédé de reconnaissance de certaines valeurs et la formation d'une conscience de la nécessité de les protéger (*opinio juris*) se déroule sans besoin de la conclusion de traités. En général, lorsque ce procédé s'est manifesté et qu'une norme s'est déjà formée, les Etats interviennent alors pour la recevoir dans un texte conventionnel afin de lui donner un énoncé plus précis. Tel est, par exemple, le procédé de création de la norme relative au génocide.

Il faut souligner que si la norme juridique créée ne se présente pas comme un instrument protégeant une valeur généralement reconnue, elle ne peut atteindre le caractère de norme impérative. La formation du *jus cogens* est liée étroitement avec des considérations axiologiques. Le processus de reconnaissance des valeurs comme des objets méritant d'être protégés se développe dans les sociétés humaines en dehors du contrôle de l'Etat ou, au moins, il s'agit d'un processus que l'Etat ne peut entièrement diriger. D'autre part, les valeurs ne sont pas créées de façon arbitraire par la volonté des individus, elles possèdent une existence objective.

Ces raisons nous permettent d'exprimer des doutes sérieux quant à la possibilité de créer des normes du *jus cogens* par la voie de traités.

Mais, même si nous laissons de côté ces considérations sur la formation des normes du *jus cogens* et si nous bornons à l'étude de l'ordre juridique positif, nous verrons qu'il est impossible qu'un groupe d'Etats puisse créer une norme du *jus cogens* par la voie d'un traité. Car s'ils le font, la norme du *jus cogens* devrait s'imposer aux Etats tiers et, par conséquent, elle irait à l'encontre d'une norme impérative déjà existante, connue sous la formule *pacta tertiis non nocent*.

Cette argumentation nous permet d'arriver à la conclusion que les normes du *jus cogens* ne peuvent être créées par traité. Le seul cas possible, très hypothétique d'ailleurs, serait celui d'établir une norme de ce type dans un traité auquel tous les Etats du monde prendraient part. En principe, les Etats, au moyen d'une convention, peuvent fonder seulement ce que nous avons appelé *jus cogens conventionnel*.

La terminologie adoptée par la Convention sur le Droit des traités dans les arts. 53 et 64 semble aussi admettre cette thèse. En effet, la Convention prévoit comme possible le conflit entre une norme conventionnelle et une norme de «droit international général». Les termes «droit international général» sont employés par la jurisprudence pour désigner les normes coutumières ayant une portée universelle et non pas le droit des traités<sup>84</sup>).

Quelques auteurs soutiennent, en revanche, que le *jus cogens* peut être fondé par la voie conventionnelle. C'est principalement Tunkin qui affirme cette thèse<sup>85</sup>). Mais, l'auteur soviétique ne fait qu'être conséquent dans sa conception générale du droit des gens. En effet, pour Tunkin la seule source du droit international est le traité car les principes généraux n'existent pas pour lui<sup>86</sup>) et la coutume n'est qu'un traité tacite<sup>87</sup>). Par conséquent, si Tunkin affirme que le *jus cogens* existe en droit des gens et que la seule source formelle de celui-ci est le traité, il doit nécessairement conclure que le *jus cogens* peut être créé par convention. Mais les postulats dont Tunkin part ne sont pas valables et ils constituent une déformation de la description de l'ordre juridique positif.

<sup>84</sup>) Sur ce sujet, voir Barberis, L'élément matériel de la coutume internationale d'après la Cour de La Haye, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 1967, p. 376 s.

<sup>85</sup>) *Annuaire de la Commission du Droit International* 1996 I (première partie), p. 40.

<sup>86</sup>) Tunkin, *Droit international public* (Paris 1965), p. 127.

<sup>87</sup>) Tunkin, *Remarks on the juridical nature of customary norms of international law*, *California Law Review*, t. 49 (1961), p. 419 ss.