

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHÜCKING

Ne partageant pas l'opinion exprimée par la Cour dans son arrêt, je puis en revanche me rallier parfaitement à l'opinion dissidente du juge Jonkheer van Eysinga et à ses arguments. Mais l'importance d'un de ces arguments me porte à y ajouter quelques remarques.

L'opinion dissidente de M. van Eysinga me paraît prouver que l'Acte du Congo a entendu stipuler l'interdiction pour un groupe restreint de ses auteurs d'y apporter une modification quelconque; si cela est vrai, le juge ne peut se dispenser d'examiner quelles sont les conséquences qui en résultent à l'égard de la validité d'une convention conclue en violation de cette interdiction par quelques-uns des auteurs de l'Acte du Congo.

La théorie du droit international concernant les questions de ce genre n'est pas très développée. Il n'y a pas des doctrines claires et généralement reconnues sur les cas d'« actes nuls de plein droit » et d'actes dont la nullité est relative en ce sens qu'ils sont valables pour ce qui est des relations entre leurs signataires, mais que les autres ont le droit de les attaquer. La Cour semble partir de l'idée que, même s'il y avait interdiction pour un groupe restreint des signataires de l'Acte du Congo d'y apporter des modifications — question que la Cour n'examine pas —, la nouvelle convention conclue en garderait néanmoins un caractère légal et valable jusqu'au moment où les Puissances non invitées à prendre part à sa conclusion feraient valoir leurs droits.

A mon avis, cette manière de voir ne correspond pas à la volonté des États qui ont élaboré l'Acte du Congo. Du moment qu'on avait l'intention de créer un statut du Congo qui ne devait pas pouvoir être changé par quelques-uns seulement de ses auteurs, on doit interpréter la volonté des Puissances en ce sens qu'une convention valable ne peut naître, si elle est conclue en contrevenant à l'interdiction pour un groupe restreint des signataires de l'acte de le modifier. Les précédents de la Conférence de Berlin démontrent qu'on a voulu écarter tous les traités conclus entre quelques Puissances seulement concernant leurs intérêts dans le bassin du Congo: en effet, deux États (le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et le Portugal) ont dû renoncer à un traité de commerce conclu avant l'Acte de Berlin (le 26 févr. 1884), et ce traité spécial est la cause immédiate de l'Acte de Berlin. Et certainement les États signataires de l'Acte du Congo avaient le désir d'exclure absolument pour

SEPARATE OPINION OF M. SCHÜCKING.

[*Translation.*]

I do not concur in the opinion expressed by the Court in its judgment; on the other hand, I find myself entirely in agreement with the dissenting opinion of Jonkheer van Eysinga, and with the arguments employed therein. The importance of one of those arguments is, however, so great that I am led to add a few observations upon it.

M. van Eysinga's dissenting opinion appears to me to show that the Congo Act intended to prohibit a limited group of its authors from making any changes in the Act; if that is so, a tribunal cannot refrain from considering what are the ensuing consequences as regards the validity of a convention concluded in violation of that prohibition by some of the authors of the Congo Act.

The doctrine of international law in regard to questions of this kind is not very highly developed. There is no clear and generally recognized doctrine regarding "acts which are automatically null and void", and acts of which the nullity is only relative, that is to say that they are valid in relations between their signatories, but are open to be impugned by other parties. The Court seems to have proceeded on the assumption that, even if there was a prohibition which debarred a limited group of the signatories of the Congo Act from modifying its terms—a question which the Court has not gone into—the new Convention continues nevertheless to be legal and valid, until such time as the Powers which were not invited to participate in it take steps to assert their rights.

In my opinion, this view is not in conformity with the will of the States which drew up the Congo Act. Once it is recognized that the intention was to create a Statute of the Congo which should not be liable to be altered by some only of its authors, the will of the Powers must be interpreted as being that no convention can acquire valid existence that is contracted in disregard of the rule forbidding a limited group of signatories of the Act to modify its terms. The antecedents of the Berlin Conference show that the intention was to set aside all treaties concluded between certain Powers only in regard to their interests in the Congo Basin: indeed, two States (the United Kingdom of Great Britain and Portugal) had to discard a commercial treaty concluded prior to the Berlin Act (Feb. 26th, 1884), and that particular treaty was the real cause of the Berlin Act. It is beyond doubt that the signatory States of the Congo Act desired to make it absolutely impossible, in the future,

l'avenir la possibilité pour quelques-uns d'entre eux seulement de modifier l'Acte du Congo, car toute modification intervenue de la sorte eût été dangereuse pour leurs droits acquis dans cette vaste région. Donc, à mes yeux, la nullité prévue par l'Acte du Congo est une nullité absolue dans le sens d'une nullité *ex tunc* que les États signataires peuvent invoquer à tout moment, et la convention conclue en contravention de l'interdiction est nulle de plein droit. Le fait que jusqu'à présent ceux des États signataires de l'Acte de Berlin qui sont étrangers à la Convention de Saint-Germain n'ont pas attaqué cette dernière ne peut en aucune façon remédier au vice absolu de sa conclusion: elle reste nulle et sans effet, parce qu'elle dépasse les limites que les auteurs de l'Acte de Berlin se sont eux-mêmes fixés en souscrivant à cet acte.

Je crois que le cas où une convention doit être considérée comme nulle de plein droit n'est pas tout isolé dans le droit international. Le Pacte de la Société des Nations dans son ensemble, et particulièrement son article 20, où les Membres s'engagent à ne pas contracter à l'avenir des obligations et ententes *inter se* incompatibles avec les termes du Pacte, n'aurait guère de valeur si les traités conclus en violation de cette obligation ne devaient pas être entachés d'une nullité absolue dans ce sens qu'ils seraient nuls de plein droit. Et je ne peux pas imaginer que la Société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer, dans ce domaine, un *jus cogens* avec cet effet que, quand les États ont convenu certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit. Si telle est la situation, et si la Convention de Saint-Germain n'est pas seulement un acte que les signataires de l'Acte du Congo peuvent attaquer, mais est non valable en elle-même, la Cour — comme le juge van Eysinga l'a déjà constaté — ne doit pas l'appliquer. Par le Pacte, notre Cour a été instituée comme gardien du droit international. L'essence même de tout tribunal, national ou international, est que le juge peut seulement reconnaître les règles juridiques qui sont valables à ses yeux. Rien ne nous permet de croire que l'on ait voulu écarter cette idée juridique lorsqu'on a établi notre Cour, et qu'on ait voulu l'obliger à fonder son jugement sur les idées — qui peuvent être très erronées — des parties quant au droit à appliquer en un cas concret. La prescription de l'article 38 du Statut — qui indique en premier lieu comme source du droit pour les décisions de la Cour « les conventions internationales, soit générales soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige » — ne peut pas vouloir dire que le juge doit appliquer des conventions dont il sait qu'elles ne sont pas valables. Jamais,

for some of their number only to amend the Congo Act, seeing that any modifications thus introduced would have been a danger to their vested rights in that vast region. Accordingly, in my view, the nullity contemplated by the Congo Act is an absolute nullity, that is to say, a nullity *ex tunc*, which the signatory States may invoke at any moment, and the convention concluded in violation of the prohibition is automatically null and void. The fact that, up to the present time, those signatories of the Berlin Act who did not participate in the Convention of Saint-Germain have not impugned the latter instrument, cannot, therefore, in any way remedy the absolute illegality of its conclusion. It remains null and void, because it transgresses the bounds which the authors of the Berlin Act established for themselves when they subscribed to that Act.

I think that the case in which a convention has to be regarded as automatically null and void is not an entirely isolated case in international law. The Covenant of the League of Nations, as a whole, and more particularly its Article 20, in which the Members undertake not to enter into obligations or understandings *inter se* inconsistent with its provisions, would possess little value unless treaties concluded in violation of that undertaking were to be regarded as absolutely null and void, that is to say, as being automatically void. And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even to-day, to create a *jus cogens*, the effect of which would be that, once States have agreed on certain rules of law, and have also given an undertaking that these rules may not be altered by some only of their number, any act adopted in contravention of that undertaking would be automatically void. If that is the situation, and if the Convention of Saint-Germain is not merely an act which the signatory States of the Congo Act are entitled to impugn, but one which is, in itself, invalid, then, as M. van Eysinga has already pointed out, the Court ought not to apply the Convention. Our Court has been set up by the Covenant as the custodian of international law. It is an essential principle of any court, whether national or international, that the judges may only recognize legal rules which they hold to be valid. There is nothing to show that it was intended to disregard that legal principle when this Court was instituted, or that it was to be obliged to found its decisions on the ideas of the parties—which may be entirely wrong—as to the law to be applied in a given case. The terms of Article 38 of the Statute—which indicates, in the first place, as the source of law for the Court's decisions "international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States"—cannot be intended to mean that

par exemple, la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs. Mais, à mon avis, le juge se trouve dans la même situation si, par suite d'un vice à son origine, une convention invoquée par les parties est, en réalité, nulle et sans effet. C'est l'idée de l'ordre public international qui, à mon avis, doit déterminer l'attitude du juge dans un cas semblable, même quand la compétence de la Cour est fondée sur un compromis.

(Signé) W. SCHÜCKING.

the Court is bound to apply conventions which it knows to be invalid. The Court would never, for instance, apply a convention the terms of which were contrary to public morality. But, in my view, a tribunal finds itself in the same position if a convention adduced by the parties is in reality null and void, owing to a flaw in its origin. The attitude of the tribunal should, in my opinion, be governed in such a case by considerations of international public policy, even when jurisdiction is conferred on the Court by virtue of a Special Agreement.

(Signed) W. SCHÜCKING.