

Conférence des Nations Unies sur le droit des traités

Vienne, Autriche
Première session
26 mars-24 mai 1968

Document:-
A/CONF.39/C.1/SR.52

52eme séance de la Commission plénière

Extrait des Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session (Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière)

CINQUANTE-DEUXIÈME SÉANCE

Samedi 4 mai 1968, à 10 h 30

Président : M. ELIAS (Nigeria)

Examen de la question du droit des traités conformément à la résolution 2166 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 1966 (suite)

ARTICLE 50 (Traité en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*))

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 50 du projet de la Commission du droit international¹.

2. M. JAGOTA (Inde) explique que le but de l'amendement de l'Inde (A/CONF.39/C.1/L.254) était d'incorporer la substance de l'article 61 dans l'article 50 sous forme d'un nouveau paragraphe 2. Cela obligerait à modifier en conséquence les articles 67 et 41 mais, de cette façon, toutes les dispositions relatives au *jus cogens* se trouveraient groupées. Etant donné, toutefois, que la Commission a eu de bonnes raisons de disposer les articles dans l'ordre où elle l'a fait, le représentant de l'Inde retirera maintenant son amendement, ainsi que les autres amendements en découlant (A/CONF.39/C.1/L.255, L.256, L.253), en espérant, toutefois, que la suggestion de sa délégation sera prise en considération par le Comité de rédaction.

3. M. KHLESTOV (Union des Républiques socialistes soviétiques) déclare que les normes de *jus cogens* sont celles auxquelles il n'est pas permis de déroger et qui ne peuvent être modifiées que par une norme ultérieure du droit international qui présente le même caractère. Les traités qui vont à l'encontre de telles normes sont illicites et doivent être considérés comme nuls *ab initio*. C'est un principe qui a été reconnu par la Commission du droit international, ainsi que par de nombreux juristes éminents, comme ceux qui ont participé à la Conférence sur le droit international, tenue en Grèce en avril 1966. Les avis peuvent cependant différer quant à la nature de ces normes, encore que chacun soit prêt à admettre qu'elles comprennent des principes tels que la non-agression et la non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats, l'égalité souveraine, l'autodétermination nationale, ainsi que les autres principes fondamentaux du droit international contemporain et des Articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies.

4. Le but de l'amendement présenté conjointement par la Roumanie et par l'Union soviétique (A/CONF.39/C.1/L.258/Corr.1) est de préciser le libellé de l'article 50 qui doit certainement être maintenu, car il est l'un des plus importants de tout le projet.

¹ La Commission était saisie des amendements suivants: Inde, A/CONF.39/C.1/L.254; Roumanie et Union des Républiques socialistes soviétiques, A/CONF.39/C.1/L.258/Corr.1; Mexique, A/CONF.39/C.1/L.266; Finlande, A/CONF.39/C.1/L.293; Etats-Unis d'Amérique, A/CONF.39/C.1/L.302; Finlande, Grèce et Espagne, A/CONF.39/C.1/L.306 et Add.1 et 2; Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, A/CONF.39/C.1/L.312.

5. M. SUÁREZ (Mexique), en présentant l'amendement de sa délégation (A/CONF.39/C.1/L.266), précise que celui-ci porte davantage sur la forme que sur le fond; et que la délégation mexicaine appuiera l'article 50 du projet de la Commission du droit international

6. Il n'est pas facile de formuler avec toute la précision nécessaire une règle en matière de *jus cogens*. Dans sa teneur actuelle, le texte de l'article pose une pétition de principe, en disant que les Etats ne peuvent pas conclure valablement un traité en violation d'une norme « à laquelle aucune dérogation n'est permise », en d'autres termes, une norme que les parties ne peuvent pas modifier par traité. Cette remarque ne doit pas être interprétée comme une critique de la Commission du droit international, car il n'était peut-être pas possible d'arriver à une rédaction meilleure. Bien qu'aucun critère n'ait été formulé dans l'article 50 pour permettre de déterminer les normes de fond possédant le caractère de *jus cogens*, la question étant laissée à la pratique des Etats et à la jurisprudence des tribunaux internationaux, le caractère même de ces normes ne saurait faire aucun doute.

7. En droit interne, il n'est pas permis aux individus de déroger par contrat aux dispositions légales considérées comme d'ordre public. En droit international, les auteurs les plus anciens, y compris les grands précurseurs espagnols et Grotius, étaient profondément imbus des principes du droit naturel alors prédominant. Ils ont postulé, pour cette raison, l'existence de principes dérivant de la raison, principes dont la validité est absolue et permanente et auxquels les conventions humaines ne peuvent déroger. Sans prétendre établir une définition stricte pouvant figurer dans un traité, le représentant du Mexique est d'avis que les règles de *jus cogens* sont celles qui dérivent des principes que la conscience juridique de l'humanité considère comme absolument indispensables à la coexistence au sein de la communauté internationale, à un stade déterminé de son évolution historique.

8. Il y a eu toujours des principes de *jus cogens*. Bien qu'ils aient été peu nombreux à une époque où les obligations entre Etats étaient également rares, leur nombre a augmenté depuis lors et continuera à s'accroître avec l'extension des relations humaines, économiques, sociales et politiques. Les normes de *jus cogens* varient dans leur contenu et de nouvelles normes sont appelées à apparaître dans l'avenir, comme cela est prévu à l'article 61. D'autres normes peuvent, le moment venu, perdre le caractère de *jus cogens*, comme ce fut le cas, en Europe, pour la doctrine de l'unité religieuse ou pour le droit du système féodal.

9. Etant donné le caractère variable des règles de *jus cogens*, il est essentiel de souligner que les dispositions des articles 50 et 61 n'ont pas d'effet rétroactif. L'apparition d'une nouvelle règle de *jus cogens* empêchera dans l'avenir la conclusion d'un traité qui l'enfreint; les effets que des traités antérieurs auront déjà produits ne seront toutefois pas affectés, conformément au principe général de non-retroactivité reconnu à l'article 24, que la Commission a déjà approuvé. Dans ce contexte, les dispositions de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 67 s'appliquent également.

10. Le but de l'amendement du Mexique (A/CONF.39/C.1/L.266) est simplement d'introduire dans l'article 50 une disposition expresse consacrant la règle de la non-

rétroactivité, qui a déjà été reconnue par la Commission du droit international. Le représentant du Mexique n'insiste pas pour que cet amendement fasse l'objet d'un vote et demande simplement qu'il soit renvoyé au Comité de rédaction.

11. M. CASTRÉN (Finlande) dit que l'article 50 énonce un principe important, qui mérite d'être inséré dans le projet de convention. La Commission du droit international en a choisi les termes avec beaucoup de soin et a eu raison de se garder d'énumérer les différentes règles de droit international qui peuvent être qualifiées de *jus cogens*.

12. S'il est possible de rendre l'article encore plus précis, la délégation finlandaise sera la première à accepter ces améliorations. Ainsi, il serait indiqué de souligner, à l'article 50, qu'il s'agit, dans le cas du *jus cogens*, de normes fondamentales, qui sont universellement reconnues par la communauté internationale. Toutefois, il est encore beaucoup plus important d'instituer une procédure permettant de trancher objectivement les différends portant sur la conformité des dispositions d'un traité avec le *jus cogens*. La suggestion du représentant de la Belgique, visant à renvoyer ce genre de problème à une commission d'enquête, mérite d'être examinée de près. On pourrait aussi envisager une procédure d'arbitrage ou juridictionnelle.

13. L'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.293) tend à étendre l'application du principe de la divisibilité des dispositions du traité aux cas réglés par l'article 50, pour des raisons de flexibilité. Ainsi, si un traité important, relatif par exemple aux droits de l'homme ou au traitement des prisonniers de guerre, ne contenait que quelques dispositions en conflit avec le *jus cogens* pouvant être séparées du reste du traité, il vaudrait mieux pouvoir considérer comme nulles ces seules dispositions, au lieu de déclarer nul l'ensemble du traité, comme le prévoient les dispositions actuelles de l'article 50.

14. M. Castrén admet que le principe de l'intégrité d'un traité devrait l'emporter dans les cas prévus aux articles 48 et 49; mais la situation visée à l'article 50 est différente. Un traité conclu sous l'empire de la contrainte tombera sous le coup des dispositions des articles 48 et 49 et deviendra nul de nullité absolue; mais M. Castrén estime que le principe de la divisibilité devrait s'appliquer dans le cas de l'article 50, en dépit des critiques qu'a soulevées la proposition de sa délégation concernant l'article 41. On part, à l'article 50, de l'hypothèse que les cosignataires ont conclu librement le traité, mais qu'ils ont violé certaines normes impératives du *jus cogens*, qui lèsent les intérêts de la communauté internationale, d'un Etat tiers ou de particuliers.

15. M. SWEENEY (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'un Etat ne peut prétendre se dégager des obligations découlant d'un traité en introduisant subitement et unilatéralement un principe de *jus cogens* dans ses règles de droit international, ni faire valoir contre d'autres Etats ses vues personnelles sur la supériorité morale du *jus cogens*.

16. L'amendement des Etats-Unis d'Amérique (A/CONF.39/C.1/L.302) est favorable au principe du *jus cogens* et à son insertion dans la convention. Il ne cherche pas à modifier la conception du *jus cogens* adoptée par la

Commission du droit international et respecte la proposition fondamentale selon laquelle le *jus cogens* comprend des règles auxquelles aucune dérogation n'est permise; il ne tend pas à aller au-delà du texte de la Commission. La Commission du droit international a donné, dans son commentaire, des exemples d'atteintes au *jus cogens*, tels que les traités qui envisagent ou tolèrent les guerres d'agression, le génocide, la piraterie, ou la traite des esclaves, mais elle s'est prononcée contre l'insertion de tout exemple de cette nature dans l'article; la délégation des Etats-Unis d'Amérique se soumet à cette décision.

17. L'amendement de ce pays cherche à rendre le texte plus explicite, en indiquant que les différents Etats et groupes d'Etats doivent avoir voix au chapitre dans la formulation du *jus cogens* et qu'en définissant ce qu'est le *jus cogens* il faut tenir compte de la volonté exprimée dans les systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde. Une règle de droit international n'est impérative que si elle a un caractère universel et est approuvée par la communauté internationale tout entière. Ne pas préciser ce point dans le texte de la Commission du droit international, c'est ouvrir la porte à des abus.

18. M. EVRIGENNIS (Grèce) fait observer que l'article 50 énonce un principe qui est de l'essence de l'ordre juridique et qui marque les limites que la volonté contractuelle ne peut pas transgresser. L'existence d'un *jus cogens* correspondant à un stade donné de l'évolution du droit international est universellement admise, mais certains doutes se manifestent quant à son contenu, qu'il est possible de déterminer, soit par la méthode casuistique, soit par celle d'une définition générale et abstraite. La première méthode est difficilement praticable, car elle obligerait à passer au crible un ensemble de règles logiquement infini et, qui plus est, de nature coutumière. Il n'en reste pas moins que certaines règles du droit international positif sont universellement reconnues comme relevant du *jus cogens*, telles que celles qui concernent l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, et le commentaire de la Commission du droit international s'y réfère à titre indicatif. Cependant, il serait inopportun d'en établir un inventaire, qui condamnerait le *jus cogens* à la sclérose.

19. La Commission du droit international a suivi l'autre méthode, celle d'une définition générale et abstraite. Le concept qu'elle a reconnu à l'article 50 contient trois éléments: il doit s'agir d'une règle du droit international général, d'une règle à laquelle on ne puisse pas déroger et, enfin, d'une règle qui ne puisse être modifiée que par une nouvelle règle ayant le même caractère. M. Evrigennis estime que ce troisième élément renferme un cercle vicieux, car le fait qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une règle « ayant le même caractère » ne saurait constituer une des conditions de son « caractère ». Par contre, les deux autres éléments de la définition paraissent exprimer l'essence de la notion envisagée. En particulier, l'exclusion de toute dérogation à la règle est le critère essentiel, sinon exclusif, de la notion du *jus cogens* en droit interne. Le *jus cogens* national l'emporte sur la volonté contractuelle des individus, tandis que le *jus cogens* international circonscrit les limites de la volonté contractuelle des Etats. Vue sous cet angle, la question n'est qu'un aspect du problème de la hiérarchie des règles du droit international. Une règle de *jus cogens*, au sens de

l'article 50, l'emporte, en principe, sur un traité. Cependant, il y a une exception: le traité l'emportera s'il s'agit d'un traité multilatéral général. Le trait essentiel du *jus cogens* international réside donc dans la généralité de son acceptation par la communauté des Etats. Le droit international impératif s'exprime dans des règles auxquelles un consentement général interdit de déroger. Bien que ce trait apparaisse dans la formule de l'article 50, il serait nécessaire de le souligner davantage.

20. L'amendement présenté conjointement par la Finlande, la Grèce et l'Espagne (A/CONF.39/C.1/L.306 et Add.1 et 2) aurait précisément cet effet. Une fois adopté, l'article 50 sera la pierre de touche de la validité des traités. Il faut donc que les règles auxquelles il se réfère soient acceptées par la conscience juridique de la communauté des Etats comme constituant un ordre public international; elles devraient en outre être mises en œuvre grâce à des procédures que l'on établirait dans le cadre de l'article 62 du projet.

21. M. YASSEEN (Irak) déclare que le contenu de l'article 50 est un élément essentiel de toute convention sur le droit des traités. Cet article exprime une réalité, en constatant les conséquences de l'existence du *jus cogens* dans le domaine du droit des traités. L'existence de ces règles est incontestable. Aucun juriste ne contestera qu'un traité qui viole des règles telles que l'interdiction de la traite des esclaves soit nul et non avenue. Cependant, l'article 50 ne cherche pas à résoudre dans son ensemble le vaste problème des règles du *jus cogens*; il a uniquement pour objet d'indiquer les effets de ces règles sur les traités.

22. L'un de ces effets est de limiter le champ de l'autonomie contractuelle des Etats; cette limitation présente une certaine analogie avec celle que le droit interne impose à la liberté de contracter des personnes privées, dans l'intérêt de l'ordre public. Toutefois, l'effet le plus important, c'est que l'existence de règles du *jus cogens* crée une hiérarchie des règles juridiques internationales. On peut dire que certaines règles du droit international sont plus obligatoires que d'autres, ou plus impératives que d'autres, de sorte qu'une règle peu importante ne saurait déroger à une règle qui l'est davantage.

23. Le traité est la méthode conventionnelle de création de règles juridiques internationales; mais les Etats ne peuvent pas l'employer pour aller à l'encontre de règles importantes, indispensables à la vie de la communauté internationale et profondément ancrées dans la conscience de l'humanité. Un traité qui viole une « norme impérative » de ce genre est, à juste titre, déclaré nul par l'article 50. La pratique des Etats permet d'identifier ces normes impératives. Toutefois, les règles auxquelles aucune dérogation n'est possible ne relèvent pas toutes du *jus cogens*. Lorsqu'un certain nombre d'Etats conviennent, dans un traité, que les parties ne pourront pas conclure de conventions contraires à certaines clauses du traité, la violation de cette interdiction dans un traité ultérieur ne rend pas celui-ci nul; elle met simplement en jeu la responsabilité de l'Etat qui a commis une telle violation.

24. Au cours du débat sur les articles précédents, on a exprimé la crainte que la communauté internationale n'ait pas les institutions nécessaires pour régler d'une manière rapide et claire les différends auxquels pourraient donner lieu les dispositions de ces articles. On fait maintenant

la même objection à propos de l'article 50. Il est vrai que la communauté internationale n'est pas aussi évoluée que l'ordre juridique interne, surtout en ce qui concerne les institutions; elle n'a pas de juridiction de droit commun pour régler tous les différends entre Etats — alors que, théoriquement, ce serait une institution admirable — ni d'arbitrage obligatoire; l'opinion générale ne leur est pas favorable. L'ordre juridique international a néanmoins fonctionné jusqu'ici, avec les moyens dont il dispose pour le règlement pacifique des différends et parmi lesquels figure, évidemment, la faculté d'avoir recours à la Cour internationale de Justice et à l'arbitrage.

25. Il serait donc dangereux de faire dépendre l'évolution normative de l'ordre juridique international de son évolution institutionnelle. Si l'on invoquait l'absence de mécanisme institutionnel pour s'abstenir de formuler des règles de fond qui font déjà partie du droit international contemporain, on entraverait l'évolution de l'ordre juridique international dans sa généralité.

26. M. Yasseen ne propose pas que la présente Conférence s'abstienne d'examiner les problèmes institutionnels relatifs au règlement des différends. La délégation irakienne est prête à participer pleinement à la recherche de solutions appropriées pour des problèmes tels que ceux auxquels a trait l'article 62, mais il ne faut pas que cette recherche entrave la formulation des règles de fond. Le développement du droit positif a souvent ouvert la voie au développement institutionnel.

27. Pour les raisons qui précèdent, la délégation irakienne se déclare en faveur du maintien de l'article 50; les amendements de caractère rédactionnel devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

28. M. MWENDWA (Kenya) dit que, en insérant dans le projet une disposition relative au *jus cogens*, la Commission du droit international a reconnu, du même coup, un fait indéniable et apporté une contribution positive à la codification et au développement progressif du droit international.

29. Le fait que, dans le droit interne de la plupart des Etats, sinon de tous, les contrats conclus à certaines fins soient nuls justifie suffisamment la présence de l'article 50. En outre, le terme « impossibilité d'exécution », qui était utilisé jusqu'ici dans le droit des traités, laissait une lacune, que la notion de *jus cogens* permettra de combler. Le droit des traités était clair sur la question de l'impossibilité objective, comme le cas de l'extradition d'une personne décédée, ainsi que de l'impossibilité pratique, comme les cas de force majeure, mais non sur celle de l'impossibilité juridique. L'introduction d'une disposition expresse sur le *jus cogens* dans la convention sur le droit des traités précisera ce domaine du droit international. A une époque où la communauté internationale voit se développer un sentiment de coopération et de compréhension mutuelle et une interdépendance de plus en plus étroite, la seule volonté des Etats contractants ne peut être l'unique critère permettant de déterminer les engagements que ceux-ci peuvent contracter de façon licite.

30. L'article 50 remédiera aux faiblesses du droit international classique qui reposait, dans une large mesure, sur la notion de souveraineté pure et simple. Le concept de *jus cogens* contribuera à stabiliser les normes fonda-

mentales du droit international existant et à préserver la sécurité juridique de la communauté internationale. La délégation du Kenya appuie donc énergiquement l'article 50, sous la forme directe, simple et concise que lui a donnée la Commission du droit international.

31. S'il n'est ni possible ni souhaitable d'énumérer les règles de *jus cogens*, l'existence de certaines d'entre elles est universellement reconnue. Nul ne contestera qu'un traité prévoyant l'emploi de la force contrairement à la Charte soit nul. Dans l'avis consultatif qu'elle a donné dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*, la Cour internationale de Justice s'est référée à des principes qui sont reconnus par toutes les nations « comme obligeant les Etats en dehors de tout lien conventionnel »². En outre l'opinion dissidente donnée par M. Tanaka dans la deuxième phrase de l'affaire du *Sud-Ouest africain* contient l'avis qu'on peut considérer le droit « relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *jus cogens* »³. En s'abstenant, judicieusement, de citer des exemples dans le texte de l'article 50, la Commission du droit international a pris une décision qui favorisera le libre développement du droit par la pratique des Etats et son interprétation par les organes internationaux compétents.

32. Certains ont exprimé la crainte que la règle de l'article 50 n'encourage les Etats à chercher à éluder leurs obligations conventionnelles et que cette règle, qui se prête à une appréciation subjective, ne compromette la stabilité des traités. Cependant, les avantages que la communauté internationale retirera de l'existence de cette règle justifient que l'on coure de tels risques.

33. M. Mwendwa estime, comme le représentant de l'Irak, qu'il ne faut pas mélanger cette question avec celle du mécanisme de règlement des différends. En droit interne, l'examen de questions de procédure de ce genre n'est pas une condition préalable à l'adoption de lois portant sur des questions de fond.

34. M. ÁLVAREZ TABIO (Cuba) estime que l'article 50 représente une importante contribution au développement progressif du droit international et la délégation cubaine l'appuie avec vigueur. Bien qu'il soit difficile d'identifier les règles du *jus cogens*, personne ne peut, aujourd'hui, contester le caractère impératif de certaines normes, qui a pour effet d'écarter l'application de toutes les autres règles qui entrent en conflit avec elles. Ce résultat est obtenu même lorsque la règle subordonnée est formulée dans un traité, car il n'est pas permis de conclure des conventions contraires à une norme impérative du droit international général. Certes, il n'est pas facile de se mettre d'accord sur une liste des règles du *jus cogens*, mais il est incontestable que, parmi celles-ci, figurent les buts et principes des Nations Unies, énoncés dans les Articles 1 et 2 de la Charte et dans son préambule; il en est ainsi non seulement à cause du contenu de ces dispositions, mais aussi par l'effet de l'Article 103, qui stipule que les obligations des Etats Membres en vertu de la Charte prévalent sur « leurs obligations en vertu de tout autre accord international ».

² Cour internationale de Justice, *Recueil des arrêts*, 1951, p. 23.

³ *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *Recueil des arrêts de la Cour internationale de Justice*, 1966, p. 298.

35. On a invoqué les difficultés d'application pour soutenir que la formulation de la règle de l'article 50 devait être subordonnée à l'établissement préalable de garanties destinées à empêcher les abus. Cet argument est sans valeur, car toute règle du fond du droit peut donner lieu à des abus.

36. La différence essentielle qui existe entre les règles du *jus cogens* et les autres règles du droit international ne réside pas dans leur origine, mais dans leur contenu et leurs effets. Il est vrai que maintes règles du *jus cogens* ont leur origine dans la Charte des Nations Unies ou dans d'autres traités multilatéraux généraux, mais certaines d'entre elles se fondent encore sur le droit international coutumier. Le texte de l'article 50 tient compte du caractère dynamique des règles du *jus cogens* en ne dressant pas la liste de ces règles.

37. La délégation cubaine ne peut pas accepter l'amendement du Mexique (A/CONF.39/C.1/L.266). Un traité qui est en conflit avec une règle existante du *jus cogens* est nul *ab initio*; il n'est pas nécessaire de développer ce point davantage. Si, toutefois, cet amendement a pour objet de ne pas faire jouer la nullité *ex tunc*, il doit être catégoriquement rejeté. Une décision qui établit qu'un traité est nul parce qu'il est en conflit avec une règle du *jus cogens* a un caractère purement déclaratoire; le traité nul l'est dès l'origine et la décision se borne à constater ce fait. La délégation cubaine ne peut pas non plus admettre que l'article 50 ne doive porter aucune atteinte aux traités déjà conclus avant l'entrée en vigueur de ses dispositions. Il n'y a pas atteinte au principe de non-rétroactivité lorsqu'une règle juridique est appliquée à des questions ou des affaires actuelles, même si elles ont pris naissance antérieurement.

38. La délégation cubaine est également opposée à l'amendement des Etats-Unis (A/CONF.39/C.1/L.302), qui subordonnerait les règles du *jus cogens* du droit international aux « systèmes juridiques nationaux et régionaux ». Cette conception permettrait à un Etat d'écarter n'importe quelle règle de *jus cogens* en invoquant ses règles de droit interne.

39. La délégation cubaine est encore opposée à l'amendement de la Grèce (A/CONF.39/C.1/L.306 et Add.1), qui introduirait de nouveaux éléments susceptibles de conduire à des complications, et à l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.293), qui aboutirait implicitement à supprimer le paragraphe 5 de l'article 41, sur lequel la Commission plénière ne s'est pas encore prononcée. En tout cas, la Commission du droit international a été bien avisée d'écarter le principe de la divisibilité dans le cas d'un traité qui viole une règle de *jus cogens*.

40. L'amendement de l'Inde (A/CONF.39/C.1/L.254) améliorerait le texte, en plaçant les dispositions de l'article 61 dans le contexte qui leur convient, mais, au stade actuel du débat, il risquerait d'entraîner des difficultés.

41. Les améliorations de forme proposées dans l'amendement de la Roumanie et de l'URSS (A/CONF.39/C.1/L.258) sont utiles et devraient être renvoyées au Comité de rédaction.

42. M. FATTAL (Liban) fait observer que, pour la première fois dans l'histoire, la presque totalité des

juristes et presque tous les Etats du monde sont d'accord pour reconnaître l'existence d'un certain nombre de normes fondamentales de droit international, auxquelles il n'est pas permis de déroger et sur lesquelles repose l'organisation de la société internationale. Les normes du *jus cogens* ont une longue histoire, mais elles ne se sont cristallisées qu'après la seconde guerre mondiale. En dépit des affrontements idéologiques, une philosophie commune des valeurs est en train de s'affirmer et cette tendance a été grandement accélérée par l'essor des organisations internationales.

43. Le *jus cogens* est un ensemble de normes générales impératives qui n'admettent pas de dérogation. Les normes généralement considérées comme faisant partie du *jus cogens* se divisent en deux groupes: le premier, d'inspiration morale, comprend les règles les plus importantes du droit humanitaire, telles que celles qui interdisent l'esclavage et le génocide ou régissent le traitement des prisonniers, des blessés et de la population civile en cas de conflit armé; le deuxième groupe comprend les règles les plus importantes du droit constitutionnel international, en particulier celles qui sont énumérées à l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. A la différence de certaines autres délégations, la délégation libanaise exclut de cette catégorie le principe de la bonne foi, qui ne répond pas à la définition de l'article 50, car il ne saurait être modifié par une nouvelle règle impérative du droit international général.

44. Il est curieux que ni la Commission du droit international, ni les auteurs en général, ne soient parvenus à trouver un terme moderne équivalant à l'expression *jus cogens*. Cela seul fait apparaître l'imprécision des normes que cette expression recouvre. La Commission du droit international a choisi des termes obscurs pour désigner une notion obscure. La reconnaissance de l'existence d'un *jus cogens* constitue le premier pas vers l'établissement d'un embryon d'ordre public universel. M. Fattal n'a pas été convaincu par les arguments qu'on a fait valoir contre l'utilisation de cette expression d'« ordre public international », qu'il préfère, pour sa part, à celle de *jus cogens*.

45. Plusieurs délégations estiment que le *jus cogens* constitue un danger en l'absence d'un tribunal compétent pour trancher les conflits que ce droit peut susciter. On a affirmé qu'un article tel que l'article 50 fournirait aux Etats un prétexte pour se débarrasser unilatéralement de leurs obligations, en alléguant quelque violation d'une norme de *jus cogens*. Cette argumentation n'est pas nouvelle; toute norme du droit international peut, en effet, fournir un prétexte analogue. La Commission du droit international n'a pas réussi à éviter cette difficulté. L'article 62, qu'elle propose, est le plus décevant du projet. La référence, qu'il contient, à l'Article 33 de la Charte, n'est pas rassurante. Le problème ne pourra pas être résolu aussi longtemps que certains Etats continueront à rejeter les procédures obligatoires de règlement des conflits.

46. On peut se demander si la Conférence ne fait pas fausse route. Elle déploie des efforts considérables pour développer les principes du droit international, tout en faisant des efforts non moins considérables pour empêcher la formation du droit positif. Sans la fonction juridictionnelle, la technique juridique demeurera dangereuse-

ment inachevée. A quoi bon mettre un frein à l'autonomie de la volonté contractuelle de l'Etat, si nous lui laissons toute liberté de décider unilatéralement et subjectivement de la régularité ou de l'irrégularité de ses actes juridiques? C'est faire preuve, soit de myopie, soit de démagogie juridique.

47. L'article 62 devrait prévoir une procédure organique pour le règlement des conflits suscités par la partie V du projet. La politique juridique consiste, comme tout autre politique, à choisir le moindre mal. La délégation libanaise votera donc pour l'article 50 dans sa forme actuelle, à moins qu'on ne trouve une définition plus satisfaisante du *jus cogens*. En revanche, elle insiste pour que l'article 62 soit modifié et pour que le vote sur l'article 50 soit lié au vote sur l'article 62, lequel constitue la clef de voûte de tout l'édifice.

48. M. OGUNDERE (Nigeria) dit que l'idée de normes minimales auxquelles les parties ne peuvent déroger *inter se* tire son origine de la théorie du droit naturel, ultérieurement appelé dans les Digestes *jus publicum*, par opposition au *jus dispositivum*, auquel les parties peuvent déroger par voie d'accord *inter se*. Le *jus publicum* a sa racine dans le droit interne et, sous sa forme plus récente, il correspond aux dispositions d'« ordre public ». La notion de *jus ad bellum*, qui était généralement reconnue avant la première guerre mondiale, en matière de relations internationales, a forcément limité le développement de la notion de *jus cogens* en droit international, à une époque où la moralité internationale était une notion inconnue. Cependant, le Pacte de la Société des Nations a donné le signal d'un changement de direction. Dans l'entre-deux-guerres, les juristes ont reconnu que l'ordre juridique international, comme n'importe quel ordre juridique interne, devait contenir des règles de *jus cogens*, si l'on voulait instituer un ordre mondial stable. La moralité internationale a fini par être acceptée comme un élément essentiel du droit international et d'éminents juristes ont affirmé le principe de l'existence d'un *jus cogens*, fondé sur la reconnaissance universelle d'un ordre public international durable, procédant du principe d'une norme impérative de droit international général. Plus tard, le Pacte général de renonciation à la guerre, de 1928, mieux connu sous le nom de Pacte Briand-Kellogg, et la Charte des Nations Unies ont établi sans équivoque que les règles relevant du *jus cogens* font partie du droit international.

49. La délégation nigérienne estime que le *jus cogens* est une notion juridique évolutive et non révolutionnaire, et approuve donc les observations de la Commission du droit international, contenues au paragraphe 4 du commentaire de l'article 50. La formulation de la règle qu'a donnée la Commission du droit international est la meilleure qui soit car, comme l'a dit sir Gerald Fitzmaurice dans son commentaire sur l'article 17 du projet de 1958, « les règles du *jus cogens* ... mettent en jeu non seulement des normes juridiques, mais aussi des considérations touchant aux bonnes mœurs et à l'ordre public international »⁴. Certains Etats se sont déclarés inquiets de voir que l'article 50 reconnaissait le *jus cogens*; mais la Commission du droit international a prévu un remède

⁴ *Annuaire de la Commission du droit international, 1958, vol. II, p. 42.*

en fixant, à l'article 62, la procédure qui permet d'obtenir l'annulation d'un traité, pour le motif qu'il serait contraire aux règles du *jus cogens* ou pour d'autres motifs.

50. La délégation nigérienne devra voter contre l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.293); d'autre part, elle préfère le texte de la Commission du droit international à l'amendement du Mexique (A/CONF.39/C.1/L.266). En ce qui concerne ce dernier, le commentaire de la Commission dit clairement, au paragraphe 6, que cette disposition ne produit pas d'effets rétroactifs. L'amendement de la Roumanie et de l'URSS (A/CONF.39/C.1/L.258) semble être d'ordre purement rédactionnel et pourrait donc être renvoyé au Comité de rédaction. L'amendement des Etats-Unis (A/CONF.39/C.1/L.302), en liant le *jus cogens* en droit international avec les systèmes juridiques nationaux et régionaux, soulève une autre difficulté; la délégation du Nigeria ne peut donc l'approuver. Quant à l'amendement de la Grèce (A/CONF.39/C.1/L.306), il porte essentiellement sur une question de forme et devrait être renvoyé au Comité de rédaction; si toutefois il est mis aux voix, la délégation nigérienne votera contre, car elle préfère le texte de la Commission du droit international.

51. M. MEGUID (République arabe unie) dit qu'on ne saurait nier l'importance des règles de *jus cogens* en droit international. Comme l'ont constaté les orateurs précédents, ces règles impératives existent et elles doivent être respectées.

52. Le texte de la Commission du droit international est clair, bien conçu et bien équilibré, mais il pourrait néanmoins être amélioré. Les amendements présentés conjointement par la délégation de l'URSS et de la Roumanie (A/CONF.39/C.1/L.258/Corr.1), ainsi que par la Grèce et la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.306 et Add.1), ont un caractère rédactionnel. L'amendement de l'Inde (A/CONF.39/C.1/L.254) ne pose pas de problème et peut être également considéré comme de caractère rédactionnel. Quant aux amendements du Mexique, de la Finlande et des Etats-Unis d'Amérique (A/CONF.39/C.1/L.266, L.293 et L.302), ils soulèvent des questions de fond, mais maintiennent le principe de l'article. La délégation de la République arabe unie appuiera le texte de la Commission du droit international; les amendements rédactionnels devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

53. M. BARROS (Chili) dit que le *jus cogens*, tout en étant une règle dont personne ne conteste l'importance, constitue, par ailleurs, une notion assez récente, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence internationales. D'ailleurs, l'un des membres de la Commission du droit international a admis que c'était au sein de la Commission elle-même qu'il avait appris l'existence de cette expression, et cela seulement en 1962. Il est néanmoins certain que l'on a admis depuis fort longtemps, sans la préciser exactement, l'idée qu'il existe un ensemble de normes imposant aux Etats des obligations qui priment les obligations conventionnelles. Les avis diffèrent selon les écoles de pensée quant à l'origine de ces normes; certains soutiennent qu'elles procèdent du droit naturel, tandis que d'autres estiment qu'elles émanent de la volonté des Etats, telle qu'elle s'exprime dans des traités ou dans la coutume.

54. Le contenu du *jus cogens* n'a pas été défini et n'est pas aisément définissable. La délégation chilienne partage l'opinion exprimée en 1963, au sein de la Commission du droit international, par M. Yasseen, qui a dit que les normes impératives existaient effectivement, mais qu'il était difficile de les reconnaître et de les mettre en œuvre⁵. Cette remarque fait apparaître les difficultés inhérentes aux normes du *jus cogens*.

55. La question des effets du *jus cogens* est une autre source de difficultés. Dans l'article 50 de son projet, la Commission du droit international a déclaré qu'un traité est nul s'il se trouve en conflit avec une norme impérative du droit international à laquelle aucune dérogation n'est permise. Cela soulève immédiatement des difficultés d'interprétation. Certaines affaires récentes montrent que ce principe peut être invoqué, et il l'a été assez récemment, avec quelques variations, pour des motifs idéologiques ou même, simplement, pour des raisons de politique extérieure. Il y a un peu moins de trente ans, le monde a eu à souffrir de ce qui a commencé par être une invocation du *jus cogens*, pour apparaître ensuite comme un recours à la force, dans l'intérêt d'une politique personnelle. Sir Hersch Lauterpacht a déjà élevé une mise en garde en disant que la possibilité d'invoquer la nullité des traités immoraux équivalait à une invitation permanente à se libérer unilatéralement des obligations gênantes. Il semble, il est vrai, que Lauterpacht ait modifié ses vues concernant le *jus cogens* à la suite des horreurs de la seconde guerre mondiale; il est cependant incontestable qu'il a maintenu l'opinion selon laquelle les problèmes découlant de l'incompatibilité des termes d'un traité avec les principes du droit international doivent être soumis à un tribunal international.

56. Plus récemment, Schwarzenberger a signalé les dangers du *jus cogens* et de la formulation de l'article 50. Dans une étude bien connue,⁶ il dit que ce qui semble aller dans le sens du progrès peut être mis facilement au service d'intérêts dissimulés au premier abord et qui concernent des groupes particuliers. Il a poursuivi par une mise en garde: l'action « populaire » de l'article 50 va permettre à tout Etat d'invoquer la nullité d'un traité et fournira à des tierces parties des occasions magnifiques d'exprimer leurs indignation morale sur des sujets qui, autrement, ne les auraient pas regardées.

57. Les inquiétudes qu'inspire la portée du *jus cogens* ne se sont pas manifestées seulement dans la doctrine. Au sein de la Commission du droit international elle-même, en 1963, il y a eu un intéressant débat sur la question de l'inclusion du *jus cogens* dans le projet de convention sur le droit des traités. M. Tounkine a dit qu'il fallait mentionner les « traités inégaux » dans le texte de l'article, même si cette éventualité se trouvait déjà prévue en termes généraux, « puisque les traités inégaux sont contraires aux règles du droit international relevant du *jus cogens* »⁷. M. Jiménez de Aréchaga était de l'avis contraire et il a

⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, p. 68.

⁶ « International *jus cogens* », *Texas Law Review*, mars 1965, p. 477.

⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, p. 76, par. 28.

ajouté: « Du point de vue des relations internationales, il serait très dangereux d'introduire la notion de « lésion ». En Amérique latine, par exemple, beaucoup d'Etats pourraient prétendre, en s'appuyant sur une disposition du genre de celle que l'on a proposée, que les divers traités qui délimitent le tracé de leurs frontières ont eu pour effet de créer une inégalité manifeste des obligations ⁸. » M. Bartos et Yasseen ont soutenu que même la clause *rebus sic stantibus* relevait du *jus cogens*, mais M. Tounkiné n'a pas été de cet avis. Ce débat a montré à quel point les opinions différaient sur la portée de cet article, même au sein de la Commission du droit international qui l'a rédigé.

58. Tel qu'il est actuellement libellé, l'article 50 semble tourner en rond. Il commence par dire qu'est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise, mais il ajoute ensuite que cette norme, à laquelle aucune dérogation n'est permise, peut elle-même être modifiée par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Il semble y avoir là une contradiction dans les termes. La seule lumière offerte par le commentaire réside dans l'indication qu'il faut entendre par là que ces normes impératives, auxquelles aucune dérogation n'est permise, peuvent être modifiées par voie de traité multilatéral général. Si l'article 50, sous sa forme actuelle, faisait l'objet d'un débat parlementaire, on lui objecterait sans aucun doute qu'il semble déclarer qu'un traité qui viole le *jus cogens*, c'est-à-dire une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, est nul, sauf si c'est un traité multilatéral qui est en conflit avec la norme de *jus cogens*. C'est ce que le représentant du Chili a voulu dire, en déclarant que l'article semblait tourner en rond.

59. On pourrait faire valoir qu'il s'agit simplement d'une question de rédaction et M. Barros espère que c'est le cas, mais il y a d'autres problèmes. Tout au long de ses discussions, la Commission plénière s'est efforcée de trouver une terminologie qui rende les règles adoptées aussi spécifiques que possible, afin d'éviter qu'une rédaction trop lâche ne mette en danger la stabilité des traités. Cependant, après tant de précautions, elle voudrait faire figurer dans le projet de convention une règle susceptible d'être invoquée à n'importe quelle occasion: à propos des traités offensifs, qui ne sont que des traités défensifs vus sous un autre angle, des traités économiques supra-nationaux, de la clause *rebus sic stantibus*, etc. Elle attribuerait les effets d'une nullité absolue à la violation de règles de *jus cogens*, qui sont elles-mêmes indéterminées et mal définies.

60. On a abondamment tiré argument de la majorité écrasante qui s'est dégagée à la Commission du droit international en faveur de cette règle, ainsi que des réactions des gouvernements. Cependant, leur réaction était prévisible. Si l'on demandait à la Conférence de voter sur la démocratie, elle approuverait celle-ci à l'unanimité, mais elle s'apercevrait plus tard que les votes exprimés seraient interprétés de manières très diverses. Manifestement il en va plus ou moins de même de la réaction, ou de l'absence de réaction de la plupart des gouvernements à l'article 50.

61. Bien entendu, la délégation chilienne ne nie pas absolument l'existence d'un *jus cogens*; dans le cas de l'esclavage et de la piraterie, il serait inconcevable de revenir à des formes primitives, qui sont rejetées par la conscience de la communauté internationale. Cependant, il faut indiquer clairement que les représentants des gouvernements membres de cette communauté ont le devoir d'analyser soigneusement l'article 50, d'en améliorer le libellé et, surtout, de définir avec la plus grande précision une cause de nullité absolue qui se prête à tant d'interprétations différentes. La Commission ne doit pas oublier non plus la nécessité d'assortir cette règle de garanties de procédure extrêmement strictes, puisque le *jus cogens* pourra être invoqué, non seulement par les parties à un traité, mais, ce qui est beaucoup plus dangereux, par n'importe quel Etat.

62. La délégation chilienne soutiendra tout effort tendant à remanier le texte de l'article 50, de manière qu'il serve, à la fois, les intérêts juridiques supérieurs de la communauté des Etats et la stabilité internationale à laquelle la Conférence aspire.

La séance est levée à 13 h 5.

CINQUANTE-TROISIÈME SÉANCE

Lundi 6 mai 1968, à 10 h 45

Président : M. ELIAS (Nigeria)

Examen de la question du droit des traités conformément à la résolution 2166 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 1966 (suite)

ARTICLE 50 (Traité en conflit avec une norme impérative du droit international général) (*jus cogens*) [suite] ¹

1. M. MIRAS (Turquie) fait observer que la notion de règle impérative du droit international général, que le projet appelle *jus cogens*, ainsi que les termes utilisés aux articles 50 et 61 qui codifient cette notion, sont tout à fait nouveaux et font partie des cas de nullité figurant à la partie V que la Commission du droit international a empruntés au droit privé des contrats. La Commission du droit international a ainsi transposé du droit civil au droit des traités toutes les causes de nullité existant dans le droit des obligations, excepté la lésion.

2. De tels emprunts peuvent enrichir et faire progresser le droit international, mais à deux conditions. Il faut que la règle se prête à cette transposition et, d'autre part, il est indispensable de prendre certaines précautions.

3. La similitude des milieux est une condition essentielle qui se pose avec une acuité particulière quand il s'agit de faire passer des règles du droit interne en droit international. Le traité international est un acte compliqué

⁸ *Ibid.*, p. 77, par. 47.

¹ Pour la liste des amendements proposés, voir la 52^e séance, note 1.