

Document:-
A/CN.4/SR.683

Compte rendu analytique de la 683e séance

sujet:
Droit des traités

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1963, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

683^e SÉANCE

Lundi 20 mai 1963, à 15 heures

Président : M. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

Droit des traités (A/CN.4/156 et Additifs)

[Point 1 de l'ordre du jour]

(Suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de l'article 12 de la section II du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/156).

ARTICLE 12 (CONSENTEMENT A UN TRAITÉ OBTENU PAR L'EMPLOI ILLICITE DE LA FORCE OU DE LA MENACE)

(Suite)

2. M. PAREDES s'arrête sur quelques-uns des points soulevés au cours de la discussion. Il fait entièrement sienne la thèse selon laquelle, lorsqu'il y a eu coercition contre l'une des parties, le traité est nul *ab initio* ou, selon l'expression employée dans certains codes nationaux, nul et non avenu, ce qui signifie qu'il doit être considéré comme n'ayant jamais existé. M. Tounkine a fortement souligné l'inquiétude que cause une telle conduite, non seulement à l'Etat directement intéressé mais à la communauté qui a été témoin d'un acte immoral et a réagi contre celui-ci. En effet, ce dernier semble être d'avis que chaque membre de la communauté internationale a le droit de dénoncer le traité, tout comme en droit interne n'importe quel individu peut dénoncer un crime.

3. En pareil cas, il ne saurait être question de ratifier le traité ou de le légaliser de toute autre manière. Celui-ci n'existe pas et n'a jamais existé ; les parties peuvent, si elles le désirent, conclure un nouveau traité entouré de toutes les conditions de validité requises.

4. De l'avis de M. Paredes, la disposition énoncée dans le paragraphe 1 de l'article 12 aurait plus de force et serait plus conforme à l'esprit de la Charte des Nations Unies qui invite les Membres à régler leurs différends par les moyens indiqués dans les accords régionaux, si l'on insérait, après les mots « en violation de la Charte des Nations Unies », les mots « ou de tous accords régionaux auxquels toutes les parties contractantes ont souscrit ».

5. Plusieurs orateurs ont insisté à juste titre sur l'absence d'une juridiction compétente pour connaître des différends internationaux et les régler car il n'existe pas encore, dans les relations internationales, des juges auxquels les Etats soient tenus de se soumettre. C'est là malheureusement un fait et on doit déplorer l'absence de juridiction car, le choix d'un juge étant volontaire, il n'est guère probable que qui que ce soit accusé d'une infraction internationale se soumette à une juridiction quelconque. Par conséquent, le seul moyen de remédier à cette situation serait, comme M. Paredes l'a proposé,

de permettre à la victime de l'agression de comparaître devant le Conseil de sécurité des Nations Unies et de déclarer que le traité est nul en raison du vice dont il est entaché.

6. M. CASTRÉN dit que, parmi les formules proposées pour l'article 12, celle de M. Verdross et celle de M. Yasseen sont assez proches du texte présenté dans le projet, en ce sens qu'elles renvoient aux obligations découlant de la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international général.

7. Tout en jugeant acceptable celle de M. Ago, M. Castrén préférerait celle qu'a suggéré initialement M. Rosenne (682^e séance, par. 27), et qu'ont reprise M. Tounkine et M. Tabibi. En se référant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte et en reprenant les termes mêmes de ce paragraphe, on supprime toute équivoque et on énonce une règle suffisamment large, puisque dans cette disposition de la Charte, il est aussi fait mention des buts des Nations Unies. Les règles fondamentales de la Charte font partie du droit international général et obligent même les Etats non membres de l'Organisation des Nations Unies.

8. Parce que l'interdiction de l'emploi de la force intéresse toute la communauté des nations, M. Castrén est partisan de la suppression, dans l'article 12, de l'alinéa c) du paragraphe 1 et de la totalité du paragraphe 2.

9. Il constate que M. Tounkine considère, comme lui, qu'un traité de paix dicté par un Etat victime d'une agression mais vainqueur dans la guerre est une exception à la règle générale et doit pouvoir être considéré comme valable, car l'Etat qui commence une guerre d'agression assume la responsabilité de son acte. La réparation exigée doit toutefois être raisonnable, ainsi que le soutenait déjà Grotius. M. Castrén propose que la Commission fasse mention du cas des traités de paix dans le commentaire.

10. M. TSURUOKA approuve, comme la plupart des membres de la Commission, le principe selon lequel les traités conclus au moyen de la menace ou de l'emploi de la force doivent être considérés comme nuls. Mais il voudrait qu'en énonçant cette règle la Commission tranche également la question de procédure et déclare que la nullité du traité ne pourra être prononcée que par un tribunal international, saisi de la question par les parties intéressées.

11. Cette proposition se fonde sur deux raisons principales. La première est qu'il est difficile de constater le fait de la menace ou de l'emploi de la force. On a beaucoup discuté sur la définition de l'agression — cas typique d'application de l'article 12 — et cela incite à un certain scepticisme quant à la possibilité d'appliquer l'article 12 comme il faut. La deuxième raison est qu'il est difficile de déterminer qu'une partie n'aurait pas consenti au traité en l'absence des manœuvres incriminées. Certes l'article 12 traite d'une question d'ordre public, mais il comporte aussi un aspect du problème du vice de consentement. Si le traité doit être déclaré nul, c'est au moins en partie parce que le consentement a été vicié.

12. Si l'on poussait jusqu'au bout la thèse selon laquelle il s'agit uniquement de l'ordre public, tout Etat agresseur serait automatiquement privé de la capacité de conclure un traité. Or, il n'est pas toujours nécessaire ni utile d'invalider tous les traités conclus par l'Etat agresseur. Les traités portant par exemple sur le service sanitaire ou l'échange de prisonniers doivent être reconnus comme valables d'autant plus que l'Etat victime est réellement consentant. La Commission doit tenir compte de ces faits et agir par conséquent avec prudence.

13. Pour toutes ces raisons, M. Tsuruoka préconise une solution qui, tout en protégeant les intérêts légitimes de la victime, assurerait la stabilité du droit international.

14. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, présente quelques observations au sujet des arguments qui ont été avancés au cours du débat. Comme il l'a expliqué dans le commentaire, le principe sur lequel se fonde l'article 12 est celui de l'ordre public international. Même en dehors de toute considération relevant du droit des traités proprement dit, tout Etat qui cherche à obtenir la conclusion d'un traité en employant la force ou en menaçant d'y recourir, peut être accusé de violer les règles du droit international relatives au maintien de la paix qui sont proclamées dans la Charte des Nations Unies, et son acte peut être évoqué devant le Conseil de Sécurité ou l'Assemblée générale par la partie lésée, qu'elle soit un Etat Membre de l'Organisation ou un Etat non membre, ou tout autre Etat, même s'il n'est pas directement intéressé à la question qui fait l'objet du traité.

15. En rédigeant l'article, le Rapporteur spécial s'est placé au point de vue du droit qu'a la victime d'invoquer la nullité, sans pour autant faire abstraction du droit qu'a tout autre Etat de porter la question devant un organe des Nations Unies. Toutefois, comme certains membres de la Commission l'ont fait observer, en adoptant cette attitude, on risque d'encourager les Etats à invoquer la coercition, de façon unilatérale et injustifiée, pour se dérober aux obligations que leur font les traités, et une très nette majorité s'est dégagée qui est d'avis de donner à l'article 12 la forme d'une simple déclaration précisant que l'emploi illicite de la force ou de la menace de recourir à la force rend le traité nul et non avenue. Les arguments avancés à l'appui de cette formule lui ont paru convaincants et irréfutables sur le plan de la logique, puisque le principe dont ils découlent est nettement énoncé dans l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte, lequel fait maintenant partie intégrante des règles du droit international contemporain; cependant, Sir Humphrey attache toujours autant d'importance aux clauses de procédure à observer pour prouver qu'il y a effectivement eu coercition.

16. Un Etat qui dénoncerait un traité en alléguant une prétendue coercition sans porter la question devant les Nations Unies pourrait difficilement échapper à l'accusation d'avoir agi de façon arbitraire, ce qui serait d'ailleurs confirmé par les dispositions de la Charte. Lorsque M. Tsuruoka s'est inquiété de savoir si la victime d'une coercition ne serait pas empêchée de parvenir à un accord avec l'agresseur, par exemple au sujet du traitement des prisonniers pendant les hostilités, il a soulevé

un point important mais qui n'a rien à voir avec la question de savoir si l'on doit ou ne doit pas se placer du point de vue de l'ordre public international pour énoncer l'article 12.

17. Si l'on remanie ainsi la rédaction de l'article 12, il faudra le maintenir tout à fait distinct de l'article 11 et exclure toute possibilité de ratification sous une forme quelconque alors que l'Etat lésé n'est plus soumis à l'influence d'une action coercitive. Comme M. Ago l'a très justement fait observer, un nouveau traité ne peut être élaboré qu'à la suite d'une nouvelle transaction, même si l'on prend le texte primitif comme base de négociation.

18. En ce qui concerne le libellé même de l'article, Sir Humphrey pencherait plutôt pour un texte simple comme celui qu'a proposé M. Ago et qui pourrait être rédigé comme suit : « Tout traité dont la conclusion est obtenue par l'emploi de la force ou la menace de recourir à la force en violation des principes de la Charte des Nations Unies est nul et non avenue ».

19. Un texte de caractère général comme celui-ci serait préférable à un texte calqué sur le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte, qui doit être lu en liaison avec les autres dispositions de cet instrument relatives à l'emploi de la force en cas de légitime défense ou à l'emploi de la force par l'Organisation des Nations Unies elle-même en vue de maintenir ou de rétablir la paix. Il importe en somme de se rappeler la différence sur laquelle M. Tounkine a tant insisté entre le traité imposé à un Etat innocent et le traité imposé à un Etat agresseur. Un texte rédigé en termes plus généraux serait moins susceptible d'interprétations divergentes.

20. Il y a une autre raison de se référer non point aux dispositions précises du paragraphe 4 de l'article 2 mais aux principes de la Charte: c'est que d'une façon générale, celle-ci est considérée comme faisant partie du droit international et, à ce titre, comme liant tous les Etats, qu'ils soient ou ne soient pas membres de l'Organisation, de sorte que la question de l'applicabilité aux Etats non membres, soulevée par M. Yasseen et M. Verdross, ne se poserait pas.

21. L'amendement proposé par M. Paredes au paragraphe 1 de l'article 12 s'annule lui-même du fait qu'il diminuerait la force du principe général, alors qu'il faudrait au contraire l'affirmer en termes forts.

22. Le PRÉSIDENT propose que l'article 12 soit renvoyé au Comité de rédaction pour qu'il l'examine en tenant compte des débats. Le Rapporteur spécial désirera sans doute aussi apporter quelques modifications au commentaire.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 13 (TRAITÉS NULS POUR NON-LICÉITÉ)

23. Le PRÉSIDENT propose que l'article 13 soit examiné dans le contexte de l'alinéa 3 c) de l'article 1 de la section I, qui contient une définition du *ius cogens*.

24. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, dit que l'article 13, qui est de caractère assez général, a été difficile à rédiger : il a donné dans le commentaire une explication assez détaillée sur la manière dont il a abordé ce sujet.
25. Faute de mieux, il s'est servi du terme *jus cogens*, désignant une notion qui n'est pas entièrement nouvelle en droit international ; certains auteurs, notamment MacNair, l'ont traitée dans leurs travaux, mais elle est loin d'avoir été entièrement développée. Cette notion est sans doute connue dans la plupart des systèmes juridiques, bien qu'elle n'ait pas d'équivalent exact dans les pays de droit coutumier. Il pense, lui aussi, que l'article 13 doit être examiné dans le contexte de l'alinéa 3 c) de l'article 1, où il a proposé une description plutôt qu'une définition.
26. Le paragraphe 1 de l'article 13 énonce la règle et le paragraphe 2 contient quelques exemples — non limitatifs — de ce qu'on peut entendre par violation du *jus cogens*. Les exemples sont tous assez évidents et chacun comporte un élément de droit pénal international, mais Sir Humphrey s'est délibérément abstenu d'entrer dans trop de détails. Il ne serait pas utile de mentionner de manière générale la violation des principes de la Charte, car ces principes ne sont pas tous impératifs.
27. Le paragraphe 3 traite de la question de la séparabilité dans son application particulière à l'objet de l'article 13. La question de la mesure dans laquelle on peut séparer des dispositions licites d'un traité les dispositions illicites pourrait donner lieu à des controverses et une mention spéciale à ce sujet est nécessaire à l'article 13, car il s'agit d'une situation différente de celle des traités annulables pour cause d'erreur. La Commission peut toutefois suspendre l'examen de ce paragraphe pour le reprendre lorsqu'elle examinera l'article 26 de la section IV, qui contient les dispositions de procédure relatives à la divisibilité.
28. M. BRIGGS déclare que les termes employés au début de l'article 13 ne sont pas bien choisis, car un traité constitue le droit international pour les parties. En outre, il n'est pas souhaitable de parler de son exécution ; ce serait aller peut-être trop loin que de dire qu'un traité dont l'objet est parfaitement licite est nul du fait que son exécution viole un principe général du droit international.
29. M. Briggs comprend les raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial a employé l'expression « *jus cogens* », mais il faudrait en trouver une autre, car celle-ci, bien qu'elle soit parfois utilisée, créera des difficultés. Personnellement, il l'a toujours évitée et serait embarrassé pour en expliquer le sens.
30. Il propose donc de simplifier considérablement le texte de cet article, en le remaniant comme suit :
- « Un traité est nul si son objet est incompatible avec une norme impérative de droit international à laquelle aucune dérogation n'est permise, si ce n'est en vertu d'une nouvelle norme de droit international général. »
- M. Briggs a introduit dans ce texte la réserve finale afin de tenir compte du point traité au paragraphe 4 du texte qu'a proposé le Rapporteur spécial.
31. Le paragraphe 2 devrait être entièrement supprimé, car il donnerait lieu à des controverses inutiles.
32. L'orateur approuve la proposition du Rapporteur spécial d'ajourner l'examen du paragraphe 3 jusqu'au moment où la Commission abordera l'examen de l'article 26.
33. Quant à savoir si un article traitant de la question qui fait l'objet de l'article 13 est vraiment nécessaire, M. Briggs pense qu'en tout cas les dispositions qu'énonce cet article sont préférables à la méthode adoptée pour les articles 8 à 12, conférant, sans que des garanties suffisantes soient prévues à l'article 25, à la partie qui s'estime lésée un droit unilatéral de dénonciation.
34. A la séance précédente, M. Briggs a critiqué l'article 12 parce qu'il s'inquiétait des dangers pour la stabilité des traités qui pourraient résulter de dispositions relatives à la validité rédigées de façon imprécise, lesquelles, en l'absence d'une juridiction obligatoire, confèreraient un droit unilatéral d'annulation.
35. Afin de dissiper tout malentendu au sujet de son point de vue sur les rapports entre la juridiction obligatoire et le droit international, M. Briggs déclare souscrire entièrement à l'affirmation de M. Tounkine, selon laquelle le droit international existe et possède un caractère obligatoire, même en l'absence d'une telle juridiction. Mais il doute qu'il soit utile d'élaborer des notions complexes en matière de validité et de nullité si ces notions doivent être exposées à une interprétation subjective au lieu d'une détermination judiciaire objective et, de la sorte, avoir pour seul effet d'offrir aux Etats de nouveaux moyens de se soustraire aux obligations résultant des traités.
36. Le nouveau texte de l'article 12 que le Rapporteur spécial a proposé est acceptable et c'est pourquoi l'orateur estime que l'article 13 doit avoir sa place dans le projet.
37. M. YASSEEN dit que l'article 13 traite du point aussi important que délicat de la nullité — ou, selon certains, l'inexistence — d'un traité dont l'objet est incompatible avec une règle ou un principe qui relève du *jus cogens*. La question se pose immédiatement de savoir s'il y a des règles impératives en droit international, s'il y a un ordre public international auquel les Etats ne peuvent pas déroger par des accords particuliers. Pour sa part, M. Yasseen répond à cette question par l'affirmative, mais il estime difficile de reconnaître et de mettre en œuvre ces règles impératives. Déjà en droit interne, si la notion d'ordre public est généralement reconnue, elle est toutefois difficile à saisir, car elle est relative dans le temps et dans l'espace.
38. En droit international, le *jus cogens* pose non seulement la question de l'autonomie de la volonté des Etats mais aussi le problème de la hiérarchie des règles du droit international. Il s'agit de savoir si une convention internationale peut contredire ou non une règle de droit préexistante. En droit interne, ce problème de hiérarchie est en général tranché selon un critère formel : ce n'est pas la substance de la règle mais l'organe qui l'a établie qui détermine sa valeur dans la hiérarchie des règles de

droit. Ainsi, en France, un décret-loi peut être déféré au Conseil d'Etat parce que, quoique statuant sur un sujet qui relève en principe du pouvoir législatif, il est considéré du point de vue formel comme un simple règlement.

39. Mais en droit international, ce sont les contractants eux-mêmes qui légifèrent, qui créent les règles de droit. La question du critère à adopter pour déterminer la hiérarchie des règles est donc des plus complexes. Ce critère ne peut être le nombre des Etats qui acceptent la règle, car ce nombre n'est pas toujours proportionné à la valeur et à l'importance de la règle. Il ne peut être non plus la source formelle de la règle, et il est surtout difficile de dire si la coutume doit toujours l'emporter sur la règle conventionnelle ou vice versa. Le seul critère admissible est donc la substance de la règle : pour être considérée comme relevant du *jus cogens*, une règle de droit international doit non seulement être acceptée par un grand nombre d'Etats, il faut encore qu'elle se révèle indispensable à la vie internationale, qu'elle soit profondément ancrée dans la conscience internationale.

40. Comme le Rapporteur spécial, M. Yasseen estime qu'il serait fâcheux de ne pas consacrer le principe du *jus cogens*, car il est hors de doute qu'un traité qui aurait pour objet, par exemple, de favoriser l'esclavage ou de préparer une agression doit être déclaré nul. Or, tout cela est difficilement explicable sans reconnaître en droit international la notion du *jus cogens*. Et s'il est difficile de définir matériellement cette notion, il est utile de recourir, comme l'a fait le Rapporteur spécial, à la méthode consistant à donner quelques exemples. Ceux-ci orienteront la pratique internationale et permettront de dégager peu à peu les règles nécessaires à la vie internationale et indispensables à son développement — règles qui ne sauraient être violées sans soulever une indignation générale ou une réprobation profonde.

41. La notion d'ordre public international ne se justifie pas seulement et pas nécessairement par une référence au droit naturel ; c'est une notion qui se dégage du droit positif, de l'ensemble des règles en vigueur. Certaines règles d'ordre public peuvent être reconnues expressément dans les traités, mais l'absence de clause expresse à cet effet ne signifie pas qu'une règle est seulement dispositives. Il faut approfondir les véritables intentions des parties et trouver la véritable valeur de la règle.

42. Le Rapporteur spécial a bien fait en rédigeant le paragraphe 3 de l'article 13 de prévoir les cas où seule une partie du traité est entachée de nullité.

43. Enfin, il était nécessaire aussi d'ajouter le paragraphe 4, qui rappelle que le *jus cogens* n'est pas immuable et que la notion d'ordre public doit pouvoir évoluer. En l'absence d'organe supra-étatique, ce sont les traités multilatéraux généraux qui représentent la conscience internationale ; les grandes conférences qui formulent ces traités expriment les exigences de la vie internationale, en saisissent les tendances et sont à ce titre habilitées à se prononcer sur la valeur des règles préexistantes.

44. M. TABIBI déclare souscrire à la conclusion énoncée au paragraphe 1 du commentaire du Rapporteur

spécial, selon laquelle « si imparfait que soit l'ordre juridique international, la thèse selon laquelle il n'y aurait pas en dernière analyse d'ordre juridique international — c'est-à-dire de règle à laquelle les Etats ne puissent à leur gré déroger — est de moins en moins soutenable ». Aucun Etat ne peut ignorer certaines règles de droit international lorsqu'il conclut des traités bilatéraux, régionaux ou internationaux. Ces règles, qui sont de la nature du *jus cogens*, comprennent les dispositions de la Charte des Nations Unies et des conventions sur l'esclavage, la piraterie et le génocide. C'est pourquoi il est indiqué de faire figurer dans le projet une disposition comme celle de l'article 13, déclarant que tout traité qui constitue une infraction à ces règles est entaché de nullité.

45. De nombreux spécialistes qui font autorité sont fermement convaincus que l'on peut considérer comme étant *contra bonos mores* et nuls les traités qui sont contraires à une règle de droit coutumier ou de droit international général, ou qui sont incompatibles avec cette règle. Il y a plus de vingt-cinq ans, dans un article intitulé « Les traités interdits en droit international », M. Verdross a déjà exprimé des vues annonçant la solution inscrite à l'article 13.

46. La situation est devenue plus claire encore depuis la signature de la Charte des Nations Unies, dont l'article 103 dispose : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

47. Mais s'il accepte les paragraphes 1, 2 et 4 du projet d'article 13 présenté par le Rapporteur spécial, M. Tabibi a des réserves à formuler au sujet du paragraphe 3. Si ce paragraphe était maintenu sous sa forme actuelle, il paraîtrait admettre le conflit entre les dispositions d'un traité et une règle du *jus cogens* et ouvrir la voie à la violation de ces règles en autorisant la séparation des dispositions du traité. Il est difficile de concilier l'idée énoncée au paragraphe 3, selon laquelle un traité ne serait pas entaché de nullité du fait d'une incompatibilité d'importance secondaire avec une règle de *jus cogens*, avec la déclaration bien fondée, au paragraphe 5 du commentaire, selon laquelle « tout traité dont l'objet est illicite devrait être totalement nul et être dénué de toute validité, à moins qu'il ne soit modifié par les parties elles-mêmes ». En l'absence d'une disposition aux termes de laquelle la question doit obligatoirement être soumise à la Cour internationale de Justice, il serait difficile de distinguer entre des violations d'importance secondaire et des violations importantes.

48. M. Tabibi propose donc de modifier le paragraphe 3 en supprimant son premier mot « Si » et le membre de phrase « n'est pas fondamentalement liée aux objets principaux du traité et si elle est manifestement séparable des autres dispositions du traité, seule cette disposition ». On pourrait alors combiner les dispositions des paragraphes 1 et 3.

49. La définition du *jus cogens* à l'article 1 est un peu vague. M. Tabibi propose d'ajourner l'examen du problème de la définition jusqu'au moment où la Com-

mission sera parvenue à un accord sur les termes de l'article 13 ; elle pourra alors adopter une définition compatible avec ces termes.

50. M. ROSENNE fait observer que l'article 13 porte sur un partie du droit des traités qui diffère totalement de celles que la Commission a étudiées jusqu'ici. Dans les précédents articles, la Commission posait la question de savoir s'il y avait eu consentement au traité et, dans l'affirmative, si rien ne viciait ce consentement. Dans le cas envisagé à l'article 13, il y a eu consentement au traité et ce consentement n'est entaché d'aucun vice ; au premier examen, du double point de vue de la forme et du fond, il existe donc un traité. La question qui se pose a trait à l'objet en vue duquel le consentement a été donné.

51. Il faudra qu'à un moment ou à l'autre la Commission examine la question de savoir où doit être placé l'article 13. Les questions dont il traite sont tellement fondamentales qu'il devrait occuper dans le projet une place qui le mettrait mieux en évidence ; mais la Commission pourra prendre une décision sur ce point lorsque le projet viendra en deuxième lecture.

52. Vu que l'article 13 porte sur l'objet du consentement, M. Rosenne ne partage pas l'opinion de M. Briggs selon laquelle ce serait une répétition inutile que de déclarer nul tout traité dont l'objet ou l'exécution supposent une infraction à une règle de droit impératif.

53. D'une manière générale, M. Rosenne approuve les conceptions du Rapporteur spécial, qu'il félicite et de la hardiesse qui lui a fait donner aux dispositions de l'article 13 un énoncé aussi clair, et de l'adresse avec laquelle il a su résoudre un très difficile problème de rédaction.

54. M. Rosenne présume que, dans l'intention du Rapporteur spécial, ne seraient nuls *ab initio* en vertu de l'article 13 que les traités qui sont incompatibles avec une règle du *jus cogens* existant au moment de leur conclusion. La question de l'effet sur les traités déjà en vigueur d'une règle du *jus cogens* qui apparaît subsequmment pose des problèmes différents et est traitée, en partie, dans d'autres articles, notamment les articles 14 et 21. Toutefois la Commission devrait examiner s'il ne conviendrait pas de réunir toutes les dispositions qui ont trait aux règles du *jus cogens*. Pour des raisons analogues, il faut examiner si les diverses dispositions relatives aux règles de droit impératif sont parfaitement en harmonie avec les propositions du Rapporteur spécial touchant la clause *rebus sic stantibus*.

55. Au sujet de la définition du *jus cogens*, M. Rosenne pense que l'on pourrait s'inspirer de ce qu'a dit Sir Gerald Fitzmaurice dans son troisième rapport¹, à propos des règles du *jus cogens*, qui « mettent en jeu non seulement des normes juridiques mais aussi des considérations touchant aux bonnes mœurs et à l'ordre public international ». Peu importe, selon M. Rosenne, que le *jus cogens* ait été incorporé ou non dans des lois posi-

tives. D'autre part, il serait peut-être nécessaire de déterminer nettement dans quelle mesure une règle peut être considérée comme relevant du *jus cogens*, en tenant compte du contexte matériel dans lequel la règle est placée.

56. Dans la définition qu'il donne à l'article 1^{er}, le Rapporteur spécial, et dans la définition qu'il propose, M. Briggs, ont l'un et l'autre employé l'expression « norme impérative » ; M. Rosenne se demande s'ils prennent tous deux cette expression dans le même sens.

57. Vu la nouveauté du sujet dans un projet de codification, il serait peut-être préférable de considérer la discussion en cours comme de caractère préliminaire. Il y aura pour la Commission grand profit à tirer des discussions qui auront lieu à l'Assemblée générale, des observations que présenteront les gouvernements et, sans nul doute, des vues que formuleront les auteurs.

58. Quant à lui, M. Rosenne approuve la position adoptée par le Rapporteur spécial, qui considère les traités dont il est question à l'article 13 comme nuls, et non pas seulement annulables ; il en sera donc de ces traités comme de ceux qui tombent sous le coup des dispositions de l'article 12. Ce procédé peut toutefois soulever certaines difficultés. Par exemple, que devra faire le Secrétaire général des Nations Unies si un traité qui, en vertu de l'article 13, n'est pas valable, vient à lui être présenté pour enregistrement ?

59. M. Rosenne partage l'opinion selon laquelle l'article 25 peut difficilement s'appliquer à un traité qui est nul *ab initio*. Il est probablement de l'intérêt général qu'il ne soit pas conclu de traités du genre de ceux dont il est question à l'article 13. Il rappelle que la Charte des Nations Unies contient des dispositions permettant aux organes politiques d'examiner les situations qui résulteraient des cas où un traité serait manifestement nul pour les raisons mentionnées à l'article 13.

60. En ce qui concerne le paragraphe 3, M. Rosenne se sent, d'une manière générale, assez proche des opinions exprimées par M. Tabibi. Il est difficile d'admettre le principe de la divisibilité, à moins que le traité lui-même ne comporte quelque disposition sur ce point. En tout cas, l'examen de la question de la divisibilité devrait être remis au moment où la Commission examinera l'article 26.

61. M. Rosenne ne croit cependant pas — et c'est là un point plus important — qu'il puisse, dans la pratique, se produire de violation d'une règle de droit impératif que l'on pourrait qualifier de « mineure ». Si une règle de droit international a le caractère d'une règle de droit impératif, ce serait une contradiction dans les termes que de prétendre qu'une infraction à cette règle pourrait être d'importance secondaire.

62. Revenant sur les observations faites par M. Rosenne au sujet de la place que doit occuper l'article 13, M. PAL souligne que, dans les systèmes de droit coutumier, c'est chose normale que de poser les diverses questions dans l'ordre adopté par le Rapporteur spécial. La question de

¹ *Annuaire du droit international*, 1958, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente : 58.V.1, vol. II), p. 42, par. 76 *in fine*.

la licéité de l'objet du traité est liée à celles de la capacité de conclure l'accord et de la réalité du consentement. M. Pal ne croit donc pas qu'il y ait difficulté au sujet de la place qui revient à l'article 13.

63. Pour ce qui est du point soulevé par M. Briggs, M. Pal fait observer que, dans les systèmes de droit interne, les objets constituant des éléments qui vicient le consentement sont de deux sortes : ceux que la loi interdit et ceux que la loi se contente de blâmer. Même si toutes les autres conditions requises pour la validité d'un accord se trouvent remplies, si l'une ou l'autre de ces deux catégories d'objet est envisagée par les parties, l'accord sera, dans le premier cas, illicite, et, dans le second, nul. Tous les accords illicites sont, bien entendu, en même temps nuls, mais tous les accords nuls ne sont pas nécessairement illicites. Sans être illicites, des accords peuvent être nuls en ce sens que les tribunaux refusent de les appliquer. Dans le domaine international, cette distinction n'a certes pas d'intérêt. Dans ce dernier cas, pour qu'un traité soit nul, il faut que son objet soit illicite et il semble que c'est cela que le Rapporteur spécial avait présent à l'esprit lorsqu'il a rédigé le paragraphe 1. Aussi M. Pal trouve-t-il les dispositions de ce paragraphe acceptables.

64. En ce qui concerne les vues exposées par M. Tabibi, quoi que l'on ait pu dire à une époque où la communauté internationale était géographiquement plus restreinte, il est indéniable qu'il existe actuellement un ordre public international et que certains principes du droit international relèvent du *jus cogens*. On peut dire que toute la politique des Nations Unies tend vers la création d'un ordre public dans la communauté internationale sous la souveraineté du droit. La Charte vise à établir un processus par lequel la communauté mondiale s'efforce, en instituant des règles, de parer à l'emploi abusif de la force brutale sur le plan international et de promouvoir un ordre public mondial reconnaissant la valeur de la dignité humaine dans une société vouée à un idéal de liberté et de justice.

65. C'est par la création de la Société des Nations qu'a été accompli le premier pas, celui qui a frayé la voie, en vue de substituer au déchaînement aveugle de la force physique le mécanisme, conçu par le génie de l'homme, d'une certaine forme de gouvernement constitutionnel pour la conduite des relations internationales. Les règles et le dispositif adoptés au temps de la Société des Nations devaient, dans l'esprit de ceux qui les avaient institués, permettre d'atteindre un quintuple but en obligeant les Etats : premièrement, à respecter leur souveraineté, leur territoire et leurs intérêts légitimes réciproques ; deuxièmement, à s'abstenir de toute agression et de tous préparatifs d'agression à but impérialiste ; troisièmement, à soumettre leurs différends à une décision internationale et à s'abstenir de se faire eux-mêmes justice ; quatrièmement, à respecter les accords internationaux et cinquièmement, à réparer les torts causés et les actes commis en violation du droit. Malheureusement, la conduite ultérieure des Etats a montré qu'ils n'étaient guère disposés à voir appliquer ces principes dans la politique internationale. Ce comportement était l'indice d'une crise profonde dans le système juridique international. Une dizaine d'années après la création de la Société des Nations, les

règles et les normes qu'elle avait instituées ont été rejetées, aussi bien dans l'esprit que dans la lettre, ce qui a provoqué une crise dans l'ordre international et conduit à la catastrophe de la deuxième guerre mondiale.

66. A l'issue des hostilités, quelques rares grandes nations, deux seulement peut-être, possédaient au plus haut degré la puissance politique et économique. Toutefois, le déroulement des deux grands conflits mondiaux a provoqué la naissance de forces gigantesques en Asie et en Afrique, et le problème qui se pose maintenant à la communauté des nations est celui de la coexistence de plus de cent Etats et de l'harmonisation de leurs différents régimes sociaux dans un ordre international commun. Dans ces conditions, une adaptation des esprits est la condition indispensable de la survie du genre humain. C'est dans ce contexte qu'il faut étudier la Charte des Nations Unies et la mettre en œuvre, de manière à faciliter la naissance de l'ordre indispensable qui est l'objectif ultime des Nations Unies.

67. La Commission a déjà adopté cette politique dans la manière dont elle a abordé l'examen de l'article 12. Pour sa part, M. Pal accepterait le principe sur lequel est fondé l'article 13 et il serait prêt à admettre, comme le Rapporteur spécial, l'existence d'un ordre public international. Un ensemble de traités qui ferait fond uniquement sur l'interdépendance des intérêts des Etats et sur l'opportunité de règlements pacifiques aboutirait à une série de solutions transactionnelles, mais n'instituerait pas un ordre public international. L'ordre public doit comporter un système de droit dans lequel la reconnaissance du principe plus élevé de justice se substituerait au sens de l'obligation fondée sur la simple opportunité. On parviendrait ainsi à assurer la transition entre une obligation immédiatement perçue parce qu'elle est d'une nécessité évidente et une obligation continue qui s'exprimerait en des principes établis ; entre un simple rapport entre d'une part soi-même et « un autre » et, d'autre part un ensemble complexe de rapports entre soi-même et « d'autres » ; bref entre une obligation perçue par l'individu et les obligations plus larges définies par la communauté dans une perspective plus impartiale.

68. En dépit des doutes exprimés par certains, l'ordre public international existe, quoique sous une forme imparfaite. Il justifie donc pleinement l'insertion des dispositions de l'article 13 dans le projet. M. Pal se réserve cependant le droit d'examiner en détail le texte de l'article lorsqu'il sera discuté en seconde lecture.

69. M. CASTRÉN constate avec satisfaction que, malgré la difficulté de la question dont il traite, l'article 13 est clairement rédigé et que le commentaire qui l'accompagne est aussi complet que convaincant.

70. Au paragraphe premier, le Rapporteur spécial a préféré le principe du *jus cogens* à la formule qu'avait proposée Sir H. Lauterbach, « un acte que le droit international considère comme illicite ». La définition de la notion de *jus cogens* n'a pas encore été discutée, mais la plupart des membres de la Commission semblent accepter cette expression, qui a d'ailleurs déjà été employée dans la discussion d'articles précédents. Du reste, il est peut-être un peu dangereux de tenter de préciser ici tous les

critères permettant de reconnaître qu'une règle relève du *jus cogens*, ce qui soulèverait des problèmes assez compliqués. Le *jus cogens* est une notion générale de droit qui n'a pas besoin d'être définie, en particulier lorsqu'il s'agit du droit des traités. Il est donc juste d'admettre qu'un traité dont l'objet ou l'exécution suppose une infraction à une règle du *jus cogens* est nul *ab initio* et que cette nullité ne peut être couverte par des actes ultérieurs.

71. Au paragraphe 2, les exemples de traités qui sont nuls en application des dispositions du premier paragraphe sont bien choisis. Cependant si la Commission décide de conserver ce paragraphe, M. Castrén croit qu'il serait préférable d'adopter, à l'alinéa a), le même texte que dans le passage correspondant de l'article 12. À l'alinéa c), M. Castrén voudrait supprimer les mots « acte ou » et garder seulement l'idée d'omission.

72. Enfin, le paragraphe 3 mentionne une exception à la règle générale énoncée au paragraphe 1 ; il conviendrait donc de commencer ce dernier par les mots « sous réserve des dispositions du paragraphe 3 ».

73. M. AGO n'a pas d'objection à présenter contre les principes adoptés dans l'article 13 et il approuve le Rapporteur spécial d'avoir choisi de se référer à l'idée de règle impérative du droit international.

74. La notion de *jus cogens* qui est définie au paragraphe 3 c) de l'article premier sera examinée ultérieurement, mais M. Ago relève à ce propos que cette notion n'intervient en réalité que dans l'article 13 et qu'elle peut être définie dans l'article lui-même. Il est préférable, d'une manière générale, de se borner à définir à l'article premier les notions qui reviennent fréquemment dans le texte du projet. Pour M. Ago cette définition du *jus cogens* ne s'impose pas vraiment. Il suffirait de parler de « règle générale impérative du droit international », en ajoutant au besoin « à laquelle il n'est pas permis de déroger ».

75. Le Comité de rédaction pourra donc élaborer un texte approprié pour le paragraphe premier. M. Ago propose en particulier de supprimer les mots « incompatible avec le droit international et » et de calquer la formule sur celle qui a été employée à l'article 12, dont toute la force vient précisément de cette concision.

76. Sur le fond du paragraphe 2, M. Ago approuve en principe le projet du Rapporteur spécial, mais il croit préférable de grouper en une seule les deux catégories d'infraction considérées aux alinéas b) et c) car, dans certains cas, comme celui du génocide, par exemple, cette distinction est difficile à faire.

77. D'autre part, le cas envisagé au paragraphe 3 lui paraît un peu une hypothèse d'école. Les règles impératives du droit international sont si peu nombreuses et touchent à des questions si importantes qu'il paraît peu vraisemblable que certaines clauses d'un traité puissent subsister alors qu'une autre clause du même traité est une dérogation à une règle impérative du droit international. Même si le cas peut se produire, cette clause du paragraphe 3 en affaiblit un peu le texte et ne semble pas indispensable.

78. Enfin l'idée exprimée au paragraphe 4 est en tous points exacte, mais est-elle absolument nécessaire ici ? Comme exemple d'une règle d'un traité multilatéral général qui abrogerait ou modifierait une règle relevant du *jus cogens*, on peut citer surtout une règle qui serait énoncée dans un traité de codification du droit international. Elle pourrait en effet modifier des règles impératives déjà existantes ; seulement il ne s'agirait pas là d'une dérogation à une règle générale par une règle particulière, mais de la substitution d'une règle générale à une autre règle générale. On est donc hors du cadre de l'article 13. M. Ago est d'avis de supprimer ce paragraphe qui pourrait donner lieu à des interprétations erronées.

79. Quant à la question de fond soulevée par M. Rosenne, sur le sens qu'il convient de donner au paragraphe 1 dans le cas d'un traité déjà existant avant qu'une certaine règle soit devenue impérative, le sens du paragraphe premier sous sa forme actuelle est, à n'en pas douter, que tout traité contraire à une règle générale impérative est nul, qu'il ait été conclu après ou avant que la règle soit devenue impérative. S'il est conclu après, il est nul *ab initio* ; s'il est conclu avant, il devient nul à partir du moment où la règle générale est devenue impérative. Un traité dans lequel les deux parties sont d'accord pour commettre un génocide, par exemple, est devenu automatiquement nul au moment même où les principes concernant la répression du génocide ont été adoptés. Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point d'interprétation dans l'article même ; il suffirait d'indiquer ces précisions dans le commentaire.

80. D'autre part, on a soulevé la question de la place de l'article dans le projet. M. Ago n'a aucun préjugé à cet égard, mais il estime que de toute manière l'article 13 devrait suivre l'article 12, car ces deux articles ont certains caractères en commun et leur force vient en partie de ce qu'ils affirment la fidélité à un même principe.

81. M. BARTOŠ félicite le Rapporteur spécial d'avoir adopté pour l'article 13 une notion discutée depuis longtemps par les juristes, à savoir l'existence d'un ordre public international, supérieur à la souveraineté des États. Même si l'on peut parler d'une auto-limitation des États qui acceptent cet ordre sur une base contractuelle — et il faut espérer qu'ils acceptent aussi la convention sur le droit des traités — le point de départ de la thèse du Rapporteur spécial est la primauté de cet ordre international sur la volonté des États. C'est là l'élément le plus important du texte proposé.

82. La question de savoir s'il faut parler du *jus cogens*, règles auxquelles les États ne peuvent déroger par des traités conclus entre eux, ou employer la formule proposée par M. Ago, est secondaire. Toutefois, il est difficile d'employer l'expression *jus cogens*, car cette notion est sujette à des interprétations différentes suivant la tradition du droit privé. Comme l'a fait observer M. Gros, il peut être dangereux de se servir de certains termes tirés du droit privé.

83. Qu'est-ce alors qu'un principe général du droit international ? M. Bartoš rappelle qu'en 1949 il s'est pro-

noncé contre la thèse de Kelsen ², selon laquelle les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies ont un caractère contractuel et ne lient pas les Etats qui n'ont pas adhéré à cet instrument. L'évolution du droit international, qui s'est traduite aussi par l'adoption des principes de la Charte, n'est pas achevée. M. Bartoš serait plutôt partisan de la théorie d'Oppenheim ³, selon laquelle, pour être admis dans la communauté internationale, un Etat est tenu d'accepter tout d'abord les principes de son ordre juridique.

84. Le paragraphe 2 pourrait donner à penser que seuls les actes qui font l'objet de sanctions et sont considérés comme criminels entrent dans la notion de *jus cogens*. Il semble pourtant, d'après les interventions déjà entendues, que les membres de la Commission aient tous une conception plus large du contenu du *jus cogens*. M. Bartoš estime, lui aussi, que les règles du *jus cogens* doivent avoir une portée beaucoup plus large. Les exemples donnés aux alinéas a), b) et c) n'ont donc rien de critiquable en soi, mais ils peuvent, pris isolément, faire naître une idée erronée.

85. Abordant la question de la séparabilité des clauses d'un traité, M. Bartoš dit que, pour autant qu'il le sache et contrairement à ce qu'a affirmé M. Ago, il se trouve fréquemment, dans la pratique, des clauses accessoires qui s'opposent à l'ordre public, alors que la substance du traité s'y conforme. Il convient de suivre en la matière la jurisprudence française de droit interne qui veut que l'on annule le moins possible d'un contrat. Lorsque la chose est possible sans détruire l'équilibre général du traité, il faut en annuler seulement les clauses accessoires en conservant la validité des effets de la volonté générale des parties. Cependant, cette distinction n'est pas toujours facile, car il peut arriver que l'objet dit principal n'ait d'autre but que de masquer les clauses dites accessoires d'un accord. Il est donc malaisé, à son avis, de se prononcer avec netteté en la matière pour élaborer des normes juridiques sur la séparation des clauses accessoires.

86. Par contre, M. Bartoš partage l'opinion de M. Ago sur l'effet rétroactif des règles du *jus cogens*. Cette théorie de la rétroactivité, dont l'exemple du génocide illustre le mieux l'idée, a été examinée aux deux Conférences de Vienne, en 1961 et 1963, mais n'a pas été admise par les Etats en ce qui concerne l'application de principes auxquels un caractère obligatoire a été conféré par des traités portant codification des dispositions qui avaient auparavant un caractère contractuel. C'est aussi une question de principe, car le droit international dit classique évolue grâce à la modification de certaines règles et à l'adoption de règles nouvelles. Il serait regrettable de s'efforcer de conserver des vestiges contraires aux nouvelles dispositions créant le *jus cogens* et correspondant au développement progressif du droit international.

87. Cependant, il convient de ne pas oublier que ni la doctrine ni la pratique internationales ne reconnaissent

unanimement cet effet rétroactif des règles. En outre, certains auteurs soutiennent que les droits acquis par les Etats en vertu de dispositions contractuelles anciennes qui ne correspondent plus à l'ordre public international, demeurent, même si les bases du droit international ont changé. M. Bartoš n'est pas de cet avis. Pour tenir compte de cet état de choses, il importe donc, contrairement à ce qu'a dit M. Ago, de formuler ce point en termes très explicites dans l'article 13. Certes le commentaire est très utile pour la doctrine ; les professeurs et les juges pourront s'y référer, mais les Etats ne s'estimeront pas liés par le texte d'un commentaire de la Commission, comme on l'a constaté aux Conférences de Genève de 1958 et de 1950 et aux Conférences de Vienne de 1961 et de 1962.

88. Examinant enfin la question de la place des articles 11, 12 et 13, M. Bartoš estime que, malgré quelques chevauchements, ces trois articles marquent une gradation des chefs de nullité mais traitent néanmoins de trois sujets différents. Ils doivent donc se suivre, quelle que soit la place qui leur sera réservée en définitive dans l'ensemble du projet.

La séance est levée à 18 h 5.

684^e SÉANCE

Mardi 21 mai 1963, à 10 heures

Président : M. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

Droit des traités (A/CN.4/156 et Additifs)

[Point 1 de l'ordre du jour]

(Suite)

ARTICLE 13 (TRAITÉS NULS POUR NON-LICÉITÉ) (suite)

1. Le PRÉSIDENT appelle l'attention de la Commission sur la proposition de M. Pal, dont le texte a été distribué, qui tend à libeller comme suit le paragraphe 1 :

« 1. Est nul tout traité dont l'objet est contraire aux buts, fins et principes des Nations Unies ou incompatible avec lesdits buts, fins et principes. »

2. M. TSURUOKA dit que, sur le plan théorique, la notion de *jus cogens* existe dans le droit international général et qu'un traité contraire à une règle relevant du *jus cogens* est nul.

3. Il est aussi d'accord avec le Rapporteur spécial pour penser que la Commission devrait inscrire cette notion dans son projet de convention sur le droit des traités. Mais il préférerait simplifier l'article 13 et le rendre plus concis, car la notion de *jus cogens* est si claire qu'il est superflu d'ajouter quoi que ce soit. Dans les articles 11 et 12, une formule plus élaborée était utile pour préciser les modalités d'application, mais il n'en va pas de même pour l'article 13.

² Kelsen, H. *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950, p. 106-110.

³ Oppenheim, L. *International Law*, 8th Edition, 1955, vol. I, p. 928-929.