

Document:-
A/CN.4/SR.684

Compte rendu analytique de la 684e 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>)*

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.

4. En ce qui concerne l'application de l'article 13, on peut envisager trois hypothèses. Dans la première, les parties ont sciemment conclu un traité contraire au *jus cogens* : il s'agit là forcément d'un traité secret, dont la validité ne sera pas contestée par les parties. Un tel traité est en fait dénué de toute validité, mais aussi longtemps qu'il est tenu secret, aucun pays n'aura la possibilité de la contester. Certes, s'il est appliqué, la situation qui résulte de son application engage la responsabilité des parties, mais c'est là une question qui sort du cadre du débat. Dans la deuxième hypothèse, les parties ont conclu un traité que, de bonne foi, elles croient licite, mais un Etat tiers n'est pas du même avis. Le traité a dans ce cas au moins une validité présumée, et il est permis de douter qu'il soit judicieux de donner à l'Etat tiers le droit de contester la validité du traité, car il se pose ici une délicate question d'interprétation. Dans la troisième hypothèse, les parties croyaient sincèrement au moment de conclure le traité que celui-ci n'était contraire à aucune règle du *jus cogens*, mais l'une d'elle, plus tard, estime qu'il est effectivement contraire à une telle règle. Là encore se pose un problème d'interprétation, que M. Tsuruoka préférerait voir trancher par un tribunal international.

5. Tant du point de vue théorique que du point de vue pratique, il suffirait donc que la Commission déclare dans son projet que tout traité contraire à une règle relevant du *jus cogens* est nul.

6. M. LACHS déclare que la question dont traite l'article est d'une importance capitale pour le droit international de l'époque actuelle : il s'agit en effet de la distinction entre les dispositions de forme et les dispositions de fond des traités.

7. Au cours des dernières années, deux tendances, qui vont peut-être en sens opposé, se sont fait jour : d'un côté, le nombre des traités conclus et la gamme des questions qu'ils visaient à régler ont énormément augmenté ; de l'autre s'est accru aussi le nombre des principes généraux qui deviennent partie intégrante du *jus cogens*, et qui constituent par là même une limite à la liberté des Etats d'inscrire les dispositions de leur choix dans les traités, s'ils veulent se conformer à ces règles impératives et respecter les intérêts, non seulement des Etats tiers mais encore de la communauté internationale dans son ensemble. On doit féliciter le Rapporteur spécial de la manière si judicieuse et si intéressante dont il a traité un sujet difficile.

8. Il y a quelque 80 ans, Bluntschli a énuméré quatre catégories de traités nuls pour non-licéité¹ ; la liste s'est grandement allongée maintenant, bien que cela n'implique pas nécessairement que tous traités conclus dans le passé étaient licites. La Commission ferait beaucoup pour le prestige déjà croissant du droit international si elle pouvait déterminer quelle relation il convient d'établir entre les traités plus anciens et le droit international de l'époque actuelle.

9. Pour ce qui est de la forme que devrait revêtir l'article 13, M. Lachs éprouve quelques doutes au sujet

¹ Bluntschli, J. C. *Das Moderne Völkerrecht*, Nördlingen, 1878, 3^e édition, section 411, p. 237.

de la structure du paragraphe 1. Le fait qu'un traité est contraire au droit international ne devrait pas être placé sur un même pied que la conséquence qui en découle : la nullité. Il faut donc modifier quelque peu le texte pour séparer la cause de l'effet.

10. Passant aux exemples donnés au paragraphe 2, M. Lachs déclare que, s'il est clair qu'ils y figurent précisément à titre d'exemples, l'emploi de cette méthode risque peut-être d'aboutir à une présentation trop fragmentaire. Le recours à la force est mentionné à l'alinéa a), mais quand il va jusqu'à l'agression armée, il devient un crime international selon la définition qu'en a donnée le Tribunal de Nuremberg². Si l'on s'en tient à une terminologie rigoureuse, le nombre des crimes internationaux est relativement limité, mais la gamme des actes illicites est beaucoup plus étendue. Il peut se produire des cas où certaines dispositions d'un traité violent le droit international, du fait, par exemple, qu'elles portent atteinte aux droits fondamentaux d'Etats tiers ; elles sont alors incontestablement illicites, mais n'impliquent pas de crimes. Il faut donc élargir les exemples donnés au paragraphe 2, parmi lesquels devraient certainement figurer les traités qui sont visiblement inégaux et les traités créant des sphères d'influence.

11. M. Lachs ne partage pas les doutes exprimés par quelques membres de la Commission à la séance précédente et il estime que les actes et les omissions doivent, les uns comme les autres, être mentionnés à l'alinéa c).

12. Le paragraphe 3 contient une disposition extrêmement utile et importante qui permettra de détacher du principal du traité celles de ses dispositions qui n'en font pas vraiment partie intégrante et qui sont illicites. Pareille disposition favoriserait assurément le développement futur du droit des traités.

13. Pour ce qui est de la question de la rétroactivité, certains traités, dont les dispositions sont licites au moment de leur conclusion, peuvent, avec le temps, devenir illicites. Il n'est certes pas facile de trouver la formule qui convient pour traduire cette conception ; pourtant on doit l'exprimer de quelque manière dans l'article 13, dont l'application ne saurait être limitée au moment où le traité est conclu, mais doit s'étendre à toute la durée de son existence.

14. Selon M. AMADO, le commentaire du Rapporteur spécial sur l'article 13 montre bien que les auteurs ont été extrêmement peu prolixes sur le *jus cogens* en droit international. Pourtant, en droit interne, la notion d'ordre public a joué un rôle très important ; par exemple, un propriétaire brésilien de jadis arrivant en Angleterre avec ses esclaves voyait ceux-ci devenir libres dès l'instant qu'ils foulaient le sol de ce pays, où l'institution de l'esclavage était contraire à l'ordre public. L'idéal serait que la notion d'ordre public ait une pareille vigueur en droit international.

15. M. Amado admire l'esprit progressif dans lequel le Rapporteur spécial a tenté de faire sortir la notion de

² *Le statut et le jugement des Tribunaux de Nuremberg* (publication des Nations Unies, n° de vente : 1949.V.7), p. 100-101.

jus cogens de l'état nébuleux où elle se trouve dans le droit international. Mais, devant la première phrase du commentaire sur l'article 13, il ne peut s'empêcher d'envier ceux de ses collègues qui, tel M. Tsuruoka, trouvent le *jus cogens* tellement net qu'il n'a pas besoin d'être défini. Pour sa part, M. Amado s'interroge encore sur la meilleure façon de rédiger l'article 13.

16. Le problème, en somme, se résume à définir la non-licéité en droit international, ou encore à préciser l'objet licite ou possible des traités. Soucieux avant tout d'efficacité, M. Amado estime que l'article 13 est nécessaire et qu'il est à sa place en cet endroit du projet ; mais la Commission devrait trouver une formule plus familière, qui dise autant que *jus cogens* sans avoir le caractère trop théorique de cette expression. Une référence à une règle générale ou règle fondamentale du droit serait peut-être appropriée. L'expression « infraction à une règle générale ou à un principe général », qui figure à l'article 13, risque de créer des difficultés d'interprétation, car on se demandera si « règle » et « principe » sont deux choses différentes et si le mot « ou » est disjonctif ou conjonctif.

17. D'autre part, M. Amado répugne à une énumération de cas ; il préférerait énoncer le principe sans donner d'exemples.

18. En ce qui concerne le paragraphe 3, M. Amado admet avec M. Ago et M. Bartoš qu'il faut s'efforcer de conserver tout ce qu'il y a de bon dans un traité.

19. Enfin, la délicate question de la hiérarchie des règles de droit qu'a soulevée M. Yasseen fait apparaître la relation entre l'article 13 et l'article 14.

20. M. Tounkine espère résister à la tentation de s'engager dans une discussion théorique. Il approuve d'une manière générale le principe énoncé à l'article 13, ainsi que bon nombre des observations qui ont été formulées, notamment par MM. Ago, Yasseen, Tabibi, Lachs et Amado.

21. De plus en plus, la pratique des Etats comme la théorie juridique procèdent de l'idée qu'il existe des principes généralement admis de droit international auxquels les Etats ne peuvent pas déroger.

22. Le fait que certains principes généralement admis ont un caractère impératif est chose nouvelle ; elle a son origine dans l'évolution historique et dans le fait que certains éléments — ceux surtout qui touchent au maintien de la paix — des relations entre Etats, fussent-elles purement bilatérales, sont devenus d'intérêt général. Si l'on admet l'existence de règles relevant du *jus cogens*, il s'ensuit qu'un traité qui enfreint ces règles doit être considéré comme nul.

23. Le Comité de rédaction devra, bien entendu, rechercher quels termes il convient d'employer pour décrire ce phénomène relativement nouveau en droit international, puisque l'expression *jus cogens* pourrait n'être pas comprise des non-spécialistes et que certains juristes préfèrent même éviter de l'employer, comme M. Briggs l'a fait observer à la séance précédente. L'expression « principes fondamentaux du droit international », bien

qu'elle ne soit pas très précise, serait peut-être plus intelligible.

24. La notion d'ordre public international est comprise différemment par les différents auteurs. Certains soutiennent qu'il s'agit d'un ordre imposé découlant du droit naturel, qui aurait sa source dans la nature humaine ou serait d'origine divine et indépendant de la volonté des Etats. Cependant, l'histoire montre qu'à la longue les lois qui régissent le développement de la société humaine sont décisives, et qu'à partir du moment où des règles de droit international cessent d'être conformes à ces lois ou de répondre aux exigences de la vie, elles deviennent tôt ou tard lettre morte et disparaissent. Mais les lois du développement ne sont certes pas de caractère juridique, bien qu'elles conditionnent finalement la création des règles de droit par les Etats, création qui naît de leur accord — ce qui, aux yeux de M. Tounkine, comprend non seulement les traités, mais aussi la coutume.

25. Sur ce point, sa position a été présentée de manière erronée devant la Sixième Commission, au cours de la dix-septième session de l'Assemblée générale, par le représentant des Etats-Unis, qui a voulu attribuer à M. Tounkine l'opinion que les règles de droit international résultent de traités seulement. En réalité, M. Tounkine a clairement exposé une théorie différente, soulignant l'importance des règles coutumières du droit international, règles créées, à son avis, par accord tacite entre les Etats.

26. Certaines des règles que crée l'accord des Etats — au sens large — sont reconnues par ceux-ci comme étant de caractère impératif. En d'autres termes, il ne s'agit pas de règles imposées d'en haut par l'effet de quelque droit naturel. Dans ces conditions, le Rapporteur spécial a eu raison d'inscrire dans le projet les dispositions qui figurent au paragraphe 4 de l'article 13, parce qu'un traité multilatéral général auquel sont parties presque tous les Etats de la communauté internationale peut abroger ou modifier une règle de *jus cogens*. La thèse de certains auteurs, dont Sir Hersch Lauterpacht, selon laquelle les règles générales ne peuvent avoir d'autre source que le droit coutumier, était peut-être vraie il y a cinquante ans, mais vu l'accroissement considérable du nombre des traités multilatéraux généraux de caractère pratiquement universel, elle ne l'est plus.

27. M. Tounkine admet le principe énoncé au paragraphe 4, mais pense que le Comité de rédaction devra examiner la question de savoir s'il n'appelle pas quelque modification de la définition des traités internationaux multilatéraux donnée à l'article premier de la première partie. Un traité multilatéral conclu entre cinq Etats, par exemple, même s'il touche à des normes générales de droit international ou s'il porte sur des questions d'intérêt général pour l'ensemble des Etats, ne saurait être considéré comme un traité multilatéral général.

28. Pour ce qui est du paragraphe 2, il faudrait que, parmi les exemples qui y sont donnés, mention soit faite des traités inégaux, dont l'existence préoccupe particulièrement les Etats qui ont récemment accédé à l'indépendance. Assurément, le cas est réglé, en termes généraux,

par le paragraphe 1, puisque les traités inégaux sont contraires aux règles du droit international relevant du *jus cogens* ; mais il est hors de doute qu'il y a lieu de mentionner expressément ces traités. Aux fins de définition, on pourrait reprendre la formule employée dans la résolution adoptée par la Conférence afro-asiatique de juristes en 1957³, où les traités inégaux sont définis comme étant ceux qui comportent des obligations manifestement inégales pour les parties.

29. M. Tounkine ne se propose pas d'aborder la question du règlement des différends internationaux, qui constituent un problème distinct.

30. En conclusion, M. Tounkine aimerait connaître la raison pour laquelle le Rapporteur spécial a parlé de « l'objet et de l'exécution » d'un traité au lieu de parler simplement d'un « traité ».

31. M. PAL, se référant à la formule simplifiée dont le Président a donné lecture au début de la séance, dit que quitte à être accusé de simplifier par trop le texte, il propose de supprimer plusieurs éléments de ce paragraphe, notamment la mention du *jus cogens*, qu'il s'accorde avec M. Amado pour trouver quelque peu imprécise. Cette expression est absente de la plupart des ouvrages de droit international, elle est à peu près inconnue des juristes qui ont étudié le droit coutumier et M. Pal lui-même n'en a appris l'existence qu'en suivant le débat de la précédente session de la Commission. C'est pourquoi il estime qu'elle serait plus à sa place dans le commentaire que dans le texte même de l'article.

32. La formule qu'il a proposée a pour objet de rapprocher davantage la rédaction de ce paragraphe de celle qui est employée dans la Charte. C'est au Comité de rédaction qu'il appartiendra de choisir la conjonction qu'il y aurait lieu d'utiliser : « et » ou « ou », entre les deux mots « buts » et « principes ».

33. M. Tounkine a dit qu'un traité devrait être déclaré nul et non avenue s'il existait une inégalité manifeste entre les obligations souscrites par les parties. Or, M. Pal ne peut admettre que cette inégalité suffise à faire prononcer la nullité du traité. Il faut aussi qu'un autre élément soit présent, par exemple abus d'influence, coercition ou le fait que l'une des parties a injustement profité de l'autre partie ; sinon un traité conclu, par exemple, entre les Etats-Unis d'Amérique et un petit Etat pourrait être invalidé sous prétexte que les Etats-Unis accordent des avantages absolument disproportionnés avec les obligations assumées par le petit Etat.

34. En ce qui concerne les cas énumérés au paragraphe 2, puisqu'ils ne sont donnés qu'à titre d'exemple, comme l'indique bien l'expression « en particulier » qui figure au début du paragraphe, il est inutile d'en multiplier le nombre. Tel qu'il est, le paragraphe lui paraît acceptable.

35. Pour ce qui est du paragraphe 3, M. Pal partage l'avis de ceux qui ont proposé de le supprimer, car les dispositions n'en sont vraiment pas très claires. Même en

droit anglais il est impossible de porter aussi loin le principe de la séparabilité ; ce sont les parties elles-mêmes qui doivent avoir envisagé la séparabilité. Le principe de la séparabilité peut s'appliquer lorsque plusieurs stipulations sont groupées en un seul accord : dans le cas où l'on constaterait la non-validité de l'une des stipulations, il serait possible de maintenir les autres. Dans la pratique, les cas de séparabilité sont limités aux restrictions au commerce et, même dans ces cas, le juge examine le contrat original et doit avoir l'assurance que les parties ont envisagé la possibilité de séparer une clause des autres. M. Pal ne pense pas que l'on puisse introduire une disposition de ce genre dans le droit international des traités.

36. Comme M. Tounkine, M. Pal estime que le paragraphe 4 doit être maintenu. Les dispositions qu'il contient sont peut-être nécessaires pour aider au développement progressif du droit international. Il est bon de prévoir la possibilité d'une évolution des règles du droit international relevant du *jus cogens* car ces règles elles-mêmes ne sauraient être définitives et fixées à tout jamais ; en somme, ce qui est prévu dans le paragraphe 4, c'est la possibilité du progrès de la société.

37. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, approuve sans réserve l'article 13 et les idées dont il s'inspire, tout en reconnaissant qu'il serait bon de simplifier le texte dans le sens proposé par M. Briggs et M. Ago.

38. A propos du paragraphe 1, tout en admirant l'esprit d'harmonie de M. Pal et son vif désir de concilier l'appui chaleureux qu'il donne au progrès du droit international et son souci de sauvegarder la stabilité des relations découlant des traités, il estime que sa proposition ouvrirait trop largement la porte à une partie qui voudrait se dérober aux obligations que lui fait un traité. Une partie qui serait de mauvaise foi pourrait invoquer de vagues motifs pour prétendre que le traité est « incompatible avec les fins, les buts et les principes des Nations Unies ». Nul n'ignore que les fins, les buts et les principes des Nations Unies sont énoncés dans la Charte en termes larges et généraux.

39. Pour sa part, M. Jiménez de Aréchaga n'est pas partisan de maintenir dans l'article une disposition spéciale relative à l'exécution du traité. Du point de vue de la théorie générale des accords, le terme « objet » couvre également l'exécution d'un accord.

40. Par contre, il est tout à fait partisan de remplacer l'expression « *jus cogens* » par le terme utilisé dans le paragraphe 3 c) de l'article premier de la deuxième partie. C'est pourquoi il propose de rédiger le paragraphe 1 dans les termes suivants qui seraient soumis au Comité de rédaction : « Est nul tout traité dont l'objet suppose une infraction à une règle générale ou à un principe général du droit international, auxquels aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée ou abrogée que par une nouvelle norme de droit international général. » Les mots « auxquels aucune dérogation n'est permise » sont indispensables parce qu'ils traduisent l'essence même de ce qui constitue le « *jus*

³ *Afro-Asian Jurists' Conference, 1957, Damascus Bar Association, p. 233.*

cogens ». La dernière disposition stipulant qu'une règle relevant du « *jus cogens* » ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général devrait satisfaire M. Ago et M. Tounkine, car elle permet d'éviter qu'il y ait confusion entre le droit international général et les traités multilatéraux généraux.

41. Il n'a rien à redire au paragraphe 2, qui fournit des exemples.

42. Le paragraphe 3 mérite d'être conservé, mais pas dans l'article 13 ; il serait mieux à sa place dans l'article 26 qui a trait à la divisibilité des traités ; il ne sied vraiment pas d'aborder un point de si peu d'importance dans un article capital comme l'article 13.

43. Le paragraphe 4 deviendrait inutile si la Commission adoptait la formule proposée par M. Jiménez de Aréchaga pour le paragraphe 1, puisque les derniers mots qu'il a proposé d'introduire dans ce paragraphe traiterait du point qui fait l'objet du paragraphe 4.

44. En ce qui concerne la suggestion de M. Tounkine tendant à ajouter à la liste des exemples donnés au paragraphe 2 le cas des traités qui imposent aux parties des obligations manifestement inégales, il ne saurait admettre qu'il existe sur ce point, en droit international, une règle qui prime la volonté des parties. A vrai dire le droit international se place au point de vue opposé : celui de la primauté de la volonté des parties.

45. Insérer l'exemple suggéré par M. Tounkine, ce serait introduire dans un article traitant de la licéité des traités un nouveau vice du consentement, connu en droit français sous le nom de « lésion » et qui n'a pas d'équivalent exact en anglais. En droit romain, c'est pour la protection des mineurs de moins de vingt-cinq ans qu'a été conçue à l'origine la notion de « *laesio enormis* », qui a abouti à la création d'une incapacité de contracter ; elle a été discréditée par la suite parce que l'abus qui en avait été fait avait provoqué l'instabilité des contrats. Le droit international contemporain ne saurait admettre la notion de « lésion », car sa reconnaissance risquerait, dans la pratique, de mettre en question la capacité contractuelle de certains Etats alors que l'égalité absolue est la règle qui prévaut actuellement et pourrait ainsi porter atteinte à la souveraineté et à l'indépendance des Etats, lesquelles manifestent, entre autres, par la capacité de conclure un traité, comme le montre l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale en date du 5 septembre 1931 concernant le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche⁴. Si l'on s'en tient à cet avis, toute velléité d'introduire la notion de « lésion » dans le droit international semblerait inconciliable avec le principe de la souveraineté des Etats.

46. En outre, il reste un point important à déterminer : savoir si, dans tel cas particulier, il y a inégalité des obligations et s'il incombe aux parties elles-mêmes de se prononcer sur ce point. Même si l'on accepte la décision d'un tiers, il n'existe pas, en droit international, de critère permettant de répondre nettement à cette question.

47. 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 leur frontières ont eu pour effet de créer une inégalité manifeste des obligations. Des traités vieux de plus d'un siècle risqueraient alors d'être mis en cause, ce qui susciterait des difficultés de toutes sortes dans les relations entre Etats.

48. M. AGO partage dans l'ensemble les vues que vient d'exprimer le Président. Les membres de la Commission sont d'ailleurs largement d'accord sur ce qu'il convient de dire à l'article 13. Pour le détail, on peut encore se poser quelques questions et réfléchir à l'opportunité de certains paragraphes.

49. Le paragraphe 1 a pour objet de déclarer qu'un traité est nul s'il déroge à une règle à laquelle aucune dérogation n'est permise ; cela est très différent de la notion de non-licéité de certains contrats qui, semble-t-il, avait été avancée par Sir Hersch Lauterpacht. La Commission doit aujourd'hui concentrer son attention sur la question des règles impératives du *jus cogens*. C'est bien pourquoi elle aurait peut-être intérêt à modifier le titre de l'article et, tenant compte de ce qu'a dit M. Amado, à éliminer le terme « infraction », qui fait intervenir l'idée d'acte illicite. Il ne s'agit pas ici d'infraction, et par conséquent de responsabilité, mais de dérogation à une règle à laquelle il n'est pas possible de déroger, et cette dérogation entraîne la nullité du traité.

50. Sans suivre jusqu'au bout M. Tounkine, en ce qui concerne la théorie de la coutume, M. Ago est d'accord avec lui pour penser que les règles générales auxquelles il n'est pas permis de déroger sont ou bien des règles coutumières ou bien des règles qui, tout en étant consacrées par un traité, ont néanmoins la validité de règles coutumières pour les Etats qui ne sont pas liés par le traité, donc pour la généralité des Etats.

51. M. Ago pense, lui aussi, que la Commission serait mal avisée de mentionner à la fois les « règles générales » et les « principes généraux » du droit international, car on croira qu'elle a donné un sens différent aux deux termes « règle » et « principe ». Il suggérerait pour sa part que la Commission emploie une expression telle que « règle générale impérative à laquelle aucune dérogation n'est permise ».

52. Il préférerait d'autre part éviter une référence aux principes de la Charte des Nations Unies, car ils ne sont pas tous impératifs, et, inversement, toutes les règles impératives du droit international ne sont pas inscrites dans la Charte.

53. Ayant réfléchi de nouveau à la question de l'opportunité des exemples, qui se pose à propos du paragraphe 2, M. Ago pense qu'il serait possible de citer d'autres exemples que ceux qui figurent déjà dans le projet, par exemple celui de la liberté de la navigation en haute mer. Parce qu'il est difficile en soi d'arrêter une liste d'exemples et parce que les règles impératives peuvent changer, mieux vaudrait ne donner aucun

⁴ CPJI, série A/B, n° 41, p. 37-54.

exemple et laisser se développer l'interprétation de l'article.

54. Au sujet du paragraphe 3, M. Ago est reconnaissant au Président de sa suggestion. Il admet certes qu'une partie du traité pourrait être reconnue comme demeurant valable, mais l'hypothèse est un peu théorique; d'ailleurs, les Etats contractants ne seraient peut-être pas facilement d'accord sur les dispositions du traité qui devraient être maintenues, car les différents éléments d'un traité se complètent et se font souvent équilibre. La règle énoncée dans l'article sera plus forte si l'on supprime le paragraphe 3.

55. Enfin, le paragraphe 4 n'est pas nécessaire, car il va de soi qu'une règle impérative ne peut pas être rejetée du fait d'un accord particulier entre Etats, mais qu'elle peut être remplacée par une autre règle impérative générale.

56. M. TSURUOKA regrette de s'être exprimé de telle sorte que M. Amado ait pu se méprendre sur sa pensée. Ce que la Commission veut exprimer à l'article 13 est clair pour tous, et M. Ago vient encore de le préciser: un traité contraire à une règle impérative qui ne souffre aucune dérogation est nul. Le terrain est moins sûr lorsqu'on cherche à définir la teneur de ces règles impératives.

57. M. Tsuruoka est d'accord avec M. Ago pour juger nécessaire de reviser le paragraphe 1 et pour transférer dans le commentaire la substance des paragraphes restants. Cela faciliterait la compréhension et l'application du paragraphe 1.

58. M. de LUNA dit que, dans son intervention de la séance précédente, M. Bartoš a souligné à juste titre qu'en admettant la notion de *jus cogens*, on admet par là-même l'existence de règles de droit international supérieures à la volonté des Etats, et auxquelles il ne peut être dérogé. Dès 1932, M. de Luna s'est lui-même prononcé contre le dogme du monopole étatique du droit international, soutenu dans la doctrine du formalisme positiviste qui prédominait à cette époque. Aussi a-t-il été très heureux de constater que la Commission se déclarait en faveur d'un principe aussi essentiel pour le maintien de la paix internationale.

59. Le positivisme juridique suppose une double limitation du droit international. Il l'isole de tout contexte économique, politique, social ou éthique et ne considère que le droit issu de la volonté de l'Etat. Le droit international ainsi limité, la doctrine positiviste l'accepte sans prononcer à son sujet aucun jugement de valeur et le conçoit comme un système logiquement cohérent de normes ordonnées suivant une certaine hiérarchie. Suivant cette théorie, le droit qui exprime exclusivement la volonté de l'Etat se manifeste comme droit écrit, dans le droit international, par les traités et les décisions des tribunaux internationaux.

60. C'est aller trop loin d'un côté, car beaucoup de traités, sans avoir été dénoncés formellement, ne sont plus en vigueur et n'ont plus de raison d'être; on ne peut interpréter une règle séparée du contexte social qui justifiait son existence. C'est trop peu d'autre part, car si l'on exclut a priori de la recherche scientifique une expérience

de la société, en la qualifiant de purement métaphysique, on tombe justement dans une métaphysique négative qui est en contradiction avec les bases véritables d'une science positive du droit. Pour échapper aux difficultés, on a recours à la notion de droit coutumier international pour étayer les normes qui ne peuvent se ramener à la volonté formelle de l'Etat et au dogme de l'auto-suffisance légale pour adapter les règles juridiques aux valeurs sociales.

61. Il va sans dire que cette doctrine positiviste du droit ne saurait admettre l'existence d'un *jus cogens* ni, par conséquent, celle d'un ordre public international. Comme l'a fort bien montré M. Pal, toute société repose sur une conception du monde commune à tous ses membres. La doctrine positiviste a pu être adoptée dans la pratique parce que, au dix-neuvième siècle, les groupes qui se succédaient au pouvoir avaient la même vision du monde. La société internationale de cette époque pouvait se permettre de ne pas reconnaître de bornes à la volonté de l'Etat parce qu'elle jouissait d'une certaine stabilité. Mais que surgisse un phénomène comme le nazisme et l'on peut s'interroger sur la valeur de cette théorie.

62. La conception contractuelle du droit international, qui ni reconnaît pas le *jus cogens*, appartient à l'époque où le droit international n'est qu'un droit des grandes puissances. Or, à l'heure actuelle, le droit international s'est universalisé et socialisé. Il existe aujourd'hui au moins trois grandes conceptions du monde qu'il faut coordonner pour réaliser une coexistence pacifique sans laquelle l'humanité n'aurait pas d'avenir. L'autonomie de la volonté des Etats doit être limitée grâce à la notion de *jus cogens*. Même si la Commission accepte que tous les traités déjà conclus et contraires au *jus cogens* actuel soient nuls, le droit international ne s'en trouvera pas bouleversé pour autant. Ce que les Etats perdent d'un côté est compensé de l'autre. On ne saurait en tous cas permettre que l'égoïsme de l'intérêt national détruise le bien commun international.

63. Pour ce qui est de son contenu, la notion de *jus cogens* se définit le mieux par la notion opposée de *jus dispositivum*. M. de Luna est partisan de faire une distinction entre deux classes de règles relevant du *jus dispositivum*, à savoir les normes dispositives, auxquelles il est possible de déroger par une autre norme juridique internationale, par un acte unilatéral ou par l'accord d'un ou plusieurs sujets internationaux, et les normes supplémentaires qui comblent les lacunes d'un règlement antérieur. En droit interne, on ne peut pas dire qu'une norme relève du *jus dispositivum* parce qu'il peut y être dérogé en vertu d'une loi postérieure. Sinon tout le droit interne et le droit international seraient dispositifs. De même, en droit international, on ne peut affirmer qu'une norme est de *jus dispositivum* par le simple fait, par exemple, qu'un traité entre deux Etats est susceptible de dérogation en vertu d'un traité ultérieur.

64. Examinant le détail de l'article 13, M. de Luna approuve la définition donnée par le Rapporteur spécial. Il s'agit de nécessités d'ordre moral, économique, sociologique, indispensables à l'existence d'une société internationale et partant impérieuses et absolues. Le droit international ne peut les méconnaître, car ou bien elles fini-

raient par s'imposer ou bien ce serait la communauté internationale qui disparaîtrait.

65. M. de Luna est partisan, lui aussi, de supprimer le paragraphe 2, parce que les exemples qu'il contient sont des normes de prohibition. Or les normes relevant du *jus cogens* sont des normes constitutionnelles de la communauté internationale. Elles ne dépendent pas de la volonté des Etats.

66. Au paragraphe 1, M. de Luna est d'avis de supprimer les mots « incompatible avec le droit international ». Il croit préférable de conserver l'expression « *jus cogens* ». Quant au paragraphe 3, il doit être conservé pour les raisons avancées par M. Yasseen.

67. M. GROS, après ce débat élevé, limitera ses observations au domaine du droit positif. En restant sur un terrain purement pragmatique, il est en effet possible de constater que les membres de la Commission sont d'accord sur l'objet même de sa réunion, qui est, en fin de compte, d'élaborer un article d'un projet de convention pour le soumettre aux Etats. M. Gros est partisan d'un texte simple. Il ne serait pas de bonne méthode de proposer à cent dix Etats un article qui appelle des explications et une prise de position sur la théorie du droit.

68. L'objet de l'article 13 est simplement de déclarer qu'il existe en droit international des règles fondamentales, parmi lesquelles il en est un certain nombre auxquelles il n'est pas permis de déroger. C'est là ce qu'il suffit de dire, dans les termes proposés par M. Ago ; puis, il faut énoncer la sanction, qui est la nullité.

69. Une première question se pose alors, et tous les orateurs précédents l'ont abordée, c'est celle du contenu de cette notion fondamentale. Cette question se pose à propos de bien d'autres points de droit et l'on ne se préoccupe pas de donner toujours des définitions précises, car le droit international s'élabore essentiellement cas par cas et espèce par espèce, par un lent progrès de la pratique des Etats et des décisions des juges. Il n'y a donc pas lieu de considérer comme une faiblesse le fait de ne pouvoir donner aujourd'hui une définition de ce contenu, définition qui serait approximative, car le droit évolue et une définition ne peut se formuler que sous la forme générale de règles fondamentales auxquelles, dans une période donnée, il n'est pas possible de déroger. Le Rapporteur spécial l'a très bien montré en disant, à la page 53 de son rapport (A/CN.4/156) : « C'est pourquoi, il serait prudent, semble-t-il, d'énoncer en termes généraux la règle selon laquelle un traité est nul s'il est incompatible avec une règle du *jus cogens*, et d'attendre que la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle. »

70. En ce qui concerne le sens même du *jus cogens*, en adoptant la conception que se fait M. Ago de ces règles fondamentales, M. Gros fait observer qu'il s'agit là de normes. Il pense d'ailleurs que les principes généraux du droit sont aussi des règles, sinon ils ne seraient pas généralement acceptés comme dominant l'ordre public international. Quel que soit le terme employé : principes généraux du droit, *jus cogens*, ou normes fondamentales, il s'agit donc de règles de droit positif.

71. Cette constatation amène M. Gros à se prononcer pour la version simplifiée qui a été proposée pour le paragraphe premier, à savoir la suppression des mots « incompatible avec le droit international et » et de l'expression *jus cogens*.

72. L'énumération faite au paragraphe 2 ne soulève pas de problème en soi mais elle n'est pas indispensable. Il appartiendra au Comité de rédaction d'en discuter.

73. L'hypothèse considérée au paragraphe 3 paraît un peu théorique, car il s'agit de donner sur ce point une interprétation d'une situation qui pourrait se présenter dans d'autres cas où les normes fondamentales ne seraient pas en jeu. Une interprétation de traités généraux qui ne poseraient pas le problème des normes fondamentales exceptionnelles pourrait soulever des difficultés analogues ; en outre, il faudrait considérer l'effet de la disparition de certaines clauses sur l'équilibre du traité. Ce sont là des questions générales qu'il n'est pas indispensable de traiter dans l'article 13. M. Gros est donc partisan de supprimer le paragraphe 3.

74. Quant au paragraphe 4, après les explications qui ont été données, il est clair que l'examen de ce problème serait mieux à sa place dans le commentaire.

75. Aux termes d'une discussion très intéressante, M. Gros pense donc que le moment est venu de renvoyer l'article 13 devant le Comité de rédaction.

76. M. YASSEEN se déclare convaincu de l'existence du *jus cogens*, qui est une notion du droit positif. On a expliqué l'existence des règles du *jus cogens* en se référant à un certain droit naturel, mais elle s'explique facilement dans le cadre du droit positif. N'est-il pas certain que les Etats eux-mêmes peuvent modifier le contenu du *jus cogens* ? Le paragraphe 4 a donc son utilité, ne serait-ce que pour souligner que le *jus cogens* est une notion du droit positif.

77. D'autre part, le paragraphe premier de l'article 13 se borne à énoncer les conséquences d'une dérogation aux règles du *jus cogens*. Rien n'y permet de reconnaître les éléments nécessaires à l'existence d'une règle impérative. Il ne contient pas de définition matérielle du *jus cogens* ni aucun critère permettant de distinguer les règles relevant du *jus cogens* des règles du *jus dispositivum*, règles facultatives ou dispositives.

78. En l'absence de toute définition matérielle et de tout critère, le paragraphe 2 est donc indispensable. Il faut tout de même indiquer dans l'article, par des exemples clairs et précis — ceux qu'indique le Rapporteur spécial, ou d'autres peut-être — ce qu'est le contenu de la notion de *jus cogens*, contenu auquel les Etats pourraient se référer dans la pratique internationale.

79. Pour ce qui est du paragraphe 3, M. Yasseen maintient sa position. Il importe de sauvegarder autant que possible les traités internationaux et, en prévoyant la possibilité d'une nullité partielle, le paragraphe 3 répond à cette nécessité.

La séance est levée à 13 heures.