

Document:-
A/CN.4/SR.828

Compte rendu analytique de la 828e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1966, vol. I(1)

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

828^e SÉANCE

Mardi 11 janvier 1966, à 10 heures

Président: M. Milan BARTOŠ

Présents: M. Ago, M. Amado, M. Bedjaoui, M. Briggs, M. Cadieux, M. Castrén, M. de Luna, M. Pesson, M. Rosenne, M. Tounkine, M. Verdross, Sir Humphrey Waldox, M. Yasseen.

Egalement présent: M. Golsong, Observateur du Comité européen de coopération juridique.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 7 de l'ordre du jour]

(Reprise du débat de la séance précédente)

1. Le PRÉSIDENT invite M. Golsong à prendre la parole en qualité d'Observateur pour le Comité européen de coopération juridique du Conseil de l'Europe, qui est la troisième organisation internationale régionale à nouer des relations de travail avec la Commission.
2. M. GOLSONG, au nom du Conseil de l'Europe et du Comité européen, remercie la Commission de sa décision d'établir des relations de travail avec Strasbourg ainsi que de son aimable accueil. Il est convaincu que la coopération entre la Commission et le Comité européen contribuera à la création d'un meilleur ordre juridique international¹.

Droit des traités

(A/CN.4/183 et Add.1 à 3; A/CN.4/L.107)

[Point 2 de l'ordre du jour]

(Reprise du débat de la séance précédente)

ARTICLE 37 (Traité incompatible avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*))

Article 37

Traité incompatible avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)

Est nul tout traité incompatible avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. (A/CN.4/L.107, p. 34.)

3. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 37. Il signale qu'au paragraphe 7 de ses observations, le Rapporteur spécial (A/CN.4/183/Add.1, p. 29), a proposé de remanier comme suit le début du texte :

« Est nul *ab initio* tout traité qui, au moment où il est conclu, est incompatible... »

4. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, constate que les gouvernements ont consacré beaucoup d'attention à l'article 37 ; si la plupart d'entre eux en approuvent le principe, certains ont exprimé des doutes sur la manière dont il s'appliquerait en l'absence d'un

système de règlement obligatoire par une instance indépendante.

5. Les principales observations touchent au problème que pose le facteur temps pour l'application de cet article. Il convient, bien entendu, de lire ce dernier en corrélation avec l'article 45, qui traite de la survenance ultérieure d'une règle du *jus cogens*. Le Gouvernement des Etats-Unis paraît interpréter l'article 37 comme pouvant avoir des effets rétroactifs, mais Sir Humphrey doute que cette interprétation soit possible si l'on tient compte de l'article 45. Afin de souligner le lien étroit qui unit ces deux articles, le Rapporteur spécial a proposé d'insérer, à la première ligne de l'article 37, après les mots « tout traité », les mots « qui, au moment où il est conclu, est ».

6. Le Rapporteur spécial retire sa proposition tendant à ajouter les mots « *ab initio* », car, réflexion faite, il ne paraît pas souhaitable de faire une distinction entre les divers cas dans lesquels un traité est frappé de nullité.

7. M. VERDROSS relate qu'ayant eu connaissance, après la première partie de la session, de deux articles où le Professeur Schwarzenberger attaquait vivement le texte de l'article 37 arrêté par la Commission, il vient de publier un article répondant à ces attaques. Il a eu soin de préciser qu'il écrivait sous sa seule responsabilité, sans s'être concerté avec les autres membres de la Commission².

8. Le professeur Schwarzenberger a admis qu'il était possible de créer des normes de *jus cogens* par traité bilatéral ou multilatéral, mais il nie que de telles normes existent en droit international général. Il conteste également que de telles normes aient été créées par la Charte qui n'est pas un traité universel, mais seulement un traité conclu entre de nombreux Etats. Il soutient enfin que l'article 37 peut donner lieu à des abus, puisqu'il n'y a pas de juridiction internationale compétente pour décider si le *jus cogens* existe ou non.

9. M. Verdross constate avec satisfaction que presque tous les gouvernements ont accepté le principe sur lequel repose l'article 37. Cependant, il se demande s'il ne serait pas utile que la Commission donne, dans son commentaire, quelques indications sur les règles qu'elle considère comme relevant du *jus cogens*. Si l'on étudie de près les comptes rendus analytiques résumant les échanges de vues qui ont eu lieu lors de la première lecture, la solution est claire : il y a des règles de droit international ayant le caractère de *jus dispositivum*, à savoir les normes qui régissent les intérêts réciproques des Etats, mais il y a aussi des règles ayant le caractère de *jus cogens*, à savoir celles qui sont conçues dans l'intérêt de la communauté internationale, c'est-à-dire de l'humanité tout entière.

10. M. CASTRÉN relève avec satisfaction que presque tous les gouvernements qui ont présenté des observations sur l'article 37 approuvent l'attitude adoptée par la Commission quant à la notion de *jus cogens*. Les doutes de certains gouvernements sur l'utilité de l'article et la possibilité de l'appliquer devraient être dissipés par les explications détaillées que le Rapporteur spécial donne dans son rapport.

¹ Pour la déclaration de M. Golsong devant la Commission, voir 830^e séance.

² *Jus dispositivum et jus cogens in International Law, American Journal of International Law*, janvier 1966, p. 55.

11. Pour ce qui est de la rédaction de l'article, les observations du Gouvernement néerlandais (A/CN.4/183/Add.1, p. 18) sont fondées. Le membre de phrase « une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise » constitue, en effet, un pléonasmе. M. Castrén pense, comme le Rapporteur spécial, que l'expression « norme impérative » ne suffit pas à caractériser la règle qui relève du *jus cogens*. Pour éviter le pléonasmе, on pourrait supprimer uniquement le mot « impérative » dans le texte de l'article, tout en le conservant dans le titre, car une norme de droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise est une norme impérative.

12. Quant aux deux additions que le Rapporteur spécial propose au texte de 1963 pour le préciser et donner satisfaction à certains gouvernements, M. Castrén n'est pas certain qu'elles soient nécessaires et qu'elles améliorent vraiment la rédaction. Si l'on conclut un traité dont les dispositions sont incompatibles avec le *jus cogens*, il semble évident qu'il s'agit d'un cas de nullité *ab initio*. L'expression tient aussi du pléonasmе et c'est avec raison que le Rapporteur spécial vient de la retirer.

13. De leur côté, les mots « au moment où il est conclu » donnent l'impression que les nouvelles règles du *jus cogens* n'affectent pas la validité du traité, ce qui est en contradiction avec les dispositions de l'article 45. M. Castrén comprend que le Rapporteur spécial suggère cette modification notamment pour souligner la différence entre l'article 37 et l'article 45, lesquels doivent naturellement être considérés ensemble. Il se demande toutefois s'il ne serait pas possible de combiner ces articles qui traitent de la même question sous des angles différents ou, du moins, d'introduire dans l'article 37 un renvoi à l'article 45.

14. M. AGO est heureux de voir que la plupart des gouvernements approuvent le texte arrêté par la Commission ; il s'étonne cependant qu'ils expriment parfois des opinions et des critiques qui montrent qu'ils ont mal lu ou mal compris le commentaire. Certes, le commentaire est appelé à disparaître, mais il revêt une grande importance au moment de la codification.

15. M. Ago ne comprend pas qu'on puisse dire que l'introduction de la notion du *jus cogens* poserait le problème du conflit entre des traités successifs. Les membres de la Commission ont pourtant précisé dans leurs interventions comme dans le commentaire que, pour eux, une règle de *jus cogens* ne peut être qu'une règle de droit international général. Même si, à l'origine d'une règle de *jus cogens*, il y a un traité, ce n'est pas du traité en tant que tel que la règle tire ce caractère : c'est du fait que cette règle, même découlant du traité ou au moment où elle est exprimée par lui, est déjà une règle de droit international général.

16. Cette remarque répond aussi à une critique exprimée par un auteur qui a écrit en la matière : s'il avait lu attentivement les commentaires et les comptes rendus analytiques, il n'aurait probablement pas fait son objection concernant la Charte des Nations Unies. Il est vrai que la Charte est un traité, mais la Commission ne pense pas que toutes les règles inscrites dans la Charte soient de *jus cogens*. Certaines le sont, parce que ce sont des

règles de droit international général, qui valent donc aussi pour les Etats non membres.

17. Certains gouvernements reprochent à la Commission de ne pas citer d'exemples. M. Ago rappelle que la Commission en a cité trois³, en indiquant qu'ils n'avaient pas l'intention d'être exclusifs. Il y ajoute un cas typique, celui d'un traité d'alliance offensive, assez fréquent au XIX^e siècle, qui maintenant serait nul, parce que constituant une violation flagrante du *jus cogens*.

18. D'autres gouvernements ont demandé si la nullité pouvait être invoquée seulement par les parties ou aussi par des Etats tiers. M. Ago rappelle qu'un traité incompatible avec le *jus cogens* est nul et que n'importe quel Etat peut donc invoquer cette nullité absolue.

19. M. Ago croit que la Commission devrait encore souligner dans son commentaire ce qu'elle a déjà nettement établi en 1963. Il est reconnaissant à M. Verdross des travaux que celui-ci a faits à titre personnel. Il est d'avis de conserver le texte arrêté en 1963, sans qu'il y ait besoin d'y apporter les modifications proposées par le Rapporteur spécial, car il estime qu'en lisant l'article 37 en corrélation avec l'article 45, on voit déjà clairement le système que la Commission entend établir.

20. M. ROSENNE rappelle que l'article 37 est le fruit de discussions prolongées et ardues à la Commission et au Comité de rédaction et il a été heureux de constater que, de l'avis de la délégation uruguayenne à la Sixième Commission, il est hautement significatif que la Commission, où siègent des juristes représentant de nombreux systèmes juridiques, ait décidé d'inscrire un principe de cette importance dans une convention multilatérale sur le droit des traités. M. Rosenne n'est pas impressionné par les critiques de Schwarzenberger, dont les conclusions sont inéluctables en raison de son point de départ, très discutables. Avec le temps, l'article 37 pourrait se révéler aussi important pour le développement du droit international que l'alinéa 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale⁴.

21. M. Rosenne regrette qu'à sa quinzième session, la Commission, estimant qu'il s'agissait d'une question particulièrement controversée, ait décidé de renoncer, dans le commentaire, à toute mention de l'ordre public international ; il demande aux membres de la Commission qui étaient de cet avis s'ils seraient disposés maintenant à revenir sur leur attitude et à permettre au moins qu'une référence à ce sujet soit rétablie dans le commentaire, ce qui attirerait l'attention sur les fondements de l'article 37.

22. L'article 37 pourrait être conservé sous la forme qui a été approuvée à la quinzième session, avec un texte aussi concis que possible. Quant au problème que pose le facteur temps dans l'application de cet article, il serait préférable de le traiter dans le commentaire.

³ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 207.

⁴ « La Cour applique... 3. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. » La disposition correspondante du Statut de la Cour internationale de Justice, l'alinéa 1 c) de l'article 38, a la teneur suivante : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique ici les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

23. M. TOUNKINE rappelle qu'à sa quinzième session, la Commission avait soigneusement examiné l'objet de l'article 37 et était parvenue à l'importante conclusion que les règles du *jus cogens* faisaient partie du droit international contemporain. Il n'est pas nécessaire de reprendre tous les aspects du problème, d'autant que la plupart des gouvernements ont déclaré approuver cet article et ont souligné son importance.

24. M. Tounkine est enclin à partager le point de vue de M. Castrén au sujet de la modification de forme proposée par le Rapporteur spécial. Les mots « qui, au moment où il est conclu, est » n'améliorent pas le texte et sont inutiles si on lit l'article 37 en corrélation avec l'article 45, ce qui est essentiel. De plus, si l'on adopte la modification proposée et que l'article 37 soit considéré isolément, on pourrait en tirer la conclusion erronée que le traité ne sera frappé de nullité que s'il est incompatible avec une règle du *jus cogens* existant au moment de sa conclusion. Pour M. Tounkine, il est certain que le texte original de l'article 37 est préférable. L'idée selon laquelle le traité est nul *ab initio* se trouve déjà implicitement dans ce texte.

25. La notion de l'ordre public international est fort controversée et relève de la théorie plutôt que de la pratique. Certains auteurs y voient une sorte de droit naturel imposé aux Etats. De l'avis de M. Tounkine, les règles ayant le caractère de *jus cogens* sont créées par accord entre les Etats comme toutes les autres règles du droit international. Il n'y a aucune nécessité de faire mention dans le commentaire d'un principe aussi controversé.

26. De l'avis de M. YASSEEN, la notion de *jus cogens* en droit international est incontestable et ne devrait pas être discutée. Aucun spécialiste du droit international ne saurait de nos jours contester que deux Etats ne peuvent s'entendre pour instituer l'esclavage ou tolérer la piraterie et qu'une convention formellement conclue à l'une ou l'autre fin ne pourrait être considérée que comme nulle. Ces exemples prouvent l'existence de la notion d'un *jus cogens* auquel les Etats ne peuvent déroger, même par des accords conclus entre eux.

27. Certes, il est difficile de saisir et de connaître les règles du *jus cogens* en droit international, comme cela est déjà difficile en droit interne où la notion d'ordre public n'est pas facile à déterminer, puisqu'elle est relative dans le temps et dans l'espace.

28. On a dit, pour mettre en doute l'utilité de l'article 37, qu'il n'existe pas, dans l'ordre juridique international, d'institution qui puisse statuer sur l'existence de règles de *jus cogens*. M. Yasseen fait observer que cette critique ne s'applique pas seulement au *jus cogens* ; elle est générale en matière de droit international. Il importe de bien distinguer deux aspects de l'ordre juridique international : l'aspect normatif et l'aspect institutionnel. Le second est encore à l'état primitif, mais ce fait ne doit pas affecter l'évolution normative. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de conclure une convention générale sur le droit des traités, il faut tenir compte de cette réalité : la notion de *jus cogens* existe ; il y a, dans l'ordre juridique international des règles auxquelles les Etats ne sauraient déroger par des accords entre eux.

29. L'incompatibilité du traité avec le *jus cogens* pose le problème de la hiérarchie des règles dans l'ordre juri-

dique international. L'ordre de cette hiérarchie ne peut, contrairement à ce qui est le cas en principe dans les droits internes, être déterminé d'après un critère formel qui se réfère à l'autorité dont émane la règle de droit. Il est donc nécessaire de se servir d'un critère objectif qui fait valoir la substance de la règle et sa valeur propre. De l'avis de M. Yasseen, la règle de *jus cogens* est la règle générale indispensable à la vie internationale et profondément ancrée dans la conscience internationale.

30. Il est intéressant de constater que les Etats qui se sont exprimés sur le projet sont unanimes à admettre l'idée sur laquelle repose l'article 37. M. Yasseen préfère le texte original pour les raisons invoquées par les orateurs qui l'ont précédé et parce que l'article 37 ne peut être lu qu'en corrélation avec l'article 45 qui concerne un autre aspect de la même question.

31. M. DE LUNA fait observer que, dans aucun ordre juridique, l'autonomie de la volonté des sujets n'est illimitée ; si elle l'était, ce serait la négation de l'ordre juridique. Pendant longtemps, les positivistes ont soutenu que le bien commun coïncidait avec la réussite des plus forts au détriment des plus faibles et ont préconisé le respect sacré des droits acquis à exploiter autrui. C'était l'époque où la volonté de la grande puissance ne connaissait pas de limites. Mais, du temps déjà de la Cour permanente de Justice internationale, à propos de l'affaire *Oscar Chinn*⁵, on a vu le juriste allemand Schücking exprimer dans une opinion individuelle l'avis que la Société des Nations n'aurait pas déjà commencé les travaux de codification du droit international s'il n'était pas possible de créer un *jus cogens*, avec cet effet que, quand les Etats ont convenu certaines règles juridiques et se sont engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit. Lord MacNair écrivait à ce sujet qu'il est difficile d'imaginer une société, que ce soit d'individus ou d'Etats, dont la loi n'impose pas de limite à la liberté des contrats ; dans toute communauté civilisée, il y a des règles de droit et des principes de morale auxquels il est impossible de déroger par des contrats⁶.

32. Pour sa part, M. de Luna conçoit le *jus cogens*, sans lequel il ne peut y avoir de communauté juridique, non comme un droit naturel, mais comme un droit positif international. La définition se heurte à des difficultés pratiques qui ne sont pas propres au *jus cogens*, mais sont communes à tout le droit international.

33. Il énumère les limitations des traités quant à l'objet. Ce sont : l'impossibilité absolue de prestation, par exemple l'extradition d'une personne décédée ; l'impossibilité relative à la pratique — un Etat signant un traité qui l'annexe à un autre Etat ne peut, s'il doit demeurer un Etat, accepter des obligations politiques et économiques incompatibles avec les conditions minimales d'existence d'un Etat ; l'impossibilité juridique, absolue ou relative.

34. M. de Luna considère le *jus cogens* comme le minimum indispensable à l'existence de la communauté inter-

⁵ C.P.J.I., série A/B, n° 63, p. 65 à 152.

⁶ McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 213.

nationale, comme un droit positif, créé par les Etats non dans leur intérêt individuel, mais en tant qu'organes de la communauté internationale, pour sauvegarder l'existence de celle-ci. Ce droit positif est susceptible de progrès. Qu'il suffise de rappeler l'*Assiento de Negros*, partie intégrante du traité d'Utrecht de 1713⁷, par lequel la Grande-Bretagne avait obtenu du Roi d'Espagne pour une durée de trente ans, le monopole de la traite des Noirs en Amérique espagnole : pareil traité serait impossible maintenant que la communauté internationale voit dans l'esclavage une institution illicite.

35. M. de Luna préfère le texte de 1963, étant entendu qu'il faut le lire en corrélation avec l'article 45.

36. M. AMADO éprouve une profonde satisfaction à relire les comptes rendus des débats de la quinzième session de la Commission, débats au cours desquels de nombreux membres, et notamment M. Bartoš, M. Tounkine, M. Ago, se sont si bien exprimés sur la question du *jus cogens*. Une telle concordance entre les vues de personnalités aussi diverses est tout à l'honneur de la Commission. Le *jus cogens* est bien « le minimum juridique que la communauté internationale, à une certaine époque, croit essentiel à son existence », comme l'a dit M. de Luna, citant M. Bartoš, à la 685^e séance⁸.

37. M. Amado est en mesure d'approuver les observations de la délégation brésilienne à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, telles qu'elles sont consignées dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/183/Add.1, p. 20) et pour les raisons qui y sont exposées, il préfère le texte adopté en 1963.

38. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, se réjouit avec M. Ago, que presque tous les gouvernements aient accepté le principe qui est à la base de l'article 37 et qui concerne l'existence du *jus cogens* en droit international.

39. Il a été frappé de constater qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, les délégations de certains Etats dont les gouvernements ne s'étaient pas encore exprimés ont émis des doutes sur la justesse de ce principe ; ces délégations semblaient s'appuyer sur la notion de souveraineté absolue des Etats, seule capable selon elles de créer une norme juridique, étant donné que les traités sont la première source de droit indiquée dans le Statut de la Cour internationale de Justice.

40. Pour sa part, M. Bartoš n'est pas opposé à l'idée que la souveraineté des Etats soit à la base de la communauté internationale, mais il ne croit pas que cette souveraineté puisse être absolue dès lors que la communauté internationale s'est organisée. Au temps de la Société des Nations, Litvinov affirmait déjà que tout traité est une restriction volontaire à la souveraineté nationale dans une société internationale organisée. Il n'y a pas forcément abdication de la souveraineté nationale, mais l'appartenance à une communauté exige la soumission à certaines règles. Autrement, la société resterait dans

l'état de sauvagerie défini par l'adage *homo homini lupus*, qui a subsisté jusqu'à la première guerre mondiale et qui était encore la règle presque absolue entre les deux guerres. En s'intégrant à une société internationale, les Etats reconnaissent qu'il existe un ordre international minimum et celui-ci est précisément le *jus cogens*. Les notions abstraites de liberté absolue et de souveraineté absolue ne sont pas compatibles avec l'existence de la société internationale.

41. Ainsi qu'il ressort des observations ci-dessus, M. Bartoš continue de souscrire à la formule adoptée en 1963, étant entendu que le Comité de rédaction pourra chercher à l'améliorer encore.

42. M. BRIGGS déclare que ses objections contre la notion de nullité automatique introduite à l'article 37 sont plus fortes que celles qu'il avait élevées contre cette notion à l'article 36. Il doute de l'existence d'un accord, que ce soit au sein de la Commission ou à l'extérieur, sur la portée et la teneur de la règle énoncée au sujet des traités contraires à une norme impérative du droit international général. La Commission n'a pas tenté de définir de telles normes. Il est étonnant qu'un si grand nombre d'Etats aient approuvé cet article et M. Briggs présume que l'une des raisons en est que, pour les juristes, la notion d'ordre public international vient couronner opportunément un édifice théorique. Les Etats n'ont aucune peine à adopter une attitude hautement morale et à condamner des traités qu'en tout état de cause ils ne sont guère disposés à conclure, tels ceux qui encouragent le recours à la force, la traite des esclaves ou le génocide.

43. La deuxième objection de M. Briggs contre cet article est celle qui a été formulée par les gouvernements des Etats-Unis et du Royaume-Uni, à savoir que cet article ne prévoit pas de décision d'une instance indépendante sur le point de savoir si une norme impérative a été violée.

44. L'idée d'une norme impérative n'est pas étrangère aux citoyens des Etats-Unis, et conformément à la doctrine du contrôle judiciaire (*judicial review*), les tribunaux sont chargés d'examiner la constitutionnalité des lois du Parlement, non pas comme un problème moral, mais comme un problème administratif touchant à la répartition des pouvoirs entre le Gouvernement fédéral et les gouvernements des Etats. La notion d'ordre public est également reconnue par les tribunaux.

45. Ce qu'il faut, ce n'est pas tant une règle comme celle qui est énoncée à l'article 37 qu'un examen collectif des problèmes qui sont en jeu.

46. M. PESSOU fait siennes les observations formulées par M. Yasseen, dont il juge les exemples très pertinents. Il ne croit pas que les objections présentées par certains Etats puissent enlever au *jus cogens* son caractère obligatoire.

47. D'autre part, il partage l'avis de M. Ago sur la nécessité pour la Commission d'adopter une méthode et il estime qu'elle devrait réunir dans un même article tout ce qui a trait au *jus cogens* et qui est actuellement réparti entre les articles 37 et 45.

48. Dans la nouvelle rédaction proposée par le Rapporteur spécial pour l'article 37, il conviendrait peut-être

⁷ J. Du Mont de Carels-Croon, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, Amsterdam-La Haye, 1731, vol. VIII, 1^{re} partie, p. 330 et 393.

⁸ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, p. 84.

de compléter le membre de phrase final « ayant le même caractère » par le mot « obligatoire ».

49. A la différence de M. Castrén, M. Pessou doute que le mot « impératif » fasse pléonasme ; ce mot signifie que le *jus cogens* s'impose *erga omnes* à tous les Etats. D'ailleurs, dans certains cas, il vaut mieux dire deux fois la même chose que de laisser planer un doute. A cet égard, toutefois, il se ralliera à l'avis de la majorité.

50. M. CADIEUX reconnaît que la règle énoncée dans l'article 37 est un pas important vers le développement progressif du droit international. Il est significatif que l'accord ait été à peu près général à ce sujet au sein de la Commission et que la plupart des Etats aient jugé possible d'accepter l'article proposé.

51. La règle n'a peut-être pas toute la précision souhaitable mais il vaut mieux avoir une règle, même si elle n'est pas parfaitement définie, que de n'en avoir aucune.

52. Tout en admettant la distinction qui a été faite entre le développement normatif et le développement institutionnel, M. Cadieux persiste à croire qu'il y a un rapport entre les deux et que le premier ne peut se passer du second. Comme M. Briggs l'a souligné, un développement normatif qui ne tiendrait pas compte des problèmes institutionnels présenterait des dangers, et la Commission aurait tort de fermer les yeux sur les lacunes de son travail.

53. Du point de vue de la rédaction, il n'est peut-être pas absolument nécessaire d'ajouter les mots « *ab initio* », mais M. Cadieux tient à l'adjonction des mots « au moment où il est conclu », car ils apportent une précision utile. En renonçant à définir ce qu'il est possible de définir, la Commission risque de prolonger des abus et des pratiques peu souhaitables.

54. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, souligne que les membres de la Commission s'accordent à penser qu'il est à la fois nécessaire et important d'énoncer la notion de non-validité d'un traité incompatible avec une règle du *jus cogens*. Dans leurs observations, les gouvernements ont affirmé à la fois la réalité et l'importance de cette notion.

55. Le Rapporteur spécial comprend bien les observations de M. Briggs et de M. Cadieux au sujet des risques que comporte la forme très générale de la règle énoncée à l'article 37. Il estime toutefois que la Commission a quelque justification, dans l'état actuel du droit international, à énoncer la règle comme elle l'a fait et à s'en remettre à la pratique pour l'élaboration détaillée de ses dispositions.

56. Sir Humphrey approuve les observations de M. Verdross et de M. Yasseen. Les exemples donnés par ce dernier illustrent particulièrement bien le problème ; plus la communauté internationale s'intégrera, plus elle accordera d'attention à la situation de l'individu. On peut donc s'attendre à une évolution significative du *jus cogens* dans le sens de la protection des droits de l'individu, dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale.

57. Sir Humphrey ne croit pas qu'il serait utile d'essayer de développer longuement les règles du *jus cogens* : les termes de l'article 37 sont suffisants pour que les juristes

et les gouvernements comprennent ce que la Commission veut dire.

58. En ce qui concerne le libellé de l'article, le Rapporteur spécial n'insiste pas sur les légères modifications de forme qu'il a proposées pour tenir compte de certaines observations des gouvernements. A la lumière du débat, il est porté à croire que ces observations peuvent être attribuées au fait que l'on ne s'est pas rendu suffisamment compte du lien étroit qui existe entre les articles 37 et 45. Si ces articles sont lus en regard l'un de l'autre, le texte de l'article 37 adopté en 1963 est bien suffisant et il n'est pas nécessaire d'ajouter les mots « qui, au moment où il est conclu, est ».

59. Il conviendrait d'inviter le Comité de rédaction à examiner les propositions de M. Castrén et de M. Pessou relatives aux changements à apporter au texte.

60. L'article 37 devrait être renvoyé au Comité de rédaction pour que celui-ci l'examine en tenant compte du débat et aussi de l'opinion prédominante de la Commission en faveur du maintien du texte de 1963.

61. M. AGO voudrait, avant que la Commission en ait fini avec ce sujet si important, formuler deux observations qui lui sont suggérées par les interventions de M. Briggs et de M. Cadieux.

62. Lorsqu'il a souligné que la Commission formulait des règles de fond et qu'il ne fallait pas mêler la question de la détermination du contenu de ces règles à celle de l'existence d'un dispositif permettant de régler les différends relatifs à leur application, M. Ago n'a nullement voulu manifester une opposition à un tel développement institutionnel. Il a voulu faire ressortir que le problème de ce développement a un intérêt par rapport aux règles de fond dans leur ensemble plutôt que par rapport à telle ou telle règle particulière. En fait, il est persuadé que les progrès réalisés dans l'évolution des règles de fond feront apparaître incessamment la nécessité absolue du développement institutionnel quant aux moyens de règlement des différends portant sur leur application dans un cas concret.

63. En second lieu, on a reproché à la Commission de ne pas avoir dressé la liste des règles du *jus cogens*. M. Ago fait observer que ce n'est pas au moment où l'on pose la règle de la nullité d'un traité pour dérogation au *jus cogens* qu'on peut dresser une telle liste. Des règles du *jus cogens* peuvent se trouver dans les diverses branches du droit international : relations diplomatiques, droit de la mer, responsabilité des Etats, etc. La Commission devra donc garder présente à l'esprit la règle inscrite dans l'article 37 de son projet lorsqu'elle continuera ses travaux de codification du droit international, mais elle ne peut pas fixer d'avance quelles sont les règles auxquelles toute dérogation serait interdite — et ce dans les différents secteurs du droit international. Il serait bon de formuler cette observation dans le commentaire relatif à l'article 37.

64. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission décide de renvoyer l'article 37 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé ⁹.

⁹ Pour la reprise du débat, voir 840^e séance, par. 120 à 131, et 841^e séance, par. 1 à 4.

ARTICLE 38 (Traité prenant fin par l'effet de ses propres dispositions)

Article 38

Traité prenant fin par l'effet de ses propres dispositions

1. Un traité prend fin par l'effet d'une de ses dispositions :

- a) à la date indiquée par le traité ou à l'expiration de la période fixée par ce traité ;
- b) au moment où se réalise une condition résolutoire stipulée dans le traité ;
- c) au moment où se produit tout autre événement prévu dans le traité comme mettant fin à ce dernier.

2. Lorsqu'une partie a dénoncé un traité bilatéral conformément aux clauses du traité, le traité prend fin à partir de la date à laquelle la dénonciation devient effective.

3. a) Lorsqu'une partie a dénoncé un traité multilatéral ou s'en est retirée conformément aux clauses du traité, celui-ci cesse de s'appliquer à cette partie, à compter de la date à laquelle la dénonciation ou le retrait devient effectif ;

b) Un traité multilatéral prend fin si le nombre des parties est réduit à un chiffre inférieur à celui que le traité déclare nécessaire à son maintien en vigueur. Toutefois, il ne prend pas fin pour le seul motif que le nombre des parties est tombé au-dessous du nombre spécifié dans le traité pour son entrée en vigueur. (A/CN.4/L.107, p. 35.)

65. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 38 pour lequel le Rapporteur spécial a proposé un titre et un texte nouveaux, ainsi libellés :

Traité prenant fin ou dont l'application est suspendue par l'effet de ses propres dispositions

1. La terminaison d'un traité, la suspension de son exécution ou le retrait d'une partie prend effet à la date indiquée dans le traité ou au moment où se réalise une condition stipulée dans le traité ou au moment où se produit un événement prévu dans le traité.

2. Un traité multilatéral ne prend pas fin pour le seul motif que le nombre de parties est tombé au-dessous du nombre spécifié dans le traité pour son entrée en vigueur. (A/CN.4/183/Add.1, p. 31.)

66. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, signale que l'article 38, qui est le premier article de la section 3, intitulée « Terminaison des traités ou suspension de leur application », a suscité peu d'observations des gouvernements. Toutefois, certaines de ces observations vont dans le même sens que les remarques faites par plusieurs membres de la Commission durant les débats de 1963, à savoir que la plupart des dispositions de l'article 38 sont évidentes par elles-mêmes. Certaines parties de l'article ne font, semble-t-il, qu'énoncer le fait que les dispositions du traité auront pour effet d'y mettre fin conformément à l'intention des parties. Pour ces raisons, Sir Humphrey a abrégé le texte, mais sans modifier le fond en aucune façon.

67. Le paragraphe 2 du texte remanié par le Rapporteur spécial reproduit la seule disposition importante de la version précédente de l'article 38. Les traités multilatéraux ont une caractéristique commune qui est de fixer un nombre minimum de ratifications aux fins de l'entrée en vigueur. Il est donc toujours possible qu'à la suite du retrait d'une partie, le nombre des ratifications ou adhésions tombe au-dessous du minimum nécessaire. En conséquence, il est souhaitable d'énoncer la règle

selon laquelle le traité multilatéral ne prend pas fin du seul fait de cette situation nouvelle. Le Rapporteur spécial tient toutefois à attirer l'attention de la Commission sur le fait que la règle s'appliquera aussi aux cas relevant de l'article 39, où le droit de se retirer est implicite bien que n'étant pas formulé dans le traité.

68. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, exprime la crainte qu'en cédant aux observations de certains gouvernements et en supprimant tout ce que, par un raisonnement ou par un autre, on arrive à considérer comme superflu, la Commission finisse par ne rien laisser subsister du projet d'articles. A vouloir trop élaguer, on rend le texte imprécis. Ainsi, au paragraphe 1 de la nouvelle rédaction proposée par le Rapporteur spécial, on peut se demander quelle est la condition et quel est l'événement dont il s'agit, car un traité fixe de nombreuses conditions et prévoit de nombreux événements qui n'ont aucun rapport avec la question de la terminaison du traité.

69. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, précise qu'il a entièrement remanié le texte de l'article 38, non seulement pour tenir compte des observations des gouvernements, mais aussi parce que, durant le débat qui a eu lieu en 1963, de nombreux membres de la Commission ont estimé qu'une grande partie de cet article était évidente en soi.

70. M. ROSENNE pense que si le paragraphe 1 était maintenu, le texte proposé par le Rapporteur spécial constituerait une amélioration notable. Mais ce paragraphe est purement descriptif et convient mieux à un code qu'à un projet de convention. M. Rosenne doute donc qu'il soit nécessaire de le maintenir.

71. Le paragraphe 2 devrait faire l'objet d'un article distinct. Ses dispositions ne traitent pas de la terminaison ni de la suspension d'un traité ; elles énoncent une règle particulièrement nécessaire, selon laquelle un traité ne prendra pas fin et ne sera pas suspendu dans certaines circonstances. Le Rapporteur spécial a indiqué que la même règle doit s'appliquer dans les circonstances envisagées à l'article 39 ; en fait, elle pourrait bien être applicable à certaines autres dispositions relatives à la terminaison. Il est donc préférable de l'énoncer dans un article distinct. La règle est nouvelle, mais elle a été approuvée par tous les gouvernements qui ont formulé des observations sur l'article 38.

72. M. YASSEEN fait observer que la genèse de l'article 38 révèle un effort continu vers plus de brièveté et plus de concision. La nouvelle rédaction proposée par le Rapporteur spécial marque un nouveau progrès dans ce sens.

73. Le paragraphe 1 est bien formulé ; il ne fait aucun doute que la condition dont il s'agit est une condition relative à la terminaison ou à la suspension du traité.

74. La règle énoncée au paragraphe 2a, dès le début, a été considérée par la Commission comme une règle positive utile. La nouvelle rédaction exprime toutes les dispositions de l'ancien libellé, en moins de mots et peut-être avec plus de clarté. D'une manière générale, M. Yasseen se prononce donc pour la nouvelle rédaction, sous réserve des améliorations que le Comité de rédaction pourra encore y apporter.

75. M. AGO estime que, sans avoir autant d'importance que les articles précédents, l'article 38 est loin d'être dépourvu. Cet article ne contient pas que des explications, il énonce un principe, à savoir que, lorsqu'un traité fixe un terme, une condition résolutoire ou l'événement futur qui doit marquer la fin du traité, il ne peut être mis fin audit traité avant que le terme ne soit écoulé, la condition réalisée ou l'événement survenu. La règle a sa raison d'être, le problème consiste à lui trouver une rédaction appropriée. Comme le Président vient de le suggérer, le mot « résolutoire » doit certainement être ajouté après le mot « condition ».

76. Se référant au texte adopté en 1963, M. Ago souligne l'importance de deux des dispositions qui y étaient contenues : le paragraphe 2 et l'alinéa *a* du paragraphe 3. Si beaucoup de traités prévoient la possibilité de la dénonciation, ils précisent aussi le plus souvent que cette dénonciation ne devient effective que passé un certain délai ; dans ces conditions, le traité lui-même ne peut prendre fin ou cesser de s'appliquer à la partie qui se retire que lorsque la dénonciation est devenue effective. M. Ago croit que ce serait une erreur de supprimer ces deux dispositions fort utiles.

77. M. CASTRÉN rappelle qu'au cours de la discussion de cet article en 1963, il en avait proposé la suppression, à l'exception de l'alinéa *b* du paragraphe 3 dont la deuxième phrase énonçait une règle de droit utile, le reste de l'article n'ayant qu'un caractère descriptif. M. Castrén n'a pas changé d'avis ; l'étude des observations des gouvernements l'a même confirmé dans son opinion.

78. Fidèle à son attitude conciliatrice, le Rapporteur spécial fait une grande concession dans la nouvelle rédaction qu'il propose, en condensant en une seule phrase tous les éléments descriptifs précédemment contenus dans trois paragraphes. Néanmoins, il n'a pas pu changer la nature de ces éléments. D'autre part, il a complété l'article en y traitant aussi le cas de la suspension de l'exécution d'un traité.

79. Malgré ces efforts, M. Castrén éprouve toujours de la difficulté à accepter même la nouvelle rédaction qui prête encore à la critique. Tout d'abord le titre, pourtant très long, ne fait pas mention du retrait d'une partie à un traité multilatéral, défaut sans grande importance assurément.

80. Le paragraphe 1 donne l'impression — si l'on fait abstraction du titre, lequel sera peut-être supprimé par la conférence diplomatique qui sera chargée de continuer le travail de la Commission — que tous les traités contiennent des dispositions relatives à leur terminaison, à la suspension de leur exécution, ou au retrait d'une partie quand il s'agit d'un traité multilatéral, et que l'article indique les seuls modes de terminaison, de suspension ou de retrait. Certes, le projet d'articles doit être lu dans son ensemble, mais il importe néanmoins de rédiger chaque règle de manière à éliminer autant que possible les malentendus. A cet égard, l'ancien texte était meilleur.

81. Le paragraphe 2 devrait être retenu mais il faudrait y insérer une réserve concernant les dispositions contraires qui peuvent éventuellement figurer dans le traité.

82. M. DE LUNA appuie les observations de M. Ago. Il est bon de simplifier mais il ne faut pas pousser trop loin la simplification. En particulier, l'alinéa *a*) du paragraphe 3 du texte adopté en 1963 était assez important. Le nouveau texte ne tient aucun compte du cas, pourtant très fréquent, où selon le traité, la dénonciation ne prend effet qu'au bout d'un certain temps et où, jusqu'à expiration du délai fixé, la partie est tenue de s'acquitter des obligations inscrites dans le traité. Faute d'une règle à ce sujet — qui pourrait être une règle supplétive — la dénonciation d'un traité multilatéral serait un moyen trop facile pour un Etat d'échapper aux obligations d'un régime multilatéral. Sans doute le problème est-il avant tout un problème de rédaction.

83. Le PRÉSIDENT cite, à l'appui de ce que M. de Luna vient de dire, le cas de la Convention sur l'établissement d'une organisation européenne pour la recherche nucléaire dont l'article 12 stipule qu'un Etat membre ne pourra notifier par écrit qu'il se retire de l'organisation qu'après que sept années se seront écoulées depuis l'entrée en vigueur de la Convention, cette disposition étant nécessaire pour que le CERN soit assuré d'amortir ses installations très coûteuses¹⁰.

84. M. BRIGGS voudrait connaître les rapports qui existent entre les dispositions de l'article 38 et celles de l'article 40, qui exigent l'accord de toutes les parties pour mettre fin à un traité.

85. Bien que le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial soit meilleur que celui de 1963, M. Briggs n'est toujours pas convaincu que cet article soit nécessaire.

86. M. TOUNKINE persiste à penser, comme en 1963, que cet article ne traite pas d'une question d'importance majeure. Comme les anciens paragraphes 1, 2 et 3a), le nouveau paragraphe 1 énonce une vérité évidente et ne présenterait aucun inconvénient si l'ensemble de la Commission décidait de le conserver.

87. Le paragraphe 2 énonce une règle juridique utile, le cas qui y est envisagé pourrait se produire, bien qu'à sa connaissance aucun différend n'ait surgi à propos du point dont ce paragraphe fait l'objet.

88. Dans l'ensemble, M. Tounkine préfère le texte du Rapporteur spécial parce qu'il est plus court.

89. M. VERDROSS partage l'avis de M. Tounkine. Le paragraphe 1 de la nouvelle rédaction n'est pas indispensable, car il énonce une évidence élémentaire. Au contraire, le paragraphe 2 contient une règle qui n'a jamais encore été formulée dans le droit international. Pourtant, M. Verdross n'aurait aucune objection à maintenir dans sa totalité le texte proposé par le Rapporteur spécial.

90. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, répondant à M. Ago, déclare qu'il faut garder présentes à l'esprit les dispositions de l'article 53 relatives aux conséquences juridiques de la terminaison d'un traité. La question de savoir à quel moment un traité prend fin à la suite de sa dénonciation est réglée par le nouveau paragraphe 1, qui vise tout traité prenant fin « par l'effet de ses propres dispositions » ; il est donc clair que le

¹⁰ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 200, p. 149.

traité prendra fin conformément aux dispositions qui y sont inscrites, y compris celles qui traitent de la notification de la terminaison.

91. Le Rapporteur spécial propose que l'article 38 soit renvoyé au Comité de rédaction pour qu'il l'examine en tenant compte des observations faites au cours du débat.

*Il en est ainsi décidé*¹¹.

La séance est levée à 13 heures.

¹¹ Pour la reprise du débat, voir 841^e séance, par. 5 à 11 ; voir également 836^e séance, par. 53 à 55.

829^e SÉANCE

Mercredi 12 janvier 1966, à 10 heures

Président: M. Milan BARTOŠ

Présents: M. Ago, M. Amado, M. Bedjaoui, M. Briggs, M. Cadieux, M. Castrén, M. de Luna, M. Pesson, M. Rosenne, M. Tounkine, M. Verdross, Sir Humphrey Waldoock, M. Yasseen

Droit des traités

(A/CN.4/183 et Add.1 à 3 ; A/CN.4/L.107)

[Point 2 de l'ordre du jour]
(Suite)

ARTICLE 39 (Traité ne contenant pas de dispositions relatives à sa terminaison)

Article 39

Traité ne contenant pas de dispositions relatives à sa terminaison

Un traité qui ne contient pas de disposition relative à sa terminaison et qui ne prévoit pas qu'on puisse la dénoncer ou s'en retirer n'est pas susceptible de dénonciation ou de retrait, à moins que le caractère du traité et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, ou les déclarations des parties, n'indiquent qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait. Dans ce dernier cas, une partie peut dénoncer le traité ou s'en retirer par une notification en ce sens adressée aux autres parties ou au dépositaire au moins douze mois à l'avance. (A/CN.4/L.107, p. 36.)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 39 dont le Rapporteur spécial propose de modifier le titre et le texte comme suit :

Traité ne contenant pas de dispositions relatives à sa terminaison ou à la suspension de son application

1. Un traité qui ne contient pas de disposition relative à sa terminaison et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ou en suspendre l'application, n'est susceptible de dénonciation, de retrait ou de suspension d'application par une

partie que s'il découle du traité, des travaux préparatoires au traité ou des circonstances dans lesquelles il a été conclu que les parties avaient l'intention d'admettre la possibilité d'une dénonciation, d'un retrait ou d'une suspension de l'application du traité.

2. Une partie doit dans tous les cas notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer le traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application conformément aux dispositions du paragraphe 1. (A/CN.4/183/Add.1, p. 39.)

2. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, expose que les gouvernements approuvent dans l'ensemble le principe général qui est à la base de l'article 39 et reconnaissent que, si les Etats intéressés ont manifesté une intention à cet effet, ils peuvent dénoncer un traité ou cesser d'y être partie même si celui-ci ne contient aucune disposition à ce sujet.

3. Dans ses observations, Sir Humphrey a fait l'analyse d'un certain nombre de suggestions que les Gouvernements ont formulées pour améliorer le texte et a rédigé une nouvelle version de l'article composée de deux paragraphes distincts, ce qui permet une présentation plus claire et plus simple.

4. Compte tenu des débats qui se sont déroulés au Comité de rédaction à propos d'autres articles, il faudrait peut-être remplacer la formule « n'est susceptible de dénonciation... que s'il découle du traité » par la formule négative « n'est pas susceptible de dénonciation... à moins qu'il ne découle du traité ».

5. M. YASSEEN croit que le libellé de l'article n'exclut pas certains doutes sur le point de savoir si la possibilité de terminaison, de suspension ou de dénonciation, envisagée dans cet article a pour base le traité lui-même ou un accord tacite des parties. Or, il faut éviter dans cet article que cette base puisse être un accord tacite des parties, puisque la terminaison des traités par accord des parties fait l'objet d'un autre article. La terminaison envisagée ne peut donc reposer que sur le traité lui-même, ou plus exactement sur le sens du traité. Mais comment découvrir le sens du traité sinon par application des règles d'interprétation qui sont déjà inscrites dans le projet ?

6. Or, l'article 39 ne paraît pas concorder tout à fait avec les articles déjà adoptés concernant l'interprétation. L'article 39 érige le recours aux travaux préparatoires en procédé autonome de déterminer l'intention des parties, tandis que dans l'article 70 le recours aux travaux préparatoires et aux circonstances de la conclusion du traité est un procédé auxiliaire à n'employer qu'après les moyens prévus dans l'article 69.

7. Du point de vue de la présentation, la nouvelle rédaction, qui scinde l'article en deux paragraphes, est une réelle amélioration.

8. M. VERDROSS partage les hésitations de M. Yasseen en ce qui concerne le paragraphe 1 du texte proposé par le Rapporteur spécial. Ce paragraphe affaiblit le principe *pacta sunt servanda*.

9. De plus, il recèle une certaine contradiction : en effet, si le traité ne contient pas de dispositions relatives à sa terminaison, il est difficile de dire qu'il « découle du traité » que les parties avaient l'intention d'admettre la dénonciation. Il faudrait au moins éliminer le terme