

Document:-
A/CN.4/SR.835

Compte rendu analytique de la 835e 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>)*

qu'un tribunal international estime avoir été obtenu par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de la Charte des Nations Unies est nul. » La seule question qui se pose est de savoir lequel de ces deux textes est le meilleur. On a soutenu qu'un libellé comme celui du second texte entraverait le développement du droit international ; mais, personnellement, il estime que le développement ordonné du droit international exige que l'on prévoie le recours à des procédures judiciaires.

75. Quant au libellé de l'article 44, M. Briggs approuve le maintien de l'épithète « essentielle » qui a pour effet de restreindre l'application de la règle. D'autre part, l'expression « fait ou état de choses » est plus précise que le terme « circonstances », mais on peut laisser au Comité de rédaction le soin de régler la question.

76. M. VERDROSS, répondant à M. Ago, souligne qu'il faut distinguer entre exécution et validité d'un traité. Si un Etat cède par traité un certain territoire à un autre Etat, une fois que cette cession est opérée, on peut dire que le traité est exécuté, mais on ne peut pas dire qu'il cesse d'exister ; un siècle plus tard, il peut encore s'élever des différends quant à l'interprétation de ce traité. Mais il y a aussi d'autres cas similaires. Par exemple, dans le traité d'Etat de 1955, l'Autriche s'est engagée à livrer à l'URSS une certaine quantité de pétrole en une période déterminée ; la livraison terminée, le traité est exécuté, mais des contestations peuvent encore s'élever quant à la quantité ou la qualité du pétrole livré, etc. Le principe qui est à la base de ce paragraphe ne s'applique donc pas seulement aux traités relatifs au territoire d'un Etat. M. Verdross persiste donc à penser que la clause *rebus sic stantibus* ne peut être invoquée dans de tels cas.

77. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il n'a pas changé d'avis depuis 1963. Une règle concernant l'application de la doctrine *rebus sic stantibus* est indispensable en droit international, et cette nécessité résulte de l'évolution du droit international. Toutefois, la règle doit être formulée avec le plus grand soin pour ne pas nuire à la stabilité des traités. La règle fondamentale est *pacta sunt servanda*, mais il est des cas où les circonstances ont tellement changé qu'il ne servirait à rien pour l'ordre international de maintenir un traité devenu anachronique et où, par conséquent, il doit être possible de faire exception à cette règle.

78. Comme M. Verdross, M. Bartoš estime qu'un traité déjà exécuté ne doit pas tomber sous le coup de l'article 44. Ce ne sont pas seulement les traités qui fixent une frontière qu'on doit considérer comme étant exécutés, mais aussi de nombreux traités qui instituent un certain régime entre des Etats. De tels traités font l'objet de deux sortes d'exécution : il y a d'abord une exécution immédiate, qui établit les conditions du régime, et ensuite une exécution prolongée, qui maintient ledit régime. La doctrine *rebus sic stantibus* ne doit s'appliquer à de tels traités qu'avec un maximum de précautions, de façon à ne pas bouleverser le régime établi.

79. Pour prévenir d'éventuels abus, il importe de souligner que la règle proposée vise le cas exceptionnel où un élément déterminant de la conclusion du traité a été modifié. Il appartient au Comité de rédaction de trouver la formule qui offrira le plus de garantie.

80. Une règle relative à l'application de la doctrine *rebus sic stantibus* doit figurer dans le projet de la Commission, pour que les Etats qui participeront à la conférence de plénipotentiaires chargée de donner suite au projet puissent se rendre compte de l'importance de la question et soient mis en garde contre le danger d'abus de cette doctrine.

81. M. AMADO dit que jamais peut-être il n'a suivi une discussion avec autant d'intérêt, ni éprouvé autant de satisfaction à voir la règle juste se dégager peu à peu de la gangue qui l'entourait. Chaque membre de la Commission a contribué à faire avancer la question en manifestant les qualités qui lui sont propres. Il reste au Comité de rédaction à choisir les expressions les meilleures et à éliminer les petites différences qui subsistent entre les libellés de l'article dans les différentes langues.

La séance est levée à 13 heures.

835^e SÉANCE

Jeu­di 20 janvier 1966, à 10 heures

Président: M. Milan BARTOŠ

Présents: M. Ago, M. Amado, M. Briggs, M. Castrén, M. Jiménez de Aréchaga, M. de Luna, M. Pessou, M. Rosenne, M. Ruda, M. Tounkine, M. Tsuruoka, M. Verdross, Sir Humphrey Waldo­ck, M. Yasseen.

Droit des traités

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

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

ARTICLE 44 (Changement fondamental des circonstances)
(suite) ¹

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de l'article 44.

2. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, déclare que son attitude à l'égard de cette question n'a guère varié depuis qu'il a présenté son deuxième rapport en 1963. On trouve, tant dans la pratique des Etats que dans la doctrine, de trop nombreuses indications montrant l'existence d'une règle ou d'une théorie selon laquelle un changement fondamental des circonstances peut compromettre le maintien en vigueur d'un traité pour qu'on puisse passer la question sous silence. La Commission avait le choix entre deux solutions : soit de déclarer que pareille règle n'existe pas, soit d'essayer de la définir avec assez de rigueur pour qu'elle puisse être acceptée dans le cadre de la codification du droit des traités. Or, la première méthode a été écartée parce

¹ Voir 833^e séance, à la suite du par. 48, et par. 49.

qu'il était certain qu'elle ne recevrait pas l'appui de la majorité des gouvernements. Ayant opté pour la seconde méthode, la Commission s'est acquittée de sa tâche dans une large mesure en définissant strictement les conditions d'application de la règle. Certes, on peut toujours améliorer le libellé de l'article 44, mais le fait est que la Commission a mis au point un texte qui, s'il est appliqué de bonne foi, devrait éliminer toute possibilité d'invoquer de manière abusive le principe *rebus sic stantibus*.

3. Certains membres de la Commission ont fait observer que l'article 44 pourrait compromettre gravement la stabilité des traités, à moins qu'il ne contienne des garanties de procédure imposant aux parties l'obligation d'épuiser tous les moyens de règlement par la voie des négociations, voire même une clause prévoyant le règlement judiciaire des différends. Sir Humphrey reconnaît que ce point de vue peut se justifier, mais, à son avis, il n'y a aucune raison d'entourer la règle énoncée à l'article 44 de garanties de procédure, alors qu'on ne l'a pas fait pour l'article 37 relatif au *jus cogens* qui présente un danger autrement plus grand pour la stabilité des traités. Les dispositions de l'article 44 sont certainement moins susceptibles d'une interprétation trop large que celles de certains autres articles dans lesquels la Commission n'a pas introduit de garanties de ce genre.

4. Ce que la Commission doit faire, c'est de veiller à ce que l'application des dispositions de l'article 44 soient liées aux dispositions de procédure prévues à l'article 51, afin de fournir les garanties nécessaires contre une application purement arbitraire de la doctrine du changement fondamental des circonstances.

5. En fait la règle *pacta sunt servanda* elle-même empêche tout Etat, agissant de bonne foi, d'invoquer abusivement les dispositions de l'article 44. Le projet d'articles sur le droit des traités étant destiné à devenir une convention internationale, l'application de cette dernière selon les règles de la bonne foi constituerait une garantie supplémentaire contre les abus.

6. Il est presque impossible d'empêcher tel ou tel Etat d'appliquer le droit de manière arbitraire en donnant à une règle juridique une interprétation jugée inadmissible par d'autres Etats. Dans l'état actuel du droit international, la protection absolue est impossible. A cet égard, l'article 44 ne pose pas plus de problèmes que d'autres articles du projet, voire même d'autres sujets du droit international.

7. La formulation stricte du texte de l'article lui-même vise à diminuer les dangers que présente la doctrine adoptée. Tous les membres de la Commission se sont accordés à penser que le texte devrait être rédigé de manière aussi rigoureuse que possible, pour bien préciser que la doctrine *rebus sic stantibus* ne peut être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles.

8. Quant au libellé de l'article, le Rapporteur spécial constate que la majorité des membres acceptent la suggestion tendant à fusionner les deux premiers paragraphes du texte de 1963 et à supprimer ainsi l'ancien paragraphe 1 dont le but était de souligner le caractère exceptionnel des cas où l'on peut recourir à la notion de changement fondamental des circonstances. On a pensé, en effet, que l'avantage d'ordre psychologique ainsi obtenu ne com-

pensait pas le manque d'élégance de la méthode consistant à affirmer dans le paragraphe introductif ce qui est déjà énoncé sous forme d'une règle dans le paragraphe suivant.

9. Le Comité de rédaction a maintenant décidé de rédiger sous une forme négative les articles de la série dont l'article 44 fait partie. Le paragraphe 1 du texte de 1963 stipulait qu'une partie ne peut invoquer le changement des circonstances « comme raison pour mettre fin au traité ou pour cesser d'y être partie, que dans les conditions prévues dans le présent article », tandis que le paragraphe 2 précisait les conditions d'application du paragraphe 1. Si la règle est maintenant énoncée sous une forme négative, les paragraphes 1 et 2 peuvent être fusionnés en un paragraphe unique stipulant qu'un changement fondamental des circonstances « ne peut pas être invoqué comme raison pour mettre fin au traité, à moins que... ». Cette rédaction permettrait de mettre l'accent là où il le faut avec autant de rigueur que pour les deux anciens paragraphes adoptés en 1963.

10. Le Rapporteur spécial accepte la suggestion de M. Ago tendant à transférer à la phrase introductive du paragraphe 1 l'idée contenue dans l'alinéa *c* de ce paragraphe bien que, du moins pour ce qui est du texte anglais, il ne puisse y avoir de doute que les conditions énoncées aux alinéas *a*, *b* et *c* sont cumulatives ; dans le contexte juridique anglais, les dispositions de ces trois alinéas ne peuvent jamais être interprétées de manière disjonctive. Cela dit, on peut remanier le paragraphe 1 à peu près comme suit :

« Un changement fondamental qui s'est produit en ce qui concerne les circonstances — ou un fait ou un état de choses — existant au moment de la conclusion du traité et qui n'était pas prévu par le traité ne peut pas être invoqué par une partie comme motif pour mettre fin au traité ou pour cesser d'y être partie, à moins que : »

Ce texte serait suivi des paragraphes *a* et *b*. Cette façon de formuler la règle aurait l'avantage de séparer les conditions énoncées dans les alinéas *a* et *b*, tout en permettant d'obtenir l'effet cumulatif souhaité.

11. Sir Humphrey propose de renvoyer au Comité de rédaction les diverses suggestions faites au sujet des mots « un fait ou un état de choses » ainsi que la proposition tendant à employer le mot « circonstances ». Il comprend l'idée qui est à la base de la proposition de M. Tounkine, mais il estime que le mot « fait », s'il est employé seul, doit être interprété de façon extrêmement étroite pour conférer à la règle elle-même le caractère rigoureux qu'on veut lui donner.

12. Le Rapporteur spécial estime que, dans l'alinéa *a*, l'emploi du mot « essentielle » est indispensable pour mettre le texte à l'abri de toute interprétation abusive. Si l'on se contentait de dire, sans autres précisions, qu'un fait ou un état de choses doit avoir constitué une « base » du consentement des parties, on donnerait aux dispositions de l'article une portée trop large.

13. Quant à l'alinéa *b*, la Commission semble approuver dans l'ensemble la proposition tendant à y insérer le mot « continues ». Cette épithète permet de tenir compte dans une certaine mesure du point qu'a soulevé M. Ver-

dross au paragraphe 2, à propos de la distinction entre les clauses d'un traité qui sont exécutées et celles qui restent à exécuter.

14. Le Rapporteur spécial ne partage pas l'opinion selon laquelle le paragraphe 2 vise à exclure les traités déjà exécutés et c'est pourquoi il ne peut pas accepter la modification de rédaction proposée par M. Verdross. Le paragraphe 2 a pour objet d'exclure du champ d'application de l'article les traités relatifs à des règlements de frontière. Si l'on a exclu ces traités, ce n'est pas parce que ce sont des traités dont les dispositions ont été « exécutées » mais parce que des traités de ce genre visent à créer une situation stable. Ce serait contraire à la nature même de tels traités que de les subordonner à la règle *rebus sic stantibus*. Dans une récente affaire d'arbitrage, M. Ruda et le Rapporteur spécial ont eu à s'occuper de problèmes découlant d'un traité de délimitation de frontières vieux de plus d'un demi-siècle et il leur serait extrêmement difficile d'admettre la thèse selon laquelle un traité de ce genre peut être considéré comme étant entièrement exécuté et ayant cessé d'être en vigueur.

15. La question de savoir quels sont les traités visés par l'exception énoncée au paragraphe 2 est essentiellement une question de fait. Dans le cas de règlements territoriaux, il peut arriver que les dispositions du traité soient en apparence intégralement exécutées, mais que des problèmes surgissent ultérieurement à propos de l'interprétation ou de l'application d'une obligation stipulée dans le traité.

16. Certes, il est difficile de définir les traités que vise l'exception prévue au paragraphe 2. Certains membres ont exprimé l'avis qu'il suffirait de se référer aux traités qui fixent des frontières. Toutefois, une formule de ce genre risque de créer une équivoque ; l'expression « fixer une frontière » a un sens tellement précis — à savoir celui de la délimitation proprement dite des frontières — qu'elle exclurait des cas tels que la cession d'une île comme l'Heligoland.

17. Le Rapporteur spécial avait suggéré d'insérer dans l'article 44 un paragraphe analogue à celui du paragraphe 3 de son nouveau texte de l'article 43 et stipulant que, si le changement des circonstances a résulté des violations du traité par une partie, celle-ci ne peut pas invoquer le changement comme motif pour mettre fin au traité. Un gouvernement a été d'avis que l'exclusion devrait s'appliquer à toute partie qui aurait, par ses agissements, provoqué le changement des circonstances, mais Sir Humphrey n'a pas voulu aller si loin. Quoi qu'il en soit, sa suggestion n'a pas suscité beaucoup d'observations de la part des membres de la Commission et devrait peut-être être renvoyée au Comité de rédaction.

18. Enfin, le Rapporteur spécial a soumis à l'examen de la Commission une proposition tendant à insérer dans l'article 44 un paragraphe prévoyant l'octroi d'une compensation équitable en cas d'enrichissement sans cause, analogue au paragraphe 4 de son nouveau texte de l'article 43, mais il n'en préconise pas personnellement l'adoption. La Commission devrait peut-être examiner la question de savoir s'il convient d'insérer une telle disposition dans le projet d'articles et si cette disposition doit s'appliquer à la fois à l'article 43 et à l'article 44,

lorsqu'elle abordera l'examen de l'article 53 concernant les conséquences juridiques du fait qu'un traité prend fin.

19. M. VERDROSS précise, pour dissiper le malentendu qui semble s'être glissé entre le Rapporteur spécial et lui-même, qu'il approuve l'idée qui est à la base du paragraphe 2 de la nouvelle version. Ce qu'il a voulu dire, c'est que les traités qui fixent une frontière et les traités qui opèrent un transfert de territoire ne sont pas les seuls auxquels la clause *rebus sic stantibus* soit inapplicable.

20. D'une manière plus générale, cette clause ne peut être invoquée en ce qui concerne les traités qui sont complètement exécutés, mais M. Verdross n'a jamais dit que les traités complètement exécutés cessent d'être valables : au contraire, ils continuent d'exister en tant que traités et leur interprétation peut encore donner lieu à des différends.

21. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission accepte de renvoyer l'article 44 au Comité de rédaction pour qu'il l'examine en tenant compte de la discussion.

*Il en est ainsi décidé*².

ARTICLE 45 (Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général)

Article 45

Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général

1. Un traité devient nul et prend fin lorsqu'une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37 est établie et si le traité est incompatible avec cette norme.

2. Dans les conditions stipulées à l'article 46, si seulement certaines clauses du traité sont incompatibles avec la nouvelle règle, ces seules clauses deviennent nulles. (A/CN.4/L.107, p. 41.)

22. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 45 pour lequel le Rapporteur spécial a proposé dans son cinquième rapport (A/CN.4/183/Add. 3, p. 25) un texte remanié du paragraphe 2 ainsi conçu :

Si certaines clauses seulement du traité sont incompatibles avec la nouvelle norme et si les conditions stipulées au paragraphe 1 de l'article 46 sont applicables, seules ces clauses seront frappées de nullité.

Il propose également de remplacer les mots « lorsqu'une » par les mots « si une » à la première ligne du paragraphe 1.

23. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, signale qu'il y a eu peu de commentaires détaillés au sujet de l'article 45 et que les gouvernements qui en ont fait se sont bornés à renvoyer aux observations qu'il avait présentées pour l'article 37, en insistant à nouveau sur les difficultés inhérentes à la règle du *jus cogens* elle-même.

24. M. Liu a soumis par écrit quelques observations qui s'appliquent à la fois à l'article 37 et à l'article 45 et qui concordent avec celles de certains gouvernements.

25. Le paragraphe 2 traite du problème de la divisibilité. La Commission avait établi une distinction entre l'ar-

² Pour la reprise du débat, voir 842^e séance, par. 38 à 57.

ticle 37 et l'article 45 en ce sens qu'elle autorisait la divisibilité pour ce dernier article, mais non pour le premier. Même si la Commission se décidait en fin de compte à traiter l'ensemble de la question de la divisibilité dans un article unique, il y aurait encore de très bonnes raisons de maintenir le paragraphe 2 pour souligner la différence existant entre les deux articles précités.

26. Au paragraphe 1, Sir Humphrey propose une modification de rédaction, le remplacement des mots « lorsqu'une » par les mots « si une », de façon à bien indiquer que la règle ne s'applique qu'à un genre de cas exceptionnel. Le terme « lorsqu'une » pourrait en effet donner l'impression que les cas envisagés se produisent dans le cours normal des événements.

27. Il a conservé les mots « un traité devient nul » pour répondre au vœu de la Commission. Cependant certains gouvernements ont fait observer qu'il n'était pas très élégant d'utiliser cette expression parce que le résultat est un cas de nullité dont les conséquences sont envisagées, non pas à l'article 52 où il s'agit des conséquences juridiques de la nullité d'un traité, mais à l'article 53 qui traite des conséquences juridiques de la terminaison d'un traité. Personnellement, il préférerait employer une expression différente pour décrire les conséquences de la survenance d'une nouvelle règle du *jus cogens*. A son avis, la situation qui résulte de l'article 45 est que l'exécution du traité est devenue contraire au droit international et que le traité a en conséquence pris fin.

28. M. YASSEEN est d'avis que l'article 45 doit être maintenu. En 1963, la Commission avait été unanime à estimer que la nullité envisagée dans cet article était une nullité *ex nunc* ; c'était pour souligner ce point que la conjonction « lorsque » avait été préférée à « si ». Toutefois, M. Yasseen accepte la nouvelle rédaction, car pour lui l'expression « devient nul » suffit à indiquer très nettement que la nullité en question n'est pas rétroactive. Les Etats n'ont commis aucune faute en concluant le traité ; par conséquent, si une nouvelle règle impérative vient ultérieurement contredire le traité, celui-ci ne saurait être nul *ab initio*.

29. Sur la question de la divisibilité, M. Yasseen n'a pas d'objection à formuler quant au fond. Le principe de la divisibilité n'est pas admis lorsque le traité est nul *ab initio* comme contraire à une règle de *jus cogens* existant au moment de la conclusion — cas réglé à l'article 37 — mais il doit l'être lorsque la règle du *jus cogens* apparaît après la conclusion du traité. Toutefois, puisque la Commission envisage de traiter toute la question de la divisibilité dans un article à part, il n'y a aucune raison de faire une exception à ce système pour la seule matière qui est l'objet de l'article 45. La disposition relative à la divisibilité ayant été supprimée provisoirement dans chacun des articles concernant les cas de nullité ou de terminaison des traités, il faut la supprimer aussi dans l'article 45, c'est-à-dire supprimer le paragraphe 2 jusqu'à examen approfondi de toute la question à propos de l'article 46.

30. M. CASTRÉN réitère la proposition qu'il avait faite au cours de la discussion sur l'article 37, de fusionner les articles 37 et 45 ; il espère que le Comité de rédaction voudra bien examiner cette proposition.

31. Il accepte la modification de forme proposée au paragraphe 1 par le Rapporteur spécial, mais souhaiterait que cette disposition soit améliorée aussi quant au fond. À son avis, c'est une sanction trop sévère que de déclarer un traité nul à cause de la survenance d'une nouvelle règle impérative du droit international général. Le traité a été valide jusqu'au moment où le droit international a changé. Or un acte déclaré « nul » est en général nul *ab initio*. Cette opinion est partagée, semble-t-il, par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, ainsi qu'il ressort du cinquième rapport du Rapporteur spécial. Le rapport mentionne également que la délégation du Salvador, à la sixième Commission de l'Assemblée générale, a proposé de commencer le texte espagnol par les mots « *Un tratado se extingue cuando* » sans parler de nullité (A/CN.4/183/Add.3, p. 24). Au paragraphe 2 du commentaire sur l'article 45 adopté en 1963, la Commission a elle-même déclaré : « Elle [c'est-à-dire la règle] ne rend pas nul le traité, elle interdit qu'il continue d'être appliqué³. »

32. Comme suite aux observations qui précèdent, et aussi pour simplifier le paragraphe 1 de l'article 45, M. Castrén propose la rédaction suivante :

« 1. Un traité prend fin s'il est incompatible avec une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37, survenue après que le traité est entré en vigueur. »

33. Quant au paragraphe 2, il n'est sans doute pas nécessaire, puisque toute la question de la divisibilité peut être réglée à l'article 46. Si toutefois la Commission préfère maintenir ce paragraphe, M. Castrén propose de remplacer, dans la nouvelle rédaction, les mots « seront frappées de nullité » par les mots « prennent fin ».

34. M. AGO est persuadé pour sa part que l'expression « devient nul » indique clairement que la nullité en question est une nullité *ex nunc*. Si certains membres de la Commission estiment que la nullité, par sa nature même, est forcément une nullité *ex tunc*, mieux vaut dissiper toute équivoque en ajoutant que le traité « prend fin ».

35. M. VERDROSS propose de remplacer, au paragraphe 1, les mots « nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37 » par les mots « nouvelle norme ayant le caractère de *jus cogens* ». Cette rédaction serait plus simple, plus claire et aurait l'avantage d'éliminer l'adjectif « impérative » qui fait pléonasmie puisque toute norme est impérative.

36. M. AGO reconnaît qu'en français le mot « impératif » signifie « à quoi il ne peut être dérogé » ; l'adjectif correspondant employé dans d'autres langues n'a peut-être pas tout à fait la même signification, mais dans chaque langue, il faut employer les termes qui sont usuels dans cette langue.

37. M. de LUNA déclare qu'il est opposé à la proposition de M. Castrén de fusionner les articles 45 et 37 pour la raison même qu'il appuie l'opinion de ce dernier sur le fond de l'article. Le cas envisagé dans l'article 45

³ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 220.

est celui de la terminaison ou de l'extinction d'un traité qui a été valablement en vigueur. Ce traité ne peut plus être appliqué en raison de la survenance d'une nouvelle règle du *jus cogens*. C'est un cas d'impossibilité juridique d'exécution de l'objet du traité, parallèle au cas de l'article 43 où l'exécution du traité est devenue matériellement impossible.

38. De ce point de vue, les situations prévues aux articles 37 et 45 sont radicalement différentes et devraient être traitées en conséquence dans des articles distincts. Dans le cas visé à l'article 37, le traité est nul *ab initio* ; dans le cas de l'article 45, en revanche, un traité dont l'objet original était parfaitement licite a pris fin ultérieurement à la suite de la survenance d'une nouvelle règle du *jus cogens* rendant son exécution juridiquement impossible.

39. M. de Luna est d'avis, comme M. Yasseen, que le problème de la divisibilité devrait faire l'objet d'un seul article général et que le paragraphe 2 devrait en conséquence être supprimé.

40. Il ne voit pas comment le terme « impérative » pourrait, dans n'importe quelle langue, exprimer l'idée d'une norme constitutionnelle. Comme il l'a fait remarquer au cours de la discussion de l'article 37 (A/CN.4/SR.828, par. 34), la meilleure définition du *jus cogens* serait peut-être, selon les termes mêmes prononcés par M. Bartoš en 1963, « la superstructure de la communauté internationale qui se forme avec l'évolution de la société internationale » et « le minimum de règles de conduite nécessaire pour que les relations internationales ordonnées soient possibles »⁴. Ces règles minimales procèdent de la conscience de la communauté internationale à un moment donné de son évolution historique.

41. Il est essentiel, pour ces raisons, de définir dans tous leurs détails, les implications d'une règle du droit international ayant le caractère de *jus cogens*.

42. M. AMADO appuie la proposition de M. Verdross de supprimer le mot « impérative ». Le sens du paragraphe 1 n'en serait pas modifié, car le renvoi à l'article 37 montre clairement qu'il s'agit d'une règle de *jus cogens*.

43. D'autre part, M. Amado invite le Comité de rédaction à bien examiner s'il convient de maintenir l'expression double : « Un traité devient nul et prend fin. »

44. M. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA pense que la Commission a agi sagement en maintenant séparées les dispositions des articles 37 et 45. Le cas envisagé à l'article 37 est un cas de nullité, tandis que celui de l'article 45 est un cas de terminaison.

45. L'idée contenue dans l'article 45 est nouvelle en droit international, mais non dans d'autres branches du droit. Les pays qui possèdent une constitution aux règles rigides sont depuis longtemps familiarisés avec le problème du conflit entre le droit constitutionnel et la loi. Dans ces pays, une distinction est faite entre les cas où la loi est en conflit avec une règle préexistante de droit constitutionnel et les cas où une loi entre en conflit avec une règle de droit constitutionnel adoptée subséquentement et la Cour constitutionnelle italienne ainsi que les

cours constitutionnelles et les cours suprêmes de certains pays d'Amérique latine ont établi une nette distinction entre les effets du conflit de lois dans les deux cas susmentionnés. Lorsqu'une loi a été adoptée en violation d'une norme constitutionnelle préexistante, cette loi est nulle car, en l'adoptant, le pouvoir législatif a outrepassé ses pouvoirs. Si, au contraire, une loi entre en conflit avec une norme de droit constitutionnel subséquente, il s'agit d'un cas d'abrogation. Puisqu'une disposition législative est automatiquement abrogée par la promulgation ultérieure d'une autre loi incompatible avec la précédente, *a fortiori* une disposition législative sera abrogée par l'adoption subséquente d'une norme de droit constitutionnel qui est en conflit avec elle.

46. Pour ces raisons, M. Jiménez de Aréchaga partage l'avis que l'expression « devient nulle » n'est pas appropriée au paragraphe 1 qui devrait énoncer simplement que le traité prend fin. Les effets de l'apparition d'une nouvelle règle de *jus cogens* sont formulés de manière satisfaisante par l'expression « prend fin » qui figure dans la version française.

47. Pour ce qui est du paragraphe 2, M. Jiménez de Aréchaga estime que la question de la divisibilité doit être traitée dans son ensemble. Lorsque la Commission abordera l'examen de l'article 46, peut-être jugera-t-elle que les articles sur le *jus cogens* présentent certains traits particuliers qui justifient une référence spéciale à la divisibilité.

48. M. TOUNKINE dit que l'effet de la survenance d'une règle impérative dans le cas envisagé à l'article 45 sera analogue à celui qu'elle produit dans la situation visée à l'article 37. La seule différence est que, dans le premier cas, l'effet se produira *ex nunc* comme cela est indiqué clairement dans le texte adopté à la quinzième session, sur le sens duquel on ne saurait guère se méprendre.

49. Le renvoi à l'article 37 doit être maintenu car cet article énonce ce que l'on entend par norme impérative.

50. Comme la Commission n'a pas encore pris de décision touchant les dispositions à insérer sur la divisibilité, l'examen du paragraphe 2 devrait être ajourné.

51. M. BRIGGS pense que, si l'apparition d'une nouvelle règle impérative a pour effet d'annuler un traité *ex nunc*, il en résultera une certaine perturbation dans les expectatives des parties et la destruction d'un rapport juridique qui a été valable lorsque le traité a été conclu. Cette considération peut avoir incité le Gouvernement des Etats-Unis à interpréter l'article 37 comme ayant un effet rétroactif. M. Briggs pense qu'il y a également un élément de rétroactivité au paragraphe 2 de l'article 53.

52. Comme il l'a indiqué lors de la discussion de l'article 37, les règles de *jus cogens* énoncées aux articles 37 et 45 constituent une menace à la stabilité des traités en l'absence d'une juridiction internationale obligatoire.

53. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, souligne que la Commission se heurte à un problème de terminologie qui tient à ce que, inévitablement, chacun cherche à adapter au droit international des conceptions qui, parfois, sont particulières au système de droit interne de son propre pays.

⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, p. 83, par. 33.

54. L'expression « devient nul » est claire. Mais, d'après la théorie et la jurisprudence de beaucoup d'Etats, lorsqu'un acte juridique est déclaré nul, il est considéré comme n'ayant jamais existé, et seuls certains de ses effets sont tolérés. Dans le cas visé à l'article 45, la Commission veut que l'existence du traité ne soit pas contestée mais qu'il cesse de produire ses effets *ex nunc*.

55. De même, l'emploi de l'adjectif « impérative » s'explique par le fait que, dans les systèmes de droit dérivés du droit romain et du droit français, une règle impérative est une règle à laquelle il ne peut pas être dérogé. Or la Commission a précisément voulu souligner que la norme nouvelle dont il est question dans l'article 45 est une norme de caractère universel à laquelle il ne peut pas être dérogé. Dans certains systèmes juridiques, et surtout dans le droit administratif germanique, on distingue entre les normes impératives et les normes dispositives (permissives).

56. La Commission ferait bien de signaler, dans ses commentaires sur les articles, les difficultés que pose l'emploi de certaines expressions. Elle a peut-être tendance à exprimer ses idées de façon par trop laconique ; elle aurait intérêt à mieux s'expliquer pour être sûre d'être comprise.

57. L'article 45 pose encore la question des mesures transitoires. Si l'on introduit dans l'article des dispositions relatives aux mesures transitoires, on risque de repousser indéfiniment l'effet de la survenance d'une nouvelle norme de *jus cogens*. Mais, d'autre part, il ne fait aucun doute que, dans la pratique, les Etats chercheront des accommodements pour faire face à des situations exceptionnelles.

58. M. VERDROSS appuie les observations du Président concernant les questions de terminologie. La Commission doit songer que son projet est destiné à devenir une convention universelle, qui devra être traduite en de nombreuses langues. Elle doit donc choisir des termes qui soient compris de tous et qui soient traduisibles.

59. M. ROSENNE, se référant aux observations du Président en matière de terminologie, dit que le Comité de rédaction éprouve déjà des difficultés à rédiger des textes concordants en trois langues et qu'on ne peut attendre de lui qu'il examine des problèmes de traduction en d'autres langues. Tout ce qu'il peut ambitionner, c'est d'exprimer aussi clairement que possible les règles dans les articles eux-mêmes et d'insérer toutes les explications voulues dans le commentaire.

60. A son avis, l'aspect transitoire de la situation qui peut naître à la suite de l'apparition d'une nouvelle règle impérative est couvert par l'expression « devient nul et prend fin ».

61. M. Rosenne est pour le maintien de deux articles séparés sur le *jus cogens*, mais il convient que la distinction entre l'article 37 qui traite de la nullité *ab initio* et l'article 45 qui concerne la nullité subséquente, peut être indiquée de manière satisfaisante si l'on met l'accent sur le fait que l'article 45 a essentiellement traité à l'aspect de la terminaison. Pour ce faire, on peut supprimer dans le paragraphe 2 de l'article 53 la référence au traité devenu nul.

62. Le libellé du paragraphe 1 de l'article 45 n'est pas à modifier, mise à part la substitution suggérée par le Rapporteur spécial du mot « si » au mot « lorsque ».

63. Personnellement, M. Rosenne n'éprouve aucune inquiétude profonde pour le problème de l'effet rétroactif en ce qui concerne les articles 37 et 45, car la question sera résolue de manière satisfaisante par les règles générales du droit intertemporel dans son application à l'interprétation des traités.

64. M. AMADO estime que le mot « impérative » est à sa place dans l'article 37. Mais si, dans l'article 45, il est question d'une « nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37 », le lecteur se demandera s'il existe des normes impératives d'un autre genre que celles qui sont mentionnées à l'article 37. L'adjectif « impérative » n'est pas seulement inutile, il crée la confusion.

65. M. RUDA est d'avis de conserver au début du paragraphe 1, le texte de 1963, c'est-à-dire « Un traité devient nul et prend fin... ». En effet, le traité ne prend pas fin de lui-même, du fait que survient une nouvelle norme de *jus cogens*. Mais cette nouvelle norme fait que le traité est nul et, par conséquent, prend fin.

66. Quant à l'emploi du mot « impérative », M. Ruda partage l'avis de M. Amado. Certes, dans l'article 45, comme dans l'article 37, la notion exprimée est celle d'ordre public. L'article 37 repose sur l'hypothèse que, dans le droit international actuel, il existe des normes fondamentales d'ordre public international auxquelles aucun Etat ne peut déroger, même par voie d'accord avec un autre Etat. Cette notion, claire pour les juristes de formation latine, correspond au sens du mot anglais « *peremptory* » et non du mot français « *impérative* ». Le libellé actuel donne l'impression, comme M. Amado l'a fait observer, qu'il y a des normes de droit international général qui ne sont pas impératives, ce qui est une contradiction en soi : toutes les normes de droit international, comme de tout droit d'ailleurs, du fait qu'elles sont de droit, sont impératives.

67. Ce que l'on veut dire ici, c'est qu'il y a certaines normes d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger. Cette différence de terminologie et de conception entre le système latin et le système anglo-saxon peut être surmontée par la solution simple que M. Verdross a proposée et qui consisterait à dire « norme ayant le caractère de *jus cogens* ».

68. Quant au paragraphe 2, M. Ruda pense, comme M. Yasseen, qu'il serait prudent d'en différer l'examen jusqu'au moment où la Commission abordera l'article 46 relatif à la divisibilité d'un traité.

69. M. YASSEEN fait observer que l'expression « norme impérative » désigne en français ce que l'on entend par une règle de *jus cogens*. Toutes les règles du droit sont obligatoires, mais toutes ne sont pas impératives. A l'article 37, la Commission a donné une définition complète du *jus cogens*, règle impérative de droit international à laquelle il n'est pas permis de déroger. Dans l'article 37, on peut distinguer deux éléments, l'un étant que la règle est impérative, l'autre — explicatif pour certains, constitutif pour d'autres — étant donné qu'aucune dérogation n'y est permise. Par conséquent, lorsque

l'on dit, à l'article 45, que le traité devient nul et prend fin lorsqu'une norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37 est établie, on se réfère à l'article 37 avec ses deux éléments. Du point de vue pratique, c'est tout ce que la Commission veut dire.

70. D'autre part, certains sont d'avis qu'il faut se borner, dans l'article 45, à mentionner la terminaison du traité. M. Yasseen croit qu'il importe de mettre en évidence la cause de cette terminaison, qui est, en réalité, la nullité. Il n'y a pas d'hésitation possible : l'incompatibilité du traité avec une règle de *jus cogens* produit la nullité. On aurait tort de s'abstenir de mentionner la nullité parce qu'elle est toujours *ab initio*. De toute façon, même si certains croient que toute nullité est *ab initio*, la Commission élabore un projet de convention et elle peut parfaitement dire que, dans le cas présent, la nullité n'est pas *ab initio* et ne produit pas d'effet *ex tunc*, mais seulement *ex nunc*. Cette conclusion ressort nettement du libellé de l'article qui débute par les mots « Un traité devient nul et prend fin... ». C'est pourquoi il importe de maintenir le texte adopté en 1963 si l'on veut donner une portée claire à la notion de *jus cogens* dont la Commission prévoit les effets dans le droit des traités.

71. Pour M. AGO le problème est simple : comme il l'a déjà dit, dans chaque langue il convient d'employer le terme usuel dans cette langue pour dire ce que l'on veut dire. Il va de soi que, dans le texte français, il faut utiliser l'expression usuelle en français qui est « impérative » et, en anglais, employer le mot « *peremptory* » : ce n'est pas sans raison que l'on n'a pas recouru au mot anglais « imperative ». Cependant, si l'on veut éviter toute équivoque, on pourrait reprendre à l'article 45 la même formule exactement qu'à l'article 37, en éliminant les mots « du genre mentionné à l'article 37 » qui nuisent quelque peu à l'élégance du style ; ainsi, le paragraphe 1 de l'article 45 dirait simplement « une nouvelle norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise ».

72. Cependant, M. Bartoš a justement attiré l'attention de la Commission sur le problème de fond et sur les observations de certains juristes qui reprochent à la Commission un texte trop sec, d'application difficile. Plusieurs gouvernements, dont celui des Etats-Unis, partagent cette manière de voir. La société internationale et l'ordre juridique international n'ont pas de législateur qui puisse, d'un jour à l'autre, changer les règles du code civil et décider que telle règle devient impérative. Le processus par lequel une règle dispositive devient impérative peut être très long. Une règle impérative commence à se dégager à un certain moment, mais elle peut n'être « établie » comme telle que beaucoup plus tard.

73. D'autre part, plusieurs membres de la Commission sont d'avis de dire aussi clairement que possible que la nullité n'opère qu'à partir du moment où la norme impérative est établie. M. Ago pense que, dans ces conditions, l'on aurait peut-être intérêt à inverser la phrase et il propose, à l'intention du Comité de rédaction, le texte suivant :

« S'il se dégage une nouvelle norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise, un traité existant qui est incompatible

avec cette norme devient nul et prend fin à dater du moment où la nouvelle norme est établie. »

L'expression « il se dégage » indiquerait le processus assez long suivant lequel une norme impérative peut arriver à s'établir, tandis que l'expression « est établie » en désignerait l'aboutissement.

74. M. DE LUNA, commentant l'expression « norme impérative », rappelle que tout précepte juridique ordonne et que le *jus dispositivum* est ce qui s'oppose au *jus cogens*. Mais évidemment, il y a des normes plus impératives que d'autres et ce sont elles qui constituent le *jus cogens*. Il est plus raisonnable et plus élégant de supprimer le renvoi à l'article 37 et de définir la norme de *jus cogens* exactement comme elle l'est à l'article 37.

75. M. de Luna n'a jamais soutenu que la nullité ait toujours un effet *ex tunc*. Il y a toutes sortes de nullités : la nullité absolue, la nullité relative, celle qui peut être déclarée d'office et celle qui ne peut être déclarée qu'à la demande d'une partie et qui, par conséquent, ne produit jamais d'effet *ex tunc*, mais seulement *ex nunc*. La formule que la Commission doit choisir est donc claire et M. de Luna est d'avis de renvoyer l'article au Comité de rédaction.

76. M. TOUNKINE fait observer que la formule suggérée par M. Ago présente des inconvénients manifestes. Tout d'abord, elle s'écarte beaucoup de la structure générale de l'article 37. Ensuite, elle ne renvoie pas à l'article 37. Lors de l'examen de cet article, l'accord général s'est fait au sein de la Commission pour décider que ledit article devait être considéré en relation avec l'article 45, afin d'écartier toute possibilité de malentendu et, par conséquent, le renvoi de l'un à l'autre est nécessaire.

77. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, souligne l'utilité de cette discussion qui a porté sur un article plus compliqué peut-être qu'on ne le pensait au début. A condition de lire ensemble les articles 37 et 45, on ne saurait se méprendre sur leur signification. Certains gouvernements se sont plaints qu'après avoir fait une distinction entre la nullité et la terminaison, la Commission ait confondu ensuite ces deux notions dans les articles 52 et 53, mais c'est là un défaut auquel on peut remédier par une meilleure rédaction. Il se peut qu'il faille parfois sacrifier l'élégance à l'intérêt de la clarté, de manière à mettre en relief le lien existant entre les articles 37, 45, 52 et 53. Le mot « impérative » n'est pas indispensable à l'article 45, mais il attire l'attention du lecteur. On pourrait demander au Comité de rédaction d'examiner s'il y a lieu de le maintenir ou non. Le renvoi à l'article 37 est, bien entendu, nécessaire car il sert à relier les deux articles.

78. Il faut également demander au Comité de rédaction de se pencher sur l'observation faite par le Président qui a déclaré qu'il était nécessaire de viser les mesures transitoires qui peuvent être indispensables lors de l'apparition d'une nouvelle règle de droit international général, car l'argument selon lequel l'énoncé de la règle serait peut-être trop laconique ne manque pas de poids. Le nouveau texte suggéré par M. Ago semble viser à atténuer le projet à cet égard et à rassurer les Etats qui craignent que la règle ne soit trop imprécise, vu la difficulté de

savoir à quel moment une règle impérative est devenue établie.

79. En ce qui concerne la fusion entre les articles 37 et 45, M. Castrén n'aura pas manqué de constater que la plupart des membres sont pour la séparation de ces deux articles — c'est aussi la ferme opinion du Rapporteur spécial — sans laquelle on pourrait aboutir à une grave confusion.

80. Le PRÉSIDENT propose à la Commission de renvoyer au Comité de rédaction l'article 45 et les suggestions dont il a fait l'objet.

*Il en est ainsi décidé*⁵.

Arrangements concernant la dix-huitième session

81. Le PRÉSIDENT signale que M. Rosenne a proposé que la Commission, suivant la proposition présentée à l'Assemblée générale et adoptée par elle, décide d'ores et déjà, que sa session d'été durera douze semaines, étant entendu qu'il lui sera loisible de l'abréger si elle n'a pas besoin de se réunir aussi longtemps.

82. M. VERDROSS ne s'oppose pas à ce que la session dure douze semaines si la Commission dispose des crédits nécessaires, mais il ne sera peut-être pas en mesure d'y prendre part jusqu'au bout.

83. Le PRÉSIDENT propose à la Commission de décider que la session d'été durera, en principe, jusqu'au 22 juillet 1966.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 30.

⁵ Pour la reprise du débat, voir 842^e séance, par. 58 à 70.

836^e SÉANCE

Vendredi 21 janvier 1966, à 10 heures

Président: M. MILAN BARTOŠ

Présents: M. Ago, M. Amado, M. Briggs, M. Castrén, M. Jiménez de Aréchaga, M. de Luna, M. Pessou, M. Reuter, M. Rosenne, M. Ruda, M. Tounkine, M. Tsuruoka, M. Verdross, Sir Humphrey Waldock, M. Yasseen.

Organisation des travaux de la commission

1. Le PRÉSIDENT annonce que le Bureau de la Commission, qui s'est réuni dans la matinée, présente les recommandations suivantes :

a) La Commission étant dans l'impossibilité d'achever à la présente session l'examen de tous les articles de la deuxième partie du projet, il est recommandé qu'elle n'aille pas au-delà de l'article 51 ;

b) Il est recommandé que le Comité de rédaction accélère ses travaux et se réunisse plus souvent et que

la Commission tiende des séances plus courtes pour ménager au Comité de rédaction le temps dont il a besoin ;

c) Il est recommandé que le deuxième Vice-Président, M. Paul Reuter, soit prié de remplacer le Rapporteur général, M. Elias, empêché, et qu'il soit chargé de rédiger le rapport de la Commission sur les travaux de la présente session ;

d) Il est recommandé que les articles adoptés à la présente session soient insérés dans le rapport sans aucun commentaire et que les commentaires soient ajoutés lors de la rédaction du rapport définitif de la Commission concernant le projet d'articles sur le droit des traités ;

e) Il est proposé que la Commission exprime ses remerciements au Gouvernement de Monaco pour l'invitation qu'elle a reçue et l'hospitalité qui lui est témoignée.

Les recommandations du Bureau de la Commission sont adoptées à l'unanimité.

Droit des traités

(A/CN.4/183 et Add.1 à 4 ; A/CN.4/L.107 ; A/CN.4/L.108)

[Point 2 de l'ordre du jour]

(reprise du débat de la séance précédente)

ARTICLE 46 (Divisibilité d'un traité aux fins d'application des présents articles)

Article 46

Divisibilité d'un traité aux fins d'application des présents articles

1. Sous réserve de ce qui est prévu dans le traité lui-même ou aux articles 33, 34, 35, 42, 43, 44 et 45, la nullité d'un traité, sa terminaison ou la suspension de son application ou le retrait d'une partie au traité s'appliquent à l'ensemble du traité.

2. Les dispositions des articles 33, 34, 35, 42, 43, 44 et 45 concernant la nullité partielle d'un traité, sa terminaison partielle ou la suspension partielle de son application ou le retrait concernant certaines clauses du traité ne s'appliquent que :

a) si ces clauses sont nettement séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution

b) et s'il ne résulte pas clairement du traité ou des déclarations faites au cours des négociations que l'acceptation des clauses en question constituait une condition essentielle du consentement des parties à l'ensemble du traité. (A/CN.4/L.107, p. 41.)

2. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 46 pour lequel le Rapporteur spécial propose un nouveau titre et un nouveau texte ainsi conçus :

Motifs permettant de rendre non valides certaines clauses d'un traité, d'y mettre fin, de cesser d'y être partie ou d'en suspendre l'application

1. Lorsqu'un motif permettant de rendre un traité non valide, d'y mettre fin, de cesser d'y être partie ou d'en suspendre l'application ne porte que sur certaines clauses du traité, il pourra être invoqué uniquement à l'égard de ces clauses :

a) si lesdites clauses sont nettement séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution,

b) et s'il ne résulte pas clairement du traité ou des circonstances dans lesquelles il a été conclu que l'acceptation des clauses en question constituait une condition essentielle du consentement de l'autre partie ou des autres parties à l'ensemble du traité.

2. Toutefois, dans les cas visés aux articles 33 et 35, l'Etat qui a le droit d'invoquer le dol ou la contrainte exercée contre