

Document:-  
**A/CN.4/SR.866**

**Compte rendu analytique de la 866e séance**

sujet:  
**Droit des traités**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1966, vol. I(2)**

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

104. En revanche, Sir Humphrey n'a pu accepter la suggestion du Gouvernement d'Israël tendant à supprimer également l'alinéa *b* parce qu'il ne se distinguerait pas, quant à ses effets pratiques, des dispositions de l'article 69 qui ont trait à l'interprétation du traité en fonction de la pratique ultérieurement suivie dans son application; le Rapporteur spécial a exposé ses raisons en détail dans son cinquième rapport (A/CN.4/186/Add.5, par. 8, 9 et 10). Dans les traités bilatéraux, la frontière entre interprétation et modification est parfois imprécise et la question n'a pas une grande importance dans la pratique, mais il en va tout autrement pour les traités multilatéraux. Lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux qui produisent leurs effets bilatéralement, il est possible qu'un certain nombre d'Etats appliquent le traité d'une certaine manière dans leurs relations mutuelles, mais les autres Etats qui ne suivent pas la même pratique ne sont pas liés par cette interprétation *inter se*. Il est donc indispensable de traiter séparément les deux problèmes différents de la modification et de l'interprétation du traité.

105. Trois gouvernements, y compris celui du Royaume-Uni, ont proposé de supprimer l'alinéa *c*. La première raison qu'en donne le Gouvernement du Royaume-Uni se trouve dans le fait qu'il est difficile de dire à quel moment exact est apparue une nouvelle règle de droit coutumier; mais on ne peut passer sous silence le droit coutumier, si difficile qu'il puisse être de déterminer exactement l'état de la coutume dans un cas particulier.

106. Ainsi qu'il l'a indiqué dans ses observations, le Rapporteur spécial croit justifiée la deuxième objection présentée par le Gouvernement du Royaume-Uni, qui se fonde sur la nécessité de tenir compte de la volonté des parties, ainsi que l'observation faite par le Gouvernement d'Israël au sujet des rapports entre l'alinéa *c* et les dispositions de l'article 69 sur l'interprétation. Il propose donc de supprimer l'alinéa *c*, étant entendu que la Commission examinera la question d'en reprendre la teneur dans l'article 69.

107. Compte tenu des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial a préparé une nouvelle version de l'article 68, formée de la phrase introductive du texte de 1963 et du contenu de l'alinéa *b* de ce même texte, puis d'une deuxième phrase nouvelle traitant de la modification de traités multilatéraux entre certaines parties seulement.

La séance est levée à 13 heures.

## 866<sup>e</sup> SÉANCE

Jeudi 9 juin 1966, à 11 heures

Président : M. Mustafa Kamil YASSEEN

Présents : M. Ago, M. Amado, M. Bartoš, M. Briggs, M. Castrén, M. El-Erian, M. Jiménez de Aréchaga, M. de Luna, M. Paredes, M. Pessou, M. Reuter, M. Rosenne, M. Tabibi, M. Tounkine, M. Tsuruoka, Sir Humphrey Waldock.

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

### Droit des traités

(A/CN.4/186 et additifs; A/CN.4/L.107 et L.115)

(suite)

[Point 1 de l'ordre du jour]

ARTICLE 68 (Modification d'un traité par un traité postérieur, par la pratique ultérieure ou par le droit coutumier) (suite) <sup>1</sup>

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de l'article 68.

2. M. CASTRÉN reconnaît, avec le Gouvernement israélien et le Rapporteur spécial, qu'il y a un certain chevauchement entre l'alinéa *a* de l'article 68 et d'autres dispositions du projet, surtout avec l'article 63. De même, il est évident que si toutes les parties au traité ont le droit de mettre fin au traité en concluant un traité subséquent sur la même matière, comme le prévoit l'article 41, elles peuvent aussi modifier le traité de cette manière. Par conséquent, l'alinéa *a* de l'article 68 peut paraître superflu.

3. Pourtant, un projet sur le droit des traités devrait envisager tous les modes principaux de modification des traités, non seulement ceux qui jouent implicitement mais en premier lieu ceux qui opèrent directement. C'est pourquoi M. Castrén hésite à accepter la proposition tendant à supprimer l'alinéa *a*. Toutefois, il n'est pas opposé à ce que cette disposition soit remaniée et contienne un renvoi à l'article 63, comme le Rapporteur spécial l'a envisagé.

4. Pour l'alinéa *b*, la nouvelle formule proposée par le Rapporteur spécial est fort acceptable. En particulier, l'adjonction de la deuxième phrase est bien motivée. Les garanties prévues à l'article 67 en ce qui concerne les modifications par accord *inter se* devraient s'appliquer de manière générale, donc aussi dans le cadre de l'article 68.

5. Quant à l'alinéa *c*, pour les raisons déjà indiquées à propos de l'alinéa *a* et malgré les observations de certains gouvernements et celles du Rapporteur spécial, M. Castrén estime qu'il devrait être maintenu à sa place actuelle. Comme le Rapporteur spécial l'a aussi envisagé au paragraphe 13 de son rapport on pourrait insérer à la fin de cet alinéa les mots « dans leurs relations mutuelles ».

6. M. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA appuie la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer l'alinéa *a*, dont la teneur se retrouve dans les dispositions d'autres articles, en particulier l'article 63.

7. Il approuve également le texte remanié que le Rapporteur spécial propose pour l'alinéa *b*, avec la nouvelle phrase concernant la modification *inter se* par la pratique

<sup>1</sup> Voir 865<sup>e</sup> séance, par. 100.

ultérieure, entre certaines des parties, et qui contient une mention très utile rappelant les garanties prévues à l'article 67.

8. Il est important d'énoncer dans un article distinct l'idée qu'un traité peut être modifié par la pratique ultérieure des parties. Cette thèse a été soutenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear*<sup>2</sup> et par le Tribunal arbitral qui a réglé le différend entre la France et les Etats-Unis concernant l'interprétation d'un accord de services de transports aériens, dans sa sentence du 22 décembre 1963, citée au paragraphe 2 du commentaire de l'article 68 qui figure dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa seizième session<sup>3</sup>.

9. Certains membres ont éprouvé à ce sujet quelque inquiétude, pensant que si l'on admettait d'une manière très générale la possibilité de modifier un traité par la pratique ultérieure, on risquerait de voir n'importe quel fonctionnaire de l'Etat, même un fonctionnaire subalterne, modifier ce dont les parties étaient convenues dans un traité formellement ratifié. Il faut donc préciser dans le commentaire que la pratique ultérieure mentionnée à l'article 68 s'entend de la pratique ultérieure suivie « par les parties ». Le terme « partie » étant défini à l'alinéa *f bis* du paragraphe 1 de l'article premier comme étant « un Etat qui a consenti à être lié par un traité, et à l'égard duquel le traité est entré en vigueur », il s'ensuit que la pratique ultérieure susceptible de modifier un traité doit être une pratique qui peut être attribuée à l'Etat, c'est-à-dire qu'elle doit résulter d'actes ou d'omissions de la part des fonctionnaires ayant compétence pour lier l'Etat sur le plan international, compte tenu de la nature spéciale de chaque traité et de la possibilité d'une confirmation expresse ou tacite par l'autorité compétente de l'Etat, comme il est prévu à l'article 4 *bis*.

10. M. Jiménez de Aréchaga appuie la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer l'alinéa *c*, mais il suggère d'ajourner la discussion de cet alinéa jusqu'au moment où la Commission examinera l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 69, au sujet duquel les gouvernements ont présenté un certain nombre d'observations et le Rapporteur spécial doit soumettre des propositions.

11. M. AGO se prononce pour la proposition du Rapporteur spécial contenue à la fin de son rapport<sup>4</sup>. Le libellé du seul paragraphe de l'article 68 qui subsisterait d'après cette proposition est satisfaisant. Toutefois, d'accord avec M. Reuter, M. Ago propose de remplacer, dans le texte français, les mots « établissant leur accord » par les mots « dans la mesure où elle fait apparaître leur accord ».

12. M. ROSENNE est disposé à accepter la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer les alinéas *a* et *c* mais il ne s'opposerait pas à ce que la décision sur ce dernier alinéa soit renvoyée à plus tard.

13. En ce qui concerne l'alinéa *b*, il réserve sa position jusqu'à ce que la Commission ait examiné l'article 69; il n'est pas encore persuadé qu'il soit nécessaire de le maintenir, même sous sa forme modifiée.

14. Sous réserve de ces observations, il voudrait faire deux suggestions à propos du libellé proposé par le Rapporteur spécial. Premièrement, il proposerait que la formule « la pratique ultérieure des parties » soit remplacée par celle qui est employée à l'article 69, à savoir « la pratique ultérieure de toutes les parties »; en second lieu, il pense qu'il serait préférable que les deux phrases proposées par le Rapporteur spécial fassent l'objet de deux paragraphes distincts, puisqu'elles traitent de questions différentes.

15. M. TOUNKINE déclare que modification et interprétation doivent être considérées à part; il est fermement opposé à tout élargissement de la notion d'interprétation qui permettrait aux parties de modifier un traité sous prétexte de l'interpréter.

16. Il approuve la proposition du Rapporteur spécial de supprimer l'alinéa *a*, dont la teneur peut être considérée comme déjà contenue dans l'article 63.

17. L'alinéa *b* traite du problème capital des effets de la pratique ultérieure sur les dispositions du traité. Il est incontestable que les dispositions d'un traité peuvent être étendues ou modifiées par la pratique. Mais la pratique ultérieure ne saurait avoir pour effet de modifier les dispositions d'un traité que si les deux conditions suivantes sont remplies. Premièrement, la pratique doit nettement établir qu'il existe un accord en vue de modifier ou d'étendre les dispositions du traité. La seconde condition est qu'un tel accord englobe toutes ou presque toutes les parties au traité.

18. Problème non moins délicat à résoudre: il faut décider, aux fins de l'application des dispositions de l'alinéa *b*, s'il ne conviendrait pas de faire une distinction entre les dispositions essentielles d'un traité et les dispositions secondaires ou de moindre importance. La Commission ferait peut-être bien d'adopter une attitude prudente à ce sujet, en indiquant que les dispositions fondamentales d'un traité ne peuvent pas être modifiées par la pratique ultérieure. M. Tounkine veut simplement appeler l'attention de la Commission sur ce problème et n'a pas de solution immédiate à proposer.

19. Quant au nouveau texte de l'alinéa *b* proposé par le Rapporteur spécial, M. Tounkine estime que la deuxième phrase, si elle signifie qu'un traité peut être modifié par la pratique de certaines des parties, va trop loin. Certes, la modification *inter se* d'un traité a été entourée de diverses garanties prévues à l'article 67, mais ces garanties ne jouent pas toutes dans le cas envisagé à l'alinéa *b*. En particulier, l'obligation d'adresser une notification à toutes les autres parties ne peut pas être remplie en cas de modification par la pratique ultérieure. Les parties à un traité peuvent ainsi se trouver dans une situation où quelques-unes d'entre elles auraient modifié *inter se* certaines dispositions d'un traité et où les autres parties resteraient longtemps dans l'ignorance de ce fait.

<sup>2</sup> C.I.J., *Recueil*, 1962, p. 6.

<sup>3</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 209.

<sup>4</sup> Voir aussi 865<sup>e</sup> séance, par. 101.

20. M. Tounkine est disposé à accepter la suppression de l'alinéa *c*; la question qui en fait l'objet peut être réglée par l'alinéa *b*, si celui-ci est remanié. En fait, l'idée d'une norme coutumière est déjà présente dans l'alinéa *b*. Toutefois, il ne s'oppose pas à la suggestion tendant à ce que la Commission diffère sa décision sur l'alinéa *c* jusqu'à ce qu'elle ait examiné l'article 69.

21. M. de LUNA appuie la proposition du Rapporteur spécial visant à supprimer l'alinéa *a*. Cela permettrait d'éviter certains problèmes gênants comme celui des traités qui ne peuvent pas être modifiés par le seul accord des parties. Par exemple, les traités relatifs à la protection des minorités conclus après la première guerre mondiale stipulaient qu'il fallait une décision prise à la majorité par le Conseil de la Société des Nations pour qu'ils puissent être modifiés.

22. La proposition du Rapporteur spécial de limiter l'article 68 au problème de l'incompatibilité réduit l'article à la règle d'interprétation généralement admise selon laquelle l'expression subséquente de la volonté des parties annule l'expression antérieure de la même volonté. C'est pourquoi il approuve la première phrase du nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial.

23. Quant à la deuxième phrase, M. de Luna partage les doutes exprimés par M. Tounkine. Si la pratique ultérieure équivaut à un accord *inter se*, un tel accord doit être logiquement traité de la même manière qu'un accord *inter se* portant modification du traité, qui serait conclu en vertu de l'article 67. Toutefois, comme aucune notification n'est possible en cas de modification par la pratique ultérieure, le Rapporteur spécial s'est contenté de renvoyer aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 67. Il ne pouvait naturellement pas renvoyer au paragraphe 2, qui traite de la notification.

24. En ce qui concerne l'alinéa *c*, M. de Luna ne pense pas que son contenu puisse être transféré à l'article 69. Les questions de modification et d'interprétation ne doivent pas être confondues. Il peut accepter la suppression de l'alinéa *c* parce que toute tentative de formuler les dispositions de cet alinéa d'une manière adéquate nécessiterait la solution de problèmes extrêmement délicats, notamment celui des rapports entre un traité et une norme du droit international général coutumier survenant après sa conclusion. Il peut arriver que les parties à un traité favorisent la formation d'une nouvelle règle coutumière du droit international sans avoir pour autant l'intention de déroger à la *lex specialis* découlant des dispositions du traité; or, il ne faut pas oublier la maxime *lex specialis derogat legi generali*.

25. M. BRIGGS accepte la recommandation du Rapporteur spécial tendant à supprimer les alinéas *a* et *c*, mais il estime, comme M. Jiménez de Aréchaga, qu'il serait préférable de remettre la décision sur l'alinéa *c* jusqu'à ce que la Commission ait examiné les dispositions de l'article 69 relatif au droit intertemporel.

26. Toutefois, il n'approuve pas la proposition de maintenir les dispositions de l'alinéa *b*. Le problème dont il est question dans cet alinéa est déjà implicitement traité à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 69. La

question est envisagée de la même manière dans les deux dispositions; la différence n'est que de degré car, que le résultat soit atteint au moyen d'un accord entre les parties, comme il est prévu à l'alinéa *b* de l'article 68, ou au moyen d'un accord aux termes du paragraphe 3 *b* de l'article 69, la modification est effectuée en donnant aux termes du traité un sens plus étendu plutôt qu'en modifiant ses dispositions. Il y a lieu de noter qu'aux termes de l'article 68, le traité en tant que tel n'est pas modifié par le jeu des alinéas *a*, *b* ou *c*, mais que c'est son « application » qui pourrait l'être.

27. La norme exprimée dans les deux cas est qu'il faut interpréter et appliquer le traité en tenant compte de la pratique ultérieure des parties; or, il est essentiel que l'article 68, s'il est maintenu, vise « toutes » les parties. Ce mot figure déjà dans l'article 69 et tant pour la modification que l'interprétation d'un traité l'accord de toutes les parties est logiquement nécessaire.

28. D'autre part, si, contrairement à ce qu'il préconise, la Commission décide de maintenir l'alinéa *b* en tant que disposition unique de l'article 68, il conviendrait alors de supprimer la deuxième phrase proposée par le Rapporteur spécial.

29. M. TSURUOKA se déclare partisan de supprimer l'article 68 tout entier.

30. Sur l'alinéa *a*, les avis exprimés jusqu'à présent concordent et M. Tsuruoka n'ajoutera rien à ce qui a été dit.

31. L'alinéa *b* est le seul qui resterait selon la proposition du Rapporteur spécial. Si la modification de l'application du traité qui y est envisagée a pour base un accord de toutes les parties, que cet accord ressorte de la pratique ou qu'il soit exprimé d'une autre manière, ce cas est déjà couvert par l'article 65, qui porte sur la modification d'un traité par accord des parties, ledit accord n'étant pas nécessairement en forme écrite. Quant à la modification d'un traité ou de son application par accord *inter se*, il est évident qu'elle doit remplir les conditions indiquées dans l'article où ce sujet est traité.

32. Dans l'alinéa *c*, le terme « oblige » peut être interprété de deux façons. S'il signifie que les parties sont vraiment tenues de respecter la règle de droit coutumier, celle-ci est une norme de *jus cogens* et le cas est déjà couvert par un autre article. Si au contraire le terme « oblige » signifie que la règle de droit coutumier qui est apparue souffre des dérogations, il va de soi que le traité demeure, puisque la dérogation est permise.

33. La suppression pure et simple de l'article 68 n'aurait rien d'étonnant; en effet, les droits et obligations conventionnels naissent de l'accord des parties et l'accord des parties est également nécessaire pour les modifier, mais cette question est déjà réglée par d'autres dispositions du projet.

34. Sur le plan doctrinal, M. Tsuruoka admet la distinction que M. Briggs a faite entre l'application du traité et l'existence du traité. Mais dans la vie pratique cette distinction est trop subtile. A supposer que la pratique suivie par les parties fasse apparaître que

toutes sont d'accord pour modifier l'application du traité, il se peut néanmoins que, par la suite, une des parties déclare qu'elle n'a nullement accepté cette modification. La sécurité des relations conventionnelles entre les Etats exige des règles claires et précises; l'article 68 risquerait au contraire de multiplier les doutes et les incertitudes.

35. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, exprime l'avis que l'alinéa *a* de l'article 68 n'est pas nécessaire puisque la règle qu'il énonce est déjà formulée dans d'autres articles.

36. L'alinéa *b* reflète une réalité évidente, à savoir qu'un traité peut être modifié non seulement par accord tacite ou formel des parties mais aussi par la pratique ultérieure des parties dans l'application du traité. Cette pratique ne peut être considérée comme une interprétation; elle apporte quelque chose de nouveau, elle élargit ou restreint le champ d'application ou les dispositions du traité, elle équivaut à une modification. M. Yasseen est très attaché à la distinction entre interprétation et modification des traités, car ce sont deux opérations de nature différente, ainsi qu'il l'avait expliqué lors de la première lecture. Pour les mêmes raisons, il est opposé à ce que l'alinéa *b* de l'article 68 soit introduit dans le domaine de l'interprétation des traités.

37. Sans doute, comme l'a dit M. Tsuruoka, la teneur de cet alinéa est-elle déjà contenue en partie dans l'article 65. Celui-ci pourrait peut-être s'appliquer au cas de la modification d'un traité par la pratique ultérieure, mais il met nettement l'accent sur les accords écrits. Il semble donc utile de conserver une disposition relative à la pratique concordante des parties dans la mise en œuvre du traité comme moyen de modification du traité.

38. Tel qu'il a été rédigé en 1964, l'alinéa *b* n'est pas tout à fait conforme à l'économie générale du projet en ce qui concerne les traités multilatéraux. Dans l'article 67, la Commission a formulé certaines sauvegardes en prévoyant que les dérogations *inter se* aux traités multilatéraux devaient remplir certaines conditions. De l'avis de M. Yasseen, la modification des traités multilatéraux par la pratique ultérieure devrait être soumise aux mêmes conditions. Dans les cas où une dérogation par accord écrit n'est pas permise, il ne devrait pas être permis non plus de déroger sans accord formel, par la voie détournée de la pratique.

39. La proposition du Rapporteur spécial est donc hautement justifiée. La règle proposée mérite d'avoir une place dans la section du projet relative à la modification des traités et elle ne doit certainement pas être rattachée au domaine de l'interprétation des traités.

40. L'alinéa *c* aborde un problème général qui est d'une importance capitale: la concurrence des sources du droit international, c'est-à-dire le droit écrit des traités opposé au droit non écrit et, surtout, à la coutume. La situation n'est pas tout à fait claire en droit positif. On ne saurait dire que telle source est supérieure à l'autre et que le traité prime toujours la coutume. C'est à la substance même des règles que l'on doit

s'attacher. Il y a des règles coutumières d'une importance transcendante et la plupart des règles du *jus cogens* sont d'origine coutumière. Par exemple, il n'y a pas de traité général sur la condamnation de l'esclavage, mais l'on peut dire que la base de la règle condamnant l'esclavage, qui est incontestablement de *jus cogens*, est la coutume bien établie. Par conséquent, ce n'est pas la source même qui décide de l'ordre dans la hiérarchie des règles juridiques internationales. Ce problème mériterait d'être résolu et l'alinéa *c* ne semble pas le régler complètement.

41. En effet, l'alinéa *c* n'élucide pas vraiment les conditions dans lesquelles la coutume l'emporte. Il y est question d'une nouvelle règle de droit international (le mot « *customary* » n'a pas été traduit dans le texte français) « qui oblige toutes les parties »: dans quelle mesure les oblige-t-elle? S'agit-il d'une règle de *jus cogens* qui prime les dispositions du traité ou de règles de force égale? Pourquoi donner la primauté à cette nouvelle règle s'il n'est pas absolument clair que les parties ont voulu déroger à leur accord formel par la pratique, par la règle à la formation de laquelle ils ont contribué? De l'avis de M. Yasseen, ce n'est pas la survenance d'une nouvelle règle, mais la volonté tacite des parties qui pourrait mettre fin à un traité antérieur ou le modifier.

42. M. Yasseen se demande s'il faut résoudre ce problème dans le projet et, dans l'affirmative, de quelle manière. Conservant certains doutes, il ne peut se prononcer pour le moment et pense, comme M. Jiménez de Aréchaga et M. Tounkine, qu'il vaudrait peut-être mieux que la Commission attende un peu avant d'arrêter son attitude à l'égard, non seulement de l'alinéa *c*, mais encore du problème tout entier.

43. M. EL-ERIAN dit que l'article 68 devrait rester en totalité dans la section relative à la modification des traités. Il est vrai que la question traitée à l'alinéa *a* est déjà réglée à l'article 63, relatif à l'application de traités contenant des dispositions incompatibles, mais dans ce dernier article, l'accord ultérieurement intervenu entre les parties est envisagé du point de vue de ses effets sur l'application du traité. Un certain nombre de membres de la Commission pensent que les articles 66 et 67 suffiraient car ces articles fixent les conditions et la procédure de modification des traités multilatéraux; or, ces articles ne couvrent pas la modification tacite.

44. Comme l'a si justement fait remarquer le Rapporteur spécial, la frontière entre interprétation et modification n'est peut-être pas toujours très nette mais, du point de vue juridique, il importe de maintenir la distinction entre les deux opérations.

45. M. El-Erian partage l'opinion de M. Tounkine sur la nécessité de réserves à l'alinéa *b*: on ne peut dire que toute pratique ultérieurement suivie par les parties sera nécessairement d'application générale. Il faudra ajouter au projet d'articles une disposition sur ce point.

46. M. El-Erian relève que M. Castrén, le Président et, jusqu'à un certain point, M. Tounkine, ont jugé que l'on pouvait conserver l'alinéa *c*, bien que M. Tounkine

ait indiqué que l'on pourrait en reprendre la teneur à l'alinéa *b*. A l'article 62, relatif au cas où les règles d'un traité deviennent généralement obligatoires par la formation d'une coutume internationale, la Commission a prévu les effets de règles nées dans ces conditions à l'égard d'Etats tiers: il est de simple logique de traiter la question à l'article 68 du point de vue de l'effet de ces règles sur les parties au traité elles-mêmes. Pour mettre l'alinéa *c* en harmonie avec l'article 62, il conviendrait d'ajouter le mot « générale » après le mot « règle » pour faire clairement ressortir que les règles d'un traité modifié dans ces conditions deviennent obligatoires pour tous les Etats de la communauté des nations, y compris ceux qui n'ont pas participé à la formation de la règle coutumière en question.

47. La thèse selon laquelle la totalité de l'article 68 appartient en réalité à la section relative à l'interprétation ne saurait être défendue. Cette section devrait être déplacée de manière à venir avant les sections relatives à l'application et à la modification des traités. L'apparition d'une nouvelle règle de droit international coutumier ne saurait avoir de répercussion sur les règles relatives à l'interprétation énoncées dans le projet de la Commission. Ainsi que le juge Huber l'a affirmé dans l'affaire de l'île de Palma<sup>5</sup>, un traité doit être interprété par référence aux règles d'interprétation existant au moment de sa conclusion mais aussi compte tenu de l'évolution ultérieure du droit et des effets que celle-ci peut avoir sur les droits des Etats tiers.

48. M. AGO craint que la Commission ne fasse, à propos de cet article, une certaine confusion qui vient probablement de ce qu'elle juxtapose deux questions différentes: la simple pratique suivie dans l'application du traité et, ce qui est quelque chose de beaucoup plus important, l'apparition d'une nouvelle règle coutumière de droit international général. Il souhaiterait que l'article traite uniquement d'une question: la pratique dans l'application du traité qui fait apparaître un accord des parties pour modifier ou étendre l'application du traité lui-même.

49. En réalité, la Commission se trouve devant l'hypothèse très simple d'une modification du traité par voie de consentement des parties. Seulement, au lieu de modifier le traité par un autre traité ou un autre accord exprès, on le fait tacitement dans la pratique de l'application, mais il y a toujours consentement des parties. Certes, la pratique peut soit donner simplement des éléments d'interprétation pour le traité, soit permettre une vraie modification du traité, mais dès lors qu'elle modifie le traité, c'est que les parties sont d'accord à ce sujet.

50. La naissance d'une règle coutumière pose un tout autre problème. M. Ago a entendu avec quelque préoccupation énoncer l'idée que la simple apparition d'une règle coutumière de droit international général devrait comporter automatiquement la modification du traité

qui contient des règles différentes. Il reconnaît que la règle coutumière de droit international général peut être, dans certains cas exceptionnels, une règle de *ius cogens*, et dans cette hypothèse, que la Commission a prévue, la règle aura des conséquences sur la vie du traité qui cessera d'exister. Mais, dans toutes les autres hypothèses, rien n'empêche les parties de régler ou de continuer à régler leurs rapports entre elles d'une manière différente de celle que prévoit la règle coutumière. Dès lors, si les parties sont d'accord pour modifier le traité pour mettre ses dispositions en harmonie avec la nouvelle règle coutumière, elles peuvent le faire; sinon, l'apparition d'une règle coutumière de droit international général n'a aucune influence sur l'existence du traité.

51. M. AMADO déclare que rien n'empêche les Etats, même devant une règle coutumière, de réaffirmer leur accord.

52. M. TSURUOKA dit qu'à son sens, l'article 65 traite d'une manière très générale de la modification des traités et qu'il est impossible de dire qu'il met l'accent sur tel moyen, plutôt que sur tel autre.

53. A ce dernier stade de la rédaction, il n'est pas tout à fait superflu de signaler au Comité de rédaction un certain manque d'uniformité entre les versions anglaise et française. Ainsi, le mot français « application » correspond tantôt à l'anglais « operation » (par exemple, dans le titre de la section VI de la Deuxième Partie et dans les articles 49, 54 et 68) tantôt à l'anglais « application » (par exemple dans le titre de la Troisième Partie et dans l'article 56); d'autre part, au paragraphe 5 de l'article 63, le mot « applying » est traduit en français par « exécute ».

54. M. TOUNKINE est convaincu que la seule question qui doit être réglée à l'article 68 est celle de la modification du traité par la pratique ultérieure des parties dans l'application du traité, pour autant qu'elle fasse apparaître leur accord sur une modification ou une extension de ses dispositions. Sur ce point, il se déclare d'accord avec M. Ago.

55. M. Tounkine partage l'avis du Président sur la relation existant entre l'article 68 et l'article 65, qui prévoit un accord en forme régulière entre les parties; cette manière de voir est, du reste, confirmée par la procédure prévue aux articles 66 et 67.

56. L'importance de la pratique, dans le contexte de l'article 68, justifierait un article séparé; cependant, M. Tounkine est radicalement opposé à l'opinion selon laquelle il ne s'agirait à l'alinéa *b* de rien d'autre que d'interprétation. Cette manière de poser la question est extrêmement dangereuse; elle compromettrait la stabilité des traités en jetant le doute sur leur situation juridique dès qu'une pratique établie par les parties aurait vu le jour. M. de Luna a tout à fait raison de soutenir que lorsqu'il s'agit d'interprétation, ce sont les dispositions de l'instrument elles-mêmes qui doivent être examinées; la pratique ultérieure peut s'écarter de la lettre du traité.

<sup>5</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845. Traduction française de Rousseau dans: *Revue générale de droit international public*, troisième série, tome IX, 1935, p. 172.

57. Si l'on conservait l'alinéa *b*, on ne devrait pas parler de modification *inter se* des traités multilatéraux par l'évolution de la pratique; en effet, il faut ici beaucoup de prudence parce qu'il est difficile d'établir si un véritable accord concernant la modification est ou non intervenu entre certaines des parties.

58. M. ROSENNE craint les conséquences d'un excès de subtilité dans le domaine des problèmes théoriques, car cela pourrait nuire au texte des articles eux-mêmes. Il doute que la Commission doive inscrire dans son projet un article, quel qu'il soit, touchant la question controversée des rapports entre le droit coutumier et le droit issu des traités. Elle devrait en rester à la règle solide qu'elle a approuvée à la séance précédente au sujet d'une catégorie particulière de droit coutumier, le droit impératif (*jus cogens*) à l'article 53 *bis*. M. Rosenne pense, comme le Président, que, d'une manière générale, les règles de droit impératif dérivent habituellement de la coutume ou paraissent en tirer leur origine.

59. La deuxième question théorique qui ait été mise en évidence, notamment par M. Reuter, mais en des termes qui n'étaient pas assez larges, était de savoir s'il convient d'inscrire dans le projet un article sur les règles du droit intertemporel et, dans l'affirmative, si cet article ne devrait porter que sur les conflits de traités dans le temps — question partiellement traitée à l'article 63 — laissant de côté les conflits intertemporels entre droit coutumier et droit né des traités. Personnellement, M. Rosenne ne croit pas que la Commission doive chercher à formuler des règles concernant cette branche très complexe du droit dans un projet sur le droit des traités qui doit être soumis à une conférence diplomatique.

60. Quelques membres de la Commission ont effleuré un autre problème, celui de la désuétude; il y aurait là, en quelque sorte, l'équivalent d'un nouveau motif de mettre fin au traité — ou d'une nouvelle cause d'extinction — qui n'est pas encore expressément prévu dans le projet d'articles. On pourrait voir dans la désuétude l'un des aspects du problème que posent les accords *inter se* en vue de modifier un traité. Les membres de la Commission semblent tous admettre que l'on peut se servir d'une manière ou de l'autre de la désuétude comme d'un moyen pour mettre fin à un traité, et, *a fortiori*, pour le modifier. Les conclusions qui seront finalement dégagées sur ce point contribueront à résoudre au moins une des difficultés qui se sont présentées à propos de l'alinéa *b*.

61. M. TSURUOKA constate que, d'après M. Yasseen et M. Tounkine, l'article 65 a principalement trait aux accords écrits: il faut donc dire et, dans le cas contraire, dire « accord exprès ou tacite ». Sans quoi, le mot « si » par lequel commence la deuxième phrase de l'article 65 n'a aucun sens et il vaut mieux le supprimer. Il est essentiel d'être clair; le projet d'articles peut soit prévoir les deux possibilités l'une après l'autre, soit traiter d'abord la question d'une manière générale et distinguer ensuite deux phases distinctes dans différents paragraphes ou différents articles. Car, s'il y a déjà des divergences d'interprétation au sein de la Commission,

la confusion sera beaucoup plus grande à l'échelle mondiale.

62. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, résumant le débat, déclare que, malgré les doutes exprimés au sujet de divers aspects des problèmes posés à l'article 68, la discussion a du moins servi à préciser la position des membres de la Commission. De toute évidence, les suffrages ne se portent guère vers le maintien de l'alinéa *a*; personnellement, le Rapporteur spécial partage l'opinion qu'une révision satisfaisante de l'article 63, si elle est possible, devrait suffire.

63. Les opinions sont partagées au sujet du maintien de l'alinéa *b*, le seul, selon lui, que l'on doive garder dans la section relative à la modification des traités. Certains membres de la Commission ont soutenu qu'il faudrait le supprimer purement et simplement, parce que la question pourrait être réglée à l'article 69 et que la frontière entre interprétation et modification par la pratique ultérieure n'est pas suffisamment nette. Quand il s'agit de traités bilatéraux, la question n'a guère d'importance; en effet, lorsque deux parties seulement modifient le traité *inter se*, il importe peu que l'opération soit conçue comme une interprétation ou comme une modification. Mais on peut concevoir des cas où il est vraiment impossible de ne pas considérer la pratique comme équivalant à une modification du traité, comme c'est le cas de l'affaire concernant le *Temple de Preah Vihear*. Dans cette affaire, le traité avait posé un critère parfaitement clair pour la délimitation de la frontière, à savoir la ligne de partage des eaux, et qui devait s'appliquer non pas en un endroit seulement, mais tout le long de la frontière. Dans une zone déterminée, les parties s'étaient incontestablement écartées de ce critère — et, s'il n'y a pas là un cas de « modification » plutôt que d'« interprétation », les mots n'ont plus de sens véritable.

64. Quoi qu'il en soit, lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux, il faut garder bien nette la distinction entre modification et interprétation. Sir Humphrey a été frappé par les observations judicieuses de M. Tounkine, mais le problème qu'il a soulevé, à savoir s'il convient de dire quoi que ce soit à propos des accords *inter se*, de même que sa suggestion de distinguer entre les dispositions essentielles d'un traité et les autres dispositions posent des questions très délicates. Le Rapporteur spécial comprend bien les raisons sur lesquelles reposent ces observations, mais comme rédacteur, il reculerait devant la tâche qui consisterait à traiter ces problèmes dans le texte de l'alinéa *b*. D'ailleurs, il n'est même pas certain que la tentative serait justifiée.

65. Il faut que la Commission se prononce sur le problème de la modification *inter se* par la pratique ultérieure pour faire en sorte que la disposition de l'article 68 — s'il doit y en avoir une — soit en harmonie avec la disposition comparable de l'article 69. Comme Sir Humphrey l'a indiqué dans son sixième rapport, il existe une différence entre les textes des deux articles tels qu'ils ont été approuvés en 1964, et cette différence n'est pas entièrement accidentelle. Elle est due à certains doutes qui se sont fait jour, à la seizième session, sur le point de savoir s'il convenait, dans le contexte de l'ar-

ticle 68, d'exiger le consentement de *toutes* les parties à une modification par la pratique ultérieure de l'application d'un traité multilatéral.

66. L'autre opinion est que, pour toute modification, par la pratique ultérieure, d'un traité multilatéral considéré comme formant un tout, l'accord de toutes les parties est nécessaire. Cela serait en harmonie avec la disposition relative à la modification des traités multilatéraux selon laquelle un arrangement *inter se* ne peut être admis que pour modifier l'application du traité dans les relations entre les parties à cet arrangement et sous réserve de satisfaire aux conditions posées à l'article 67. Le Rapporteur spécial n'est pas encore parvenu à une conclusion définitive sur la question de savoir s'il convient de traiter ce problème et comment il faut le traiter; mais la Commission pourrait le renvoyer au Comité de rédaction pour examen dans le cadre des questions générales concernant les règles applicables à la modification des traités multilatéraux.

67. Quant à l'alinéa *c*, le Rapporteur spécial est fermement convaincu qu'il devrait être supprimé. Quelque décision que la Commission puisse prendre touchant les rapports entre le droit coutumier et le droit issu des traités, il ne convient certainement pas de traiter la question de la manière assez superficielle qui a été adoptée à l'alinéa *c*. A la seizième session, la Commission en est restée à la surface des choses, sans vraiment entrer dans le vif du sujet, et l'avis général a été qu'il serait plus sage de ne pas se lancer dans un examen général des rapports entre les diverses sources du droit international, bien que l'on puisse avoir à tenir compte d'aspects déterminés de la question dans certains articles du projet.

68. Certains membres de la Commission préféreraient ne pas aborder la question des répercussions du droit intertemporel sur l'article 68 tant que la Commission n'aura pas examiné la section relative à l'interprétation. C'est un point de vue que Sir Humphrey pourrait faire sien, mais vu que les opinions sont partagées, tant à la Commission que parmi les gouvernements et les délégations, il est parvenu, à propos de l'article 69, à la conclusion définitive que la question ne doit pas y être traitée. Il faut donc choisir entre une disposition assez large ou une formule générale qui n'irait pas trop loin. La Commission pourrait ajourner la suite de la discussion sur l'alinéa *c* au moment où elle aura examiné la section sur l'interprétation et où le Comité de rédaction aura reçu des instructions plus précises.

69. Sous réserve de ces considérations, l'article 68 pourrait maintenant être renvoyé au Comité de rédaction.

70. Le PRÉSIDENT propose de renvoyer l'article 68 au Comité de rédaction comme l'a suggéré le Rapporteur spécial.

*Il en est ainsi décidé* <sup>6</sup>.

La séance est levée à 13 heures.

<sup>6</sup> Pour la reprise du débat, voir 876<sup>e</sup> séance, par. 11 à 64.

## 867<sup>e</sup> SÉANCE

Vendredi 10 juin 1966, à 11 heures

Président : M. Mustafa Kamil YASSEEN

Présents : M. Ago, M. Amado, M. Bartoš, M. Briggs, M. Castrén, M. El-Erian, M. de Luna, M. Paredes, M. Pessou, M. Rosenne, M. Tabibi, M. Tounkine, Sir Humphrey Waldock.

### Droit des traités

(A/CN.4/186 et additifs; A/CN.4/L.107 et L.115)

(suite)

[Point 1 de l'ordre du jour]

#### ARTICLE PRÉSENTÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION

(suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte des articles présentés par le Comité de rédaction.

#### ARTICLE 55 (*pacta sunt servanda*) [23] <sup>1</sup>

2. M. BRIGGS, Président du Comité de rédaction, déclare que la seule modification que le Comité de rédaction propose d'apporter à l'article 55 a trait au texte anglais, dont les premiers mots « Un traité » deviendraient « Tout traité ». Il n'y a pas lieu de modifier les textes français et espagnol. Le texte anglais se lirait donc comme suit :

« *Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.* »

3. Le PRÉSIDENT met aux voix l'article 55, avec l'amendement que le Comité de rédaction propose d'apporter au texte anglais.

Par 14 voix contre zéro, l'article 55 est adopté.

#### ARTICLE 56 (Non-rétroactivité des traités) [24] <sup>2</sup>

4. M. BRIGGS, Président du Comité de rédaction, dit que le Comité de rédaction propose, pour l'article 56, un nouveau titre et un nouveau texte conçus en ces termes :

« *Non-rétroactivité des traités*

A moins qu'une autre solution ne découle du traité, ses dispositions ne lient pas une partie en ce qui concerne tout acte ou tout fait ou toute situation qui a cessé d'exister antérieurement à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie. »

5. L'article est donc ramené à un seul paragraphe et la disposition qui figurait au paragraphe 2 du texte

<sup>1</sup> Pour l'examen antérieur, voir 849<sup>e</sup> séance, par. 2 à 78.

<sup>2</sup> Pour l'examen antérieur, voir 849<sup>e</sup> séance, par. 79 à 91, et 850<sup>e</sup> séance, par. 1 à 84.