INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ANNUAIRE

Tome 52

1967

I

Réimpression
SCHMIDT PERIODICALS GMBH
D-83075 Bad Feilnbach / Germany
2000

Réimpression publiée avec l' accord de l' éditeur,
l' Institut de Droit International, Genève, Suisse.

1967

—

ANNUAIRE

de

l'Institut de Droit International

ANNUAIRE

de

l'Institut de Droit International

—

Cinquante-deuxième volume

—

Session de Nice

SEPTEMBRE 1967

—

Tome I

Justitia et Pace

1967

BÂLE

Editions juridiques et sociologiques S.A.

(Verlag für Recht und Gesellschaft AG.)

nerie de « La Tribune de Genève »

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

I. Modification et terminaison des traités collectifs

(Onzième Commission)

1. Rapport * présenté par *M. Shabtai Rosenne*

A sa Session de Bruxelles (1963), l'Institut de Droit international, ayant pris connaissance de certaines propositions formulées par la Commission du droit international des Nations Unies et communiquées aux Gouvernements relativement à la terminaison des traités, pria la Onzième Commission de suivre l'évolution de cette question et de présenter, si elle l'estimait opportun, un rapport complémentaire (*Annuaire*, vol. 50, tome II, 1963, p. 361). Dans cette Résolution, l'Institut a reconnu la connexité existant entre le sujet confié à la Onzième Commission et la marche des travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités. Le présent rapport préliminaire vise à donner aux membres de la Onzième Commission [1] une vue générale et résumée de l'évolution de la question à l'Institut, à la Commission du droit international, et, dans la mesure où cela intéresse notre étude, à l'Assemblée générale des Nations Unies. Le présent rapporteur, nommé par le Bureau en février 1965, estime que la Onzième Commission ne sera pas en mesure de juger de l'opportunité de présenter

* Traduit de l'anglais par Antoine Martin.

[1] La Onzième Commission se compose actuellement de M. S. Rosenne, *Rapporteur*, et de MM. Badawi, Bartoš, Sir Gerald Fitzmaurice, MM. Jenks, Lachs, Liang, Morelli, Rousseau, Paul De Visscher et Winiarski, *Membres*.

un rapport complémentaire à l'Institut tant que la Commission du droit international n'aura pas achevé tous ses travaux sur le droit des traités — objectif qu'elle espère atteindre à la fin de sa session de 1966. Il se permet cependant de soumettre d'ores et déjà certaines idées préliminaires à l'attention de ses collègues.

Aperçu historique

A sa Session de Bruxelles de 1948, l'Institut examina un Rapport préliminaire de feu le professeur Georges Scelle sur la question de « La Revision dans les Conventions générales » (Annuaire, vol. 42, pp. 1-51). Après un bref débat, il chargea la Onzième Commission de poursuivre l'étude du sujet de la modification et de la terminaison des traités collectifs, et M. Scelle fut élu aux fonctions de rapporteur de la Commission. Dans son Rapport préliminaire, il considéra le sujet dans ses grandes lignes, et de façon plutôt théorique, à la lumière des tendances qui s'étaient manifestées, particulièrement au cours de la période entre les deux guerres mondiales. La Onzième Commission fut reconstituée en 1957, et feu le professeur Giraud fut nommé aux fonctions de co-rapporteur. Son Exposé préliminaire et son questionnaire (Annuaire, vol. 49, t. I, 1961, pp. 5-156), avec son importante analyse de la pratique y relative, fut distribué en janvier 1960, et son rapport final (*ibid.*, pp. 157-291) fut remis en mars 1961, en même temps qu'un projet de Résolution. Ce rapport, et plus particulièrement encore le projet de Résolution, fit ressortir l'existence, sur plusieurs points importants, de divergences de vues fondamentales entre les membres de la Commission, et un certain nombre de propositions alternatives furent avancées. La Commission ne parvint pas, lorsqu'elle se réunit à la Session de Salzbourg de l'Institut (*ibid.*, pp. 292-297), à résoudre toutes ces difficultés. C'est sur cet arrière-fond que l'Institut discuta le rapport à sa

Session de Bruxelles (Annuaire, vol. 50, t. II, 1963, pp. 270-305). Au cours de cette discussion, on fit observer que la Commission du droit international des Nations Unies, à sa quinzième session, quelques semaines seulement auparavant, avait traité, tout au moins en partie, de questions qui entraient dans le cadre du rapport Giraud. De plus la Commission du droit international était parvenue, sur certaines de ces questions, à des conclusions provisoires qui différaient fondamentalement de celles qu'avait avancées le professeur Giraud. Cela, on s'en rendit bien compte, pourrait mettre certains membres de l'Institut, qui sont en même temps membres de la Commission du droit international, dans une situation embarrassante, d'autant plus qu'une très grande unanimité s'était manifestée au sein de cette dernière Commission eu égard aux décisions considérées. C'est dans ces circonstances que l'Institut a adopté la Résolution que nous avons mentionnée au début de ce travail.

Le présent rapporteur saisit l'occasion pour dire son très grand respect pour l'œuvre extrêmement importante accomplie par ses prédécesseurs dans ce domaine. Non seulement leur travail lui épargne une recherche absorbante, qu'il lui eût fallu entreprendre sans cela, mais encore, il importe de le souligner, les rapports précédents se sont révélés être de la plus grande valeur pour lui et ses collègues de la Commission du droit international, lorsqu'ils ont traité de la question. Preuve en est la fréquence avec laquelle la Commission du droit international, tant lors de ses débats que dans les rapports qu'elle a présentés à l'Assemblée générale, a cité ces rapports.

*

Comme il appert, d'une part, que l'Institut désire que la Onzième Commission poursuive son étude de la question et, d'autre part, qu'il estime que ladite Commission devrait suivre étroitement l'évolution de la question dans le cadre de la

Commission du droit international, nous allons maintenant examiner brièvement les aspects des travaux de cette dernière qui intéressent notre étude, et nous interroger sur leur avenir.

A sa première session (1949), la Commission du droit international inscrivit le « droit des traités » parmi les sujets susceptibles d'être codifiés. Elle nomma successivement, en tant que Rapporteurs spéciaux, feu le professeur James Brierly, en 1950, feu Sir Hersch Lauterpacht, en 1953, Sir Gerald Fitzmaurice, en 1955, et Sir Humphrey Waldock, le présent Rapporteur spécial, en 1961.

Au cours de la période 1950-1952, le Rapporteur spécial, le regretté professeur Brierly, présenta trois rapports généraux [v. A/CN. 4/23 (1950), A/CN. 4/43 (1951) et A/CN. 4/54 (1952)] [1]. Les discussions relatives aux deux premiers de ces rapports aboutirent à la rédaction du projet d'un certain nombre d'articles, adopté à titre provisoire, et dont le texte se trouve dans le doc. A/CN.4/ L.28, *Annuaire de la Commission du droit international, 1951*, vol. 2, p. 73. Avant sa démission, le professeur Brierly présenta son troisième rapport, qui consiste en des commentaires sur les articles adoptés précédemment, mais la Commission, à sa quatrième session (1952), ne jugea pas opportun d'examiner ce rapport en l'absence de son auteur. Ayant élu Sir Hersch Lauterpacht aux fonctions de Rapporteur spécial, la Commission le pria de tenir compte du travail déjà fait en la matière et de présenter son rapport à la Commission de la manière qui lui semblerait appropriée.

De même, au cours de cette période, et à la suite de la Résolution 478 (V) de l'Assemblée générale, du 16 novembre 1950, sur la question des réserves aux conventions multilatérales, la

[1] Il n'est pas donné, dans le présent rapport, de références bibliographiques détaillées, car tous les documents ont été publiés dans les volumes correspondants de l'*Annuaire de la Commission du droit international.*

Commission discuta en 1951, sur la base d'un rapport du professeur Brierly (A/CN.4/41), ainsi qu'à l'aide de mémoires remis par deux de ses membres, M. Amado (A/CN.4/L.9) et feu le professeur Scelle (A/CN.4/L.14), la question des réserves aux conventions multilatérales et présenta un rapport spécial sur ce problème à l'Assemblée générale; ce rapport constitue le chapitre II du Rapport de la Commission à l'Assemblée générale pour 1951.

Le projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission au cours de cette période avait principalement trait aux aspects formels des problèmes relatifs à la conclusion des engagements conventionnels, y compris le problème des réserves. La Commission du droit international reçut, également en 1950, un certain nombre de réponses de Gouvernements à un questionnaire général concernant le droit des traités; ces réponses se trouvent dans le doc. A/CN.4/19.

Au cours de la période 1953-1955, le Rapporteur spécial, le regretté Sir Hersch Lauterpacht, présenta deux rapports [A/CN.4/63 (1953) et A/CN.4/87 (1954)]. Le premier d'entre eux, qui consistait en un projet de 18 articles, accompagné de commentaires détaillés et de notes, comprenait trois des sept parties d'un projet de codification du droit des traités, savoir: la définition et la nature des traités, la conclusion des traités et les conditions de validité des traités.

En 1953, la Commission pria le professeur Lauterpacht de poursuivre son travail, dans l'espoir qu'elle pourrait le discuter en 1954. Le deuxième rapport du professeur Lauterpacht complète et, sur certains points, modifie le premier rapport, mais il n'aborde aucun nouveau domaine. La Commission, cependant, n'examina pas le droit des traités à sa Sixième Session (1954) et elle renvoya l'étude de la question à sa prochaine session. Entre-temps, le professeur Lauterpacht, qui avait été élu Juge à la Cour internationale de Justice, avait

donné sa démission de membre de la Commission, et cette dernière, à sa Septième Session, se borna à élire Sir Gerald Fitzmaurice aux fonctions de Rapporteur spécial.

Au cours de la période 1956-1960, le Rapporteur spécial, Sir Gerald Fitzmaurice, présenta cinq rapports [A/CN.4/101 (1956), A/CN.4/107 (1957), A/CN.4/115 (1958), A/CN.4/120 (1959) et A/CN.4/130 (1960)]. Ces rapports traitent de l'introduction, de la portée et des principes généraux, et de la validité formelle de traités (élaboration et conclusion des traités) (premier rapport); de la validité temporelle (durée, extinction, révision et modification des traités) (deuxième rapport); de la validité substantielle (licéité intrinsèque et force exécutoire des traités) (troisième rapport); des effets des traités à l'égard des parties (application, exécution et garanties d'exécution) (quatrième rapport); et des effets des traités à l'égard des Etats tiers (cinquième rapport). Le projet d'articles fut rédigé sous la forme d'un code déclaratif plutôt que d'une convention, comme cela avait été le cas pour les projets d'articles présentés par les rapporteurs spéciaux précédents. De plus, alors que les Rapporteurs antérieurs avaient rédigé leurs textes en grande partie sous la forme de l'énonciation de principes généraux, les rapports Fitzmaurice se caractérisent, entre autres, par leur effort de fournir un guide détaillé pour la pratique courante relative aux traités.

A sa Huitième Session (1956), la Commission examina certaines questions générales que Sir Gerald lui avait posées au sujet de la forme et de l'étendue de la codification envisagée dans le domaine du droit des traités, et pria le Rapporteur spécial de poursuivre ses travaux en tenant compte de ce débat.

Aucune discussion n'eut lieu lors des Neuvième et Dixième Sessions (1957, 1958).

A sa Onzième Session, la Commission entreprit l'étude du premier rapport de Sir Gerald, et adopta à titre provisoire les

articles 1-10 et 14-17, avec des commentaires. Cela ne comprend cependant qu'une petite partie du premier rapport de Sir Gerald.

Aucune discussion n'eut lieu lors de la Douzième Session de la Commission (1960).

En 1960, Sir Gerald ayant été élu Juge à la Cour internationale de Justice, il donna sa démission de membre de la Commission, et cette dernière élit, en 1961, Sir Humphrey Waldock aux fonctions de Rapporteur spécial. Elle tint un débat de caractère général sur le sujet et décida:

(i) Que le but poursuivi sera de préparer un projet d'articles sur le droit des traités destiné à servir de base pour une convention;
(ii) Que le Rapporteur spécial sera prié d'examiner à nouveau l'œuvre précédemment accomplie dans ce domaine par la Commission et ses Rapporteurs spéciaux;
(iii) Que le Rapporteur spécial devra commencer par la conclusion des traités, et étudier ensuite le reste de la question, de façon à traiter, si possible, l'ensemble du sujet en deux ans.

En même temps, la Commission décida formellement de reprendre le sujet du droit des traités à sa Quatorzième Session.

Au cours de la période 1962-1964, le Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, se plaçant dans le cadre tracé par la décision de 1961, a présenté trois rapports qui embrassent virtuellement l'ensemble de la matière du droit des traités conclus entre Etats [A/CN.4/144 et Add. 1 (1962), A/CN.4/156 et Adds. 1-3 (1963), et A/CN.4/167 et Adds. 1-3 (1964)], et qui s'intitulent respectivement « Conclusion, entrée en vigueur et enregistrement des traités », « La validité substantielle, la durée et l'extinction des traités », et « L'application, les effets, la révision et l'interprétation des traités ». L'examen de ces rap-

ports a constitué la préoccupation principale de la Commission du droit international au cours de cette période, et, à la fin de 1964, la Commission avait adopté à titre provisoire, en première lecture, et sur la base des propositions présentées par le Rapporteur spécial, les textes de 73 articles et commentaires sur le droit des traités.

En 1963, à la suite de la Résolution 1766 (XVII) de l'Assemblée générale, du 20 novembre 1962, sur la question d'une plus large participation aux traités multilatéraux généraux conclus sous les auspices de la Société des Nations, et sur la base d'une Note du Secrétariat (A/CN.4/159 et Add.1) et d'un rapport de Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/162), la Commission présenta un rapport spécial sur la question à l'Assemblée générale. Il se trouve au Chapitre III du Rapport de la Commission pour 1963.

Les textes des projets d'articles adoptés à titre provisoire par la Commission lors de ses Troisième et Onzième Sessions, respectivement en 1951 et en 1959, peuvent être aisément trouvés dans le doc. A/CN.4/L.99 (1962), et le texte du projet d'articles adopté depuis 1962 est établi, dans ses trois versions officielles (anglais, espagnol et français), dans le doc. A/CN. 4/L.107 (1965).

Pendant cette période, la Commission a tenté d'approcher de deux façons entièrement différentes la question de la codification du droit des traités, savoir: d'une part, une approche par la voie conventionnelle et, d'autre part, une codification sous la forme d'un code déclaratoire, comme le préconisait en particulier Sir Gerald Fitzmaurice. Mais, comme il l'a été noté, lorsque, en 1961, la Commission nomma Sir Humphrey Waldock Rapporteur spécial, elle décida que le but poursuivi serait de préparer un projet d'articles sur le droit des traités destiné à servir de base pour une convention, et c'est en se conformant à cette décision générale que le présent Rapporteur

spécial de la Commission, et la Commission elle-même, ont poursuivi leurs travaux depuis lors.

Les articles du projet adoptés depuis 1962 se divisent en trois parties. La première partie, adoptée en 1962, traite de la conclusion, de l'entrée en vigueur et de l'enregistrement des traités. Elle est divisée en cinq sections, comme suit:

Section I. Dispositions générales (articles 1-3) ayant trait, en particulier, aux définitions, à la portée des présents articles et à la capacité de conclure des traités;

Section II. Conclusion des traités par les Etats (articles 4-17);

Section III. Réserves (articles 18-22);

Section IV. Entrée en vigueur et enregistrement (articles 23-25); et

Section V. Correction des erreurs et fonctions des dépositaires (articles 26-29).

La deuxième partie, adoptée en 1963, traite des « Défaut de validité et terminaison des traités ». Elle est divisée en six sections comme suit:

Section I. Disposition générale (article 30), qui stipule simplement une présomption relative à la validité, au maintien en vigueur et en application d'un traité qui est entré en vigueur conformément aux dispositions de la première partie, à moins que la nullité, la terminaison ou la suspension de l'application du traité ne résulte de l'application des présents articles;

Section II. Défaut de validité des traités (articles 31-37);

Section III. Terminaison des traités (articles 38-45);

Section IV. Règles particulières à l'application des sections II et III (articles 46-48);

Section V. Procédure (articles 49-51); et

Section VI. Conséquences juridiques de la nullité d'un traité, du fait qu'il prend fin ou de la suspension de son application (articles 52-54).

La troisième partie, adoptée en 1963, traite de l'application, des effets, de la modification et de l'interprétation des traités, et elle est divisée en trois sections, comme suit:

Section I. Application et effets des traités (articles 55-64), y compris tous les articles relatifs aux traités et aux Etats tiers, et à l'application de traités contenant des dispositions incompatibles;

Section II. Modification des traités (articles 65-68);

Section III. Interprétation des traités (articles 69-73).

Bien que les questions relatives à la terminaison et à la modification des traités soient à l'heure actuelle traitées plus spécifiquement aux seules sections III et IV de la deuxième partie (articles 38-48) (terminaison) et à la section II de la troisième partie (articles 65-68) (modification), il n'en existe pas moins une très grande connexité entre tous les articles. C'est ainsi, par exemple, que l'article 65 sur la procédure de modification des traités est basé sur les règles générales ayant trait à la conclusion, qui figurent dans la première partie. En vertu de l'article 66, les effets de l'accord modifiant un traité sont régis par l'article 63, qui a trait à l'application de traités contenant des dispositions incompatibles, et ainsi de suite. Bien qu'il ne paraisse pas nécessaire, aux fins de la présente étude, d'énumérer de façon détaillée tous les points précis où

une telle connexité existe entre les articles, il convient de souligner l'existence de cette connexité et l'importance qu'il y a, dès lors, à envisager le travail de la Commission du droit international sur le droit des traités dans son ensemble. L'expérience de la Commission du droit international a montré à quel point il est nécessaire d'établir le plus haut degré de coordination entre les différentes rubriques du droit des traités, et les conséquences fâcheuses qui pourraient résulter d'un examen par trop fragmenté de ses différentes rubriques. Il y a des indications pour dire que l'Assemblée générale des Nations Unies, elle aussi, adopte une attitude semblable. Il convient de rappeler, dans ce contexte, que la question du sort des traités en cas de création d'un nouvel Etat aux dépens d'un Etat préexistant est actuellement à l'étude dans le cadre de la Quinzième Commission de l'Institut.

La Commission du droit international a déclaré, relativement à l'ensemble de son projet d'articles sur le droit des traités, qu'il contient à la fois des éléments de développement progressif du droit et de codification; mais, conformément à ce qui est désormais sa pratique habituelle, elle ne tentera pas d'établir une distinction formelle entre les dispositions *de lege lata* et celles *de lege ferenda.*

Les trois parties du droit des traités ont été communiquées aux Gouvernements (respectivement en 1962, 1963 et 1964) pour qu'ils présentent leurs observations, conformément au Statut de la Commission du droit international. Les observations des Gouvernements sur la première et la deuxième partie sont disponibles (doc. A/CN.4/175 et Adds.), tandis que celles sur la troisième partie ne seront remises que plus tard. A l'issue de sa première lecture du droit des traités, en 1964, la Commission a décidé de commencer, à sa session de 1965, la seconde lecture de la première partie et du plus grand nombre possible d'articles de la deuxième partie du droit des traités,

compte tenu des observations communiquées par les Gouvernements. Elle a de plus décidé d'achever son étude du droit des traités avant que le présent mandat des membres de la Commission arrive à expiration à la fin de 1966, et c'est la raison pour laquelle elle propose de tenir au mois de janvier 1966 une session d'hiver en plus de sa session régulière qui commencera au mois de mai de cette année. La base d'un tel réexamen a été préparée par le Rapporteur spécial, dans son Quatrième Rapport (A/CN.4/177 et Adds.), dont la Commission sera saisie à sa Dix-septième Session (1965).

En 1962 déjà, lorsqu'elle adopta la première partie du droit des traités et qu'elle annonça son projet de procéder à l'étude du sujet en trois parties, la Commission laissa ouverte la question de savoir si tous les projets devraient être fondus en une convention unique, ou si la codification du droit des traités devrait faire l'objet d'une série de conventions connexes. Revenant sur ce point en 1964, la Commission fit notamment observer que plusieurs des articles déjà adoptés à titre provisoire appelaient un nouvel examen pour être harmonisés avec les autres articles et que si la juxtaposition de certains sujets a facilité leur étude, elle peut ne pas convenir pour la présentation ultime du projet d'articles. C'est pourquoi la Commission a considéré qu'il sera peut-être utile d'opérer certains rajustements dans la répartition de la matière du projet entre les différentes parties et sections. Dès sa Dix-septième Session, en 1965, la Commission du droit international est tombée d'accord pour présenter le texte final des articles sur le sujet en un projet unique.

Etant donné que le projet d'articles, dans son état actuel, est provisoire, et qu'il sera très certainement amendé, complété et rajusté, nous n'avons pas jugé nécessaire, aux fins de la présente étude, de procéder à une analyse des points d'accord et de divergence entre les articles du projet déjà adopté par la

Commission du droit international et les propositions majoritaires et minoritaires avancées par la Onzième Commission en 1963. Le présent rapporteur croit cependant que, suivant les décisions auxquelles la Onzième Commission aboutira au sujet de son travail futur, il pourrait s'avérer opportun qu'il entreprenne une telle analyse, à un stade ultérieur, après que la Commission du droit international aura présenté son rapport final sur le droit des traités à l'Assemblée générale.

Nonobstant, il y a lieu d'attirer l'attention sur certains traits caractéristiques du projet d'articles, dans son état actuel.

Il est de première importance que la Commission du droit international ait renoncé à toute tentative de classer les traités suivant leur objet; elle n'a, en particulier, pas suivi la classification, défendue par de nombreux auteurs, entre traité-loi et traité-contrat. Sa codification présente un droit des traités unitaire. Et si certaines différenciations sont faites entre différents types de traités, il s'agit bien plutôt de différenciations de forme que de fond. Le terme « traité » a été défini au sens du présent projet comme « tout accord international en forme écrite, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière... conclu entre deux ou plusieurs Etats ou autres sujets du droit international et régi par le droit international» (article 1, paragraphe 1 *(a)*)[1]. A certaines fins, et notamment en ce qui concerne la participation à un traité et les réserves, la Commission a utilisé l'expression « traité multilatéral général » au sens de « un traité multilatéral relatif à des normes générales de droit international ou portant sur des

[1] Il est nécessaire de souligner ici que cette définition du terme « traité » n'est point conçue comme une définition absolue et générale et qu'elle n'a été insérée dans le projet que pour fixer le vrai champ d'application des divers articles du projet.

questions d'intérêt général pour l'ensemble des Etats » (article 1, paragraphe 1 *(c)*), et ailleurs la Commission a employé l'expression « un traité qui a été conclu entre un petit groupe d'Etats », mais il est probable que des distinctions de ce genre ne survivront pas à la deuxième lecture du projet. Tout au long de ses commentaires, la Commission a reconnu que l'application des articles du projet est susceptible de varier selon que le traité est bilatéral ou multilatéral, et certains articles, notamment ceux qui ont trait à la modification des traités, ne s'appliquent, de par leurs termes mêmes, qu'aux traités multilatéraux.

En deuxième lieu, et, à certains égards, partant du même point de vue, la Commission a admis que lorsque le traité est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou qu'il a été établi dans le cadre d'une organisation internationale, l'application des différents articles du projet sur le droit des traités est soumise aux règles établies dans l'organisation intéressée.

Troisièmement, et se référant plus particulièrement à la modification des traités, la Commission a adopté le point de vue que l'application, dans un cas donné, de différentes de ses règles de fond — en particulier celles contenues dans la deuxième partie, de même que certaines de celles qui trouvent place dans les articles complexes relatifs aux traités et aux Etats tiers — comprend certains aspects essentiels de la modification des traités. Reconnaissant le rôle joué par le facteur politique dans la modification des traités, elle a cherché à introduire dans son projet d'articles celles des règles qui ont un contenu juridique et dont l'identification est aisée. Voir, en particulier, les paragraphes (1) et (2) du Commentaire des articles 65 et 66.

En quatrième lieu, à travers tous ses travaux sur le droit des traités, la Commission, tout en reconnaissant que des obligations conclues par des Etats avec des entités qui ne sont pas des Etats ou entre de telles entités, peuvent être comprises dans

le cadre d'un droit des traités plus vaste, a restreint son projet de codification du droit des traités aux seuls traités conclus entre Etats.

*

Il ne faut pas passer sur le fait que d'importantes questions du droit des traités ont été soulevées à presque chacune des sessions de l'Assemblée générale, et au sein de plus d'une de ses grandes Commissions, et cela depuis la Première Session de l'Assemblée générale, en 1946. A la Sixième Commission, ces questions ont eu principalement trait à l'application de tel ou tel domaine du droit des traités dans une situation déterminée et les discussions y relatives sont admirablement résumées dans le Mémoire préparé par le Secrétariat, intitulé « Résolutions de l'Assemblée générale intéressant le droit des traités » (N.U. doc. A/CN.4/154, Annuaire de la Commission du droit international, 1963, vol. II. p. 1). Dans les autres grandes Commissions, ce ne sont pas les questions de l'application du droit des traités, mais celles des dispositions qui devaient être insérées dans tel ou tel traité rédigé sous leurs auspices, qui ont retenu l'attention, et cette pratique a trouvé son expression dans ce que l'on appelle les clauses finales, dont on peut trouver une utile sélection dans le *Recueil des Clauses finales,* préparé par le Secrétariat et publié dans le doc. N.U. ST/LEG/6. Le Mémoire du Secrétariat (A/CN.4/154) ne fait ressortir aucune discussion ou pratique significative, ni sur la question de la terminaison, ni sur celle de la modification des traités.

La première et la deuxième partie du projet d'articles de la Commission du droit international sur le droit des traités ont été discutées au sein de la Sixième Commission lors de la Dix-septième (1962) et Dix-huitième (1963) Sessions de l'Assemblée générale, et l'on peut trouver un résumé de ces discussions dans les Rapports de la Sixième Commission, respectivement doc.

A/5287 (Documents officiels de l'Assemblée générale, Dix-septième session, annexes, point 76 de l'ordre du jour) et doc. A/5601 (*ibid.*, Dix-huitième Session, annexes, point 69 de l'ordre du jour); elles sont aussi présentées de façon plus systématique à la Section II du doc. A/CN.4/175, cité plus haut. Le trait le plus significatif de ces discussions a peut-être été l'approbation non pas universelle mais générale, dont a bénéficié la décision de la Commission d'entreprendre la codification du droit des traités sous la forme d'une convention. Il semble aussi que l'on ait voulu, de façon générale, encourager la Commission à continuer d'essayer d'établir un équilibre entre les exigences du développement du droit international et de sa codification et les intérêts habituels et les aspirations de la communauté internationale. Une telle vue des choses trouve son expression dans les Résolutions de l'Assemblée générale 1765 (XVII) du 20 novembre 1962 et 1902 (XVIII) du 18 novembre 1963, dans chacune desquelles l'Assemblée générale a recommandé que la Commission continue ses travaux de codification et de développement progressif du droit des traités « en vue de placer le droit des traités sur les bases les plus larges et les plus sûres ». Du fait des circonstances dans lesquelles eut lieu la Dix-neuvième Session de l'Assemblée générale (1964-1965), la troisième partie du projet de la Commission n'a pas pu être discutée jusqu'ici.

Le travail futur de la Onzième Commission

Au cours de la discussion qui précéda la présentation du projet de Résolution à la Session de Bruxelles de l'Institut, la question fut soulevée de savoir si la Onzième Commission devrait s'occuper de tous les traités, ou seulement des traités collectifs. Le rapporteur précédent était de l'avis que la Commission devrait rester dans les limites de son mandat et ne s'occuper que des traités collectifs, faisant observer que le

problème des traités bilatéraux se présente sous un jour quelque peu différent. Le Président, M. Rolin, proposa cependant de laisser la question ouverte. Il fit remarquer que la Commission du droit international n'avait établi aucune distinction à cet égard et qu'il estimait, par conséquent, que la Onzième Commission devrait jouir d'une complète liberté d'action en ce domaine et prendre ses décisions sur la base des réponses que les Gouvernements communiqueraient à la Commission du droit international. Le présent rapporteur tend à penser qu'il conviendrait, à cet égard, de maintenir une distinction entre la terminaison des traités et la modification des traités, en limitant cette dernière aux seuls traités multilatéraux.

Il peut être observé que ce n'est pas la première fois que l'Institut a l'occasion d'examiner des questions dont la Commission du droit international a également entrepris l'étude. En ce qui concerne le droit des traités, que la Commission du droit international, nous l'avons vu, examine depuis 1950, l'Institut s'est occupé entre 1950 et 1956 du problème de l'interprétation des traités, et tant sa Résolution de Grenade (1956) que ses travaux préparatoires ont été d'une très grande valeur pour la Commission du droit international: cette Résolution a, en effet, constitué l'un des points de départ des articles sur l'interprétation que la Commission du droit international a préparés en 1964. La manière dont l'Institut procéda lorsqu'il étudia le droit de la mer est peut-être plus pertinente encore à cet égard. Le fait que la Commission du droit international était en train d'examiner ce sujet n'empêcha pas l'Institut de poursuivre son étude de la question, même après que la Commission du droit international eut présenté son rapport final sur le droit de la mer (1956), et d'adopter, à Amsterdam (1957), sa Résolution sur la distinction entre le régime de la mer territoriale et celui des eaux intérieures. Bien que, de manière générale, on puisse concevoir qu'il soit préfé-

rable, en vue d'assurer aux travaux de l'Institut la plus grande valeur pratique, que ce dernier achève son examen d'un sujet, qui figure aussi à l'ordre du jour de la Commission du droit international, avant que celle-là ne parvienne à ses conclusions finales sur la question, il ne doit pas s'agir là d'une condition absolue ni pour le programme ni pour l'horaire de travail de l'Institut.

Quant aux questions de la terminaison et de la modification des traités, il serait bon, pense-t-on, que la Onzième Commission, après que la Commission du droit international aura présenté son rapport final sur le droit des traités, prenne en considération sitôt que possible ce rapport *in toto* et fasse ses recommandations à l'Institut sur les questions qui lui sont confiées en tenant compte de ce rapport final. Il n'est, à l'heure actuelle, ni désirable ni possible d'essayer de prédire dans quel sens se feront ces recommandations. Il serait certainement prématuré d'envisager maintenant de mettre un terme aux travaux de la Onzième Commission, bien que cette possibilité ne doive pas être exclue. Plusieurs autres possibilités peuvent se présenter. On pourrait, par exemple (et, à vrai dire, on devrait même), procéder à un examen critique et minutieux du rapport final de la Commission du droit international, sans aucune idée préconçue quant aux conclusions auxquelles un tel examen pourrait aboutir. Il se peut qu'étant donné le haut degré d'abstraction qui caractérise certaines parties du projet d'articles de la Commission du droit international, et en particulier certaines sections de la deuxième partie, la Onzième Commission estime opportun de présenter ses conclusions et recommandations sur la modification et la terminaison des traités dans le cadre établi par la Commission du droit international, mais sous une forme un peu moins abstraite. Il n'est pas exclu, disons-le, que la Commission du droit international estime nécessaire de laisser de côté l'examen de certains aspects. Et, à vrai dire, de tels

exemples existent déjà: c'est ainsi que la Commission du droit international a décidé, en 1964, d'exclure de son étude du droit général des traités toutes les questions relatives à la clause dite de la nation la plus favorisée, de même que les questions de succession d'Etats en relation avec les traités et celles de la responsabilité de l'Etat en ce qui concerne la responsabilité juridique résultant de la non-exécution des obligations créées par un traité [1]. (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa Seizième Session, 10 mai-24 juillet 1964, doc. N.U. A/5809, paragr. 18, 20-21). La Onzième Commission pourrait également envisager la préparation de clauses conventionnelles modèles, comme cela a déjà été mentionné lors de délibérations antérieures de la Onzième Commission.

Il semble toutefois que l'Institut ne fournira un travail utile qu'à la condition qu'il soit en mesure d'achever son étude de la question avant que les organes politiques compétents soient parvenus à des décisions finales. A ce sujet, on ne doit ignorer ni la décision de la Commission du droit international de réaliser sa codification du droit des traités sous une forme qui pourra servir de base pour une convention, ni la forte tendance de l'Assemblée générale et des Conférences de Plénipotentiaires d'accomplir le travail de codification d'un sujet quel-

[1] Les questions de la succession d'Etats et de Gouvernements et de la responsabilité des Etats figurent à l'ordre du jour de la Commission du droit international. Elles ont été examinées à titre préliminaire par des Sous-commissions en 1963, et la Commission nomma également cette année-là des Rapporteurs spéciaux. La Commission entreprendra vraisemblablement l'examen détaillé de ces questions après qu'elle aura terminé le droit des traités. La Commission a également décidé en 1963 que la succession en matière de traités serait examinée en rapport avec la succession d'Etats, plutôt que dans le cadre du droit des traités; et, dans ce contexte, la Sous-commission a recommandé que priorité soit donnée aux problèmes de succession ayant trait aux traités.

conque par la voie conventionnelle. Compte tenu de ces indications, le présent rapporteur pense qu'il est à envisager que la même procédure sera adoptée pour réaliser la codification du droit des traités, et que si la Commission du droit international réussit à réaliser son plan de terminer le droit des traités en 1966, on peut s'attendre à ce qu'une Conférence des Plénipotentiaires se réunisse quelques années plus tard pour s'occuper de la question. Ce sont les raisons pour lesquelles on peut estimer que la Commission devrait être prête à présenter à l'Institut, lors de sa Session de 1967, le rapport complémentaire dont parle la Résolution de Bruxelles.

Le rapporteur est parvenu à la conclusion que, dans ces circonstances, il devrait s'abstenir pour le moment de soumettre le questionnaire habituel aux membres de la Onzième Commission, et ce tant que celle-ci n'aura pas pris de décision au sujet de son activité future et que la Commission du droit international n'aura pas présenté son rapport final. Il exprime par ailleurs le souhait que la Session de Varsovie de l'Institut offre aux membres de la Onzième Commission l'occasion de procéder à un échange de vues général sur le travail ultérieur de la Commission.

(Jérusalem, avril 1965.)

Terminaison des traités collectifs

(Onzième Commission)

2. Rapport provisoire *

présenté par

M. Shabtai Rosenne

I. Introduction

1. Le 16 avril 1966, un exposé préliminaire auquel était annexé un questionnaire (Annexe II) fut envoyé aux membres de la Onzième Commission [1]. Le 13 mai 1966, à la demande du Rapporteur, les autres Membres et Associés de l'Institut qui sont en même temps membres de la Commission du droit international furent également invités à répondre à l'exposé préliminaire et au questionnaire. Au 21 juillet 1966, les membres suivants de la Onzième Commission avaient fait parvenir leur réponse (Annexe III): Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jenks*, *Koretsky*, *Morelli*, Paul *De Visscher* et *Winiarski*; de même leurs Confrères suivants, membres de la Commission du droit international: MM. *Ago*, *Briggs*, *Castrén*, *Jiménez de Aréchaga* et *Reuter*. M. *Lachs* pria qu'on l'excusât de ce qu'en raison de la maladie, il n'ait pas été en mesure de répondre au questionnaire. Une réponse de M. Quincy *Wright* est encore

---

* Traduit de l'anglais par Antoine Martin.

[1] La Onzième Commission est ainsi composée: M. Shabtai Rosenne, *rapporteur*, M. Bartoš, Sir Gerald Fitzmaurice, MM. Forster, Jenks, Koretsky, Lachs, Liang, Morelli, Rousseau, Paul De Visscher, Winiarski et Quincy Wright, *membres*.

parvenue après l'établissement du présent rapport. Votre rapporteur tient à exprimer tous ses remerciements à ceux qui ont répondu à l'exposé préliminaire. Le rapport provisoire a été établi sur la base de ces réponses et à la suite d'un nouvel examen de la question à la lumière du rapport final de la Commission du droit international sur le droit des traités, rapport qui a été achevé à la dix-huitième session de cette Commission (1966) [2].

[2] Pour la citation des différents documents, on a adopté le système d'abréviations suivant:

Les comptes rendus analytiques de la Commission du droit international sont cités par référence aux chiffres de la séance et du paragraphe considérés, tels qu'ils figurent dans les *Annuaires* de la Commission, vol. I, comme suit: 628e-672e séances (1962), 673e-721e séances (1963), 722e-774e séances (1964), 775e-821e séances (1965), 822e-843e séances (janvier 1966), 844e-894e séances (1966).

Les *Rapports* de la Commission de même que ceux des différents Rapporteurs spéciaux figurent dans le vol. II de l'*Annuaire*. Les Rapports des Rapporteurs spéciaux sont cités de la manière suivante:

Brierly I	Brierly, premier rapport sur le droit des traités, doc. A/CN.4/23 (1950).
Fitzmaurice I, II, III, IV, V	Sir Gerald Fitzmaurice, premier, deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports sur le droit des traités, doc. A/CN.4/101 (1956), A/CN.4/107 (1957), A/CN.4/115 (1958), A/CN.4/120 (1959) et A/CN.4/130 (1960).
Lauterpacht I, II	Sir Hersch Lauterpacht, premier et second rapports sur le droit des traités, doc. A/CN.4/63 (1953) et A/CN.4/87 (1954).
Waldock I, II, III, IV, V et VI	Sir Humphrey Waldock, premier, deuxième, troisième, quatrième, cinquième et sixième rapports sur le droit des traités, doc. A/CN.4/144 et Add. 1 (1962), A/CN.4/156 et Add. 1-3 (1963), A/CN.4/167 et Add. 1-3 (1964), A/CN.4/177 et Add. 1-2 (1965), A/CN.4/183 et Add. 1-4 (janvier 1966) et A/CN.4/186 et Add. 1-7 (1966).

Des références sont également faites aux séances de la sixième Commission au cours des dix-septième (1962), dix-huitième (1963) et vingtième

Le présent rapport provisoire se divise comme suit:

I. Introduction.

II. Les articles sur le droit des traités adoptés par la Commission du droit international.

III. Observations sur les articles relatifs à la terminaison des traités:

a) observations générales;

b) observations sur les articles considérés individuellement.

IV. Réponses au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire et observations du rapporteur.

V. Conclusions et propositions du rapporteur.

(1965) sessions de l'Assemblée générale des Nations Unies, durant lesquelles les rapports de la Commission du droit international furent examinés, comme suit: 734e-752e séances (1962), 780e-793e séances (1963) et 839e- 853e séances (1965).

Les commentaires des gouvernements et des délégations sur les articles 1-54 dans leur rédaction de 1962 et de 1963 se trouvent dans le doc. A/CN.4/175 et Add. 1-5, et sur les articles 55-73 dans leur rédaction de 1964 dans le doc. A/CN.4/182 et Add. 1-3. Ils seront annexés au *Rapport* de la Commission pour 1966 (Supplément n° 9 des *Documents officiels* de la Vingt et unième session de l'Assemblée générale). Ils seront également reproduits dans le vol. II de l'*Annuaire* 1966.

Pour un examen antérieur de la question par la Onzième Commission, voir Giraud I, «Modification et terminaison des traités collectifs,» *Exposé préliminaire*, et Giraud II, *Rapport*, dans *Annuaire de l'Institut*, vol. 49, t. I (1961), pp. 5,157. Pour la discussion au sein de la Onzième Commission à la session de Salzbourg, voir *loc. cit.*, p. 292. Pour la discussion dans le cadre de l'Institut à la session de Bruxelles, voir *Annuaire*, vol. 50, t. II (1963), p. 270. Pour la Résolution de Bruxelles, voir *loc. cit.*, pp. 361, 369. Et voir le *Rapport* du présent rapporteur d'avril 1965.

Questionnaire.

Annexe I. Réponses au Rapport provisoire.

Annexe II. Exposé préliminaire.

Annexe III. Réponses à l'exposé préliminaire.

Si, dans le présent rapport, votre rapporteur tente de jeter de la lumière sur les travaux de la Commission du droit international et sur certaines des considérations qui l'ont influencée, c'est dans le seul but de faciliter la tâche de la Onzième Commission. Il entend toutefois souligner expressément que les vues exprimées ici à ce sujet lui sont personnelles et qu'elles ne sauraient en aucun cas être considérées comme la pensée collective de la Commission du droit international elle-même. La seule expression authentique des vues de la Commission se trouve dans ses différents *Rapports*. L'expression authentique des vues exprimées à titre individuel par les membres de la Commission doit être recherchée dans les *Annuaires*. Le rapporteur s'est efforcé, dans le présent rapport, de citer ces différentes sources de manière appropriée.

Mandat

2. Le mandat de la Onzième Commission a été fixé par la Résolution de Bruxelles (1963), aux termes de laquelle:

L'Institut de Droit international,

Ayant pris connaissance des propositions formulées par la Commission du droit international et communiquées aux gouvernements relativement à la terminaison des traités;

Prie la Onzième Commission de suivre l'évolution de cette question et de présenter, si elle l'estime opportun, un rapport complémentaire.

Un rapport sur le travail de la Commission du droit international sur le droit des traités ayant été présenté à la Onzième Commission à Varsovie, cette dernière décida, lors d'une séance

tenue le 4 septembre 1965, de continuer à suivre l'évolution de la question et de ne considérer l'opportunité de présenter un rapport complémentaire qu'après que la Commission du droit international aurait achevé son rapport final sur le droit des traités, alors prévu pour l'été 1966. De plus, il fut envisagé que la Commission devrait, au cours de ses activités futures, tenir compte — tout au moins dans une phase initiale — des développements subséquents prévus en ce qui concerne la codification du droit des traités à l'échelon diplomatique.

Cela a été accepté par la Commission des travaux et par l'Institut. En même temps, le mandat de la Onzième Commission a été formellement amendé par l'élimination des mots « et modification » du titre du sujet qui lui a été confié. Les conséquences d'un tel amendement ont été examinées au paragraphe 2 de l'exposé préliminaire et une question spécifique a été posée à ce sujet au n° 1 du questionnaire annexé. Les réponses, de même que les observations du rapporteur, se trouvent ci-dessous aux paragraphes 60-62.

L'Institut a choisi le terme de « Terminaison des traités collectifs » pour désigner l'objet des travaux de la Onzième Commission. Le rapporteur a donc utilisé le terme de « terminaison ». Il doit être cependant relevé que dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session sont employées les expressions « *Fin* des traités » ou « *Extinction* d'un traité »[2a].

3. Il a été indiqué, au paragraphe 11 de l'exposé préliminaire, que le présent rapport provisoire devrait être établi « conformément aux Statuts de l'Institut ». Ce n'était pas se référer uniquement à des exigences d'ordre procédural, mais c'était aussi prendre en considération le but même de l'Institut, tel qu'il est défini à l'article premier des Statuts: « L'Institut de Droit inter-

[2a] Voir la discussion à la 889e séance, §§ 38-43.

national est une association exclusivement scientifique et sans caractère officiel. Il a pour but de favoriser le progrès du droit international: ... *b)* En donnant son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international. » Une ligne directrice en ce qui concerne les implications pratiques pour le présent Rapport est fournie par des Résolutions antérieures de l'Institut relatives à la question générale de la codification en droit international, en particulier les Résolutions de New York (1929) et de Lausanne (1947), qui insistent avec fermeté sur le fait que ce sont les aspects scientifiques de cette question qui entrent dans le domaine d'intérêt particulier de l'Institut, par opposition aux aspects politiques et diplomatiques qui sont nécessairement très prononcés dans la codification « officielle » entreprise à l'échelon intergouvernemental. Il semble tout particulièrement indiqué de rappeler, relativement au travail de la Commission du droit international (qu'il importe de distinguer d'une action de caractère politique qui pourrait être entreprise par la suite sur la base dudit travail), quelques remarques d'un ancien Président de l'Institut, le professeur J. P. A. François, qui fut lui-même Rapporteur spécial de la Commission du droit international, remarques présentées à la Session d'Amsterdam en 1957:

> . . . les deux institutions, l'Institut et la Commission du droit international, se distingueront toujours par leur façon d'aborder les problèmes. Sans s'enfermer dans la tour d'ivoire de la science ou se tenir à l'écart de l'évolution actuelle de la communauté des Etats, les membres de l'Institut auront à se préoccuper surtout des aspects scientifiques des problèmes. L'Institut sera mieux à même qu'une institution à orientation politique d'apprécier la valeur scientifique des nouvelles règles de droit et le jugement de ses membres sera bien moins influencé par les intérêts directs des Etats dont ils sont des ressortissants.

Et plus loin:

> Par la force des choses, la codification impliquera le développement progressif du droit, sinon l'évolution du droit se trouverait arrêtée. Mais

parce qu'elle est en effet développement progressif du droit, elle ne peut, pas plus que tout autre travail législatif, être uniquement du domaine de la science. Plus qu'à l'époque plutôt calme où un petit groupe de coryphées a exercé une grande influence sur l'acceptation des règles de droit destinées à la communauté des Etats tout entière, on s'en rend compte à une époque comme la nôtre où de nouvelles formes de gouvernement se créent, où de nombreux jeunes Etats brisent les liens avec les Etats qui autrefois y exerçaient leur influence, où des aspirations nationales quelque peu forcées apparaissent et où une méfiance bien marquée à l'égard des anciennes théories se fait jour. Par des temps pareils ce serait une illusion de croire que la science du droit pourrait avoir le dernier mot à dire sur ces problèmes. Il ne faut pas se faire d'illusions à cet égard... Mais, d'autre part, on devra veiller à ce que la science ne cède pas plus qu'il n'est strictement nécessaire. Il lui faudra rester vigilante à cet égard et ne pas se faire déloger de la place qui lui revient lorsque les nouvelles réglementations seront en voie de préparation. La science du droit international, représentée par l'Institut, aura à défendre ses couleurs [3].

4. Le sujet confié à la Onzième Commission soulève des problèmes délicats, tant du point de vue de la matière (laquelle, si l'on n'y porte pas attention, risquerait de s'étendre au point de devenir impossible à dominer), que *ratione personae*. Le fait que les articles sur le droit des traités proposés par la Commission du droit international aient été adoptés avec remarquablement peu de votes négatifs, mais bien plutôt, dans de nombreux cas, de façon unanime, et que le rapport final ait été adopté sans voix dissidentes, constitue un facteur dont les implications ne sauraient être écartées à la légère, car il indique nettement l'existence d'un haut degré d'ajustement mutuel aux différents points de vue exprimés en vue d'obtenir un accord commun (sans pour autant impliquer un sacrifice quelconque des positions de principe maintenues pour des raisons scientifiques clairement exprimées, comme en témoignent les comptes rendus de la Commission du droit international). Notons par

[3] *Annuaire de l'Institut*, vol. 47, t. II, 1957, pp. 153-154, 155.

ailleurs que pas moins de 14 membres de la Commission du droit international, dans sa composition de mai-juillet 1966, sont Membres ou Associés de l'Institut — y compris le présent rapporteur.

On peut dès lors se demander quelle pourrait être dans ces circonstances, relativement au sujet de la terminaison des traités multilatéraux, la fonction de la Onzième Commission et, par la suite, celle de l'Institut.

Les membres de la Commission du droit international eux-mêmes seraient probablement les premiers à reconnaître que le projet d'articles n'est ni parfait ni complet, mais qu'il représente plutôt le commun dénominateur des diverses aspirations individuelles susceptible d'être atteint dans les circonstances où a travaillé la Commission et qu'il constitue en quelque sorte une synthèse des différentes approches scientifiques. Par ailleurs derrière le texte final se trouve le travail de quatre éminents Rapporteurs spéciaux (tous quatre membres de l'Institut, et dont deux d'entre eux sont devenus par la suite juges à la Cour internationale de Justice tandis qu'un autre devenait juge à la Cour européenne des Droits de l'homme), sans parler d'une longue série de recherches préliminaires au cours de la période 1949-1961, et de cinq années (1962-1966) d'attention soutenue de la part de la Commission, au cours d'à peu près 290 séances depuis 1949 consacrées entièrement ou en partie au sujet, sans compter les séances de son Comité de rédaction. On peut affirmer que la Commission a pénétré dans tous les coins et recoins possibles du droit des traités, même si, en dernière analyse, tous les détails de ce droit n'ont pas trouvé expression dans le projet d'articles. On doit dire et reconnaître en toute franchise que même si la Commission n'est pas à l'abri des courants politiques existant actuellement dans le monde (et nous ne pensons pas qu'elle est censée l'être), ce n'est cependant qu'après avoir examiné de la manière la plus soigneuse les

aspects théoriques et scientifiques contenus dans 16 rapports présentés par les seuls Rapporteurs spéciaux, sans parler d'un grand nombre d'autres documents de toute espèce, et après avoir pesé avec beaucoup de prudence les avantages et désavantages de l'introduction d'une règle donnée ou de l'adoption de telle ou telle rédaction, qu'elle est arrivée à ses conclusions, positives ou négatives. Par ailleurs, elle s'est efforcée dans ses commentaires, adoptés sur proposition du Rapporteur spécial, de fournir les explications nécessaires sur ses décisions, tout en ne s'engageant pas dans des controverses doctrinales (voir discussion à la 888e séance, paragraphes 1-16).

5. Cela dit, votre rapporteur suggère qu'il conviendrait — et ce serait probablement conforme à la Résolution de Bruxelles de 1963 — que la Onzième Commission passe rapidement en revue les propositions formulées par la Commission du droit international sur la terminaison des traités et les aspects qui y sont étroitement reliés, ne serait-ce que pour la mettre en mesure de déterminer de façon définitive si et comment elle entend présenter un rapport complémentaire à l'Institut. Il est clair qu'il ne serait pas possible, dans le peu de temps disponible, de formuler une vue que l'on puisse tenir pour collective sur chacune de ces propositions et de la présenter à l'Institut, et cela n'est probablement pas nécessaire. Il ne sera guère possible de faire plus que d'individualiser deux ou trois questions d'importance majeure et, sans réexaminer la matière *ab initio*, comme l'ont fait les Rapporteurs spéciaux ainsi que les précédents Rapporteurs de l'Institut, de soumettre ces aspects choisis du travail final de la Commission à un examen scientifique, examen qui entre bien dans le cadre de ce que l'on a conçu, dans le passé, comme étant la fonction propre de l'Institut dans ce type de situation, à savoir (selon les propres termes de M. François) : « d'apprécier la valeur scientifique des nou-

velles règles de droit ». Peut-être est-il même permis d'aller plus loin, car ce genre d'examen n'a pas besoin d'être limité — et ne devrait probablement pas l'être — aux présentes propositions de la Commission du droit international (bien qu'il convienne — ne serait-ce que pour des raisons de temps — d'accorder priorité à leur analyse), mais peut également à juste titre s'étendre à des domaines qui ont été laissés de côté par la Commission du droit international. Le paragraphe 7 de l'exposé préliminaire signalait certains aspects sur lesquels un tel choix pourrait porter, et les réponses reçues ont montré la direction à suivre en vue d'une présentation plus rigoureuse de la matière dans le présent rapport provisoire. Le but d'une telle analyse, croyons-nous, ne devrait pas consister à appliquer arbitrairement une échelle de valeurs en vue de juger si les textes n'auraient pas pu être « mieux » rédigés; et votre rapporteur estime que comme l'Institut en a décidé en principe à Grenoble (1922) [4] (parallèlement aux travaux de la S.d.N. dans le domaine du développement général du droit international), il importe d'apporter le plus grand soin à éviter que l'Institut soit conduit à un point où il serait susceptible de nuire à la Commission du droit international ou aux Nations Unies dans leur ensemble dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international. Il conviendrait de mettre l'accent sur le bien-fondé des propositions considérées d'un point de vue strictement scientifique, et non sur leur opportunité du point de vue politique ni sur leur degré de conformité avec des vues anciennes, et peut-être surannées, sur ce qu'est le droit ou avec des conceptions purement idéalistes au sujet de ce qu'il devrait être. C'est la raison pour laquelle votre rapporteur recommande que l'on suive la Commission du droit international sur un point essentiel (point qui, croyons-nous, bien que constituant

[4] *Cf. Annuaire de l'Institut*, vol. 29, 1922, p. 145.

en apparence une modification de l'article 15 de son Statut, est aujourd'hui universellement admis), savoir: que l'on doit éviter de se lancer dans un exercice qui se révélerait bientôt stérile et qui consisterait à tenter de distinguer entre ce qui est purement codification et ce qui est développement progressif — entre ce qui est *lex lata* et ce qui est avancé *de lege ferenda* —, sauf là où la Commission a elle-même établi une telle distinction.

6. Votre rapporteur aimerait aussi, à ce stade, rappeler et faire siennes les importantes observations émises par le précédent rapporteur dans la section de son rapport préliminaire intitulée *Droit litigieux et droit constructif*[5]. Le lecteur attentif des procès-verbaux de la Commission du droit international aura noté les fréquentes allusions à ce que pourrait être ou ne pas être l'action d'un tribunal international confronté avec la tâche d'appliquer une règle donnée dans un cas hypothétique, et les non moins fréquentes expressions d'hésitation sur le point de savoir si, en posant ainsi le problème, on ne fausse pas la question, en ce sens que le vrai but n'est pas d'élaborer une règle de droit pour faciliter la solution d'un différend, et qu'il s'agit bien plutôt de formuler une règle juridique d'application prophylactique, en vue de prévenir un différend. « Il vaut mieux prévenir que guérir », tel est le précepte qui devrait servir d'orientation à la Onzième Commission.

---

[5] Giraud I, *Annuaire de l'Institut*, vol. 49, 1961, t. I. p. 9.

II. Les articles sur le droit des traités adoptés par la Commission du droit international

Forme

7. A sa 893e séance, le 18 juillet 1966, la Commission du droit international a adopté, par le vote unanime des 14 membres alors présents, son rapport final comprenant le projet d'articles sur le droit des traités et l'a soumis à l'Assemblée générale en recommandant, conformément à l'article 23 (1) *d)* de son Statut, que cette dernière convoque une conférence internationale de plénipotentiaires chargée d'examiner le projet d'articles et de conclure une convention sur cette matière [6]. Ce rapport a été inscrit à l'ordre du jour provisoire de la vingt et unième Session de l'Assemblée générale (septembre à décembre 1966), et ce n'est qu'après qu'il aura été complètement discuté au sein de la Sixième Commission et, en cas de besoin, également en séances plénières, qu'il sera possible de se prononcer sur la réunion éventuelle d'une conférence diplomatique et sur sa date [7].

---

[6] Doc. N.U. A/CN.4/191 (version provisoire) et A/6309/Rev. I (version définitive).

[7] Dans un mémoire du Secrétaire général intitulé *Droit des traités: Problèmes de procédure et d'organisation que poserait une conférence diplomatique sur le droit des traités*, il a été estimé qu'une conférence ne pourrait se tenir avant le printemps de 1968 au plus tôt, ou devrait avoir lieu même plus tard si l'on voulait laisser plus de temps pour la préparation. *Documents officiels* de la vingt et unième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 84 de l'ordre du jour (doc. A/C.6/371). Lorsque le projet de ce mémoire fut discuté à la Commission du droit international, plusieurs membres déclarèrent que la date proposée était prématurée. Cette vue des choses se retrouve dans le texte final du mémoire tel qu'il a été soumis à l'Assemblée générale. Pour la discussion au sein de la Commission du droit international, voir 879e et 880e séances.

Le projet consiste en 75 articles accompagnés de commentaires et divisés en sept parties[7a].

8. A l'issue de sa 893e séance, immédiatement après avoir adopté le projet d'articles sur le droit des traités, la Commission du droit international a, par acclamation, adopté une résolution formelle exprimant sa gratitude à Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, pour les grands services rendus. Il convient de le mentionner dans ce rapport soumis à l'Institut de Droit international.

[7a]

Partie I	Introduction (articles 1-4).
Partie II	Conclusion et entrée en vigueur des traités (articles 5-22). Section 1: Conclusion des traités; Section 2: Réserves aux traités multilatéraux; Section 3: Entrée en vigueur des traités.
Partie III	Respect, application et interprétation des traités (articles 23-34). Section 1: Respect des traités; Section 2: Application des traités; Section 3: Interprétation des traités; Section 4: Traités et Etats tiers.
Partie IV	Amendement et modification des traités (articles 35-38).
Partie V	Nullité, fin et suspension de l'application des traités (articles 39-68). Section 1: Dispositions générales; Section 2: Nullité des traités; Section 3: Fin des traités et suspension de leur application; Section 4: Procédure; Section 5: Conséquences de la nullité, de l'extinction ou de la suspension de l'application d'un traité.
Partie VI	Dispositions diverses (articles 69 et 70).
Partie VII	Dépositaires, notifications, corrections et enregistrement (articles 71-75).

Problèmes rédactionnels

9. Depuis 1962, la rédaction de ces articles a été dominée par la décision de principe, prise par la Commission du droit international en 1961, que le but qu'elle poursuivait était de préparer un projet d'articles sur le droit des traités destiné à servir de base à une convention internationale [8]. Cela a signifié l'abandon de l'approche «code déclaratif» proposée par Sir Gerald Fitzmaurice et adoptée à titre provisoire par la Commission en 1959 (et appuyée, depuis 1962, par quelques gouvernements), et, en outre, contraint la Commission, comme elle l'avait elle-même prévu en 1959, à «modifier considérablement la rédaction, et... supprimer certaines des dispositions» [9]. Les principales de ces suppressions ont consisté en l'élimination de tous les passages d'ordre purement descriptif qui, s'ils avaient sans aucun doute leur place dans un code déclaratif, n'ont pas été jugés nécessaires au moment où le droit a été moulé dans la forme conventionnelle. Les principaux changements rédactionnels — du point de vue de la présentation — ont été fonction de la tentative d introduire dans chaque « fraction » du texte — article ou paragraphe — une formule élégante ayant un contenu juridique correspondant à l'hypothèse de la « fraction » en question — soit énoncé d'un principe juridique, soit énoncé d'une règle juridique plus spécifique, et non pas seulement exhortation ou description [10].

---

[8] *Rapport* de la Commission pour 1961, § 39 ; *Rapport* du présent rapporteur d'avril 1965, p. 11 ci-dessus.

[9] *Rapport* de la Commission pour 1959, § 18.

[10] Un bon exemple en est fourni par la décision prise en 1965, à la 811e séance (§ 83-90), de supprimer l'article 5 tel qu'il avait été adopté en 1962, sur la négociation et la rédaction d'un traité, pour la raison qu'il était purement descriptif. Par ailleurs, une règle juridique relative à la négociation figure à l'article 15.

10. D'autres facteurs ont encore exercé une influence sur la rédaction de ces articles.

Le plus important est la procédure générale suivie par la Commission. La pratique presque invariable de la Commission a consisté, au cours de la période 1962-1966, à discuter la matière article après article sur la base des propositions du Rapporteur spécial, et à renvoyer ensuite ces propositions au Comité de rédaction sans les avoir soumises au vote et en donnant audit Comité la directive générale de les réexaminer à la lumière du débat. Le vote n'est intervenu formellement qu'à un stade bien ultérieur, après que le débat sur le texte soumis (ou, le cas échéant, «resoumis») par le Comité de rédaction eut été entièrement épuisé, la Commission se réservant d'ailleurs toujours le droit de modifier ou de rejeter le texte proposé par le Comité de rédaction. Cette procédure a assuré une discussion complète de toutes les questions en public et en privé, et a permis à la Commission de mener sa tâche avec beaucoup de souplesse et en évitant les complications purement procédurales.

Deuxième facteur qui, à long terme, se révélera peut-être d'une toute aussi grande importance: le fait qu'à partir de 1964 le Comité de rédaction a assumé la responsabilité pour les textes anglais, espagnol et français du projet d'articles, et non plus comme précédemment pour les seuls textes anglais et français [11]. Même si les textes de base destinés au Comité de rédaction ont été rédigés en anglais par Sir Humphrey Waldock sur la base de son appréciation et de sa réaction aux tendances man ·stées au cours du débat, il n'en reste pas moins que la procédure de rédaction trilingue (par opposition à une simple traduction) a permis à plusieurs reprises, et parfois d'une manière tout à fait inattendue, de faire apparaître des problèmes de fond nécessitant

[11] *Cf.* Préparation des traités multilingues: Mémoire du Secrétariat, doc. A/CN.4/187 (1966), §§ 14-15.

des éclaircissements ultérieurs. Cette procédure s'est également révélée être une protection efficace contre la tendance aux pléonasmes.

11. Par la combinaison de ces différents facteurs et procédures, le texte a été progressivement condensé et épuré. Toute notion superflue dans une convention internationale (même s'il n'en serait pas ainsi dans un exposé général sur le droit des traités), toute hypothèse redondante ou allant de soi, toute idée pouvant être interprétée comme une ingérence déplacée dans la liberté d'action des Etats ou comme imposant une rigidité incompatible avec la pratique des Etats, ainsi que, le cas échéant, toute question au sujet de laquelle l'opinion de la Commission était divisée de façon si égale que l'impossibilité de rédiger un texte ayant une chance quelconque d'être accepté par une conférence diplomatique apparaissait clairement, tout mot inutile — tout cela a été progressivement éliminé. Les articles, de même que les hypothèses dont ils traitent, se situent dans le cadre général du droit international considéré dans son ensemble, et ils doivent être lus, interprétés et appliqués à la lumière de ce dernier. On peut dire qu'ils essaient de saisir, avec une économie de langage qui confine parfois à l'ellipse, les éléments juridiques fondamentaux de la pratique conventionnelle contemporaine, qu'ils manifestent une certaine prudence à l'égard des innovations en tant que telles, qu'ils évitent de rechercher la perfection pour réformer la pratique des Etats, mais qu'en même temps ils n'excluent pas l'élément inévitable de « développement progressif » tel qu'il doit résulter d'un examen approfondi et prolongé d'un sujet donné considéré aussi bien dans ses détails que dans son ensemble. Les articles tels qu'ils ont été finalement adoptés *semblent* plus courts, voire « vidés », par rapport aux propositions originales de Sir Humphrey; et celles-ci, marquant le départ du processus de transformation

du code déclaratif en une convention, sont elles-mêmes très condensées si on les compare au projet antérieur de Sir Gerald Fitzmaurice. Nombreux sont les textes qui ont atteint un haut degré d'abstraction et de généralisation, et cela a été voulu. Mais les apparences sont souvent trompeuses et, dans bien des cas, elles se dissipent lorsque ces articles sont lus attentivement en tenant compte de l'arrière-plan de leur élaboration.[12] Le lecteur des articles de la Commission du droit international est donc mis en garde contre un examen trop superficiel et rapide: de plus, on ne saurait trop conseiller de porter l'attention sur les trois versions, et de ne pas se contenter d'une seule d'entre elles.

En un sens, les mêmes observations s'appliquent également aux commentaires. Ceux qui ont été joints aux Parties I, II et III en 1962, 1963 et 1964, suivent de très près les commentaires originaires du Rapporteur spécial, modifiés à la lumière d'un débat qui, fréquemment, s'est rallié à l'*exposé des motifs* des commentaires de Sir Humphrey. Les commentaires adoptés finalement en 1966 ont, eux, été examinés par la Commission d'une façon plus approfondie et ils représentent une justification réfléchie des textes adoptés. Il convient également d'observer que nombre de ces commentaires sont plus courts que ceux qui furent adoptés lors des premières lectures. Ils en diffèrent en ce qu'ils cherchent à tenir compte de nombreux points soulevés par les gouvernements et que la Commission n'était pas tou-

[12] A la 850e séance de la Sixième Commission en 1965 (§ 43), le représentant du secrétariat déclara que le secrétariat préparerait un index faisant l'historique des divers articles du droit des traités, similaire à ceux préparés dans le passé pour les projets d'articles sur le droit de la mer et sur les relations et immunités diplomatiques et consulaires. Le présent rapport n'établit pas en détail l'histoire du texte des différents articles individuels, mais se borne à indiquer où l'on peut trouver les travaux préparatoires pertinents.

jours en mesure d'introduire dans les articles eux-mêmes. Il a également été jugé opportun de supprimer ou d'abréger de nombreuses références de caractère purement doctrinal qui avaient leur place aux premiers stades de la recherche, mais qui furent considérées comme superflues dans un commentaire collectif constituant l'exposé des motifs d'un texte destiné à servir de base à une convention internationale.

12. L'aménagement final des articles diffère dans une large mesure de celui qui avait présidé à leur présentation, à leur discussion et à leur adoption provisoire [13]. En 1962, la Commission avait laissé ouverte la question de savoir si elle devrait présenter le résultat final de son travail sous la forme d'une convention unique ou d'une série de conventions connexes; lorsqu'elle adopta, en 1963, pour des raisons de commodité, un système de numérotation consécutive des articles projetés, elle réserva expressément sa position. C'est en commençant la seconde lecture, en 1965, qu'elle décida d'incorporer tous les articles dans un projet de convention unique, en considérant qu'une coordination satisfaisante des règles régissant les différentes matières ne semble pouvoir être obtenue que si elles sont incorporées dans une seule série d'articles étroitement intégrés (*Rapport* pour 1965, § 18). L'aménagement actuel a été adopté par la Commission sur proposition du Comité de rédaction, et justifié par le Rapporteur spécial à la 886e séance.

Texte des articles se rapportant à notre étude

13. On trouve ci-dessous le texte des articles de la Partie V, sections 1, 3, 4 et 5 (articles 39-42 et 51-68) se rapportant spécifiquement au sujet de la terminaison des traités (y compris la

[13] Voir à ce sujet le *Rapport* d'avril 1965 du rapporteur, p. 13 ci-dessus.

suspension de l'application d'un traité), de même que quelques indications sur l'histoire de l'élaboration de chacune de ces dispositions [14]. La section 2, qui a trait à la nullité, a été omise.

Partie V. — Nullité, fin et suspension de l'application des traités

SECTION 1. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 39

Validité et maintien en vigueur des traités

1. La validité d'un traité ne peut être contestée qu'en application des présents articles. Est nul un traité dont la nullité est établie en vertu des présents articles.

2. Un traité ne peut prendre fin ou être l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait [15] qu'en application des dispositions du

[14] A la demande du rapporteur, le texte de ces articles est imprimé en anglais, espagnol et français, langues dans lesquelles ils ont été établis par le Comité de rédaction et adoptés par la Commission, comme on l'a expliqué au paragraphe 10 ci-dessus.

[15] La version anglaise porte: « A treaty may be terminated or denounced or withdrawn from by a party. . . ». La notion de partie *(party)* est définie à l'article 2 (1) (g) en tant que « un Etat qui a consenti à être lié par un traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur ». *Historique: Introduit* dans Waldock I en tant que sous-paragraphe (c). Suppression recommandée par le Comité de rédaction à la 661e séance (§ 28). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Pays-Bas (Add. 1). Examiné à nouveau dans Waldock IV. Texte du Comité de rédaction — devenu sous-paragraphe 1 (f) *(bis)* — introduit à la 820e séance (§ 17) et adopté (§§ 21, 25). Texte révisé — devenu sous-paragraphe (f) (quater) — introduit et adopté à la 887e séance (§§ 44-58). Commentaire (L.116/Add. 20) adopté à la 894e séance. Adopté en tant que sous-paragraphe (g) à la 892e séance.

traité ou des présents articles. La même règle vaut pour la suspension de l'application du traité.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 2. Discuté à la 702e séance (§§ 67-88). Texte du Comité de rédaction introduit à la 717e séance (§§ 92-98). Adopté en tant qu'article 30 à la 720e séance (§ 60). Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance (§ 34). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 24); Pakistan (791e séance, § 26); Syrie (786e séance, § 15); Uruguay (792e séance, § 22); Venezuela (790e séance, § 15). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Finlande; Israël; Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné de nouveau* dans Waldock IV, Add. 2 et dans Waldock V. Etudié à la 823e séance (§§ 3-65). Texte du Comité de rédaction introduit à la 841e séance (§§ 21-41). Texte révisé du paragraphe 1 introduit à la 862e séance (§§ 75-80). Adopté en tant qu'article 39 à la 893e séance (§§ 56-58). Commentaire (L.116/Add. 1) adopté aux 888e (§§ 21-61) et 889e (§§ 1-43) séances. En 1963, l'article fut adopté par 16 voix contre zéro, avec une abstention. En janvier 1966, le paragraphe 1 fut adopté par 14 voix contre zéro, avec 4 abstentions; le paragraphe 2 par 16 voix contre zéro, avec 2 abstentions; et l'ensemble de l'article par 14 voix contre zéro, avec 4 abstentions. Le texte révisé du paragraphe 1 fut adopté par 17 voix contre zéro, avec une abstention, et l'ensemble de l'article révisé fut à nouveau adopté par 18 voix contre zéro, sans abstention. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 2, et Fitzmaurice III, articles 3, 4, 5, 6, 7 et 9.

Article 40

Obligation en vertu d'autres règles de droit international

La nullité d'un traité, son extinction, sa dénonciation, le retrait d'une des parties, la suspension de l'application du traité, lorsqu'ils découlent de la mise en œuvre des présents articles ou des termes du traité, n'affectent en aucune manière le devoir d'un Etat [16] de remplir toute obligation énoncée dans le traité

[16] Compte tenu de la définition donnée du mot « partie » (voir note précédente), le mot « Etat » fut, à la 887e séance, substitué au mot « partie » dans cet article.

à laquelle il est soumis en vertu d'une autre règle de droit international.

Histoire du texte: Cette disposition fut adoptée en 1963 en tant qu'article 53, paragraphe 4; pour son histoire préalable: voir sous article 66. Le présent texte, devenu l'article 30 *(bis)*, fut introduit par le Comité de rédaction à la 842e séance (§§ 32, 71-78) et adopté par 13 voix contre 1, avec 2 abstentions. Révisé à la 887e séance (§§ 73-74). Adopté en tant qu'article 40 à la 893e séance (§ 59). Commentaire (L.116/Add. 1) adopté à la 888e séance (§§ 62-65).

Article 41 [17]

Divisibilité des dispositions d'un traité

1. Le droit prévu dans un traité, pour une partie, de le dénoncer, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, ne peut être exercé qu'à l'égard de l'ensemble du traité à moins que ce dernier n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement.

2. Une cause de nullité, d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application d'un traité reconnue aux termes des présents articles ne peut être invoquée qu'à l'égard de l'ensemble du traité sauf dans les conditions prévues aux paragraphes suivants ou à l'article 57.

3. Si la cause en question ne vise que certaines clauses déterminées, elle ne peut être invoquée qu'à l'égard de ces clauses seulement lorsque:

a) Ces clauses sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution; et

b) L'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une

[17] Les articles 46, 47, 48, 49 et 50, auxquels se réfère cet article, traitent des différentes causes de nullité et n'entrent par conséquent pas dans le domaine d'étude du présent rapport.

base essentielle de leur consentement au traité dans son ensemble.

4. Sous réserve du paragraphe 3, dans le cas relevant des articles 46 et 47, l'Etat qui a le droit d'invoquer le dol ou la corruption peut le faire à l'égard soit de l'ensemble du traité soit seulement de certaines clauses déterminées.

5. Dans les cas prévus aux articles 48, 49 et 50, aucune divisibilité des dispositions d'un traité n'est admise.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 26. Discuté aux 705e (§§ 91-108), 706e et 707e (§§ 1-45) séances. Texte du Comité de rédaction, numéroté 3 (26), introduit à la 716e séance (§§ 7-15). Adopté en tant qu'article 46 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance (§ 49). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Bulgarie (788e séance, § 11); Chypre (783e séance, § 23); Syrie (786e séance, § 14); Uruguay (792e séance, § 22). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V. Discuté à la 836e (§§ 2-20) et à la 837e (§§ 1-79) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 842e séance (§§ 79-97). Texte révisé introduit à la 843e séance (§§ 1-13). Adopté en tant qu'article 41 à la 893e séance (§§ 60-67). Commentaire (L.116/Add. 5) adopté à la 891e séance (§§ 40-67) au cours de laquelle le texte a fait l'objet d'une révision supplémentaire. En 1963 l'article avait été adopté à l'unanimité, et en janvier 1966 par 14 voix contre zéro.

Article 42 [18]

Perte du droit d'invoquer une cause de nullité, un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application

Un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité, un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre

[18] Les articles 43-47 auxquels se réfère cet article traitent des différentes causes de nullité et n'entrent par conséquent pas dans le domaine d'étude du présent rapport. Les articles 57 à 59 traitent des causes de terminaison et seront examinés plus loin.

l'application en vertu des articles 43 à 47 inclus ou des articles 57 à 59 inclus si, après avoir eu connaissance des faits, cet Etat:

a) A explicitement accepté de considérer que le traité, selon le cas, est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou

b) Doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 4. Discuté à la 701e séance. Texte du Comité de rédaction introduit à la 714e séance (§§ 57-73). Amendé et adopté en tant qu'article 47 à la 720e séance (§§ 66-68). Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance (§§ 37-41). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 37); Salvador (782e séance, § 7). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V. Discuté à la 837e (§§ 80-95) et à la 838e (§§ 1-38) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 842e séance (§§ 98-106). Adopté en tant qu'article 42 à la 893e séance (§ 67). Commentaire (L.116/Add. 5) adopté à la 891e séance (§§ 68-72). En 1963 l'article avait été adopté par 19 voix contre zéro, avec une abstention (714e séance) et à l'unanimité à la 720e séance, et en janvier 1966 par 15 voix contre zéro. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice IV, article 13 (sous le titre «Acceptation de la non-exécution par l'autre partie ou les autres parties»).

. . . . . .

SECTION 3. — FIN DES TRAITÉS ET SUSPENSION DE LEUR APPLICATION

Article 51

Fin d'un traité ou retrait par consentement des parties

Il peut être mis fin à un traité ou une partie peut se retirer d'un traité:

a) Conformément à une disposition du traité permettant qu'il y soit mis fin ou permettant le retrait; ou

b) A tout moment, par consentement de toutes les parties.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'articles 15 et 18. L'article 15 fut discuté à la 688e séance (§§ 2-70). Texte du Comité de rédaction introduit à la 708e séance (§§ 43-89). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 40-56). Adopté en tant qu'article 38 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 4) adopté à la 720e séance (§§ 28-31). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 31). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Birmanie; Etats-Unis d'Amérique; Finlande; Israël; Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 1. Discuté à la 828e séance (§§ 65-91). Supprimé à la 841e séance (§§ 5-11). Texte révisé soumis par le Comité de rédaction à la 876e séance (§§ 90-102). Adopté en tant qu'article 51 à la 893e séance (§ 76). Commentaire (L.116/Add. 2) adopté à la 890e séance (§ 64). L'article 18 fut discuté à la 690e séance. Texte du Comité de rédaction introduit à la 709e séance (§§ 41-66). Adopté en tant qu'article 40 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 4) adopté à la 720e séance (§§ 36-44). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Chypre (783e séance, § 21); El Salvador (782e séance, § 5); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 32); Inde (783e séance, § 5); Pologne (788e séance, § 37); Royaume-Uni (786e séance, § 7); Somalie (786e séance, § 1). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Australie; Canada (Add. 3); Etats-Unis d'Amérique; Finlande; Israël; Luxembourg; Pays-Bas (Add. 1); Pologne; Suède (Add. 2); Turquie. *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 2. Discuté à la 829e séance (§§ 62-95). Texte du Comité de rédaction introduit à la 841e séance (§§ 57-90) et ajourné. Examiné à la 861e séance et renvoyé au Comité de rédaction. Texte révisé (consistant en la version révisée du précédent article 40, § 1) et devenu article 38, introduit à la 876e séance (voir ci-dessus). En 1963, l'article 38 avait été adopté par 17 voix contre zéro et l'article 40 par 18 voix contre zéro. En janvier 1966, la décision de supprimer l'article 38 fut adoptée par 14 voix contre zéro, avec 3 abstentions. Le texte réétabli fut adopté par 16 voix contre zéro. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, articles 9-12.

Article 52

Nombre des parties à un traité multilatéral tombant au-dessous du nombre exigé pour son entrée en vigueur

A moins que le traité n'en dispose autrement, un traité multilatéral ne prend pas fin pour le seul motif que le nombre des

parties tombe au-dessous du nombre spécifié dans le traité pour son entrée en vigueur.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 15, paragraphe 4 (voir article 51). En 1963, cette disposition avait été adoptée en tant qu'article 38, paragraphe 3 *(b)*, seconde phrase. Texte du Comité de rédaction, devenu 39 *(bis)*, introduit à la 841e séance (§§ 18-20). En janvier 1966, l'article 39 *(bis)* fut adopté par 18 voix contre zéro. Adopté en tant qu'article 52 à la 893e séance (§§ 77-78), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 2) adopté à la 890e séance (§§ 69-71). Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 17 A (II). Pour le remaniement du Comité de rédaction, voir doc. A/CN.4/L.117.

Article 53

Dénonciation d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à son extinction

1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer n'est pas susceptible de dénonciation ou de retrait, à moins qu'il ne soit établi qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait.

2. Une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer le traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'articles 16 et 17. Discuté aux 688e (§§ 71-87) et 699e séances. Texte du Comité de rédaction, devenu article 16, introduit à la 709e séance (§§ 2-40). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 57-59). Adopté en tant qu'article 39 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 4) adopté à la 720e séance (§§ 32-35). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Algérie (789e séance, § 31); Chypre (783e séance, § 19); Colombie (783e séance, § 11); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 32); Inde (783e séance, § 4); Panama (790e séance, § 33); Uruguay (792e séance, § 22). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), paragraphe 20, dans les *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements*

(A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Luxembourg; Pays-Bas (Add. 1); Pologne; Portugal; Suède (Add. 2); Turquie; Yougoslavie (Add. 5). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 1. Discuté à la 829e séance (§§ 1-61). Texte du Comité de rédaction introduit à la 841e séance (§§ 12-17). Adopté en tant qu'article 53 à la 893e séance (§ 79) une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 2) adopté à la 890e séance (§§ 65-68). En 1963, l'article avait été adopté par 14 voix contre deux et en janvier 1966 par 18 voix contre zéro. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, articles 4A et 4B. Pour le remaniement du Comité de rédaction, voir doc. A/CN.4/L.117.

Article 54

Suspension de l'application d'un traité par consentement des parties

L'application d'un traité au regard de toutes les parties ou d'une partie déterminée peut être suspendue:

a) Conformément à une disposition du traité permettant une telle suspension;

b) A tout moment, par consentement de toutes les parties.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 18, paragraphe 5 et adopté en 1963 en tant qu'article 40, paragraphe 3. Pour l'histoire du texte, les observations au sein de la Sixième Commission (1963), les observations des gouvernements ainsi que le réexamen par le Rapporteur spécial et au cours des 829e, 841e et 861e séances, voir sous article 51. Texte révisé du Comité de rédaction (consistant en une version révisée de l'ancien article 40, paragraphe 2 et devenu article 40) introduit à la 876e séance (§§ 103-119). Adopté en tant qu'article 54 à la 893e séance (§ 80) une fois le texte encore revisé. Commentaire (L.116/Add. 2) adopté à la 890e séance (§§ 72-73). L'article fut adopté par 16 voix contre zéro, sans abstention.

Article 55

Suspension temporaire de l'application d'un traité multilatéral, par consentement, entre certaines parties seulement

Lorsqu'un traité multilatéral ne contient pas de clause relative à la suspension de son application, deux ou plusieurs parties

peuvent conclure un accord ayant pour objet de suspendre, temporairement et entre elles seulement, l'application de dispositions du traité si cette suspension:

a) Ne porte pas atteinte à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'accomplissement de leurs obligations; et

b) N'est pas incompatible avec la réalisation effective, entre les parties dans leur ensemble, de l'objet et du but du traité.

Histoire du texte: Introduit par le Comité de rédaction à la 841e séance en tant qu'article 40, paragraphe 3, et ajourné. Repris en considération à la 861e séance. Texte révisé du Comité de rédaction, devenu article 40 *(bis)*, introduit à la 876e séance (§§ 120-134). Adopté en tant qu'article 55 à la 893e séance (§§ 81-82), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 2) adopté à la 890e séance (§§ 74-94). La décision prise à la 841e séance de renvoyer l'examen fut adoptée par 14 voix contre zéro, avec 4 abstentions. L'article fut adopté par 15 voix contre zéro.

Article 56

Traité prenant fin ou dont l'application est suspendue implicitement du fait de la conclusion d'un traité subséquent

1. Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité ont conclu un nouveau traité portant sur la même matière et:

a) S'il ressort du traité ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit désormais être régie par le nouveau traité; ou

b) Si les dispositions du nouveau traité sont à ce point incompatibles avec celles du traité précédent qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps.

2. Le traité précédent est considéré comme étant seulement suspendu s'il ressort du traité ou s'il est par ailleurs établi que

telle était l'intention des parties lorsqu'elles ont conclu le nouveau traité.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 19. Discuté à la 691e séance (§§ 1-63). Texte du Comité de rédaction introduit à la 709e séance (§§ 67-91). Adopté en tant qu'article 41 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 4) adopté à la 720e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 33); Inde (783e séance, § 6); Salvador (782e séance, § 5). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 2. Discuté à la 830e séance (§§ 40-89). Texte du Comité de rédaction introduit à la 841e séance (§§ 91-100). Adopté en tant qu'article 56 à la 893e séance (§ 82), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 3) adopté à la 890e séance (§§ 95-97). En 1963, l'article avait été adopté par 14 voix contre zéro, avec une abstention. En janvier 1966, les paragraphes 1 *(a)* et 2 avaient été adoptés par 15 voix contre une, avec deux abstentions; et l'article dans son ensemble avait été adopté par 15 voix contre zéro, avec deux abstentions. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 13. Pour le remaniement du Comité de rédaction, voir doc. A/CN.4/L.117.

Article 57

Fin d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.

2. Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise:

a) Les autres parties, agissant d'un commun accord, à suspendre l'application du traité ou à mettre fin à celui-ci:

i) Soit dans les relations entre elles-mêmes et l'Etat auteur de la violation,

ii) Soit entre toutes les parties;

b) Une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation;

c) Toute autre partie à suspendre l'application du traité en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité.

3. Aux fins du présent article, il y a violation substantielle d'un traité dans le cas soit:

a) D'un rejet du traité non autorisé par les présents articles; soit

b) De la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.

4. Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 20. Discuté aux 691e (§§ 64-89), 692e et 693e (§§ 1-45) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 709e séance (§§ 92-108). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 60-72). Adopté en tant qu'article 40 à la 720e séance (§ 65). Commentaire (L.102/Add. 8) adopté à la 721e séance (§§ 2-11). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 34); Ghana (791e séance, § 36); Guatemala (785e séance, § 4); Panama (790e séance, § 31); Uruguay (742e séance, § 22). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), paragraphe 22, dans les *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Australie; Canada (Add. 3); Etats-Unis d'Amérique; Israël; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 2. Discuté aux 831e (§§ 16-80) et 832e (§§ 1-27) séances. Texte du

Comité de rédaction introduit à la 842e séance (§§ 2-31). Adopté en tant qu'article 57 à la 893e séance (§§ 83-91), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 3) adopté à la 890e séance (§§ 98-103). En 1963, l'article avait été adopté par 18 voix contre zéro, avec une abstention. En janvier 1966, il avait été adopté par 14 voix contre zéro. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, articles 18, 19 et 20, et Fitzmaurice IV, articles 17A, 18, 20, 34-39.

Article 58

Survenance d'une situation rendant l'exécution impossible

Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction permanente d'un objet indispensable à l'exécution du traité. Si cette impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 21. Discuté aux 693e (§§ 49-60) et 697e (§§ 23-86) séances. Décision du Comité de rédaction d'éliminer la disposition sur la disparition d'une partie au traité acceptée à la 710e séance (§§ 2-4). Texte du Comité de rédaction, devenu article 21 *(bis)*, introduit à la 710e séance (§§ 5-26). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 73-75). Adopté en tant qu'article 43 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 8) adopté à la 721e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 35); Pakistan (791e séance, § 29); Royaume-Uni (786e séance, § 8); Venezuela (790e séance, § 20). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), § 23, dans *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 3. Discuté aux 832e (§§ 28-66) et 833e (§§ 1-48) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 842e séance (§§ 33-37). Adopté en tant qu'article 58 à la 893e séance (§ 91). Commentaire (L.116/Add. 3) adopté à la 890e séance (§§ 104-109). En 1963, l'article avait été adopté par 17 voix contre zéro, et en janvier 1966 par 13 voix contre zéro, avec une abstention. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 17A (iii) — (v); Fitzmaurice IV, articles 14, 15, 16 et 17.

Article 59

Changement fondamental de circonstances

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'a pas été envisagé par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer,

a) A moins que l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et

b) Que ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué:

a) Comme motif pour mettre fin à un traité établissant une frontière ou pour se retirer d'un tel traité;

b) Si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit du traité, soit d'une obligation internationale différente à l'égard des autres parties au traité.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 22. Discuté aux 694e, 695e, 696e et 697e (§§ 1-21) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 710e séance (§§ 27-106). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 76-80). Adopté en tant qu'article 44 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 8) adopté à la 721e séance (§§ 12-23). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Algérie (789e séance, § 31); Bolivie (793e séance, § 21); Bulgarie (788e séance, § 12); Cameroun (791e séance, § 41); Chine (792e séance, § 13); Chypre (783e séance, § 21); Colombie (783e séance, § 12); Equateur (789e séance, § 26); Espagne (792e séance, § 10); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 36); France (787e séance, § 6); Ghana (791e séance, § 37); Hongrie (789e séance, § 12);

Iran (787e séance, § 32); Irak (788e séance, § 23); Italie (793e séance, § 12); Jamaïque (791e séance, § 22); Maroc (792e séance, § 18); Panama (790e séance, § 32); Pays-Bas (781e séance, §§ 3-6); Philippines (790e séance, § 11); République arabe unie (791e séance, § 17); Roumanie (783e séance, § 16); Royaume-Uni (786e séance, § 8); Syrie (786e séance, § 16); Tchécoslovaquie (787e séance, § 28); Thaïlande (791e séance, § 7); Uruguay (792e séance, §§ 22, 28); Venezuela (790e séance, § 19); Yougoslavie (782e séance, § 16). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), § 19, dans *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Australie; Canada (Add. 3); Danemark; Etats-Unis d'Amérique; Israël; Jamaïque; Pakistan (Add. 5); Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2); Turquie. *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 3. Discuté aux 833e (§§ 49-84), 834e et 835e (§§ 1-21) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 842e séance (§§ 38-57). Adopté en tant qu'article 59 à la 893e séance (§ 92) une fois le texte encore revisé. Commentaire (L.116/Add. 3) adopté à la 890e séance (§§ 110-129). En 1963, l'article avait été adopté par 15 voix contre zéro, avec une abstention, et en janvier 1966 par 13 voix contre une, avec une abstention. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, articles 21, 22 et 23.

Article 60

Rupture des relations diplomatiques

La rupture des relations diplomatiques entre parties à un traité est, en elle-même, sans effet sur les relations juridiques établies entre elles par le traité.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock III en tant qu'article 65A. Discuté aux 747e (§§ 50-64) et 748e (§§ 1-48) séances. Texte du Comité de rédaction introduit et adopté à la 760e séance (§§ 1-18). Commentaire (L. 106/Add. 3) adopté à la 772e séance (§§ 18-23). Devenu article 64 dans le *Rapport* 1964. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1965): Etats-Unis d'Amérique (842e séance, § 11); Grèce (845e séance, § 39); Royaume-Uni (843e séance, § 24); Thaïlande (850e séance, § 11). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/6090), § 48, dans *Documents officiels* de la vingtième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 87 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/182 et Add. 1-3): Cambodge (Add. 1); Etats-Unis d'Amérique; Hongrie;

Israël; Pays-Bas (Add. 2); Royaume-Uni. *Examiné à nouveau* dans Waldock VI, Add. 3, pp. 7-14 (et également dans Waldock VI, observations et propositions du Rapporteur spécial sur l'article 54, § 1). Discuté à la 858e séance (§§ 36-111). Texte du Comité de rédaction introduit et adopté à la 875e séance (§§ 9-28). Commentaire (L.116/Add. 19) adopté à la 894e séance (§§ 184-185). Adopté en tant qu'article 60 à la 893e séance (§§ 93-94). En 1964, l'article 64 avait été adopté à l'unanimité. En 1966, il fut adopté par 17 voix contre zéro avec une abstention. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 5 (iii); Fitzmaurice IV, article 4 (4).

Article 61 [19]

Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général

Si une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 50 est établie, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

---

[19] Le texte de l'article 50, qui figure à la section 2 relative à la nullité des traités, porte:

> « *Article 50. — Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (jus cogens):* Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère .»

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 1 (3) (c) et 13. Discuté aux 683e (§§ 23-88), 684e et 685e (§§ 1-52) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 705e séance (§§ 53-89). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 20-39). Adopté en tant qu'article 37 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 4) adopté à la 720e séance (§§ 2-27). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Algérie (789e séance, § 30); Brésil (793e séance, § 14); Bulgarie (788e séance, § 9); Chypre (783e séance, § 18); Equateur (789e séance, § 26); Espagne (792e séance, § 9); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 30); France (787e séance, § 5); Ghana (791e séance, § 35); Guatemala (785e séance, § 4); Hongrie (789e séance, § 11); Indonésie (785e séance, § 9); Irak (788e séance, § 22); Italie (793e séance, § 11); Maroc (792e séance, § 17);

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 21, § 4, et voir pour la discussion initiale l'article 58. Texte du Comité de rédaction, devenu article 22 *(bis)*, introduit à la 711e séance (§§ 27-51). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 81-86). Adopté en tant qu'article 45 à la 720e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Chypre (783e séance, § 22); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 37); Hongrie (789e séance, § 11); Italie (793e séance, § 11); Maroc (792e séance, § 11); Philippines (790e séance, § 10); Royaume-Uni (786e séance, § 5); Salvador (782e séance, § 6); Tchécoslovaquie (787e séance, § 25); Thaïlande (791e séance, § 6); Turquie (790e séance, § 35); Yougoslavie (782e séance, §§ 13-14). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), paragraphe 18, dans *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Luxembourg; Pakistan (Add. 5); Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Suède (Add. 2); Tchécoslovaquie; Turquie; Yougoslavie (Add. 5). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 3. Discuté à la 835e séance (§§ 22-80). Texte du Comité de rédaction introduit à la 842e séance (§§ 58-70). Adopté en tant qu'article 61 à la 893e séance

---

Panama (790e séance, § 31); Pays-Bas (781e séance, § 2); Philippines (790e séance, § 10); Pologne (788e séance, § 36); République arabe unie (791e séance, § 16); Roumanie (783e séance, § 32); Royaume-Uni (786e séance, § 4); Syrie (786e séance, §§ 13, 16); Tchécoslovaquie (787e séance, § 25); Thaïlande (791e séance, § 6); Turquie (790e séance, § 35); Ukraine RSS (784e séance, §§ 8, 13); U.R.S.S. (787e séance, § 15); Uruguay (792e séance, § 19); Yougoslavie (782e séance, §§ 13-14). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), paragraphe 18, dans *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN. 4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Luxembourg; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2); Turquie; Yougoslavie (Add. 5). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 1. Discuté à la 828e séance (§§ 3-64). Texte du Comité de rédaction introduit à la 840e séance (§§ 120-131) et à la 841e séance (§§ 1-4). Adopté en tant qu'article 50 à la 893e séance (§ 74). Commentaire (L.116/Add. 1) adopté à la 890e séance (§§ 46-63). En 1963, l'article avait été adopté à l'unanimité, et en janvier 1966 par 14 voix contre une, avec une abstention. Pour un examen antérieur, voir la discussion à la 78e séance (§§ 49-52); Lauterpacht I, article 15; Fitzmaurice III, articles 16, 17, 20.

(§§ 95-96), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 3) adopté à la 891e séance (§§ 1-2). En 1963, l'article avait été adopté par 16 voix contre zéro, et en janvier 1966 par 13 voix contre zéro, avec deux abstentions. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 17A (vi); Fitzmaurice IV, article 21.

SECTION. 4 — PROCÉDURE

Article 62

Procédure à suivre en cas de nullité d'un traité ou pour y mettre fin, s'en retirer ou en suspendre l'application

1. La partie qui fait valoir la nullité d'un traité ou qui allègue un motif pour y mettre fin, s'en retirer ou en suspendre l'application, sur la base des dispositions des présents articles, doit notifier sa prétention aux autres parties. La notification doit indiquer la mesure envisagée à l'égard du traité et les motifs à l'appui.

2. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification aucune partie n'a fait d'objection, la partie qui fait la notification peut prendre, dans les formes prévues à l'article 63, la mesure qu'elle a envisagée.

3. Si, toutefois, une objection a été soulevée par toute autre partie, les parties devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.[20]

4. Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte aux droits ou obligations des parties découlant de toute disposi-

[20] L'Article 33 de la Charte des Nations Unies porte: « 1. Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.

» 2. Le Conseil de sécurité, s'il le juge nécessaire, invite les parties à régler leur différend par de tels moyens. »

tion en vigueur entre elles concernant le règlement des différends.

5. Sans préjudice de l'article 42, le fait pour un Etat de ne pas avoir adressé la notification prévue au paragraphe 1 ne l'empêche pas de faire cette notification en réponse à une autre partie qui demande l'exécution du traité ou qui allègue sa violation.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 25. Discuté aux 698e (§§ 68-107), 699e et 700e séances. Texte du Comité de rédaction discuté aux 714e (§§ 17-56) et 720e (§§ 51-60) séances. Adopté en tant qu'article 51 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance (§§ 42-48). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Bulgarie (788e séance, § 14); Colombie (783e séance, § 13); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 39); Irak (788e séance, § 24); Italie (793e séance, § 12); Pakistan (791e séance, § 30); République arabe unie (791e séance, § 18); Uruguay (792e séance, § 22); Venezuela (790e séance, § 22). Et voir le rapport de la Sixième Commission (A/5601), § 24, dans *Documents officiels* de la dix-huitième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Finlande; Luxembourg; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2); Turquie. *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 4. Examen ajourné à la 839e séance (§ 59). Discuté à la 845e séance (§§ 4-65). Texte du Comité de rédaction introduit à la 864e séance (§§ 1-50). Texte révisé introduit et adopté à la 865e séance (§§ 28-53). Adopté en tant qu'article 62 à la 893e séance (§§ 97-108), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 6) adopté à la 891e séance (§ 72). En 1963, l'article avait été adopté par 19 voix contre zéro, avec une abstention (714e séance), et en 1966 par 11 voix contre zéro, avec trois abstentions (865e séance). Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, article 26, et Fitzmaurice III, article 23.

Article 63

Instruments ayant pour objet de déclarer la nullité d'un traité, d'y mettre fin, de réaliser le retrait ou de suspendre l'application du traité

1. Tout acte ayant pour objet de déclarer la nullité d'un traité, d'y mettre fin, de réaliser le retrait ou de suspendre l'application

du traité, sur la base de ses dispositions ou des paragraphes 2 et 3 de l'article 62, sera consigné dans un instrument communiqué aux autres parties.

2. Si l'instrument n'est pas signé par le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, le représentant de l'Etat qui fait la communication peut être invité à produire ses pleins pouvoirs.

Histoire du texte: § 1 *introduit* dans Waldock II en tant qu'article 24. Discuté à la 698e séance (§§ 20-65). Texte du Comité de rédaction introduit à la 714e séance (§§ 9-16). Texte révisé introduit à la 717e séance (§ 89). Adopté en tant qu'article 50 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add.8) adopté à la 721e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 38); Pologne (788e séance, § 38). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Pays-Bas (Add. 1); Pologne; Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V, Add. 4. Discuté à la 836e séance (§§ 52-91). Recommandation du Comité de rédaction de reprendre ultérieurement l'examen adoptée à la 842e séance (§ 107). § 2 *introduit* dans Waldock II en tant qu'article 23. Discuté à la 698e séance (§§ 2-19). Texte du Comité de rédaction introduit à la 717e séance (§§ 87-88). Adopté en tant qu'article 49 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 8) adopté à la 721e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Chypre (783e séance, § 24); Etats-Unis d'Amérique (784e séance § 37). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock V. Discuté aux 838e (§§ 39-67) et 839e séances. Recommandation du Comité de rédaction de reprendre ultérieurement l'examen adoptée à la 842e séance (§ 107). Proposition du Comité de rédaction pour un texte combiné (portant le numéro 50) introduite à la 864e séance (§§ 51-73). Texte révisé introduit et adopté à la 865e séance (§§ 54-63). Adopté en tant qu'article 63 à la 893e séance (§ 108). Commentaire (L.116/Add. 5) adopté à la 891e séance (§ 72). En 1963, les articles 49 et 50 avaient été adoptés à l'unanimité. En 1966, l'article 63 le fut par 14 voix contre zéro, sans abstention. Pour un examen antérieur de la question faisant l'objet du § 1, voir Fitzmaurice II, articles 24, 26 et 27; et pour un examen antérieur de la question faisant l'objet du § 2, voir Fitzmaurice II, article 25.

Article 64

Révocation des notifications et des instruments prévus aux articles 62 et 63

Une notification ou un instrument prévus aux articles 62 et 63 peuvent être révoqués à tout moment avant qu'ils aient pris effet.

Histoire du texte: Adopté en 1963 en tant qu'article 50, § 2. Pour l'historique antérieur, voir article 63. Texte du Comité de rédaction introduit et adopté à la 864e séance (§§ 74-82). Adopté en tant qu'article 64 à la 893e séance (§ 108). Commentaire (L.116/Add. 5) adopté à la 891e séance (§ 72). En 1966, l'article fut adopté par 12 voix contre zéro, avec trois abstentions.

SECTION 5. — CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ, DE L'EXTINCTION OU DE LA SUSPENSION DE L'APPLICATION D'UN TRAITÉ

Article 65 [21]

Conséquences de la nullité d'un traité

1. Les dispositions d'un traité nul n'ont pas de force juridique.

2. Si des actes ont néanmoins été accomplis sur la base d'un tel traité:

a) Toute partie peut demander à toute autre partie d'établir, pour autant que possible, dans leurs relations mutuelles, la situation qui aurait existé si ces actes n'avaient pas été accomplis;

[21] En faisant figurer cet article ici, on ne vise qu'à donner un aperçu complet tenant compte de la structure du projet d'articles tel qu'il a été adopté par la Commission du droit international. Il ne saurait cependant nullement en être inféré que le mandat de la Onzième Commission s'étend aux questions de la nullité des traités.

b) Les actes accomplis de bonne foi avant que la nullité ait été invoquée ne sont pas rendus illicites du seul fait de la nullité du traité.

3. Dans les cas qui relèvent des articles 46, 47, 48 ou 49, le paragraphe 2 ne s'applique pas à l'égard de la partie à laquelle le dol, la contrainte ou la corruption est imputable.

4. Dans les cas où le consentement d'un Etat déterminé à être lié par un traité multilatéral est vicié, les règles qui précèdent s'appliquent dans les relations entre ledit Etat et les parties au traité.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 27. Discuté aux 707e (§§ 46-97) et 708e (§§ 1-23) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 714e séance (§§ 74-83). Texte révisé introduit à la 718e séance (§§ 95-99). Amendé et adopté en tant qu'article 52 à la 720e séance (§ 69). Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963) : Salvador (782e séance, § 8). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock VI. Discuté aux 845e (§§ 66-88) et 846e (§§ 1-57) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 864e séance (§§ 83-95) et adopté à la 865e séance (§§ 64-65). Adopté en tant qu'article 65 à la 893e séance (§ 111), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 6) adopté à la 891e séance (§§ 73-82). En 1963, l'article avait été adopté par 15 voix contre zéro, avec une abstention; en 1966, il le fut par 14 voix contre zéro, sans abstentions. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice III, articles 21, 22.

Article 66

Conséquences de l'extinction d'un traité

1. A moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité ait pris fin sur la base de ses dispositions ou conformément aux présents articles:

a) Libère dès lors les parties de l'obligation d'exécuter le traité;

b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin.

2. Lorsqu'un Etat dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, le paragraphe 1 s'applique dans les relations entre cet Etat et chacune des autres parties au traité à partir de la date à laquelle cette dénonciation ou ce retrait prend effet.

Histoire du texte: Introduit dans Waldock II en tant qu'article 28. Discuté à la 708e séance (§§ 24-41). Texte du Comité de rédaction introduit à la 714e séance (§§ 84-86). Adopté en tant qu'article 53 à la 720e séance (§§ 70-71). Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance (§ 56). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Royaume-Uni (786e séance, § 6). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Royaume-Uni; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock VI. Discuté aux 846e (§§ 58-78), 847e (§§ 2-89) et 848e (§§ 1-18) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 864e séance (§§ 96-102). Texte révisé (français seulement) introduit à la 865e séance (§§ 66-70). Adopté en tant qu'article 66 à la 893e séance (§ 112), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 6) adopté à la 891e séance (§§ 83-88). En 1963, cet article fut adopté par 17 voix contre zéro, et en 1966 par 13 voix contre zéro, avec une abstention. Pour un examen antérieur, voir Fitzmaurice II, articles 28, 29, 29A, 30 et 31.

Article 67 [22]

Conséquences de la nullité ou de l'extinction d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international général

1. Dans le cas d'un traité nul en vertu de l'article 50, les parties sont tenues:

[22] En faisant figurer cet article ici, on ne vise qu'à donner un aperçu complet tenant compte de la structure du projet d'articles tel qu'il a été adopté par la Commission du droit international. Le rapporteur se rend cependant bien compte que l'opinion dominante est que, à l'heure actuelle, la Onzième Commission ne devrait pas s'occuper de la question du *jus cogens*. Voir ci-dessous, §§ 80-82.

a) D'éliminer, dans la mesure du possible, les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative du droit international général, et

b) De rendre leurs relations mutuelles conformes à la norme impérative du droit international général.

2. Dans le cas d'un traité qui devient nul et prend fin en vertu de l'article 61, la fin du traité:

a) Libère dès lors les parties de l'obligation d'exécuter le traité;

b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général.

Histoire du texte: § 2 adopté en 1963 en tant qu'article 53, § 2; pour son historique antérieur, voir sous article 66. Texte du Comité de rédaction introduit et adopté à la 865e séance (§§ 71-86). Adopté en tant qu'article 67 à la 893e séance (§§ 113-115), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 6) adopté à la 891e séance (§§ 89-98). En 1966, l'article fut adopté par 16 voix contre zéro.

Article 68

Conséquences de la suspension de l'application d'un traité

1. A moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, la suspension de l'application d'un traité sur la base de ses dispositions ou conformément aux présents articles:

a) Libère les parties entre lesquelles l'application du traité est suspendue de l'obligation d'exécuter le traité dans leurs relations mutuelles pendant la période de suspension;

b) N'affecte pas par ailleurs les relations juridiques entre les parties, établies par le traité.

2. Pendant la période de suspension, les parties doivent s'abstenir de tous actes tendant à rendre impossible la reprise de l'application du traité.

Histoire du texte: Introduit par le Comité de rédaction en tant qu'article 29 à la 714 séance (§§ 87-101). Texte révisé introduit à la 717e séance (§§ 90-91). Adopté en tant qu'article 54 à la 720e séance. Commentaire (L.102/Add. 9) adopté à la 721e séance. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Aucune. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Portugal; Suède (Add. 2). *Examiné à nouveau* dans Waldock VI. Discuté à la 848e séance (§§ 19-80). Texte du Comité de rédaction introduit et adopté à la 865e séance (§§ 87-99). Adopté en tant qu'article 68 à la 893e séance (§§ 116-117), une fois le texte encore révisé. Commentaire (L.116/Add. 6) adopté à la 891e séance (§§ 99-100), En 1963, l'article avait été adopté par 17 voix contre zéro; en 1966, il le fut par 15 voix contre zéro, avec une abstention (celle du présent Rapporteur, pour les raisons énoncées à la 865e séance, §§ 88-90).

Part V. — Invalidity, termination and suspension of the operation of treaties

SECTION 1. — GENERAL PROVISIONS

Article 39

Validity and continuance in force of treaties

1. The validity of a treaty may be impeached only through the application of the present articles. A treaty the invalidity of which is established under the present articles is void.

2. A treaty may be terminated or denounced or withdrawn from by a party only as a result of the application of the terms of the treaty or of the present articles. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Article 40

Obligations under other rules of international law

The invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present articles or of the terms of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it is subject under any other rule of international law.

Article 41

Separability of treaty provisions

1. A right of a party provided for in a treaty to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may only be exercised with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.

2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present articles may only be invoked with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 57.

3. If the ground relates to particular clauses alone, it may only be invoked with respect to those clauses where:

(a) The said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application; and

(b) Acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to the treaty as a whole.

4. Subject to paragraph 3, in cases falling under articles 46 and 47 the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or to the particular clauses alone.

5. In cases falling under articles 48, 49 and 50, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

Article 42

Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 43 to 47 inclusive or articles 57 to 59 inclusive if, after becoming aware of the facts:

(a) It shall have expressly agreed that the treaty, as the case may be, is valid or remains in force or continues in operation; or

(b) It must by reason of its conduct be considered as having acquiesced, as the case may be, in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation.

. . . . . .

SECTION 3. — TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES

Article 51

Termination of or withdrawal from a treaty by consent of the parties

A treaty may be terminated or a party may withdraw from a treaty:

(a) In conformity with a provision of the treaty allowing such termination or withdrawal; or

(b) At any time by consent of all the parties.

Article 52

Reduction of the parties to a multilateral treaty below the number necessary for its entry into force

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number specified in the treaty as necessary for its entry into force.

Article 53

Denunciation of a treaty containing no provision regarding termination

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to

denunciation or withdrawal unless it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal.

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1 of this article.

Article 54

Suspension of the operation of a treaty by consent of the parties

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

(a) In conformity with a provision of the treaty allowing such suspension;

(b) At any time by consent of all the parties.

Article 55

Temporary suspension of the operation of a multilateral treaty by consent between certain of the parties only

When a multilateral treaty contains no provision regarding the suspension of its operation, two or more parties may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty temporarily and as between themselves alone if such suspension:

(a) Does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; and

(b) Is not incompatible with the effective execution as between the parties as a whole of the object and purpose of the treaty.

Article 56

Termination or suspension of the operation of a treaty implied from entering into a subsequent treaty

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a further treaty relating to the same subject-matter and:

(a) It appears from the treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should thenceforth be governed by the later treaty, or

(b) The provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties when concluding the later treaty.

Article 57

Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

(a) The other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty or to terminate it either:

(i) in the relations between themselves and the defaulting State, or
(ii) as between all the parties;

(b) A party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

(c) Any other party to suspend the operation of the treaty with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3. A material breach of a treaty, for the purposes of the present article, consists in:

(a) A repudiation of the treaty not sanctioned by the present articles; or

(b) The violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

Article 58

Supervening impossibility of performance

A party may invoke an impossibility of performing a treaty as a ground for terminating it if the impossibility results from the permanent disap-

pearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

Article 59

Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) The existence of those circumstances constitued an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) The effect of the change is radically to transform the scope of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked:

(a) As a ground for terminating or withdrawing from a treaty establishing a boundary;

(b) If the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of the treaty or of a different international obligation owed to the other parties to the treaty.

Article 60

Severance of diplomatic relations

The severance of diplomatic relations between parties to a treaty does not in itself affect the legal relations established between them by the treaty.

Article 61

Emergence of a new peremptory norm of general international law

If a new peremptory norm of general international law of the kind referred to in article 50 is established, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

SECTION 4. — PROCEDURE

Article 62

Procedure to be followed in cases of invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty

1. A party which claims that a treaty is invalid or which alleges a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under the provisions of the present articles must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the grounds therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 63 the measure which it has proposed.

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4. Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

5. Without prejudice to article 42, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

Article 63

Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

1. Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of article 62 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties.

2. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.

Article 64

Revocation of notifications and instruments provided for in articles 62 and 63

A notification or instrument provided for in articles 62 and 63 may be revoked at any time before it takes effect.

SECTION 5.— CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY, TERMINATION OR SUSPENSION OF THE OPERATION OF A TREATY

Article 65

Consequences of the invalidity of a treaty

1. The provisions of a void treaty have no legal force.

2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:

(a) Each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;

(b) Acts performed in good faith before the nullity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the nullity of the treaty.

3. In cases falling under articles 46, 47, 48 or 49, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, coercion or corrupt act is imputable.

4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

Article 66

Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present articles:

(a) Releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) Does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

Article 67

Consequences of the nullity or termination of a treaty conflicting with a peremptory norm of general international law

1. In the case of a treaty void under article 50 the parties shall:

(a) Eliminate as far as possible the consequences of any act done in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and

(b) Bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 61, the termination of the treaty:

(a) Releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) Does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

Article 68

Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present articles:

(a) Relieves the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of suspension;

(b) Does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to render the resumption of the operation of the treaty impossible.

Parte V. — Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados

SECCIÓN 1. — DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 39

Validez y continuación en vigor de los tratados

1. La validez de un tratado podrá ser impugnada únicamente mediante la aplicación de los presentes artículos. Es nulo todo tratado cuya invalidez quede determinada en virtud de los presentes artículos.

2. Unicamente como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de los presentes artículos se podrá poner término a un tratado o una parte podrá denunciarlo o retirarse de él. La misma regla se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

Artículo 40

Obligaciones en virtud de otras normas de derecho internacional

La nulidad, terminación o denuncia de un tratado; la retirada de una de las partes o la suspensión de su aplicación como resultado de la aplicación de los presentes artículos o de las disposiciones del tratado, no menoscabará en nada el deber de los Estados de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que estén sujetos en virtud de cualquier otra norma de derecho internacional.

Artículo 41

Divisibilidad de las disposiciones de un tratado

1. El derecho de una parte, previsto en un tratado, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación podrá ejercerse únicamente con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o que las partes acuerden otra cosa al respecto.

2. Una causa de nulidad, terminación, retirada o suspensión de la aplicación de un tratado reconocida en los presentes artículos únicamente podrá ser alegada con respecto a la totalidad del tratado, excepto en los casos previstos en los párrafos siguientes o en el artículo 57.

3. Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas, únicamente podrá ser alegada con respecto a esas cláusulas cuando:

a) Dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su ejecución; y

b) La aceptación de esas cláusulas no haya constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en el tratado en su conjunto.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3, en los casos previstos en los artículos 46 y 47 el Estado facultado para alegar el dolo o la corrupción podrá hacerlo en lo que respecta a la totalidad del tratado o a determinadas cláusulas únicamente.

5. En los casos previstos en los artículos 48, 49 y 50 no se admitirá la divisibilidad de las disposiciones del tratado.

Artículo 42

Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retirada o suspensión de la aplicación de un tratado

Un Estado no podrá alegar una causa para anular un tratado, ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 43 a 47 inclusive o en los artículos 57 a 59 inclusive, si, después de tener conocimiento de los hechos:

a) Ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según sea el caso; o

b) Se debe considerar en vista de su comportamiento que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según sea el caso.

. . . . . .

SECCIÓN 3. — TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS Y SUSPENSIÓN DE SU APLICACIÓN

Artículo 51

Terminación de un tratado o retirada de él por consentimiento de las partes

Se podrá poner término a un tratado o cualquiera de las partes podrá retirarse de él:

a) Conforme a una disposición del tratado que permita tal terminación o ritirada; o

b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes.

Artículo 52

Reducción del número de partes en un tratado multilateral a un número inferior al necesario para su entrada en vigor

Salvo que el tratado disponga otra cosa al respecto, un tratado multilateral no terminará por el solo hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al fijado en el tratado como necesario para su entrada en vigor.

Artículo 53

Denuncia de un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni faculte para denunciarlo o retirarse de él no podrá ser objeto de denuncia o retirada a menos que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retirada.

2. Toda parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 54

Suspensión de la aplicación de un tratado por consentimiento de las partes

Se podrá suspender la aplicación de un tratado con respecto a todas las partes o a una parte determinada:

a) Conforme a una disposición del tratado que permita tal suspensión;

b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes.

Artículo 55

Suspensión temporal, mediante consentimiento, de la aplicación de un tratado multilateral entre algunas de las partes únicamente

Cuando un tratado multilateral no contenga ninguna disposición sobre la suspensión de su aplicación, dos o más partes en él podrán celebrar un

acuerdo para suspender temporalmente y sólo entre sí la aplicación de disposiciones del tratado, siempre que tal suspensión:

a) No afecte al disfrute por las otras partes de sus derechos en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

b) No sea incompatible con el cumplimiento efectivo, entre todas las partes, del objeto y del fin del tratado.

Artículo 56

Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia implícita de la celebración de un tratado ulterior

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran un nuevo tratado sobre la misma materia y:

a) Se deduce del tratado o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija en lo sucesivo por el nuevo tratado; o

b) Las disposiciones del nuevo tratado son tan incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que únicamente queda suspendida la aplicación del tratado anterior si se deduce del tratado o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes al celebrar el tratado ulterior.

Artículo 57

Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para poner término al tratado o para suspender su aplicación en todo o en parte.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) A las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado o ponerle término, sea:

i) En las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violacion; o

ii) Entre todas las partes;

b) A una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar esta como causa para suspender la aplicación del tratado en todo o en parte én las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) A cualquier otra parte, para suspender la aplicación del tratado con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. A los efectos del presente artículo, constituirán violacion grave de un tratado:

a) Una recusación del tratado no admitida por los presentes artículos;

b) La violación de una disposición esencial para el cumplimiento del objeto o del fin del tratado.

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.

Artículo 58

Imposibilidad subsiguiente de ejecución

Toda parte podrá alegar la imposibilidad de ejecutar un tratado como causa para ponerle término si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción permanentes de un objeto indispensable para la ejecución del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá ser alegada únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

Artículo 59

Cambio fundamental en las circunstancias

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá ser alegado como causa para poner término al tratado o retirarse de él, a menos que:

a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban ejecutarse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá ser alegado:

a) Como causa para poner término a un tratado que establezca una frontera o para retirarse de él;

b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alegue, del tratado o de una obligación internacional diferente con respecto a las demás partes en el tratado.

Artículo 60

Ruptura de relaciones diplomáticas

La ruptura de relaciones diplomáticas entre las partes en un tratado no afectará por sí misma a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado.

Artículo 61

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general

Si se ha establecido una nueva norma imperativa de derecho internacional general de la misma naturaleza que la indicada en el artículo 50, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será nulo y terminará.

SECCIÓN 4. — PROCEDIMIENTO

Artículo 62

Procedimiento que deberá seguirse en caso de nulidad o terminación de un tratado, retirada de él o suspensión de su aplicación

1. Toda parte que sostenga que un tratado es nulo o que alegue un motivo para ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación basándose en los presentes artículos deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación se habrá de indicar la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y la causa en que ésta se funde.

2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses, contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 63 la medida que haya propuesto.

3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes formula alguna objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida la ejecución del tratado o alegue su violación.

Artículo 63

Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación

1. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 62 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes.

2. Si el instrumento no está firmado por el jefe del Estado, el jefe del gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.

Artículo 64

Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 62 y 63

Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 62 y 63 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto.

SECCIÓN 5. — CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD, LA TERMINACIÓN O LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE UN TRATADO

Artículo 65

Consecuencias de la nulidad de un tratado

1. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.

2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) Toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible restablezca, en sus relaciones mutuas, la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) Los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por causa únicamente de la nulidad del tratado.

3. En los casos comprendidos en los artículos 46, 47, 48 ó 49, no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, la coacción o la corrupción.

4. En caso de que el consentimiento de un Estado determinado en obligarse por un tratado multilateral esté viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.

Artículo 66

Consecuencias de la terminación de un tratado

1. Salvo que el tratado disponga o las partes acuerden otra cosa al respecto, la terminación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a los presentes artículos:

a) Eximirá a las partes de la obligación de cumplir ulteriormente el tratado;

b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que sea efectiva tal denuncia o retirada.

Artículo 67

Consecuencias de la nulidad o de la terminación de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general

1. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 50, las partes deberán:

a) Eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general; y

b) Conformar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.

2. Cuando un tratado llegue a ser nulo y termine en virtud del artículo 61, la terminación del tratado:

a) Eximirá a las partes de toda obligación de cumplir ulteriormente el tratado;

b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo 68

Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado

1. Salvo que el tratado disponga o las partes acuerden otra cosa al respecto, la suspensión de la aplicación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a los presentes artículos:

a) Eximirá a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutas durante el periodo de suspensión;

b) No afectará de otro modo a las relaciones jurídicas establecidas por el tratado entre las partes.

2. Durante el período de suspensión, las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a hacer imposible la reanudación de la aplicación del tratado.

III. Observations sur les articles relatifs à la terminaison des traités

a) *Observations générales*

Le thème des articles sur la terminaison

14. En 1963, ces articles avaient été adoptés sur la base de Waldock II. Ce rapport était intitulé: « Validité substantielle, durée et extinction des traités .» Il se subdivisait en cinq sections: i) dispositions générales; ii) principes régissant la validité substantielle des traités; iii) durée, extinction et désuétude

des traités; iv) procédure à suivre pour annuler ou dénoncer un traité, y mettre fin, cesser d'y être partie ou en suspendre l'exécution, et divisibilité des traités; v) effets juridiques de la nullité, de l'annulation ou de l'extinction d'un traité. Cependant, comme la Commission du droit international l'a expliqué dans son *Rapport* pour 1963 (§ 11), elle est parvenue à la conclusion qu'il était préférable de formuler les articles sur la « validité essentielle » des traités en fonction des différents motifs pour lesquels les traités peuvent être entachés de nullité, et de formuler les articles sur la « durée et l'extinction » en fonction des différents motifs pour lesquels un traité peut prendre fin. En conséquence, ce qui avait été adopté en tant que Partie II du projet d'articles a reçu le nouveau titre « Défaut de validité et terminaison des traités » [23] et a été groupé en six sections: i) disposition générale; ii) défaut de validité des traités; iii) terminaison des traités; iv) règles particulières à l'application des sections ii) et iii); v) procédure; et vi) conséquences juridiques de la nullité d'un traité, du fait qu'il prend fin ou de la suspension de son application. Cette structure générale fut retenue pour la seconde lecture (la Commission refusant, en dépit des demandes du Rapporteur spécial [23a], d'examiner les articles dans un ordre différent de celui adopté primitivement), et ce n'est qu'une fois celle-ci terminée que fut adopté l'ordre actuel des articles. Le changement de titre de la Partie II adopté en 1963 et la place de cet ensemble d'articles dans le texte définitif est significatif en ce que l'accent est mis sur la règle fondamentale

---

[23] En ce qui concerne la modification de ce titre dans sa forme actuelle survenue en janvier 1966, voir Waldock V, § 9, et la discussion à la 823e séance. Le titre a été formellement adopté à la 893e séance (§§ 56-58).

[23a] Waldock IV, § 7; Waldock V, § 10; 776e séance (§ 12); 822e séance (§§ 14-57). 823e séance (§§ 66-79). La question fut renvoyée au Comité de rédaction qui présenta son rapport sur ce point à la 886e séance, à la suite de quoi la présente ordonnance des articles fut établie.

pacta sunt servanda (article 23) et sur le caractère exceptionnel des cas de nullité, d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité (en dehors des cas d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité par consentement des parties ou conformément aux dispositions du traité). C'est là un point sur lequel il convient d'insister, afin de placer l'examen des articles sur la terminaison dans une juste perspective.

Portée des articles

15. Dans leur forme finale, les articles de la Commission du droit international ne se réfèrent qu'aux traités conclus entre Etats (article 1). L'expression « traité » s'entend généralement d'un accord international conclu entre Etats en forme écrite et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière (article 2 (1) *a)*). Il ne s'agit pas là d'une définition absolue, valable de façon générale, mais simplement d'une explication du terme tel qu'il est utilisé dans le projet d'articles. Par ailleurs, il est également stipulé qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte (préambule [24] et annexes inclus), tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de sa conclusion et tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité (article 27 (2)). De plus, la Commission a introduit à l'article 3 une disposition générale en vertu de laquelle le fait que les articles ne se réfèrent

[24] Sur la question du préambule des articles sur le droit des traités eux-mêmes, voir les observations du Rapporteur spécial sur l'article 55 dans Waldock VI, Add. 1, et la discussion à la 849e séance. *Cf.* aussi article 23, commentaire, § (5). Sur le préambule en général, *cf.* la discussion sur l'article 69 de la 869e séance à la 873e séance.

pas aux accords internationaux conclus entre des Etats et d'autres sujets du droit international ou entre ces autres sujets du droit international, ou aux accords internationaux en forme non écrite, ne porte pas atteinte à la valeur juridique de tels accords ni à l'application à ces accords de toute règle énoncée dans les présents articles à laquelle ils seraient soumis indépendamment de ces derniers. Votre rapporteur a déjà attiré l'attention sur ce point au paragraphe 5 de l'exposé préliminaire où, sans poser une question expresse à ce sujet, il avait demandé de façon générale aux membres de la Onzième Commission s'ils souhaiteraient que cette dernière se place, à cet égard, dans le même cadre que celui adopté par la Commission du droit international (cette question est également en rapport avec l'article 4 actuel, examiné ci-dessous, paragraphes 29-33). Dans aucune des réponses au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire, il n'a été fait une allusion quelconque au problème d'accords internationaux auxquels une organisation internationale ou tout sujet de droit international autre qu'un Etat est partie, et votre rapporteur estime que, dans ces circonstances, il serait justifié que la Onzième Commission réserve pour l'instant entièrement sa position sur ces questions, tout comme la Commission du droit international a réservé la sienne. Il ne fait par conséquent aucune nouvelle proposition à ce sujet.

16. Bien que l'objectif général poursuivi par la Commission du droit international ait été de couvrir l'ensemble du sujet du droit des traités [25], il convient cependant de signaler certaines exceptions de caractère général [26]. C'est ainsi que la Commission a, de propos délibéré, décidé d'exclure de son travail les

[25] Sur l'évolution de cette notion, voir Rosenne, « Some Diplomatic Problems of the Codification of the Law of Treaties », *Washington Law Review*, 41 (1966), 261, en particulier les pp. 269 et ss.

[26] Voir à ce sujet, Fitzmaurice II, § 5.

questions suivantes: l'effet sur les traités de l'ouverture des hostilités [27]; la succession d'Etats et les traités [28]; toutes les questions soulevées par le sujet de la reconnaissance des Etats

[27] *Rapport* de la Commission pour 1963, § 14; *Rapport* pour 1964, § 18; article 64 tel qu'il a été adopté en 1964, commentaire, § (1); *Rapport* pour 1966, § 29. A noter également la décision de la Commission en 1949 d'exclure en général les lois de la guerre comme sujet à codifier, en partie en raison du fait que « l'opinion publique pourrait interpréter cette mesure — d'inclure ce sujet — comme témoignant d'un manque de confiance en l'efficacité des moyens dont dispose l'Organisation des Nations Unies pour maintenir la paix ». *Rapport* pour 1949, § 18. Voir plus loin, au § 66 ci-dessous, le commentaire sur une observation de M. *Morelli*. La question des effets de la guerre sur les traités a été examinée par l'Institut à Christiana (1912) sur la base du rapport de M. Politis et une Résolution y fut adoptée. Voir *Annuaire*, 23 (1910), p. 251; 24 (1911), p. 200; 25 (1912), pp. 611 et 648. Voir aussi *Tableau général des Résolutions* (1873-1956), p. 174. *Cf.* aussi Fitzmaurice II, article 17, I, A (vii) et note 14. Le précédent rapporteur de la Onzième Commission semble avoir procédé à la même exclusion, sans faire toutefois aucun commentaire.

[28] *Rapport* de la Commission pour 1963, § 14; *Rapport* pour 1966, § 30; et voir article 69. La question figure à l'ordre du jour de la Commission du droit international en tant que sujet séparé. Il a fait l'objet d'un examen préliminaire par une Sous-commission en 1963, et un rapporteur spécial (M. Lachs) a été nommé. D'autre part, la Commission, adoptant une suggestion de ladite Sous-commission, a décidé formellement que la succession aux traités serait examinée dans le cadre de la succession d'Etats plutôt que dans celui du droit des traités. *Rapport* pour 1963, §§ 56-61 et Annexe II (doc.A/CN.4/160). La question de l'effet de l'extinction d'une partie sur la continuation du traité fut abordée en 1963 dans Waldock II, article 21, et fut laissée de côté dans ce qui devint l'article 58 actuel, en raison de son rapport de connexité, en ce qui concerne les traités conclus entre Etats, avec la succession d'Etats. *Cf. Rapport* pour 1966, art. 58, commentaire, § (5). Voir aussi Fitzmaurice I, article 6; Fitzmaurice II, articles 17, 21; Fitzmaurice IV, articles 2, 6, 21, 22, 28; Fitzmaurice V, articles 15, 27. A l'Institut, la quinzième Commission (Rapporteur, M. Rousseau), examine: « Le sort des traités en cas de création d'un nouvel Etat aux dépens d'un Etat préexistant »; cette question n'entre donc pas dans la compétence de la Onzième Commission. *Cf.* cependant Giraud I, p. 37. La question a égale-

et des gouvernements [29]; les rapports entre le droit des traités et le droit relatif à la responsabilité des Etats [30]; toutes les questions relatives à la clause dite de la nation la plus favorisée [31]; et la question générale de l'application des traités aux individus

---

ment été examinée par la Commission sur la succession des Etats aux traités et autres obligations gouvernementales (Rapporteur, professeur O'Connell de l'International Law Association. Voir *The Effect of Independence on Treaties. A Handbook* (1965) et le Rapport soumis à la session d'Helsinki de l'ILA (1966).

[29] En 1949, la Commission inscrivit la reconnaissance des Etats et des gouvernements sur sa liste provisoire des matières choisies en vue de leur codification, mais elle ne l'inclut pas dans sa liste de priorité. Voir le *Rapport* pour 1949, §§ 16, 19-20; *Rapport* pour 1964, article 64, Commentaire, § (1); *Rapport* pour 1966, article 60, commentaire, § (1). Voir aussi Giraud I, p. 38.

[30] Voir *Rapport* de la Commission pour 1964, § 18; *Rapport* pour 1966, § 31; et voir article 69. La question de la responsabilité des Etats et des gouvernements figure en tant que sujet séparé à l'ordre du jour de la Commission du droit international. En 1955, M. García Amador a été nommé Rapporteur spécial. Entre 1956 et 1961, il a présenté six rapports (A/CN.4/96, A/CN.4/106, A/CN.4/111, A/CN.4/119, A/CN.4/125 et A/CN.4/134 et Add. 1). Il a cessé d'être membre de la Commission en 1961. Ces rapports n'ont fait l'objet de la part de la Commission que d'un examen préliminaire. En 1962, après une nouvelle discussion générale, une Sous-commission a été nommée et son Rapport (A/CN.4/152) a été adopté en 1963, époque à laquelle M. Ago fut nommé Rapporteur spécial. Voir le *Rapport* de la Commission pour 1963, §§ 51-55. Sur les rapports entre le droit des traités et la responsabilité des Etats, *cf.* les réserves expresses contenues aux § (1) des commentaires des articles 65, 66 et 68, et à l'article 26, § 5 et commentaire, § (13).

[31] Voir *Rapport* de la Commission pour 1964, § 21; *Rapport* pour 1966, § 32. Depuis la session de Varsovie de l'Institut, la Quatrième Commission (Rapporteur, M. Pescatore) a été chargée d'examiner la question de « La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales ». A noter aussi la Résolution adoptée à Bruxelles (1936) sur « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation » (Rapporteur, Baron Nolde), *Annuaire*, 38 (1934), p. 414; 39 (1936), pp. 39, 289.

(en dépit du souhait du Rapporteur spécial de la voir traitée [32]). Elle s'est également abstenue de façon générale de traiter des rapports entre le droit international conventionnel et le droit international coutumier (autre qu'une règle de *jus cogens* ayant une origine coutumière), à l'exception des réserves d'ordre général des articles 34 et 40 [33]. De plus, la Commission a estimé devoir toujours s'abstenir de donner une interprétation de la Charte des Nations Unies, notamment en ce qui concerne les dispositions de celle-ci relatives à l'interdiction de l'emploi de la force (article 49), aux mesures à prendre en cas d'agression (article 70), à l'enregistrement des traités (article 75) ou à l'incompatibilité d'autres obligations avec les obligations incombant aux membres des Nations Unies en vertu de l'Article 103 de la Charte (article 26). A ce propos, la Commission a estimé soit que la question n'entrait pas dans le domaine du droit des traités (surtout lorsque le sujet figurait déjà au programme de la Commission, comme pour la responsabilité des Etats, la succession d'Etats ou la reconnaissance), soit qu'une étude supplémentaire détaillée s'avérait nécessaire (comme dans le cas des traités auxquels une organisation internationale est partie, de l'application des traités aux individus et de la clause de la nation la plus favorisée), soit que, s'agissant d'interprétation de la Charte, la question n'entrait pas dans les limites du mandat de

[32] Voir Waldock III, article 66, et la discussion à la 741e séance; *Rapport* de la Commission pour 1964, § 22; *Rapport* pour 1966, § 33. Voir également Fitzmaurice IV, articles 32 et 33. Plusieurs gouvernements ont, dans leurs observations (doc. A/CN.4/182), exprimé leur regret au sujet de cette exclusion, mais la Commission n'a apporté aucune modification dans le texte final. Voir aussi le § (5) du Commentaire sur l'article 30.

[33] Cette question, bien que se posant de façon générale, a été discutée en particulier à la seconde lecture des anciens articles 68 et 69, relatifs à la pratique ultérieure comme cause de modification d'un traité (article 38) et comme élément d'interprétation (article 27). *Cf.* aussi *Rapport* pour 1966, § 34.

la Commission au moment de son examen du droit des traités, soit enfin, dans le cas des rapports entre le droit conventionnel et le droit coutumier, que cette question soulevait un certain nombre de problèmes généraux de droit international qui ne pouvaient pas être examinés de façon appropriée dans le cadre du travail de la Commission sur le droit des traités. Elle a tout au moins indiqué quels sont les points de contact entre le droit des traités et ces autres questions, laissant soit à la Commission elle-même — lorsqu'elle examinerait des questions entrant dans sa compétence — soit à d'autres organes compétents le soin de les étudier plus tard en détail. Quoique ces décisions risquent d'avoir pour effet de donner aux articles de la Commission sur le droit des traités un caractère d'« open-endedness »,[34] comme le Rapporteur spécial l'a noté à plus d'une reprise, il n'empêche que l'approche de la Commission apparaît néanmoins d'une logique inévitable, et il ne semble pas indiqué de conseiller à la Onzième Commission, à ce stade, d'essayer de combler une quelconque des inéluctables lacunes existant dans l'énoncé du droit des traités tel qu'il résulte du travail de codification (sous réserve de ce que nous disons ci-dessous, paragraphes 26-28, sur la nécessité d'achèvement de ce travail dans les limites du droit des traités lui-même).

La Commission du droit international a examiné à nouveau ce point à la fin de son travail (lors de l'étude du commentaire de l'article 39 (ancien article 30), à ses 888e, 889e et 890e séances) et elle est parvenue à la conclusion qu'elle ne pouvait ni se contenter de traiter cette question exclusivement dans l'introduction de son *Rapport* final ou dans le commentaire, ni supprimer le paragraphe 2 de l'article 39, comme certains membres

[34] Toutefois, cet aspect d'« open-endedness » est parfois considéré comme « rafraîchissant » s'agissant de la codification du droit international. Lissitzyn, « The Law of International Agreements in the Restatement », *New York University Law Review*, 41 (1966), pp. 96-97.

le suggéraient. Elle a donc décidé d'introduire un nouvel article réservant expressément toutes les questions relatives à la succession d'Etats et à la responsabilité internationale. Ce nouvel article est l'article 69 qui porte: « Les dispositions des présents articles ne préjugent aucune question qui pourrait se poser au sujet d'un traité du fait d'une succession d'Etats ou en raison de la responsabilité internationale d'un Etat.» [35] La Commission a jugé qu'il s'agissait là des deux seules questions qu'il y avait lieu de traiter de façon particulière et qu'en ce qui concerne les autres, il suffirait de donner une explication dans l'introduction du rapport ou dans les articles s'y rapportant directement.

La Commission, notant que le mandat de ses membres actuels expire en 1966, a également pris les dispositions nécessaires pour assurer la poursuite de ses travaux de codification en inscrivant à l'ordre du jour provisoire de la dix-neuvième session (1967) les questions de la succession d'Etats et de la responsabilité des Etats, donnant ainsi à la Commission, dans sa nouvelle composition, l'occasion de prendre des décisions concrètes en ce qui concerne la codification future de ces deux matières. Il est par ailleurs loisible de prévoir que l'Assemblée générale (si l'on en juge par l'expérience) estimera souhaitable de faire connaître son point de vue sur l'opportunité de traiter maintenant l'une ou l'autre de ces questions.

Sens de l'expression « terminaison »

17. Les remarques faites au paragraphe précédent concernent tout particulièrement — bien que ne s'y limitant pas — les questions de la terminaison et de la suspension de l'application

---

[35] *Histoire du texte: Introduit* par le Rapporteur spécial en tant qu'article Y à la 890e séance (§§ 1-17). Adopté en tant qu'article 69 à la 893e séance (§ 118). Commentaire (L.116/Add. 20) adopté à la 894e séance (§ 185).

d'un traité, car elles indiquent l'existence d'une ligne de démarcation entre le droit des traités lui-même et d'autres branches du droit international (même si une telle démarcation n'est pas toujours claire) et impliquent que la terminaison ou la suspension de l'application d'un traité est susceptible de trouver son fondement juridique non dans le droit des traités, mais ailleurs. On a fait allusion à cela lors de la seconde lecture, au moment où le paragraphe 2 de l'ancien article 30 devenu maintenant l'article 39, fut adopté sur proposition du Comité de rédaction et sous une forme considérablement modifiée par rapport au texte adopté en 1963 (voir paragraphe 44 ci-dessous). A la 841e séance, quelques membres déclarèrent interpréter le paragraphe 2 dans sa nouvelle rédaction comme couvrant tous les cas où le *sedes materiae* relève du droit des traités lui-même, mais comme ne couvrant pas intégralement les cas où le *sedes materiae* relève d'une autre branche du droit international, telle que la succession d'Etats. Cette interprétation (qui est peut-être trop restrictive) n'a pas été contredite à ce moment, et elle apparaît au paragraphe (5) du commentaire relatif à l'article 39.

Allant plus à fond dans le droit des traités, la Commission s'est heurtée à une autre question, apparaissant dans plusieurs contextes, celle du sens à donner à l'expression « terminaison ». Le précédent Rapporteur spécial, abordant cette question sous l'angle du code déclaratif, a établi une distinction soigneuse entre l'existence de dispositions prévoyant l'extinction et l'extinction elle-même, d'où une subdivision entre les causes d'extinction et les modes d'extinction [36]. Il est probable que

[36] Fitzmaurice II, article 6. Voir aussi § 5 (ii) de ce rapport. *Cf.* aussi la distinction établie dans Giraud I entre les causes mettant fin à la participation d'une partie à un traité sans mettre fin au traité lui-même, et les causes mettant fin au traité lui-même, ces dernières comprenant l'exécution complète, la désuétude, etc. (causes s'appliquant aussi bien aux traités multilatéraux que bilatéraux).

certains membres de la Commission du droit international, y compris le Rapporteur spécial, ont eu la même façon de voir. Mais il paraît nécessaire d'élucider encore cette question, car si une telle distinction est sans aucun doute valable du point de vue doctrinal, il est possible que les difficultés réelles n'apparaissent que lorsqu'on cherchera à passer du plan de l'exposé doctrinal à celui d'une disposition normative dans une convention internationale. Mais c'est là plutôt une difficulté de forme que de fond.

Cette distinction, cependant, revêt de l'importance à un autre point de vue. Si l'on considère le traité comme une entité créant un faisceau de droits et d'obligations — un noyau juridique — la terminaison du traité signifie la fin de cette entité et la disparition de *ce* noyau juridique. Si l'on part de l'idée — jusqu'ici jamais sérieusement combattue (et qui est comprise dans le sens donné à l'expression « traité » à l'article 2 (1) (a)) — qu'il faut nécessairement au minimum deux parties pour qu'un traité existe (sans préjudice des obligations internationales assumées unilatéralement), il est clair que si une partie invoque légalement et avec succès un motif pour mettre fin à un traité, il en résultera son retrait du traité. Dans le cas d'un traité bilatéral conclu entre deux Etats, cela conduira automatiquement à la terminaison du traité lui-même. Mais il n'en ira pas nécessairement ainsi dans le cas d'un traité multilatéral conclu seulement entre Etats. De façon générale (et sous réserve des termes d'un traité donné), le fait qu'une partie se retire légalement d'un traité multilatéral ne conduit pas *en lui-même* à la terminaison de ce traité: il aboutit simplement à amputer le noyau juridique particulier des relations entre l'Etat qui se retire et les autres Etats parties à ce noyau. Pour que la terminaison du traité soit véritablement la conséquence du retrait d'une partie, il faut encore que d'autres conditions soient réunies: ce peuvent être des conditions convenues d'avance et incorporées dans le traité ou

dans quelque document y relatif, ou basées sur d'autres règles de droit. Par exemple, on peut envisager que le fait qu'un Etat donné se retire légalement d'un traité amène un tel changement du noyau restant de droits et d'obligations que sa continuation serait incompatible avec l'intention originelle des parties — et que l'on se trouverait à cet égard devant un véritable cas de changement fondamental des circonstances entrant dans le cadre de l'article 59. L'article 52 protège la position de principe dans le cas où, en raison de dénonciations ou de retraits, et à moins que le traité n'en dispose autrement, le nombre des parties tombe au-dessous du nombre spécifié dans le traité multilatéral pour son entrée en vigueur. Dans ces circonstances, les parties restantes demeurent entièrement libres en ce qui concerne l'avenir du traité lui-même; il est clair qu'elles se trouvent placées à cet égard devant un problème politique qui doit être résolu par la voie diplomatique. Les dispositions détaillées sur les traités multilatéraux qui figurent à l'article 57, relatif aux conséquences attachées à la violation d'un traité, sont précisément destinées à faire ressortir la distinction entre la terminaison du traité et le retrait d'une partie ne conduisant pas à sa terminaison (voir paragraphe 54 ci-dessous). A cet égard, il existe ici un parallélisme étroit avec la distinction que l'on rencontre au début de l'existence d'un traité entre l'expression formelle et obligatoire du consentement d'un Etat à être lié par un traité (articles 10, 11, 12 et 13) et l'entrée en vigueur du traité à titre définitif (article 21) ou à titre provisoire (article 22) [37]. Dans le cas d'un traité bilatéral soumis à ratification, les deux processus ont bien des chances de coïncider lors de l'échange des instruments de ratification. Cela peut également arriver en ce qui concerne les traités multilatéraux,

[37] Incidemment, cette distinction se reflète directement dans la formulation de la règle *pacta sunt servanda* elle-même — article 23. *Cf.* le Rapporteur spécial, 849e séance, § 74.

bien que rarement en fait. Pour cette raison, et pour d'autres, la question fréquemment posée de savoir si un traité est susceptible d'entrer en vigueur plus d'une fois (ou la situation inverse, c'est-à-dire s'il peut prendre fin plus d'une fois) paraît quelque peu académique, puisque la réponse dépend de l'angle sous lequel elle est examinée. Mais il n'y a aucune raison pour qu'un Etat donné (passés certains délais administratifs dont la Commission du droit international s'est efforcée de tenir compte, notamment aux articles 13 et 73), ne connaisse pas ou ne soit pas en mesure d'établir à n'importe quel moment l'état de *ses* relations juridiques avec tout autre Etat donné, et c'est là précisément le résultat qui est visé en pratique.

18. Dans les articles sur la terminaison, la Commission du droit international a veillé, au prix de quelque lourdeur rédactionnelle (aggravée par les difficultés auxquelles s'est heurté le Comité de rédaction pour rendre de façon appropriée et succincte les différents termes en anglais, espagnol et français), à conserver la distinction entre la terminaison d'un traité et le retrait de la participation à un traité, cette dernière expression n'étant applicable en fait (sinon en théorie) qu'aux traités multilatéraux [38]. Toutefois, les motifs pour mettre fin au traité, s'en retirer ou, pour la plupart, les motifs pour suspendre l'application du traité, tels qu'ils sont énoncés aux articles 56 à 59 (sous réserve de la terminaison ou du retrait par consentement de toutes les parties, article 51, et de la suspension de l'application d'un traité par consentement des parties — y

[38] Dans Waldock II (article 1 (3) (b)), il était proposé d'utiliser l'expression « dénoncer un traité » comme signifiant « déclarer qu'un Etat ne se considérera plus comme lié par le traité », l'objectif général étant d'éviter d'employer une circonlocution dans les autres articles; la Commission ne se rallia cependant pas à cette suggestion. Cela a sans doute permis, en fin de compte, un exposé plus clair du droit.

compris la suspension *inter se* — articles 54 et 55), ainsi que les procédures des articles 62 à 64, sont les mêmes, et cela peut également être dit des conséquences s'attachant au fait qu'un traité prend fin d'une manière conforme au droit ou qu'une partie s'en retire d'une manière conforme au droit (article 66). De même, les dispositions générales des articles 39, 40, 41 et 42 s'appliquent de façon identique — bien qu'en fait, elles se rapportent logiquement plus au retrait qu'à la terminaison en tant que telle. Cependant, l'application de certains motifs pour mettre fin au traité (ou pour s'en retirer), de même que pour en suspendre l'application est susceptible d'aboutir à des conséquences différentes suivant que l'on a affaire à un traité bilatéral ou multilatéral. Cet aspect est traité plus particulièrement en relation avec les conséquences d'une violation (article 57), mais il se retrouve de façon implicite dans tous les articles; en outre, les articles 66 et 68 stipulent en tant que règle générale la continuation de l'application d'un traité multilatéral aux relations des parties restantes [39].

Classification des traités et des obligations qui en résultent

19. Ce qui précède conduit à la question de savoir si les traités internationaux sont tous placés sur le même pied ou si un énoncé suffisamment précis du droit, tout au moins aux fins d'une convention internationale, ne devrait pas être basé sur

---

[39] De plus, il existe d'importantes différences de nature procédurale entre les traités pour lesquels il y a un dépositaire, catégorie qui comprend normalement la plupart des traités multilatéraux, et les traités pour lesquels il n'y a pas de dépositaire, ce qui sera généralement le cas des traités bilatéraux et des traités conclus entre un très petit nombre d'Etats. Cette distinction ne revêt aucune signification pour le présent *rapport provisoire*. Sur les fonctions et le rôle du dépositaire, *cf.* articles 71, 72, 73.

une classification systématique de ceux-ci. C'est sans doute — au moins pour une large part — dans ce contexte qu'est apparue la distinction classique entre traité-loi et traité-contrat.

Nous pouvons aborder l'examen de cette question en premier lieu à la lumière du mandat de la Onzième Commission. Le premier rapport préliminaire du professeur Scelle, qui est à l'origine de la création de la Onzième Commission, était intitulé *La revision dans les conventions générales*; cependant, lorsque la Onzième Commission fut établie, en 1948, son mandat fut ainsi défini: *Modification et terminaison des traités collectifs* [40]. Aucune explication n'a été apportée au sujet de ce changement. Dans Giraud I (pp. 15, 23), les termes « conventions générales » et « conventions collectives » sont considérés comme synonymes, et cet exposé préliminaire a tenté d'établir la nature de ce type de convention par référence à ses caractères spécifiques et à ses buts. Il semble en découler une distinction entre « convention » et « traité ». Dans le questionnaire annexé à cet exposé préliminaire, la question de savoir si « la catégorie des conventions générales, c'est-à-dire des conventions ouvertes établissant des règles de droit, doit être nettement distinguée de l'ensemble des traités internationaux » était directement posée. MM. *Badawi*, *Perassi*, *Rousseau*, Paul *De Vischer* et *Winiarski* répondirent par l'affirmative ; Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Jenks* et *Rolin* firent certaines restrictions ; quant à M. *Morelli*, il donna une réponse nettement négative. Dans les projets de Résolutions annexés à Giraud II, proposition fut faite que « l'ensemble de la [Onzième] Commission a estimé que la catégorie des conven-

[40] *Annuaire de l'Institut*, vol. 42, 1948, pp. 1, 349. En dehors de la suppression de la référence à la « modification » après la session de Varsovie (1965) (question examinée ci-dessus au § 2), le mandat est demeuré inchangé en ce qui concerne l'expression « traités collectifs ».

tions générales, c'est-à-dire des conventions ouvertes établissant des règles de droit, doit être distinguée de l'ensemble des traités internationaux », et que cette catégorie « doit comprendre toutes les conventions répondant à la définition précitée que leur objet soit politique ou non » [41]. Cependant, à la Session de Salzbourg (p. 292), cette question fut écartée, la Onzième Commission ayant décidé « de limiter son examen à la catégorie des conventions collectives, spécialement aux conventions ouvertes, que l'objet de ces conventions soit politique ou non ».

Votre rapporteur incline à penser que cette controverse ne revêt plus aucune signification pratique en ce qui concerne le droit régissant la terminaison de ces instruments, et s'il préfère, quant à lui, porter son choix sur l'expression, couramment admise par la Commission du droit international, de traités multilatéraux, il n'aurait aucune objection à adopter une quelconque autre terminologie correspondant aux vœux de la majorité de la Onzième Commission [42].

20. C'est sous une forme différente et dans un contexte plus large que cette question s'est posée au sein de la Commission du droit international. De plus, alors que la Onzième Commission l'a abordée du point de vue particulier de son rapport avec la terminaison et la modification, la Commission du droit international l'a affrontée en premier lieu en liaison avec l'élaboration et la conclusion des traités, et c'est à la lumière des conclusions auxquelles elle a abouti dans ce contexte qu'elle a abordé ce même problème s'agissant de la terminaison des traités.

---

[41] Giraud II, pp. 158 ss., 223. Pour les réponses des membres de la Onzième Commission, voir pp. 229 ss.

[42] Cette observation ne s'applique toutefois pas aux traités qui sont les instruments constitutifs d'organisations internationales. *Cf.* § 29 ci-dessous.

La question de la classification des traités fut soulevée pour la première fois en termes généraux au cours de la 2e session (1950) de la Commission, lorsqu'elle examina Brierly I, mais elle ne parvint alors à aucunes conclusions précises, si ce n'est peut-être que la codification devrait être centrée sur l'instrument incorporant l'obligation — le traité — plutôt que sur l'obligation elle-même; c'est là une conclusion qui tend à minimiser la signification pratique d'une classification des traités. Cette question ne se représenta plus (sauf en 1951, en rapport avec les réserves aux conventions multilatérales), jusqu'au moment où la Commission entreprit l'examen de Fitzmaurice I en 1959. On peut relever dans son *Rapport* le passage suivant :

> « ... la Commission n'a pas jugé nécessaire — et a même, dans l'ensemble, jugé peu opportun — d'établir des distinctions entre différentes catégories d'accords internationaux en fonction exclusivement de leur forme ou de leur dénomination. En revanche, des distinctions importantes existent effectivement à certains égards, mais fondées sur d'autres considérations, suivant que l'accord est bilatéral, plurilatéral (c'est-à-dire conclu entre un certain nombre d'Etats ou entre les Etats d'un groupe restreint) ou multilatéral (par exemple une convention générale multilatérale conclue au cours d'une conférence réunie sous les auspices d'une organisation internationale). Lorsqu'il existe des distinctions fondées sur ces considérations, la Commission n'a pas hésité à les marquer. » [43]

En conséquence, les textes qui furent alors adoptés à titre provisoire et qui, comme on l'a dit, avaient trait à la conclusion des traités, distinguèrent entre traités bilatéraux, traités négociés entre un groupe limité d'Etats, traités multilatéraux négociés au sein d'une organisation internationale et traités rédigés au sein d'une organisation internationale (article 6); et entre traités bilatéraux, traités plurilatéraux négociés par un groupe ou une catégorie régionale d'Etats ou un autre groupe ou nombre restreint d'Etats, et traités multilatéraux généraux,

[43] Article 1 (tel qu'il fut adopté en 1959), commentaire, § (5).

à savoir ceux qui sont d'intérêt général pour tous les Etats ou visent à créer des normes de droit international généra (article 17 (tel qu'il a été adopté en 1959), en particulier commentaire, paragraphe (5)).

A l'origine se trouve Fitzmaurice I, article 8, soulignant que pour les besoins pratiques, les traités peuvent être classés de différentes manières, d'après leur forme, leur matière ou leur objet, et selon qu'ils sont bilatéraux, plurilatéraux ou multilatéraux et qu'il s'agit de traités-contrats ou de traités-lois ou « normatifs ». Il déclarait de même expressément que, sous réserve de toute disposition en sens contraire figurant dans le projet « il n'y a pas de différence juridique importante entre ces catégories de traités quant aux conditions juridiques qui régissent leur validité [44], leur interprétation et leurs effets, étant donné qu'ils sont tous fondés sur un accord et qu'ils tirent leur force obligatoire de son existence ». Au paragraphe 18 de ce rapport, Sir Gerald alla même plus loin. Reprenant une ancienne idée de Rousseau [45], il déclara qu'il s'était efforcé, dans son projet d'article 8, tout en reconnaissant qu'il est commode, pour les besoins pratiques, de diviser les traités en différentes catégories et classes, de simplifier leur étude du point de vue juridique en considérant qu'il n'y a pas de différence juridique importante entre ces catégories, notamment si l'on tient compte du fait que, par les différents aspects qu'il peut présenter, un même traité peut appartenir à plus d'une d'entre elles. Néanmoins, lorsque l'article fut discuté en 1959, Sir Gerald lui-même, doutant de l'utilité de son maintien, jugea qu'il n'était peut-être pas entièrement satisfaisant, surtout en ce qui concerne la

[44] La notion de « validité » incluait ici la validité temporelle, ou validité dans le temps, compte tenu des considérations juridiques qui régissent l'extinction d'un traité. *Cf.* article 10.

[45] *Principes généraux du droit international public*, vol. 1 (1944), p. 133

terminaison. Personne ne se prononça en faveur du maintien de cet article, dont certains membres estimèrent qu'il avait trait à une question de doctrine [46].

Ces discussions préliminaires et ces décisions provisoires ont constitué le point de départ de Waldock I, qui proposa une distinction formelle entre le traité bilatéral, c'est-à-dire un traité auquel ne peuvent participer que deux parties seulement, le traité plurilatéral, à savoir un traité auquel peuvent participer un nombre restreint de parties et dont les dispositions visent à régler des questions qui intéressent seulement ces parties, et le traité multilatéral, à savoir un traité qui, aux termes de ses dispositions ou des dispositions d'un instrument connexe, est ouvert à la participation de tous les Etats sans restriction, ou est ouvert à la participation d'un nombre considérable d'Etats et vise soit à énoncer des normes générales de droit international soit à régler d'une manière générale des questions qui présentent un intérêt général pour d'autres Etats aussi bien que pour les parties au traité [47]. La question de savoir s'il était possible de se servir d'une telle distinction a été discutée aux 642e et 643e séances, en rapport direct avec l'article 5 de Waldock I, le premier des articles a être basé sur cette distinction. La discussion montra que cette distinction ne rencontrait aucun enthousiasme, ni dans ce contexte ni, d'ailleurs, de façon générale. Parmi les raisons invoquées pour y renoncer, on peut mentionner: la difficulté de tracer une séparation entre traités plurilatéraux et multilatéraux; les difficultés d'interpréter et d'appliquer les divers critères proposés pour ces catégories de traités; la grande responsabilité qu'assumerait la Commission si elle

[46] Discussion à la 481e séance et plus particulièrement à la 482e séance (1959). Les hésitations de Sir Gerald, surtout en ce qui concerne la terminaison, ont trouvé un écho depuis lors et, comme on le verra, on a tenté de les circonscrire, notamment aux articles 26, 37 et 57. Voir § 23 ci-dessous.

[47] Article 1 *(d)*. Et voir les explications données dans le commentaire, § (14).

entendait baser sa codification sur une telle distinction; le caractère nouveau du terme « plurilatéral »; le fait que cette distinction ne coïncide pas avec l'usage dominant; le caractère non fondamental et théorique de cette différenciation; l'élément d'arbitraire inhérent à toute classification de ce type; et, de façon générale, les risques découlant d'une classification trop poussée des traités. Quelques membres cependant — une minorité — se prononcèrent en faveur du maintien d'une forme ou d'une autre de différenciation, soit en suivant les lignes indiquées par Sir Humphrey, soit en se ralliant à la distinction traditionnelle entre *Verträge* (traités-contrats) et *Vereinbarungen* (traités-lois). Ils ne firent toutefois aucune proposition concrète. Cette discussion régla véritablement la question de principe, non seulement eu égard à Waldock I, mais de façon générale (encore qu'elle réapparût parfois ailleurs sous différentes formes). C'est donc, en fin de compte, d'une façon différente que la Commission a procédé au cours de ses travaux, en examinant dans chaque cas si la règle en discussion était applicable à la fois aux traités bilatéraux et multilatéraux et, dans l'affirmative, avec ou sans modification pour l'un ou l'autre type de traité; et, en second lieu, au cas où elle était applicable aux traités multilatéraux, si certaines conditions supplémentaires étaient requises pour des types particuliers de traités multilatéraux, à supposer que des définitions appropriées pussent être trouvées.

22. Eu égard au premier de ces aspects, les seules règles de la Partie I — dans la rédaction de 1962 — qui concernaient exclusivement les traités multilatéraux figuraient aux articles 8 (parties à un traité), 9 (extension à d'autres Etats de la faculté de devenir partie au traité) [48], 18-22 (réserves aux traités multi-

[48] A la seconde lecture, en 1966, ces deux articles furent supprimés. Voir article 12, commentaire, note annexée sur la question de la participation aux traités.

latéraux) [49] et 28 (le dépositaire de traités multilatéraux) [50]. Parmi les distinctions opérées aux fins de ces articles entre les différents types de traités multilatéraux, on peut mentionner: *a)* le « traité multilatéral général », qui s'entend d'un traité multilatéral relatif à des normes générales de droit international ou portant sur des questions d'intérêt général pour l'ensemble des Etats [51], définition adoptée en liaison avec la question politiquement controversée de participation à un traité dont traita l'article 8; *b)* le traité conclu entre un groupe restreint d'Etats (expression modifiée en 1966 en « le nombre restreint des Etats ayant participé à la négociation »), distinction introduite lors de l'énoncé des règles sur les réserves; et *c)* le traité qui est

[49] Par inadvertance, on omit, en 1962, dans le titre de la section comprenant ces articles, la référence aux traités multilatéraux. Cette omission fut corrigée lors de la seconde lecture. Voir Waldock IV, Add. 1, p. 4, et le titre de la Partie II, section 2.

[50] Cela est cependant contestable. A la 657e séance, il fut suggéré que les traités bilatéraux pouvaient, eux aussi, être déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies, suggestion acceptée par le Rapporteur spécial, mais qui n'apparut pas dans l'article 28 tel qu'il fut adopté en 1962. La modification nécessaire fut apportée lors de la seconde lecture en 1965 (article 71 actuel). Pour un exemple de fonctions de dépositaire conférées au Secrétaire général (avec son assentiment) dans le cas d'un traité bilatéral, voir l'Accord du 10 septembre 1952 entre Israël et la République fédérale d'Allemagne, R.T.N.U., 162, p. 206.

[51] Définition de l'article 1 (1) (*c*) adopté en 1962. Pour sa revision proposée à la lumière des commentaires des gouvernements, voir Waldock IV, *ad* article 1 (1) (*c*). La définition se trouvait en relation étroite avec l'article 8, tel qu'il avait été adopté en 1962. En 1965, à la suite de la discussion aux 791e-796e séances, la Commission n'aboutit à aucune conclusion sur cet article. En 1966, elle se rallia à l'opinion du Comité de rédaction, auquel un examen supplémentaire de la question avait été demandé, opinion selon laquelle il n'y avait aucune nécessité particulière d'introduire un article sur le droit d'être partie à un traité. Elle supprima les articles 8 et 9 et, du même coup, renonça à la définition de « traité multilatéral général ». *Cf.* article 2, commentaire, § (8).

l'acte constitutif d'une organisation internationale, le traité rédigé au sein d'une organisation internationale ou établi sous les auspices d'une organisation internationale dans une conférence diplomatique convoquée par ladite organisation (distinction introduite à diverses fins en liaison avec la Partie I, partiellement généralisée sous la forme de l'article 48, en 1963, en ce qui concerne les règles relatives à la terminaison et complètement généralisée, en 1965, sous la forme de l'article 3 *(bis)*, article 4 actuel, voir paragraphe 29 ci-dessous). Une distinction supplémentaire fut établie entre traités et traités en forme simplifiée, mais elle ne paraît pas revêtir d'importance pour notre étude et fut abandonnée en seconde lecture.

C'est la même approche qui fut suivie pour les articles de la Partie II, adoptée en 1963 et pour ceux de la Partie III, adoptée en 1964, de sorte qu'elle est devenue un trait caractéristique de l'ensemble des articles sur le droit des traités. Aucun des articles de la Partie II, telle qu'elle fut élaborée en 1962, ne se référait exclusivement ni aux traités bilatéraux ni aux traités multilatéraux (quoique certaines nuances aient été introduites à ce sujet au cours de la seconde lecture, surtout pour les besoins de la présentation: tel l'article 52 adopté en janvier 1966 en tant qu'article 39 *(bis)*, anciennement article 38 (3) *(b)*, et l'article 55 (introduit en 1966), seuls articles de fond de la section sur la terminaison et la suspension se référant exclusivement aux traités multilatéraux). D'autre part, plusieurs de ces articles prévoyaient une application différente pour les deux classes de traités. Il en va de même des articles de la Partie III, à l'exception des articles 66 et 67 se rapportant à l'amendement des traités multilatéraux et aux accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (modification *inter se*), qui figurent maintenant en tant qu'articles 36 et 37. En 1963 et 1964, aucune distinction n'avait été établie entre différents types de traités multila-

téraux. Par ailleurs, certaines craintes avaient été exprimées au sujet des conséquences juridiques de la terminaison d'un traité multilatéral général (tel qu'il avait été défini en 1962), et en particulier, mais non exclusivement, en ce qui concerne un traité de codification; la Commission a tenté, en janvier 1966, de trouver une solution satisfaisante en introduisant l'article 40 (ancien article 30 *(bis)*) généralisant la règle exprimée en 1963 à l'article 53 (4). Cette règle se retrouve dans une certaine mesure, mais sous un angle différent, à l'article 34 (ancien article 62), qui vise à empêcher que les dispositions relatives aux « traités et Etats tiers » s'opposent à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle coutumière du droit international.

23. De plus, la Commission semble avoir accepté le bien-fondé d'une proposition énoncée pour la première fois, croyons-nous, par Sir Gerald Fitzmaurice [52] (sans toutefois en admettre toutes les conclusions), proposition tendant à établir une distinction entre les traités multilatéraux de type réciproque, qui prévoient un échange mutuel de prestations ainsi que de droits et d'obligations pour chaque partie à l'égard de chacune des autres parties prises individuellement, les traités multilatéraux de type interdépendant, où une violation fondamentale par une partie de l'une des obligations conventionnelles justifie une non-exécution générale correspondante par les autres parties, et les traités multilatéraux de type intégral, où la force de l'obligation est autonome, absolue et intrinsèque pour chaque partie et ne dépend pas d'une exécution correspondante par les

[52] Dans Fitzmaurice III, articles 18 et 19, et dans sa réponse au précédent Rapporteur de la Onzième Commission, Giraud II, pp. 240 s. En fait, la Commission, sans se prononcer directement à ce sujet, a adopté la définition de Sir Gerald en tant qu'hypothèse de travail. *Rapport* pour 1964, article 63, Commentaire, § (11); *Rapport* pour 1966, article 26, commentaire, § (8).

autres parties — tout traité ultérieur conclu par deux ou plusieurs des parties, soit entre elles exclusivement, soit avec des pays tiers, et qui est directement en conflit, sur un point important, avec le traité antérieur, étant, dans la mesure du conflit, nul et non avenu. Cette question fut soulevée en premier lieu dans Waldock II, article 14, où se trouvent développées les idées de Fitzmaurice III pour qui, contrairement aux idées antérieures de Lauterpacht I et II, article 16, envisageant la nullité d'un traité ultérieur dont les dispositions sont en conflit avec un traité antérieur, le point de départ ne réside pas dans la nullité du second traité, mais dans la question générale de savoir lequel des deux traités a la priorité sur l'autre. En 1963, la Commission ajourna sa décision et pria Sir Humphrey d'examiner à nouveau la question dans le contexte de l'application des traités; c'est ce qu'il fit dans Waldock III, article 65, adopté en 1964 en tant qu'article 63, aujourd'hui article 26. Ceci implique que même si une partie, en concluant un traité postérieur, commet une violation substantielle du traité antérieur conclu avec un autre Etat, le traité postérieur n'en est pas nul pour autant, et la situation qui en découle doit être résolue, en ce qui concerne le droit des traités, sur la base de la règle relative à l'application des traités successifs portant sur la même matière (article 26), tandis qu'à d'autres égards elle entre dans le domaine de la responsabilité des Etats [53].

[53] La Sous-Commission sur la responsabilité des Etats instituée en 1963 (voir ci-dessus, note 30), dans son esquisse du programme de travail destinée à servir de guide aux travaux du Rapporteur spécial sur le sujet, faisait figurer comme premier point *L'origine de la responsabilité internationale*, dont la première rubrique (1) était définie comme suit: « *Le fait illicite international*: violation, de la part d'un Etat, d'une obligation juridique qui lui est imposée par une règle du droit international, quelle qu'en soit l'origine et quelle que soit la matière envisagée. » Il semble donc qu'un nouvel examen de la question sera entrepris, surtout en ce qui a trait aux traités multilatéraux du type dit interdépendant, lorsque la Commission abordera l'étude de fond du sujet de la responsabilité des Etats.

Dans le cadre du droit des traités, deux dispositions tentent de traiter ce problème — sous réserve de la décision de principe de ne pas l'introduire dans la section relative à la nullité des traités — ce sont: l'article 26 (5) relatif à l'application des traités successifs portant sur la même matière et l'article 57, paragraphe 2, relatif aux conséquences qui s'attachent à la violation substantielle d'un traité multilatéral, encore que l'opinion ait été émise, au sein de la Commission du droit international, que cette manière de faire n'était pas adéquate. Dans aucun de ces deux cas, on n'a formulé la règle en la liant à une définition ou à une classification formelle des traités, mais on l'a fait dépendre d'une appréciation, par la partie atteinte, du caractère des obligations lui incombant en vertu du traité, ou plus exactement en vertu de la disposition visée du traité en question.

24. Si l'on passe en revue l'ensemble des commentaires des gouvernements ainsi que les observations des délégations au sein de la Sixième Commission, on peut conclure que l'approche générale de la Commission du droit international, consistant à éviter une classification *a priori* des traités et à rechercher, par une analyse approfondie, quelles sont les applications pratiques d'une règle donnée dans différents types de circonstances, n'a pas été sérieusement contestée.

25. Dans son rapport présenté à la Onzième Commission en avril 1965 (p. 17), votre rapporteur a fait observer que la Commission du droit international a « renoncé à toute tentative de classer les traités suivant leur objet »; et au paragraphe 2 *(c)* de l'exposé préliminaire, il a déclaré que « d'une façon générale, la Commission du droit international a trouvé commode de rédiger les règles proposées dans une forme applicable à tous les traités, et n'a pas fait de distinction entre les traités bilatéraux et multilatéraux sauf quand la formulation de la règle l'exigeait

absolument, comme c'est le cas par exemple de l'article 42 [maintenant 57] relatif aux conséquences de la violation d'un traité ». Ces remarques ne s'appliquent pas simplement aux articles sur la terminaison, mais valent de façon générale. Les réponses à l'exposé préliminaire, qui sont résumées au paragraphe 64 ci-dessous, laissent penser que ces remarques n'ont pas été suffisamment nuancées. Votre rapporteur souhaite que ces explications situent désormais la question dans une perspective plus claire.

Si donc il est loisible d'accepter que, pour des raisons de commodité, la Commission du droit international n'a pas jugé que la distinction entre traités bilatéraux et multilatéraux revêtait une importance majeure, votre rapporteur a néanmoins estimé nécessaire de vérifier si, du point de vue scientifique, cette unification des règles de fond applicables à la terminaison des traités bilatéraux et multilatéraux, telle qu'elle avait été adoptée pour des raisons pratiques par la Commission du droit international, pouvait être considérée comme appropriée. Cette question figurait en tant que question nº 2 du questionnaire annexé à l'exposé préliminaire; compte tenu des réponses reçues, votre rapporteur ne présente pas de nouvelles propositions à ce sujet (voir paragraphe 65 ci-dessous), puisque la majorité des membres qui ont répondu semblent considérer qu'aux fins de la présentation du droit relatif à la terminaison des traités, l'abandon de cette distinction est scientifiquement fondé.

Caractère exhaustif des articles sur la terminaison

26. La question de savoir ce qu'il faut entendre par terminaison et si les articles qui y ont trait sont exhaustifs a été soulevée à plusieurs reprises dans différents contextes.

En examinant de façon détaillée les articles de fond (article 39 (2), articles 51 à 53 et 56 à 61), on pourrait être amené à se

demander s'ils comprennent toutes les causes (ou motifs, selon la terminologie de Sir Gerald Fitzmaurice) de terminaison ou, en d'autres termes, s'ils contiennent toutes les méthodes par lesquelles il peut être mis fin à un traité conformément au droit ou, dans le cas d'un traité multilatéral, à la participation d'un Etat qui y est partie. Ce point a constamment préoccupé la Commission: il a été mis en relief aux 888e, 889e et 890e séances consacrées au commentaire de l'article 69 (voir paragraphe 16 ci-dessus). On pourrait faire valoir que les causes de terminaison qui appartiennent en propre au droit des traités, telles que l'exécution complète du traité, sa désuétude, ne sont mentionnées nulle part de façon spécifique; et celles qui se situent en dehors du droit des traités sont encore bien moins prises en considération, hormis dans la mesure où elles se trouvent réservées à l'article 69. Lorsque les questions de terminaison furent discutées pour la première fois en 1963, M. Verdross a proposé d'insérer en tête de la section relative à cette matière un article introductif où seraient énumérés de façon exhaustive tous les cas de terminaison, y compris la désuétude, l'exécution complète et la renonciation à tous les droits résultant du traité (688e séance, paragraphe 55). Bien que cette suggestion ait rencontré un certain appui, le Comité de rédaction n'a pas recommandé l'insertion d'une telle clause et celle-ci n'a pas été ré-introduite par la suite. Sir Humphrey lui-même, émettant une opinion différente, expliqua que comme les causes d'*extinction* (c'est nous qui soulignons) d'un traité étaient nombreuses et pouvaient prêter à controverse, il doutait fort de l'utilité que pourrait avoir un article introductif de ce type (688e séance, paragraphe 64). Lorsque le texte proposé par le Comité de rédaction pour le futur article 38, tel qu'il a été adopté en 1963 (traité prenant fin par l'effet de ses propres dispositions) fut discuté pour la première fois à la 708e séance, des critiques du même ordre furent émises, principalement en raison du fait

qu'il traitait uniquement des cas de terminaison en vertu des clauses contenues dans le traité mais passait sous silence les cas où le traité prend fin conformément à des règles du droit international général [54].

27. La question a été examinée en rapport avec celle de l'abrogation d'obligations ou de droits d'Etats tiers, en liaison avec l'actuel article 33, adopté en 1964 en tant qu'article 61. A la 751e séance, le texte du Comité de rédaction (portant alors le numéro 62B) parlait de « mettre fin » à une disposition concernant les droits ou obligations des Etats tiers, mais une objection fut soulevée au sujet de ce terme en raison du fait que les articles de fond montraient qu'il existait de nombreuses méthodes de terminaison, et à l'article en discussion, il s'agissait uniquement de traiter du cas où les parties sont convenues de modifier ou de mettre fin à une disposition du traité et non pas de celui où une partie a le droit de demander qu'il soit mis fin au traité conformément à certaines des dispositions de la deuxième Partie du projet (paragraphe 71); le Comité de rédac-

[54] 708e séance, § 49 (M. Castrén); 51 (M. Verdross); 52 (M. Yasseen); 59 (M. Tounkine); 66 (M. Jiménez de Aréchaga); et 69 (Sir Humphrey Waldock). Cette discussion avait trait aux propositions du Comité de rédaction relatives à l'article 15 de Waldock II, adopté en 1963 en tant qu'article 38. Lors d'une revision ultérieure, le Comité de rédaction expliqua qu'il n'avait pas jugé nécessaire d'introduire un renvoi aux articles prévoyant d'autres moyens de mettre fin au traité. En janvier 1966, la Commission introduisit dans l'article 30 (article 39 actuel) une référence à la terminaison d'un traité « en application des dispositions du traité ou des présents articles », tout en supprimant l'article 38 qui fut rétabli par la suite sous une forme différente et se rapporte maintenant de façon générale à la terminaison par consentement des parties. Toutefois, l'article 63 a trait à la terminaison « sur la base des dispositions du traité ou des §§ 2 et 3 de l'article 62 », formule qui renvoie aux causes de terminaison reconnues dans les articles, autres que la terminaison par consentement et, naturellement, sous réserve également de l'article 69.

tion changea par la suite le terme en « révocation » (759e séance, paragraphe 110) et c'est cette expression qui fut retenue dans le texte définitif de l'article 33.

En janvier 1966, la question apparut en liaison avec la distinction entre un traité exécutoire et un traité exécuté aux fins des articles sur la terminaison résultant de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ou d'un changement fondamental de circonstances. Le Rapporteur spécial proposa d'introduire cette distinction pour le premier cas et demanda s'il n'y aurait pas également lieu de l'introduire pour le second [55]. Cette distinction ne fut adoptée pour aucune de ces deux éventualités, bien que M. Verdross ait fait observer qu'en ce qui concerne le changement fondamental des circonstances, il y avait d'autres traités auxquels cette disposition (alors article 44) ne s'appliquait pas, à savoir les « traités qui ont déjà été complètement exécutés » (833e séance, paragraphe 61; 842e séance, paragraphe 56). Quoique M. Verdross ne fût pas seul de cette opinion, la Commission ne tomba d'accord sur aucun texte qui eût traité de façon précise ce problème.

La question fut soulevée en 1966 dans d'autres cas encore, en liaison avec les conséquences juridiques du fait qu'un traité prend fin (article 53 tel qu'il a été adopté en 1963) et, à nouveau, avec la révocation des droits d'Etats tiers. Dans le premier cas, le Rapporteur spécial a résumé les difficultés en faisant observer:

> « Les années précédentes, la Commission s'est demandé de temps à autre s'il y avait lieu de traiter plus explicitement des cas où les traités prennent fin parce qu'ils sont devenus caducs ou sont tombés en désuétude, mais elle était parvenue à la conclusion que ces cas sont couverts,

[55] Waldock V, Add. 3, Observations, § 5 (sur la base des commentaires présentés par les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Pakistan et du Venezuela); 833e séance, § 58.

en partie au moins, par les dispositions relatives au changement fondamental de circonstances et aussi par la notion d'accord tacite. Au fond, il s'agit de savoir si la caducité d'un traité est un motif pour y mettre fin ou si ce n'est pas plutôt un fait entraînant la terminaison, qui doit être fondé sur l'accord tacite des parties d'abandonner le traité. C'est un point dont le Rapporteur spécial s'est préoccupé à propos d'autres articles et il serait utile de demander au Comité de rédaction de l'examiner et de faire rapport à ce sujet de manière que la Commission puisse décider s'il y a lieu de prévoir des dispositions plus explicites et, dans l'affirmative, sous quelle forme. Ce point est important vu la règle assez générale qui a été inscrite dans l'article 30, où il est stipulé qu'un traité ne peut prendre fin qu'en application des dispositions du traité ou des articles du projet, ce qui impose à la Commission l'obligation de faire en sorte que tous les cas dans lesquels un traité peut prendre fin soient prévus dans lesdits articles. » [56]

Le Comité de rédaction tint compte du résultat de cet examen en proposant de rétablir l'article 38 (maintenant article 51) et le Rapporteur spécial, à la 876e séance, déclara qu'il estimait que si ce texte venait à être accepté, les causes d'extinction qui relèvent du droit des traités auraient toutes été envisagées dans le projet d'articles. Il reconnut par ailleurs qu'il pouvait y avoir d'autres cas où il est mis effectivement fin au traité, mais qu'ils n'entrent pas dans le cadre du projet maintenant à l'étude [57]. Sir Humphrey se référa en particulier au consentement tacite à la fin d'un traité, « l'une des causes les plus fréquentes de désuétude des traités ».

En ce qui concerne le deuxième cas — celui de la révocation d'obligations ou de droits d'Etats tiers — le Rapporteur spécial proposa d'en modifier complètement l'approche, en passant de la révocation de la disposition en vertu de laquelle une obliga-

[56] 848e séance, § 15.

[57] 876e séance, § 94. Et voir de façon générale le commentaire de l'article 39. Mais voir de plus la discussion sur le § 5 du commentaire de cet article à la 888e séance (§§ 24-61).

tion ou un droit est né pour un Etat tiers à la terminaison de l'obligation ou du droit lui-même, revenant ainsi délibérément au mot « terminaison » [58]. Bien que la Commission acceptât ce changement d'approche, elle préféra néanmoins, comme on l'a déjà indiqué, conserver le mot « révocation », sur recommandation du Comité de rédaction.

28. De façon générale, les articles ne semblent envisager la terminaison d'un traité qu'en tant que la conséquence directe d'une action de l'un ou de tous les Etats qui sont parties à ce traité. Mais en théorie, et en laissant de côté les questions de succession d'Etats et de responsabilité des Etats, la terminaison d'un traité (en tant que distincte de son éventuelle « désintégration ») pourrait découler de quelque autre cause, notamment de la décision d'un organe compétent des Nations Unies (agissant par exemple en vertu du chapitre VII de la Charte) [59] ou de la Cour internationale de justice établissant l'existence d'une cause de terminaison [60] — possibilité envisagée dans Fitzmaurice II, articles 6, paragraphes 4 (ii), 24, 27 (4) et élargie encore — sans se référer à des autorités — au paragraphe 47.

---

[58] Waldock VI, Add. 2, article 61, Observations, § 4; 855e séance, § 69.

[59] Cette question est peut-être couverte en partie par l'article 70 qui porte que les présents articles ne préjudicient pas aux obligations qui peuvent résulter à propos d'un traité, pour un Etat agresseur, de mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au sujet de l'agression commise par cet Etat. *Histoire du texte*: *Introduit* par le Comité de rédaction en tant qu'article Z à la 869e séance (§§ 1-51). Texte revisé introduit à la 876e séance (§§ 65-89). Adopté en tant qu'article 70 à la 893e séance (§ 119). Commentaire (L.116/Add. 20) adopté à la 894e séance (§ 185).

[60] Cela résulterait toutefois indirectement de l'action des parties au traité, par le fait même qu'elles confèrent juridiction à la Cour dans le cas d'espèce. Un exemple récent en est fourni par l'affaire de la *Barcelona Traction* (exceptions préliminaires) où la Cour a *admis* la continuation de l'existence de clauses individuelles d'un traité.

Mais même ici, l'extinction du traité résulterait de la constatation du bien-fondé d'un motif de terminaison et non de la simple conclusion de l'existence d'un motif de terminaison. Une même idée se rencontre dans Waldock II, article 25. Cette possibilité ne se trouve pas reflétée dans le projet d'articles. Au cours des discussions de la Commission, un problème encore plus fondamental fut soulevé, celui de l'effet du droit intertemporel sur la durée d'un traité (problème dont s'occupent en partie, en ce qui concerne les traités entrant en conflit avec une norme de *jus cogens*, les articles 61 et 67 et, en ce qui concerne le rapport entre des traités successifs entre les mêmes parties et portant sur la même matière, les articles 26 et 56) [61].

Cette question revêt une importance pratique majeure (mis à part le problème particulier des droits et obligations d'Etats tiers) en ce qui concerne les conséquences d'une terminaison et d'une suspension de l'application d'un traité de manière conforme au droit, c'est-à-dire en rapport avec le champ d'application des articles 66 et 68 (anciennement, articles 53 et 54). Au cours de la seconde lecture portant sur ce groupe d'articles, on posa la question de savoir si toutes les causes de terminaison et de suspension de l'application d'un traité de manière conforme au droit produisaient nécessairement le même effet, et on attira l'attention sur celles de ces causes qui comportent un élément de responsabilité des Etats et celles qui n'en comportent pas (847e séance, paragraphe 4; 848e séance, paragraphe 43); et c'est évidemment en réponse à ces observations que le Rapporteur spécial pria le Comité de rédaction de procéder à un

[61] Voir M. Reuter, en particulier aux 845e (§ 74), 846e (§§ 68-78), et 847e (§§ 88-89) séances. La question du droit intertemporel est également saillante dans le domaine de l'interprétation des traités. Voir Waldock III, articles 56, 70 (1) et 73 *(a)*. Elle a pratiquement été laissée de côté par la Commission. Voir *Rapport* pour 1966, article 27, commentaire, (§ 16). Voir de plus § 53 ci-dessous.

examen supplémentaire de toute la question. On a même suggéré — quoique cela paraisse peu vraisemblable — que l'article 53 avait une portée extrêmement étroite, puisqu'il ne traitait que des cas de terminaison par l'effet de la volonté des parties. Mais l'article 66, tel qu'il a été adopté en 1966, s'applique clairement à tous les cas où un traité prend fin de manière conforme au droit « sur la base de ses dispositions ou conformément aux présents articles ».

Il n'en demeure pas moins évident que l'hypothèse sur laquelle reposent les articles 39 et 66 lorsqu'on les lit ensemble (comme cela doit être le cas) est que les articles sur le droit des traités couvrent, de façon expresse ou implicite, tous les motifs pour lesquels un traité prend fin de manière conforme au droit, et si cette hypothèse s'avérait inexacte, certaines conclusions d'une grande portée s'imposeraient à propos des propositions de la Commission du droit international. Votre rapporteur suggère par conséquent qu'il conviendrait d'examiner cette question, dans la mesure où il apparaîtrait souhaitable de poursuivre encore l'étude de cette matière. Cela pourrait à certains égards constituer le problème-clef au sujet duquel l'Institut pourrait utilement faire valoir ses vues.

Traités constitutifs d'une organisation internationale et traités rédigés au sein d'une organisation internationale

29. Aux termes de l'article 4, l'application des articles aux traités qui sont les actes constitutifs d'une organisation internationale ou qui sont adoptés au sein d'une organisation internationale est subordonnée à toute règle pertinente de l'organisation. Adoptée sous cette forme à la seconde lecture, cette disposition a généralisé une disposition qui n'avait été acceptée

à l'origine qu'en relation avec la terminaison, en tant qu'article 48 du projet de 1963 [62]. C'est sous une forme différente que ce concept était apparu dans Waldock II, bien que ce dernier présentât évidemment des propositions relatives à ce type de traités en traitant des différents motifs de terminaison. Le sentiment général qui s'était alors dégagé (faisant écho au sentiment qui s'était manifesté auparavant au sein de la Onzième Commission elle-même) était qu'il ne serait guère souhaitable, dans un énoncé général du droit des traités, d'empiéter sur le droit interne des organisations internationales, surtout dans une matière aussi délicate que celle du retrait d'un membre. C'est pourquoi le Rapporteur spécial avait proposé d'inclure une règle générale qui se limiterait aux seules règles de fond relatives à la terminaison et en vertu de laquelle, lorsqu'un

---

[62] *Histoire du texte*: *Introduit* par le Comité de rédaction en tant qu'article 2 *(bis)* à la 718e séance (§§ 89-94). Adopté en tant qu'article 48 à la 720e séance (§ 68). Titre amendé à la 721e séance (§ 35). Commentaire (L. 102/Add. 9) adopté à la 721e séance (§§ 35-36). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 37); Venezuela (790e séance, § 21). *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique; Israël; Luxembourg; Pays-Bas (Add. 1); Portugal; Suède (Add. 2). D'autres observations se trouvent *passim* dans les *Observations des gouvernements* sur la Partie III (A/CN. 4/182 et Add. 1-3), surtout en relation avec la phrase « règles établies dans l'organisation » qui figure dans différents articles du projet de cette Partie. Pour un nouvel examen de cette phrase en particulier, voir Waldock VI, observations sur les articles 65, 66 et 72 (Add. 4 et 7). *Examiné à nouveau* dans Waldock IV, article 3 *(bis)* et proposition de le généraliser. Discuté à la 780e séance (§§ 17-26). Texte du Comité de rédaction introduit à la 820e séance. Texte revisé avec la revision générale de la phrase « règles établies dans l'organisation », introduit à la 887e séance (§§ 78-95). Adopté en tant qu'article 4 à la 892e séance (§ 75). Commentaire (L. 116/Add. 10) adopté à la 894e séance (§ 50). En 1963, l'article 48 avait été adopté par 15 voix contre zéro, avec une abstention. En 1965, l'article 3 *(bis)* avait été adopté par 16 voix contre zéro.

traité est l'acte constitutif d'une organisation internationale [63] ou qu'il a été établi dans le cadre d'une organisation internationale, l'application des règles de fond sur la terminaison devrait être subordonnée aux règles établies dans l'organisation intéressée. Introduisant le texte proposé par le Comité de rédaction, Sir Humphrey expliqua qu'il avait été convenu que les traités conclus au cours de conférences tenues sous les auspices, mais non dans le cadre, des organisations internationales rentreraient dans le champ d'application des règles générales [sur la terminaison] que la Commission était en train de rédiger, mais que les traités rédigés au sein d'organisations internationales, tels que la Convention sur le génocide, tomberaient sous le coup du nouvel article proposé [64]. En 1965, cette disposition fut généralisée principalement en vue de faciliter la rédaction finale, et les revisions dont elle fut l'objet en 1966 ont pour effet

[63] Sur la question des actes constitutifs, voir Rosenne, « Is the Constitution of an International Organization an International Treaty? », *Comunicazioni e Studi*, XII (1966), p. 21. Cet article a été écrit avant que le texte de l'article 4 ne fût définitivement établi.

[64] Voir discussion à la 718e séance, en particulier le § 90 et l'article 48, commentaire, (§ 3), tel qu'il a été adopté en 1963. Toutefois, en 1966, le Rapporteur spécial a apparemment interprété de manière différente l'article tel qu'il avait été adopté en 1963 et la façon dont il avait été généralisé en 1965. Voir Waldock VI, Add. 4, observations sur l'article 65, § 3. Il y émit l'opinion que la Commission, en 1963, avait entendu traiter sur un pied d'égalité les traités conclus sous les auspices, de même que ceux conclus dans le cadre, d'une organisation internationale, et que l'effet de la généralisation était de limiter le jeu de la réserve aux seuls traités conclus dans le cadre d'une organisation (en dehors des instruments constitutifs). Mais cette distinction ne ressort pas très clairement de la comparaison entre l'article 48, tel qu'il fut adopté en 1963, avec l'article 3 *(bis)* adopté en 1965. Toutefois le texte final de l'article 4, en se référant à l'adoption d'un traité au sein d'une organisation internationale, clarifie probablement ce point et limite considérablement la portée générale de la réserve établie à l'article 4. L'adoption du texte d'un traité est reconnue comme une phase distincte dans la procédure de conclusion des traités à l'article 8.

de limiter considérablement la portée de cette réserve. En principe, l'ensemble des dispositions générales du droit des traités sont censées s'appliquer aux deux types de traités mentionnés à l'article 4, sauf lorsque l'organisation possède des règles particulières régissant un domaine donné.

30. Tout en laissant de côté la question du retrait d'instruments constitutifs d'organisations internationales, c'est-à-dire du retrait de l'organisation elle-même — question qui donne lieu à des considérations nettement différentes et très particulières, et où il est loisible de penser que les facteurs politiques prédominent — on peut se pencher sur de récents exemples de retrait des Nations Unies et d'autres organisations internationales qui ont, tant en ce qui concerne les traités adoptés au sein de l'Organisation que ceux conclus sous ses auspices, mis ce problème en évidence [65]. Il paraît opportun de réaffirmer que

---

[65] En fait, le problème n'est pas nouveau. Il s'est par exemple posé au Bureau international du travail à partir de 1933, d'abord avec le retrait de l'Allemagne de la Société des Nations et du Bureau international du travail et plus tard avec le retrait d'autres pays. Sur le retrait de l'Allemagne, voir O.I.T., *Bulletin Officiel*, 18 (1933), p. 410; le débat à la Session extraordinaire du Conseil d'administration, le 23 octobre 1935, *Procès-verbaux*, pp. 110-113 et 123-124; et le débat à la cinquième séance (privée) de la 82e Session du Conseil d'administration, le 5 février 1938. A sa 86e Session (19 février 1939), le Conseil d'administration a pris note d'un Rapport du Bureau du Conseil d'administration sur les obligations des Etats qui se retirent de l'Organisation à l'égard des conventions ratifiées par eux. *Procès-verbaux* des cinquième et sixième Séances (privées), pp. 20, 23. Le Bureau avait recommandé une solution pragmatique à un problème concret, qui doit être apprécié à la lumière de la situation internationale en voie de désintégration, telle qu'elle se présentait à la veille de la deuxième guerre mondiale. D'autres exemples sont fournis par les retraits de nombreux pays d'Amérique du Sud au cours de la même période. Dans ces cas, toutefois, on ne se heurta pas aux mêmes difficultés, car, pour la plupart, les pays intéressés indiquèrent qu'ils entendaient adopter une attitude positive à l'égard des conventions internationales du travail auxquelles ils étaient liés

ces traités entrent en principe dans le champ d'application du droit général des traités. Ainsi, lors du retrait de l'Indonésie du sein des Nations Unies en 1965, le gouvernement italien introduisit le paragraphe suivant dans une note verbale du 13 mai 1965 adressée au Secrétaire général:

> « ... [Une] question particulièrement importante dans le cas du retrait d'un Etat Membre concerne les obligations assumées en vertu de conventions multilatérales adoptées dans le cadre des Nations Unies et auxquelles l'Etat en question a adhéré en sa qualité de Membre de l'Organisation. On doit à la vérité présumer que ces obligations subsistent, que cet Etat continue ou non de faire partie de l'Organisation. L'adhésion aux conventions précitées est en fait réalisée par un acte précis de volonté accompli à chaque occasion sous la forme stipulée par le droit international. On ne peut donc admettre que le retrait de l'Organisation mette en soi fin aux obligations assumées en vertu d'un accord international régulier. Si un Etat ne souhaite pas continuer de remplir ces obligations après son retrait de l'Organisation, il doit indiquer clairement son intention sous la forme stipulée par la convention elle-même. » [66]

---

et ils continuèrent effectivement à exécuter les obligations qui en découlaient, y compris leurs obligations de présenter des rapports officiels. *Cf. Procès-verbaux* de la 85e Session du Conseil d'administration (octobre 1938), pp. 43-44, 147. La question fut encore précisée lors de la revision de la Constitution après la deuxième guerre mondiale. Information fournie par le Secrétariat de l'O.I.T. en juillet 1966.

[66] Voir doc. O.N.U. A/5914 ou S/6356. Il est cependant à noter que la participation à la plupart des conventions conclues dans le cadre ou sous les auspices des Nations Unies est ouverte non seulement aux membres des Nations Unies (au moment de l'élaboration de ces conventions et subséquemment), mais encore aux membres des Institutions spécialisées et aux Etats parties au Statut de la Cour internationale de Justice. Même si cette qualité est la condition essentielle pour devenir non seulement une partie à ces conventions, mais aussi pour le demeurer (question déterminée probablement dans chaque cas par la clause de participation de la convention considérée en liaison, si nécessaire, avec l'instrument constitutif de l'organisation internationale en question), il est peu probable que le simple fait de se retirer des Nations Unies soit susceptible de porter atteinte en lui-même à

Bien qu'il y ait eu plusieurs cas de retrait de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture et de l'Unesco [67], il ne semble pas que des questions aient été soulevées quant à l'effet de ce retrait sur les conventions multilatérales conclues au sein ou sous les auspices de ces organisations.

31. Il se peut, toutefois, que la situation soit différente dans les cas de retrait de l'Organisation internationale du travail. Le 11 mars 1964, l'Organisation internationale du travail recevait une notification annonçant le retrait de l'Afrique du Sud. Elle comprenait le passage suivant:

« L'Afrique du Sud, en décidant de se retirer de l'Organisation, s'estime fondée à agir sur la même base unilatérale que celle qu'a adoptée l'Organisation dans ses tentatives de porter atteinte ou de mettre fin à la qualité de Membre de l'Afrique du Sud. Etant donné que les droits fondamentaux de Membre ont été déniés à l'Afrique du Sud, le gouvernement sud-africain, en conséquence, ne s'estime pas lié par les dispositions de la

---

cette qualité en ce qui concerne *ces* conventions, et cela tant que le membre qui se retire demeure membre ne serait-ce que d'une seule Institution spécialisée. Le retrait de l'Indonésie des Nations Unies ne s'était pas accompagné de son retrait de toutes les Institutions spécialisées.

[67] En ce qui concerne l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, l'Indonésie notifia son retrait le 12 février 1965, retrait qui, en vertu de l'article XIX de la Constitution, ne prit effet qu'une année plus tard. Cette notification ne faisait aucune référence à l'effet de ce retrait sur les conventions conclues dans le cadre ou sous les auspices de l'Organisation et auxquelles l'Indonésie aurait pu être partie. Information fournie par le Secrétariat de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture le 4 mai 1966. Quant à l'Unesco, l'Indonésie notifia son retrait le 15 février 1965, et celui-ci, conformément à l'article II, § 6, de la Constitution de cette organisation, ne devait devenir effectif qu'au 31 décembre 1966. Voir Unesco doc. 70 EX/28, 5 avril 1965. L'Indonésie, toutefois, n'était partie à aucune des conventions multilatérales et autres accords conclus dans le cadre de l'Unesco et adoptées soit par la Conférence générale de cette organisation soit par des conférences diplomatiques réunies à cet effet. Information fournie par le Secrétariat de l'Unesco le 29 avril 1966.

Constitution aux termes desquelles un préavis de deux ans doit être donné à l'Organisation en cas de cessation de la qualité de Membre et à compter de la date de notification au Directeur général du retrait de l'Afrique du Sud, toutes obligations envers l'Organisation seront considérées comme ayant pris fin ... »

Dans sa réponse du 19 mars 1964, le Directeur général rappela la disposition de l'article 1, paragraphe 5, de la Constitution, en vertu de laquelle, notamment, le retrait d'un membre n'affectera pas la validité de toute convention internationale du travail que ce membre aura ratifiée, pour la période prévue par la convention [68]. L'Indonésie et l'Albanie se sont aussi retirées de l'Organisation, et quoique leur notification ne contînt aucune référence expresse aux conventions internationales du travail, le Directeur général, dans chacun de ces deux cas, attira également l'attention sur la disposition de la Constitution mentionnée ci-dessus [69].

La question a pris de l'importance s'agissant des obligations de fournir des rapports, qui figurent dans la Constitution de l'Organisation internationale du travail, et de la compétence de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations. Dans son Rapport à la 48e Session de la Conférence internationale du travail (1964), cette Commission s'est référée à la situation de l'Afrique du Sud. Ayant rappelé les termes de l'article 1, paragraphe 5, de la Constitution et la réponse du Directeur général, elle déclara que « la Commission a examiné de la manière habituelle les rapports de la République sud-africaine qui lui étaient actuellement soumis » [70]. En 1965,

[68] Le texte de cette correspondance figure dans le doc. O.I.T. G.B. 159/24/5, 11-13 juin 1964. Il sera publié en temps voulu dans le *Bulletin officiel* de l'O.I.T. Information fournie en mai 1966 par le Secrétariat de l'O.I.T.

[69] Voir O.I.T. docs G. B. 162/18/10, mai-juin 1965, §§ 20-21 (Indonésie) et G. B. 163/20/1, 16-19 novembre 1965, (Albanie).

[70] Conférence internationale du travail, Quarante-huitième Session, Rapport III [Partie IV], p. 30.

la Commission nota avec regret qu'un rapport que devait fournir l'Afrique du Sud n'avait pas été reçu et « espère qu'à l'avenir le gouvernement ne manquera pas de remplir l'obligation de fournir les rapports » [71]. En 1966, la Commission fit à nouveau allusion à la question des rapports à fournir, et en termes plus énergiques cette fois-ci. Elle nota avec regret que, de même qu'en 1965, le gouvernement n'avait envoyé aucun des rapports qu'il devait fournir sur l'application des conventions ratifiées par l'Afrique du Sud. Rappelant la correspondance de 1964, elle poursuivit:

> « La Commission attire donc l'attention du gouvernement sur l'obligation qu'il a de fournir des rapports dus sur l'application des conventions ratifiées par la République sud-africaine [suivait ici une liste de sept conventions] et sur les observations qu'elle présente dans le présent rapport au sujet de l'application de certaines [deux] de ces conventions. » [72]

Dans ses commentaires de fond sur l'une de ces conventions, la Commission déclara qu'étant donné que le gouvernement n'avait fourni aucun rapport pour la période 1963-1965, la Commission ne possédait aucune information sur les mesures qui auraient pu être prises en vue de mettre la législation nationale en pleine harmonie avec la convention. Elle exprima en outre l'espoir que certains amendements, qui étaient à l'étude lorsque le dernier rapport avait été communiqué en 1963, avaient été adoptés [73]. Quant à l'autre convention, la Commission constata « avec regret que le rapport 1963-1965 n'est pas parvenu ». Elle répéta par conséquent une observation faite en premier lieu dans son rapport de 1964 qui, d'une part, notait avec intérêt que l'on envisageait de modifier la législation

[71] Conférence internationale du travail, Quarante-neuvième Session, Rapport III, [Partie IV], p. 25.

[72] Conférence internationale du travail, Cinquantième Session, Rapport III, [Partie IV], p. 27.

[73] *Loc. cit.*, p. 27.

nationale et espérait que l'amendement serait adopté très prochainement et qui, d'autre part, prenait note avec regret de la déclaration antérieure du gouvernement selon laquelle il n'envisageait pas de mettre une certaine autre législation en conformité avec les dispositions de la convention. La Commission « ne peut que prier instamment le gouvernement de faire en sorte que les divergences existant entre la législation et . . . la convention soient éliminées sans plus tarder. » [74]

En ce qui concerne l'Albanie et l'Indonésie, la Commission « note avec regret » dans chacun de ces deux cas que les rapports dus n'avaient pas été reçus et espère qu'à l'avenir les gouvernements en question ne manqueront pas de remplir leur obligation de fournir des rapports sur l'application des conventions ratifiées [75]: c'est là, d'ailleurs, une formule qui est employée habituellement pour tout Etat Membre qui manque à son obligation de soumettre des rapports. Dans l'examen de six des conventions, la Commission fit un certain nombre de commentaires en ce qui concerne l'Albanie, commentaires qui, dans l'ensemble, rappelaient l'absence de certains rapports que ce pays aurait dû fournir, et qui, en conséquence, reprenaient certaines des observations critiques faites auparavant et manifestaient l'espoir que les mesures nécessaires seraient prises sans plus de délai [76]. Dans la section du rapport relative à la soumission aux autorités compétentes des conventions et recommandations adoptées par la Conférence internationale du travail, conformément à l'article 19 de la Constitution de l'Organisation, la Commission nota avec regret que le Gouvernement albanais n'avait pas fourni d'informations à la suite de certaines observations critiques faites en 1964 et 1965. La Commission « se voit

[74] *Loc. cit.*, p. 158.

[75] *Loc. cit.*, pp. 23-24.

[76] *Loc. cit.*, pp. 36, 59-60, 82, 92, 93, 104.

une fois de plus obligée de se référer à ses commentaires précédents relatifs à la nature de l'autorité compétente » à laquelle devraient être soumis les instruments et fournies les informations [77]. De telles observations n'ont pas été faites en ce qui concerne l'Indonésie et l'Afrique du Sud.

On remarquera que les observations critiques faites par cette Commission (qui, il convient de le mentionner, a toujours compté parmi ses membres plusieurs confrères de notre Institut) portent tout autant sur les obligations découlant, pour les pays qui se retirent de l'Organisation, de la Constitution de l'Organisation internationale du travail elle-même que sur les obligations leur incombant en vertu des différentes conventions du travail qu'ils ont ratifiées. Dans l'optique de la Commission, l'obligation d'envoyer des rapports sur les conventions ratifiées, telle qu'elle découle de la Constitution de l'Organisation, est d'un « caractère fondamental » [78]. Toutefois, il ne faudrait pas en déduire que le fait de négliger de soumettre les rapports usuels, même si cela représente une violation de la Constitution (un point sur lequel nous ne sommes pas appelés à nous prononcer ici) équivaut en lui-même à un manquement à l'obligation d'appliquer les dispositions de fond des conventions individuelles du travail (sauf lorsque cela est stipulé indépendamment de la non-soumission d'un rapport donné, comme cela est le cas dans beaucoup de ces conventions individuelles). Il n'en reste pas moins que ce manquement à l'obligation de fournir des rapports concerne le cœur même du système compliqué qui préside à la conclusion de ces conventions et au contrôle de leur application.

Il est probablement prématuré de tirer des conclusions générales sur la base de cette expérience de l'Organisation inter-

[77] *Loc. cit.*, p. 171.

[78] Voir, par exemple, le rapport de 1966 (déjà cité). p. 9.

nationale du travail, d'autant plus que les trois retraits en question ne constituèrent pas des actions isolées, mais intervinrent dans un contexte politique complexe. Toutefois, nous avons jugé bon de présenter ces cas de façon assez détaillée afin d'illustrer par des exemples pratiques le type de problème que quelques membres de la Commission du droit international avaient en vue lorsqu'elle décida d'inclure l'article 4 dans le projet [79].

32. D'autre part, il y a des traités multilatéraux dans lesquels, en vertu de la clause de participation, le retrait de la participation à l'organisation dans le cadre ou sous les auspices de laquelle le traité a été établi a pour conséquence automatique de faire cesser la participation de cet Etat au traité. C'est ainsi, par exemple, que certaines des conventions conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe prévoient que « tout Etat qui cesserait d'être Membre du Conseil cesserait en même temps d'être Partie à la Convention » [80]. Cette éventualité, qui résulte directement des termes du traité lui-même, n'entre pas dans le

---

[79] Il est intéressant de noter que le retrait de l'Indonésie de l'Unesco a influé directement sur certains accords bilatéraux conclus entre l'Indonésie et l'Unesco. Ces accords avaient trait au fonctionnement de l'Unesco en Indonésie et, comme conséquence de ce retrait, des arrangements d'ordre pratique furent établis en vue de la liquidation des activités de l'Unesco en Indonésie — sans d'ailleurs que la question du maintien de la validité de ces accords ne soit soulevée. Voir doc. 70 EX/28 cité ci-dessus à la note 67.

[80] Droit des traités, Pratique du Conseil de l'Europe en matière de traités inter-étatiques. Document d'information établi, à la demande de la Commission du droit international, par M. H. Golsong, Directeur des Affaires juridiques du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2 mai 1966, p. 8 (dactylographié). Ce sont notamment la Convention sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles additionnels, la Convention européenne d'établissement, la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends et la Convention européenne sur l'établissement des sociétés.

champ d'application de l'article 4, mais est couverte par l'article 51.

33. Au paragraphe 5 de l'*exposé préliminaire*, relatif au texte de l'article 3 *(bis)* tel qu'il a été adopté en 1965, nous relevions que la Commission du droit international n'avait peut-être pas tout à fait défini la situation des traités conclus sous les auspices d'une organisation internationale, situation qui n'est peut-être pas la même que celle des actes constitutifs de ces organisations elles-mêmes. Nous suggérions que si, d'une part, il pouvait paraître préférable, dans la phase actuelle du travail de la Onzième Commission, de réserver la question des traités qui sont les actes constitutifs d'organisations internationales, on devrait, d'autre part, inclure le problème général des traités conclus sous les auspices ou dans le cadre d'organisations internationales dans le programme de travail de la Commission. Dès lors, la question n° 3 du questionnaire annexé à l'*exposé préliminaire* fut limitée aux traités établissant une organisation internationale, traités dont l'exclusion semble implicitement admise, aussi bien dans les décisions de Salzbourg que dans la déclaration faite par le précédent rapporteur à Bruxelles [81]. Les observations du présent rapporteur sur la base des réponses reçues figurent au paragraphe 69 ci-dessous.

Suspension de l'application d'un traité

34. Au paragraphe 6 de l'*exposé préliminaire*, nous avons indiqué qu'au cours de son travail, la Commission du droit international « a affiné son attitude vis-à-vis de la suspension de l'application d'un traité, qui dans beaucoup de cas apparaît maintenant comme solution de rechange à la terminaison d'un

[81] *Annuaire de l'institut*, vol. 50, 1963, t. II, p. 275.

traité et, en cas de violation d'un traité multilatéral, comme la première réaction des autres parties ». Ceci exige maintenant un examen plus approfondi.

De manière générale, on peut dire que la question de la suspension de l'application d'un traité est une des parties les plus obscures du droit des traités, tout au moins dans la littérature (quoiqu'elle soit peut-être plus développée dans la pratique des Etats qu'on ne le suppose parfois). En 1961, c'est-à-dire assez récemment, une des plus grandes autorités en matière de droit des traités écrivait, à propos de la pratique consistant à suspendre l'application d'une disposition d'un traité à titre de représaille à la suite de sa violation, que le statut juridique de cette suspension n'était pas clair [82]. Les progrès réalisés ont trait principalement à la question de terminologie, aux règles de fond susceptibles de conduire à la suspension de l'application d'un traité en tant qu'alternative facultative ou obligatoire à sa terminaison, et aux conséquences de la suspension de l'application d'un traité.

35. Jusqu'en 1963, il y avait, sur la question de la terminologie, une certaine confusion de langage, caractéristique en elle-même d'un certain manque de clarté dans la pensée juridique, entre suspension d'un traité et suspension de l'application d'un traité (ou, dans les deux cas, entre suspension d'une ou de plusieurs des dispositions du traité). Dans Waldock II, article 18, paragraphe 5, une proposition avait été formulée en ce qui

[82] McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 573. L'Institut, dans son Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités (Christiana, 1912) admit la « suspension » en termes généraux, sans toutefois définir le contenu juridique de la notion. Pour la citation, voir note 27 ci-dessus. Néanmoins, il ressort clairement du *Rapport préliminaire* de M. Politis que le caractère temporaire de la suspension en était le fondement même, puisqu'il parle de « l'abandon *provisoire* [c'est nous qui soulignons] de la légalité ordinaire ». *Annuaire de l'institut*, vol., 23 (1910), à la p. 259.

concerne la suspension d'un traité par voie d'accord subséquent, en expliquant au paragraphe (9) du commentaire qu'une telle suspension entrerait en ligne de compte « si les motifs qui font que les parties souhaitent se dégager des obligations que leur impose un traité ont un caractère temporaire ». Il est intéressant de noter que l'accent mis sur la cause de ce type de suspension a été éliminé au paragraphe (5) du commentaire de l'article 40 tel qu'il fut adopté en 1963. Il fut néanmoins réintégré au paragraphe (1) du commentaire de l'article 54 tel qu'il a été adopté en 1964. En 1963, cependant, la Commission du droit international parvint à la conclusion — qui se trouve bien entendu en relation étroite avec le caractère temporaire inhérent à la « suspension » et ses conséquences et qui l'exprime — que la terminologie appropriée, tout au moins dans le cadre d'un exposé général du droit des traités, devrait être « suspension de l'application d'un traité », et c'est là l'expression utilisée de façon constante depuis lors [83]. Cet usage constitue l'un des

[83] Sur l'adoption de cette terminologie, voir 715e séance, § 91; 831e séance, § 33; et 832e séance, §§7, 10. On rencontre en général le même usage chez les auteurs du *Harvard Research Draft on the Law of Treaties*, notamment aux articles 25, 27, 28, 29, 31, 32, encore que l'article 35 parle de la suspension du traité. L'expression « suspension d'un accord » est employée également par l'*American Law Institute* dans son *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 1965, §§ 155-6, 162 et 163, bien que le § 158 utilise l'expression plus complète « suspendre l'exécution de ses [la partie lésée] obligations » en cas de violation de l'accord. On trouve parfois une distinction entre « suspension de l'application d'un traité » et « suspension de l'effet d'un traité ». Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de Droit international public*, tome I, p. 336. La Commission du droit international n'a pas abordé cette distinction subtile, qui est néanmoins peut-être valable dans les cas de suspension temporaire de l'application d'un traité devant une situation de force majeure.

Il est à noter que l'article 59, comme cela se doit, n'autorise pas la suspension de l'application d'un traité en cas de changement fondamental de circonstances. A la 861e séance, on a suggéré qu'en tant qu'alternative à la

facteurs qui soulignent le caractère essentiellement temporaire de la suspension de l'application d'un traité et des relations juridiques qui en résultent, relations qui cessent dès que prend fin le motif pour lequel l'application du traité a été suspendue.

L'article 54, qui traite de la suspension de l'application d'un traité par consentement de *toutes* les parties, ne mentionne pas spécifiquement le caractère temporaire de la suspension, car ce serait manifestement superflu. En revanche, référence expresse y est faite, aussi bien dans le titre que dans le texte de l'article 55, qui a trait à la suspension *inter se* de l'application d'un traité entre certaines parties seulement, et non par consentement de toutes les parties. Le commentaire de ces deux articles se réfère également au caractère temporaire de la suspension.

36. En ce qui concerne les règles de fond, Waldock II ne s'était référé à la suspension qu'en liaison avec la terminaison d'un traité par voie d'accord subséquent (article 18), la terminaison implicite d'un traité du fait de la conclusion d'un traité subséquent (article 19), la violation (article 20), la survenance d'une situation rendant impossible ou illicite l'exécution (article 21), les articles sur la procédure (articles 23, 24 et 25) et la divisibilité (article 26), et il n'avait présenté aucune proposition relative aux conséquences de la suspension. En 1963, la Commission étendit quelque peu la matière en introduisant des références appropriées à la suspension aux articles 30 (basé sur Waldock II, article 2), 40 (Waldock II, article 18), 41 (Waldock II, article 19), 42 (Waldock II, article 20), 43 (Waldock II, article 21), 46 (Waldock II, article 26), ainsi qu'aux articles 49, 50 et 51 (Waldock II, articles 23, 24 et 25), et qui plus

procédure formelle de l'article 62, une disposition devrait être introduite autorisant *toutes* les parties à un traité multilatéral à consentir à la suspension temporaire de son application par une partie, surtout dans les cas d'une impossibilité temporaire d'exécution ou de changement temporaire de circonstances. Cela fut adopté par la Commission à l'article 54.

est, en incluant un nouvel article 54 relatif aux conséquences juridiques de la suspension [84]. Lors de la seconde lecture des articles de la Partie II (janvier 1966), de nouvelles dispositions furent, en plus de ces références à la suspension, introduites dans les articles qui portaient alors les nos 30 *(bis)* et 47 (maintenant articles 40 et 42), étendant ainsi la portée du concept d'*estoppel* ou « forclusion » aux motifs invoqués pour suspendre l'application d'un traité. D'autre part, il faut noter que la question de la suspension a été omise à l'article 53 (voir paragraphe 50 ci-dessous) et, comme on l'a déjà dit, à l'article 59.

Alors que, en ce qui concerne l'article 54, antérieurement article 40, la suspension de l'application d'un traité par consentement de toutes les parties n'avait donné lieu à aucune difficulté, la question fut soulevée de savoir si la suspension *inter se* de l'application d'un traité multilatéral entre certaines parties seulement pouvait être envisagée, et dans l'affirmative, sous quelles conditions [85]. Le Rapporteur spécial proposa alors au Comité de rédaction de reconnaître la possibilité d'une telle suspension *inter se* de l'application d'un traité sous les mêmes conditions que celles adoptées antérieurement pour la modification *inter se* d'un traité multilatéral (article 67 de la Partie III telle qu'elle fut adoptée en 1964, maintenant article 37). La Commission, cependant, ne parut pas disposée à prendre une décision sans plus ample réflexion sur cette nouvelle suggestion proposée par le Comité de rédaction, et la décision fut ajournée (841e séance, paragraphe 57).

[84] En 1964, la Commission introduisit une nouvelle disposition relative à la suspension (mais non en tant qu'alternative à la terminaison) en cas de rupture des relations diplomatiques, et cela à l'article 64 (sur la base de Waldock III, article 65A), mais en 1966 toute référence à la suspension de l'application d'un traité dans ces circonstances fut supprimée, en admettant qu'une telle suspension devait être implicite dans certaines circonstances. Voir article 60.

[85] M. Ago, 829e séance, § 84 et réponse du Rapporteur spécial au § 92.

37. A la suite d'un débat plus approfondi à la 861e séance, le Comité de rédaction recommanda une nouvelle approche, qui fut adoptée par la Commission à sa 876e séance. Désormais on distinguait soigneusement entre, d'une part, le consentement de toutes les parties à la suspension de l'application d'un traité au regard de toutes les parties ou d'une partie déterminée — que ce consentement soit exprimé à l'avance dans le traité lui-même ou ailleurs (article 54) — et, d'autre part, uniquement en cas de silence du traité sur ce point, la suspension temporaire *inter se* de l'application d'un traité multilatéral entre certaines de ses parties mais sous certaines conditions (article 55). Ces conditions sont modelées sur celles énoncées à l'article 37 en ce qui concerne la modification *inter se* d'un traité multilatéral, sans être pour autant identiques à ces dernières. L'article 37 [86] stipule:

---

[86] *Histoire du texte*: *Introduit* dans Waldock III aux articles 67, 68 et 69. Discuté aux 744e, 745e (§§ 12-73), 746e et 747e (§§ 1-49) séances. Texte revisé (portant le numéro 69) présenté par le Rapporteur spécial à la 752e séance (§ 56) et discuté aux 753e (§§ 78-84) et 754e (§§ 1-88) séances. Texte du Comité de rédaction introduit à la 764e séance (§§ 73-117). Commentaire (L.106/Add. 10) adopté à la 773e séance (§ 39). Figurant en tant qu'article 67 dans le *Rapport* de 1964. *Observations au sein de la Sixième Commission (1965)*: Argentine (846e séance, § 9); Etats-Unis d'Amérique (842e séance, § 38); Kenya (850e séance, § 38). Et voir le Rapport de la Sixième Commission (doc. A/6090), § 49, dans les *Documents officiels* de la vingtième session de l'Assemblée générale, Annexes, point 87 de l'ordre du jour. *Observations des Gouvernements* (A/CN.4/182 et Add. 1-3): Etats-Unis d'Amérique; Finlande; Israël; Pakistan; Pays-Bas (Add. 2/Rev. 1); Yougoslavie (Add. 3). Examiné à nouveau dans Waldock VI, Add. 4. Discuté à la 860e séance (§§ 33-93). Texte du Comité de rédaction introduit aux 875e (§§ 79-101) et 876e (§§ 1-10) séances. Adopté en tant qu'article 37 à la 893e séance, une fois le texte encore revisé (§§ 54-55). Commentaire (L.116/Add. 8) adopté à la 894e séance (§ 11). En 1964, l'article 67 avait été adopté par 16 voix contre une, avec une abstention, et en 1966, il le fut par 12 voix contre une, avec une abstention.

Article 37

Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement

1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations seulement:

a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou

b) Si la modification en question

(i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité, ni à l'accomplissement de leurs obligations;

(ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble;

(iii) N'est pas interdite par le traité.

2. A moins que, dans le cas prévu à l'alinéa *a)* du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications envisagées.

Contrairement à l'article 37, qui s'applique que le traité comporte ou non des dispositions en la matière, l'article 55, lui, ne s'applique qu'en cas de silence du traité, la première hypothèse étant couverte, comme nous l'avons dit, par l'article 54. La suspension *inter se* est soumise aux deux conditions suivantes:

a) que la suspension ne porte pas atteinte à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'accomplissement de leurs obligations; et *b)* que la suspension

ne soit pas incompatible avec la réalisation effective entre les parties dans leur ensemble (c'est-à-dire toutes les parties restantes prises dans leur ensemble) de l'objet et du but du traité. Si la condition *a)* est identique à celle prévue à l'article 37, paragraphe 1 *b)* (i), relatif à la modification *inter se*, en revanche la condition *b)* diffère de celle du paragraphe 1 *b)* (ii) de l'article 37 et cela en vue de tenir compte de l'objection selon laquelle, de par la nature même des choses, la suspension *inter se*, bien que son caractère temporaire soit clairement souligné à l'article 55, doit être considérée comme constituant une dérogation au traité incompatible avec la réalisation effective de l'objet et du but de ce traité. C'est pour parer à cette objection que les mots « entre les parties prises dans leur ensemble » ont été introduits dans l'article 55, et l'application de cet article peut se placer dans le cadre des dispositions sur la procédure [87].

Il existe peut-être une autre différence entre les deux articles. Alors que l'article 37 porte que notification doit être donnée aux autres parties de l'intention de conclure une modification *inter se*, à moins que, dans le cas où la possibilité de telles modifications est prévue par le traité, ce dernier n'en dispose autrement, aucune disposition de cet ordre n'apparaît dans l'article 55. D'autre part, l'article 62 stipule de façon générale qu'un motif de suspension doit être notifié à toutes les autres parties. Etant donné que l'article 55 utilise l'expression « conclure un accord », il a probablement en vue un accord formel qui devrait être enregistré conformément à l'article 75 du projet d'articles et à l'Article 102 de la Charte (indépendamment de la promulgation conformément aux différentes pratiques étatiques), et qui, de cette façon, serait porté à la connaissance des autres Etats contractants. On voit mal néanmoins pourquoi la notification,

---

[87] Cela prête à équivoque. Voir la discussion à la 890e séance, §§ 76-94 au sujet du § (2) du Commentaire relatif à l'article 55.

considérée comme une garantie essentielle dans le cas de la modification *inter se*, ne résulterait dans le cas de la suspension *inter se* qu'implicitement de l'article 62.

Au cours des discussions, on s'est demandé avec une grande inquiétude — particulièrement M. Jiménez de Aréchaga — si l'introduction de ce concept de suspension n'avait pas eu pour effet d'ouvrir la porte à ce que la Commission aurait désiré éviter en traitant de la terminaison, à savoir l'introduction d'une forme déguisée de terminaison par le biais du concept de suspension, et en particulier de la suspension *inter se* [88]. Dans sa majorité, la Commission s'est montrée disposée à se ranger aux vues du Rapporteur spécial pour qui, en dépit de cette innovation, la stabilité fondamentale des traités était convenablement préservée par les dispositions de l'article 55 considérées dans le contexte général des articles sur la terminaison [89].

38. Il semble souhaitable, à ce stade, de présenter à titre de modèle le tableau général de la suspension ainsi que la situation respective de la suspension et de la terminaison, telle qu'elle résulte du projet d'articles de la Commission du droit international.

Motif	*Situation respective de la terminaison et de la suspension*	*Article*
Validité et maintien en vigueur	Identique	39 (2)
Consentement de toutes les parties	Identique	51, 54
Inter se	Suspension seulement	55

[88] *Cf.* 848e séance, §§ 43, 58, 78; 865e séance, §§ 90-92. *Cf.* aussi la discussion sur l'article 40 aux 841e et 861e séances. C'est pour ce motif que M. Jiménez de Aréchaga s'est opposé à l'article 55 (portant alors le numéro *(40 bis)*) à la 876e séance.

[89] Signalons que la Commission a refusé d'étendre la portée de l'article 5[illegible] de telle sorte qu'il eût également couvert l'éventualité de la suspension.

Motif	*Situation respective de la terminaison et de la suspension*	*Article*
Maintien des obligations en vertu d'autres règles du droit international	Identique	40
Conclusion d'un traité subséquent	Identique (et découlant de l'intention des parties)	56
Violation d'un traité bilatéral	La terminaison vient en priorité	57 (1)
Violation d'un traité multilatéral		
a) Accord commun de toutes les parties	La suspension vient en priorité	57 (2) *a)*
b) Une partie spécialement atteinte	Suspension seulement	57 (2) *b)*
c) Modification de la nature de l'obligation	Suspension seulement	57 (2) *c)*
Impossibilité permanente d'exécution	Terminaison seulement	58
Impossibilité temporaire d'exécution	Suspension seulement	58
Changement fondamental de circonstances	Terminaison seulement	59
Jus cogens superveniens	Terminaison seulement	61
Application de traités successifs	Identique	26

Les dispositions générales des articles 41 et 42 et celles sur la procédure des articles 62, 63 et 64 s'appliquent tant aux motifs de suspension qu'à ceux de terminaison.

39. Quant aux conséquences d'une suspension, conforme au droit, de l'application d'un traité, le trait fondamental en est que cette suspension doit être nécessairement entendue comme une situation temporaire, libérant les parties, entre lesquelles l'application du traité est suspendue, de l'obligation d'exécuter

le traité, sans pour autant affecter les relations juridiques établies entre elles par ce traité. Ce caractère temporaire se trouve souligné par l'emploi même du terme « temporaire » à l'article 55, relatif à la suspension *inter se*, et découle en termes implicites des motifs de fond susceptibles d'être invoqués en vertu des articles 56 et 58. Il semble d'ailleurs que la nature et la durée de la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation (article 57) est probablement d'un caractère différent [90] et que l'obscurité qui existe à cet égard, et sur laquelle Lord McNair a attiré l'attention, ne serait pas encore dissipée.

Dans tous les cas de suspension, les parties sont, pendant cette période, dans l'obligation de s'abstenir de tous actes tendant à rendre impossible la reprise de l'application du traité [91]. L'inclusion, dans l'article 40, d'une référence à la suspension, est un argument supplémentaire, puisqu'il en résulte que la suspension de l'application d'un traité, de même que sa nullité ou son extinction, n'affecteront, en aucune manière le devoir d'une partie de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle elle est soumise en vertu d'une autre règle de droit international.

40. Sans rechercher dans quelle mesure ce sont là des propositions *de lege ferenda*, on peut dire qu'aucune opposition

[90] *Cf.* à cet égard le caractère effectivement différent de l'application des règles relatives à la divisibilité en cas de violation, § 54 ci-dessous.

[91] Article 68. Lors de la seconde lecture, et en particulier à la 848e séance, la discussion a été plus complète que lors de la première lecture. La caractéristique principale de la discussion de 1963 fut la décision d'inclure ce qui était alors l'article 54 en vue de connaître les réactions des gouvernements. Ces dernières furent en général favorables.

Dans sa version anglaise, la phrase de l'article 68 (2) — « actes tendant à rendre impossible la reprise de l'application du traité » — rappelle l'obligation de « s'abstenir d'actes tendant à réduire à néant l'objet d'un traité envisagé » figurant à l'article 15, relatif à l'obligation pour un Etat de ne pas réduire à néant l'objet d'un traité avant son entrée en vigueur.

sérieuse ne s'est manifestée de la part des gouvernements qui ont fait des commentaires à leur sujet, le souci principal de ceux-ci ayant été de les compléter et de combler certaines lacunes.

41. S'agissant de la suspension de l'application d'un traité, comme dans le cas de la terminaison, il est clair que l'hypothèse sur laquelle reposent les articles 39 et 68, lorsqu'on les lit ensemble (comme cela doit être le cas), est que les articles sur le droit des traités couvrent, de façon expresse ou implicite, tous les motifs pour lesquels l'application d'un traité est suspendue d'une manière conforme au droit. Si tel n'était pas le cas, des conclusions d'une grande portée en résulteraient quant aux propositions de la Commission du droit international dans ce domaine. La question de la suspension de l'application d'un traité est plus difficile que celle de la terminaison car, ainsi que le montre clairement une comparaison entre les articles 67 et 68, la suspension de l'application d'un traité établit un rapport *juridique* plus complexe que la terminaison, en raison de l'obligation de s'abstenir de rendre impossible la reprise de l'application du traité au moment où la suspension prend fin. Tous les articles de fond relatifs aux motifs de terminaison (à l'exception peut-être de l'article 57 sur la violation), semblent indiquer avec une clarté suffisante pour quel motif et à partir de quel moment commence la suspension de l'application d'un traité et déterminent le rapport existant entre cette dernière et la terminaison; la plupart de ces articles (à l'exception de nouveau de l'article 57) contiennent des indications suffisantes sur les conditions auxquelles la situation de suspension prendra fin. Toutefois, on peut se demander dans quelle mesure l'article 68 couvre le cas de la suspension de l'application d'un traité comme conséquence de sa violation, et s'il devrait vraiment en être ainsi.

La question de savoir si la Onzième Commission devrait examiner de façon générale la suspension de l'application d'un

traité par rapport à la terminaison d'un traité a été posée au numéro 4 du questionnaire annexé à l'*exposé préliminaire*. Les réponses sont analysées ci-dessous, aux paragraphes 69-71. Ces réponses sont en général favorables. Votre rapporteu propose donc que la Commission examine la question de savoi si elle entend poursuivre ses travaux sur le sujet qui lui est confié

b) Observations sur les différents articles relatifs à la terminaisor
Principes généraux

42. En vue de situer exactement ces différents articles, il y a lieu de répéter que la Commission du droit international a suiv de très près, pour les problèmes relatifs à la terminaison des traités, (y compris, dans ce contexte, le retrait d'une partie e la suspension de l'application d'un traité), l'approche générale adoptée en matière de nullité des traités. Cela explique pourquo ces deux sujets figurent dans la même partie du projet. De plus, un certain nombre de dispositions leur sont communes, notamment les articles 39, 40, 41, 42 et 52 [92], et, surtout, la procédure énoncée aux articles 62, 63 et 64. On a tenté, à dessein, d'établi un équilibre entre les exigences de la stabilité qu'impose le respect des traités internationaux (article 23) et une flexibilité raisonnable et contrôlée, ou tout au moins contrôlable, lorsqu'i existe des raisons évidentes de préférer la terminaison du traité. La règle est donc fermement posée selon laquelle le traite demeure valide et continue à être en vigueur et à s'applique jusqu'à ce que le contraire soit dûment établi pour un des motifs prévus et suivant la procédure prescrite dans les articles Il en résulte que, dans l'économie générale des articles, ni la nullité du traité, ni sa terminaison ou le retrait d'une partie d'ur

[92] On peut discuter cette interprétation de l'article 52; *Cf.* la discussion à la 864e séance, §§ 86-89. On peut admettre que cela dépend de la nature du motif de nullité.

traité multilatéral, ni encore la suspension de l'application d'un traité ne saurait être établi *d'une manière conforme au droit* par la simple affirmation unilatérale d'une partie qu'un motif de nullité, de terminaison ou de suspension de l'application d'un traité existe. S'il est vrai que la décision initiale d'un Etat de faire valoir la nullité d'un traité ou d'invoquer un motif pour y mettre fin ou en suspendre l'application comporte nécessairement un important élément subjectif, le texte même des articles de fond, ainsi que des dispositions procédurales auxquelles ils sont étroitement liés, visent précisément à établir un équilibre en introduisant un élément objectif et à supprimer autant que possible toute trace d'unilatéralisme et d'arbitraire dans cette délicate opération. On a atteint cet objectif en énonçant les règles de fond comme des motifs qui, pour sortir des effets, doivent être invoqués, et en liant ces motifs à des procédures qui doivent être observées: on est parti à cet égard de l'idée que c'est seulement si les motifs en question sont invoqués valablement, conformément aux modalités prescrites, que sera établie la nullité du consentement d'un Etat à être lié par le traité, ou la terminaison conforme au droit ou la suspension temporaire des obligations conventionnelles qu'un Etat assume en vertu du traité.

C'est pourquoi les règles de fond relatives aux motifs sont souvent formulées sous une forme négative ou quasi négative [93]. Tel est le cas lorsqu'un motif donné « ne peut être invoqué par un Etat à moins que », comme dans les articles 43 (dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités), 44 (restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement de l'Etat) et 59 (changement fondamental de circonstances); ou lorsqu'une formule négative encore plus

[93] Sur l'emploi de formules négatives, voir l'échange de vues entre MM. Ago et Bedjaoui à la 841e séance (§§ 49-50).

définie est employée, comme aux articles 53 (dénonciation d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à son extinction), 55 (suspension temporaire de l'application d'un traité multilatéral, par consentement, entre certaines parties seulement) et 41 (divisibilité des dispositions d'un traité); ou encore quand est employée une forme permissive et conditionnelle comme dans les articles 45 (erreur), 46 (dol), 47 (corruption du représentant d'un Etat), 57 (fin d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation), 58 (survenance d'une situation rendant l'exécution impossible): la formule utilisée ici est « Une partie peut invoquer » le motif, ou autres formules semblables. La forme négative elle-même est employée lorsqu'on désire faire ressortir le caractère exceptionnel du motif invoqué. On ne rencontre ce qui apparaît comme une non-validité ou nullité absolue ou objective qu'aux articles 48 (contrainte exercée sur le représentant d'un Etat), 49 (contrainte exercée sur un Etat par la menace ou l'emploi de la force), 50 (traités en conflit avec une norme impérative du droit international général *(jus cogens)*) et 61 (cas de terminaison résultant de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général), mais même ces motifs-là doivent être invoqués; et, bien entendu, la terminaison absolue et la suspension de l'application d'un traité, dans la mesure où elles ne dépendent pas de l'observation des modalités procédurales, ne peuvent résulter que d'un accord — en vertu du traité lui-même (article 39 (2)) (validité et maintien en vigueur des traités), et des articles 51, 54, 55 et 56 relatifs aux différentes formes sous lesquelles peut s'exprimer le consentement exprès ou implicite d'une partie à mettre fin à un traité ou à en suspendre l'application.

Cette formulation se reflète à son tour avec force dans la principale disposition procédurale, celle de l'article 62, qui, en vue de différencier entre les cas de nullité et ceux de termi-

naison (y compris la suspension), utilise *à cet effet* deux expressions parallèles, savoir: une partie qui *a)* fait valoir *(claims, sostenga)* la nullité d'un traité; ou qui *b)* allègue un motif *(alleges a ground, alegue un motivo)* pour y mettre fin, s'en retirer ou en suspendre l'application [94].

Il y a lieu de souligner que l'actuelle Partie V, telle qu'elle a été adoptée par la Commission, entraîne une interdépendance complète de l'ensemble des articles, même lorsque les articles de fond parlent de nullité absolue [95]. Il faut y insister car, les articles de la Partie II (maintenant Partie V) ayant été publiés en premier lieu dans le *Rapport* de la Commission pour 1963, il est arrivé, au cours de controverses de nature politique, que ces articles de fond soient invoqués sans que l'on se souciât ni de leur formulation, pourtant mûrement élaborée, ni de leur rapport étroit avec l'article 62 (précédemment article 51). *Tels que ces articles ont été adoptés par la Commission, la simple assertion unilatérale de la part d'un Etat qu'un motif de nullité, de terminaison ou de suspension de l'application d'un traité existe n'équivaut pas à la nullité, à la terminaison, au retrait d'une partie ou à la suspension de l'application du traité.* Pour que cette assertion puisse mettre fin au traité, l'autre ou les autres parties intéressées doivent tout d'abord être en mesure de se prononcer à ce sujet. Ce n'est qu'en cas de silence qu'une action unilatérale peut éventuellement être prise — en vertu du principe « qui ne dit mot consent » —, mais si la réaction des autres parties donne lieu à une divergence de vues ou à un différend, la question sera alors régie, en l'absence d'autres

---

[94] Sur la décision délibérée, en 1963, d'employer le terme « allègue » pour couvrir à l'origine les deux cas, voir la discussion à la 720e séance (§§ 5-60). Et voir, en ce qui concerne la décision d'élargir cette formule en 1966, 864e séance (§ 3).

[95] Article 39, commentaire, § (4).

dispositions liant les parties en matière de règlement des différends, par l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. C'est cette interdépendance qui constitue le trait caractéristique des articles de la Commission du droit international; et de nombreux membres de la Commission estiment qu'à cet égard une réelle contribution a été apportée au développement progressif du droit international.

43. L'objectif tendant à donner plus de stabilité aux traités se trouve encore renforcé par les articles 39 et 40, ainsi que par l'énoncé de la règle *pacta sunt servanda* (article 23), la place où elle figure, et, dans une certaine mesure, par l'article 15, relatif à l'obligation pour un Etat de ne pas réduire à néant l'objet d'un traité avant son entrée en vigueur — ce qui implique l'introduction du principe de la bonne foi dès le stade des négociations. On a vu que ce fut principalement en vue de renforcer cet aspect du droit que l'on rédigea à nouveau l'article 39 en 1966, sans le laisser dans la forme qu'il était censé prendre à l'origine, ni le supprimer ou l'amalgamer à l'article 23, comme on l'avait envisagé tout d'abord. Il convient enfin d'observer que le principe de la bonne foi s'applique autant à l'exécution des traités (article 23) qu'à leur interprétation (article 27); et Sir Humphrey Waldock a bien montré, sans aucun doute possible, que cela vaut autant pour l'application et l'interprétation des articles sur le droit des traités eux-mêmes que pour n'importe quel autre traité [96].

44. *L'article 39* qui, comme nous l'avons vu (paragraphe 17 ci-dessus) reçut une certaine interprétation au moment de son adoption en 1966, constitue l'un des articles clefs sur la nullité

[96] Waldock VI, Add. 1, article 55, Observations et propositions du Rapporteur spécial, § 1. Et voir la discussion à la 849e séance.

et la terminaison des traités. Il établit fermement deux règles de droit. La première (énoncée en termes exceptionnellement forts) stipule que la validité d'un traité ne peut être contestée qu'en application du projet d'articles et que ce n'est que lorsque la nullité est ainsi établie qu'un traité est nul. La seconde prévoit qu'un traité ne peut prendre fin ou être l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait d'une partie ou que son application ne peut être suspendue qu'en application des dispositions du traité ou des présents articles (c'est-à-dire ceux du projet) (sous réserve toutefois des questions générales de succession des Etats et de la responsabilité des Etats selon l'article 69). La référence faite dans chacune de ces deux règles aux « présents articles » a trait non seulement aux motifs matériels de nullité ou de terminaison, mais aussi aux articles de procédure.

En 1963, l'article 30 avait été adopté sous la forme d'une présomption générale qu'un traité entré en vigueur d'une manière conforme au droit devrait être réputé en vigueur et s'appliquer à l'égard de tout Etat partie à ce traité, à moins que sa nullité ou le fait qu'il a pris fin, la suspension de son application ou le retrait d'une partie déterminée ne résulte de l'application des présents articles. Pendant quelque temps restaient incertains les rapports entre un article établissant une présomption de cette nature et la règle fondamentale *pacta sunt servanda* (maintenant article 23). Lors de la seconde lecture, en janvier 1966, lorsqu'on discuta la possibilité de combiner les deux articles, ou de supprimer l'article 30, il fut indiqué que cet article visait à énoncer une véritable règle de droit et non simplement une présomption et qu'il avait un caractère limitatif en posant, en tant que règle de droit, que les seuls motifs d'invalidité ou de terminaison étaient ceux prévus dans les présents articles [97].

[97] *Cf.* en particulier M. Ago et le Rapporteur spécial, 823e séance, §§ 27, 60-63.

Obligations conventionnelles ayant une existence indépendante

45. *L'article 40* est une version généralisée d'une disposition qui, en 1963, était apparue en tant qu'article 53, paragraphe 4. Introduit en premier lieu en 1963, c'est en janvier 1966 qu'il fut l'objet d'une généralisation sous sa forme actuelle, en partie pour répondre à une objection soulevée par M. Tounkine selon laquelle, dans le cas d'un traité multilatéral général, mettre fin au traité ou suspendre de façon générale son application comme sanction de sa violation constituait une mesure trop radicale [98]. En 1963, certains membres de la Commission pensaient que cette disposition, limitée alors aux conséquences juridiques du fait qu'un traité prend fin, énonçait une vérité évidente. Il fut cependant adopté en 1966, en seconde lecture, sans que sa teneur ait soulevé trop de difficultés.

L'article 40 est le second des articles à traiter d'une question qui a préoccupé la Commission à différents titres, à savoir celle des rapports entre une règle énoncée en droit conventionnel et cette même règle telle qu'elle découle du droit international coutumier. L'article s'attaque à ce problème en se plaçant du point de vue des parties au traité lui-même. Pour sa part, l'article 34 concerne ce même problème, mais du point de vue des Etats tiers. Ces deux articles concernent seulement l'hypothèse où des règles énoncées dans le traité existent ou sont susceptibles de naître indépendamment de ce traité. Ils n'ont donc trait qu'à une partie du problème plus général et ne constituent pas en particulier un point de contact entre le droit conventionnel (y compris le droit des traités lui-même) et le droit international coutumier régissant la responsabilité des Etats — problème que la Commission du droit international a jugé

---

[98] 692e séance, § 8; 709e séance, § 98; 831e séance, § 72 Et voir les observations du Rapporteur spécial à la 842e séance, § 32.

sans pertinence pour une série d'articles destinés à servir de base à une convention internationale.

Le « traité multilatéral général » auquel se référait M. Tounkine, et ceux qui l'ont soutenu, est celui qui se trouvait défini à l'article 1 (1) *c)* des articles adoptés en 1962 (voir paragraphe 22 ci-dessus).

Divisibilité

46. *L'article 41* a trait au problème de la divisibilité des dispositions d'un traité, mais seulement au point de vue de la nullité, de la terminaison, du retrait ou de la suspension de l'application d'un traité (intervenant autrement — sauf dans le cas de la nullité — que par accord entre les parties). Mais ce n'est pas là le seul cas où peut être soulevée une question de divisibilité, même s'il s'agit peut-être là de sa sphère d'application la plus délicate. Des problèmes de divisibilité peuvent également apparaître en rapport avec la conclusion des traités ou avec la participation aux traités: des règles figurent à cet effet à l'article 14, relatif au consentement à être lié par une partie du traité et au choix entre des dispositions différentes, et à l'article 22, qui envisage l'entrée en vigueur à titre provisoire d'une partie du traité. Mais dans chacun de ces deux cas, la divisibilité est soumise expressément au consentement de toutes les autres parties. L'institution des réserves aux traités multilatéraux, régie par les articles 16-20, est également susceptible de conduire à la divisibilité de certaines des dispositions du traité, et, dans ce cas, sans que le consentement *exprès* des autres parties contractantes soit toujours requis. A vrai dire, l'article 17 (2) emploie déjà l'expression « *condition* essentielle du consentement » qui s'apparente de façon frappante à celle de l'article 41 (3) *b)*, « base essentielle du consentement » [99].

[99] *Cf.* 706e séance, §§ 25 et 61; 707e séance, § 11; 798e séance, § 42. Dans le texte de 1963 de l'article 46, on avait utilisé la même expression « condi-

A la seconde lecture de l'article 61 (maintenant article 33), Waldock VI souleva la question de savoir s'il fallait prévoir le cas de l'amendement, en tout ou en partie, des stipulations pour autrui, mais il fut jugé par la suite que cela n'était pas nécessaire (855e séance, paragraphe 70). Une divisibilité d'un type différent se rencontre aussi en matière de suspension *inter se* de l'application des traités multilatéraux (article 55) et de modification *inter se* des traités multilatéraux (article 37). Mais surtout, la question de la divisibilité est posée, sous une forme tout à fait différente, à propos de l'interprétation des traités — et c'est en fait, comme la Commission l'a relevé [100] dans ce contexte et dans celui de la sanction comme conséquence d'une violation du traité que la doctrine a principalement discuté cette question. En rapport avec la nullité, la terminaison, le retrait ou la suspension de l'application d'un traité, la divisibilité soulève des problèmes d'un tout autre ordre, car la question se présente comme un choix entre le respect de l'intégrité du traité, en tant que principe directeur, et la modification du traité par une opération juridique — ce qui est déjà suffisamment difficile en matière de contrats dans les

---

tion essentielle », et Waldock V n'avait proposé aucune modification à cet égard. La modification en « base essentielle » fut opérée par le Comité de rédaction à la 842e séance (§ 81), apparemment sans explication.

[100] Article 41, commentaire, § (1), basé sur Waldock II, article 26, commentaire, § (4). A la Cour internationale de Justice, la divisibilité d'une disposition prétendue nulle d'une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, faite en vertu de l'article 36 (2) du Statut, a été discutée dans un certain nombre d'opinions individuelles relatives à la réserve dite de la compétence nationale telle qu'elle est entendue par l'Etat déclarant, notamment dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* et dans l'affaire *Interhandel*. Des opinions très divergentes ont été avancées, et la Cour n'a pas jugé nécessaire de se prononcer elle-même à ce sujet. La question a également été discutée, mais dans un contexte différent, dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (exceptions préliminaires), la Cour s'abstenant une fois de plus de se prononcer sur ce point.

différents systèmes de droit interne, où pourtant cette opération peut être placée sous contrôle des tribunaux et ce qui soulève dans l'ordre juridique international des questions politiques très difficiles.

En dehors du cas de violation (à propos duquel jouent des considérations entièrement différentes), les principales questions discutées au sein de la Commission furent celles de savoir si la divisibilité, lorsqu'elle était praticable, devrait être autorisée, voire même obligatoire, et, dans l'affirmative, sous quelles conditions. En 1963, la question fut posée et discutée par rapport à la nullité et à la terminaison; la solution à laquelle on aboutit consista à inclure dans l'article 46 les conditions générales dont la réunion était requise avant de pouvoir envisager d'une quelconque manière la divisibilité, et à spécifier séparément dans les différents articles relatifs aux motifs d'invalidité et de terminaison la manière dont le principe devait trouver application dans chaque cas. C'était là, dans une certaine mesure, une solution de compromis: certains membres de la Commission se montrant particulièrement opposés à l'idée de la divisibilité, sauf dans les cas où les parties elles-mêmes y consentiraient. Pour tenir compte de cette opinion, on reconnut en 1963, comme point de départ, le principe de l'indivisibilité du traité et l'on admit que la nullité partielle d'un traité, sa terminaison partielle, la suspension partielle de son application ou encore le retrait concernant certaines clauses du traité constituaient une exception et supposaient remplies les conditions de l'article 46, et cela sous réserve, dans chaque cas, des dispositions particulières (éventuelles) des articles relatifs aux différents motifs de nullité ou de terminaison. Ces conditions générales figurent maintenant, fort peu modifiées quant au fond (mais dans une rédaction différente), à l'article 41 (3). Par ailleurs, en 1966, lors de la seconde lecture, la présentation fut entièrement transformée. Les conditions firent l'objet d'une généralisation et l'on

supprima toute référence à la divisibilité dans les différents articles de fond (sauf à l'article 57, relatif à la violation).

Sur ces bases, on n'admit, en 1963, aucune divisibilité dans les cas de défaut de validité en raison de la non-observation d'une disposition de droit interne relative à la compétence de conclure des traités (article 31), du défaut de compétence pour lier l'Etat (article 32), de la contrainte exercée contre un Etat par la menace ou l'emploi de la force (article 36), et de l'incompatibilité avec une norme de *jus cogens* (article 37). On reconnut en revanche le principe de la divisibilité obligatoire et un effet se limitant aux seules dispositions concernées, dans les cas de défaut de validité résultant du dol (article 33), de l'erreur (article 34), de la contrainte exercée contre la personne de représentants de l'Etat (article 35), ainsi que dans les cas de terminaison résultant de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible (article 43), du changement fondamental de circonstances (article 44), et de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général *(jus cogens superveniens)* (article 45). On n'admit une divisibilité illimitée, au choix de la partie, que dans le cas de la violation substantielle. La disposition relative à un traité prenant fin implicitement du fait de la conclusion d'un traité subséquent était ambiguë quant à la terminaison partielle (article 41) et cette question a été transférée par la suite à l'article 63, adopté en 1964 (voir paragraphe 53 ci-dessous).

A la seconde lecture, la question a été examinée à nouveau de très près; on décida d'exclure toute divisibilité dans les cas relevant des articles 48, 49 et 59 (antérieurement articles 35, 36 et 37). On admit la faculté de se prévaloir de la divisibilité dans la mesure où elle est possible, dans les cas de dol, de corruption et de violation substantielle. Toutefois, dans les cas de dol et de corruption, les dispositions séparables sont celles qui sont entachées de dol ou touchées par la corruption, tandis

que dans le cas de violation substantielle, aucune limitation de ce genre n'est prévue bien qu'elle puisse être déduite implicitement de la définition de la « violation substantielle » (voir paragraphe 54 ci-dessous) [101]. Quant à la divisibilité obligatoire, selon les conditions énoncées, elle a été étendue à tous les autres motifs d'invalidité, y compris les articles 43 et 44 (précédemment 31 et 32).

On a posé deux conditions en ce qui concerne la divisibilité: l'une apparemment objective et l'autre nettement subjective, et soulevant de difficiles questions d'ordre psychologique. Selon la condition objective, les clauses en question doivent être « séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ». C'est là un point qu'il n'est pas toujours possible d'établir par la voie habituelle de l'interprétation, y compris l'interprétation par la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité (article 27). Selon la condition subjective, il faut que « l'acceptation des clauses en question n'ait pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement au traité dans son ensemble ». C'est là un point qu'il est souvent difficile d'établir, même en recourant aux organes judiciaires internationaux et qui peut, le cas échéant, conduire à s'interroger sur les facteurs internes qui ont contribué à l'établissement de la volonté de l'Etat à être lié par le traité et qui, sans doute, exigera un examen approfondi des travaux préparatoires, voire même d'événements plus lointains [102]. On peut également noter qu'en 1963 la Commission n'a pas suivi la proposition du Rapporteur spécial et qu'elle n'essaya pas de lier les conditions de fond relatives à la

[101] *Cf.* la discussion sur ce point à la 891e séance, lors de l'adoption du commentaire de l'article 41.

[102] *Cf.* la rédaction finale avec celle adoptée en 1963, qui se référait expressément aux « déclarations faites au cours des négociations » — phrase qui fut supprimée par la suite.

divisibilité aux conditions de fond concernant l'admissibilité des réserves [103]. La raison principale en était apparemment le désir d'éviter le risque d'ouvrir la voie à l'admissibilité de réserves déguisées par le biais d'une séparation entre les dispositions du traité [104]. En 1966 cependant, nous l'avons dit, la Commission semble s'être rapprochée de cette position. De plus, il convient de rappeler que l'application de l'article 41 dans son ensemble est soumise à la procédure de l'article 62, ce qui amène à distinguer entre divisibilité et réserves.

Dans l'ensemble, les gouvernements ont en général accueilli favorablement l'approche suivie par la Commission en 1963, en dépit d'un grand nombre de critiques sur des questions de détail, y compris le problème cardinal de l'équilibre entre l'élément subjectif et l'élément objectif, qui constitue le pivot de tout le système. Le texte final reflète bien entendu l'opinion à laquelle est parvenue la Commission à la lumière de ces critiques.

L'Institut de Droit international, à l'article 2 du Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités (Christiania, 1912) [105], a reconnu à certaines fins le concept de la divisibilité obligatoire, sauf lorsque le traité « présente le caractère d'un acte indivisible ». Cela correspond en gros à l'élément objectif énoncé à l'article 41, paragraphe 3 *a)*. Il ne semble pas, par ailleurs, que l'Institut se soit prononcé au sujet de l'existence de l'élément subjectif.

Dans l'*exposé préliminaire* (paragraphe 7), votre rapporteur a suggéré que la Onzième Commission pourrait désirer examiner la question de la divisibilité des dispositions du traité. Les

[103] Waldock II, article 26, § 4 et commentaire, § (14).

[104] *Cf.* MM. Rosenne (706e séance, § 25), Ago (§ 61), Lachs (§ 73), Tounkine (§ 102). Mais *contra*, Sir Humphrey Waldock (707e séance, § 11).

[105] Pour les références, voir note 27 ci-dessus. Et voir Waldock II, article 26, commentaire, § (3).

observations de votre rapporteur sur la base des réponses reçues figurent aux paragraphes 74 et 75 ci-dessous.

Perte du droit de dénoncer, etc.

47. *L'article 42* applique aux questions de nullité et de terminaison les principes généraux *Allegans contraria non audiendus est* et *Nemo potest venire contra factum proprium*, en utilisant à dessein des circonlocutions pour éviter les termes d'*estoppel* ou de « forclusion »[106] en raison de leur portée hautement technique dans les différents systèmes de droit interne. La règle principale se trouve au paragraphe *b)*, selon laquelle un droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité, un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application en vertu des articles 43 à 47 inclus ou des articles 57 à 59 sera perdu si l'Etat concerné doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application. Ce « moyen de défense » (à défaut d'un terme meilleur) ne peut être utilisé en cas de corruption, de contrainte ou de violation d'une règle de *jus cogens* (articles 47, 48, 49 et 50), y compris le *jus cogens superveniens* (article 61).

La question principale posée par cet article était celle de savoir s'il devait être rédigé en termes négatifs, comme en 1963, en employant des concepts tels que celui de « renonciation » *(waiver)* et de conduite d'un Etat l'empêchant de nier qu'il a choisi de se considérer comme lié par le traité ou de considérer le traité comme n'étant pas affecté par la violation substan-

[106] Dans l'édition anglaise de l'*Annuaire* de la Commission du droit international, on rencontre parfois le terme apparemment tout à fait français de « préclusion ». Or ce terme est tout à fait incorrect, puisqu'il ne figure dans aucun des grands dictionnaires de la langue française. C'est là une des rares erreurs des rédacteurs de l'*Annuaire* de la Commission du droit international.

tielle, ou si, au contraire, il convenait de la rédiger dans les termes positifs d'un accord exprès ou implicite. Quoiqu'il existe, du point de vue doctrinal, certaines nuances entre ces deux approches, nous pensons que, du point de vue pratique, ces distinctions sont quelque peu subtiles. La modification apportée au cours de la seconde lecture — en remplaçant la formule négative par une formule positive — s'explique en grande partie par le désir de rendre la rédaction plus claire et plus élégante, et n'implique probablement pas une modification de fond dans l'application de cette règle non controversée.

Une autre référence à ce principe se trouve dans l'article 62, paragraphe 5, qui, sans préjudice de l'article 42, autorise un Etat, en réponse à la notification formelle d'une autre partie qui demande l'exécution du traité ou qui allègue sa violation, de faire valoir que le traité est nul ou d'alléguer un motif de terminaison, etc. [107]. Le commentaire (paragraphe (8)) explique cela en se basant uniquement sur la raison que « la *simple* [c'est nous qui soulignons] omission d'avoir présenté une notification ne devrait pas empêcher une partie de la présenter en réponse à une demande d'exécution ».

Dans l'*exposé préliminaire* (paragraphe 7), nous avions suggéré que la Onzième Commission puisse examiner les questions posées par cet article. Les observations de votre rapporteur sur la base des réponses reçues figurent aux paragraphes 74 et 75 ci-dessous.

[107] On voit mal cependant comment cette disposition en vint à être introduite dans l'article 62. Elle ne figurait pas dans l'article correspondant de Waldock II (article 25) et il ne fut donné aucune explication lorsque le texte du Comité de rédaction fut présenté à la 714e séance (§§ 17-23). D'autre part, la discussion qui eut lieu au cours de la même séance (§§ 57-73), sur l'article 4 de Waldock II, adopté en 1963 en tant qu'article 47 et en 1966 en tant qu'article 42, montre que l'on était conscient de la nécessité de coordonner les textes des deux articles. L'idée provenait vraisemblablement du Comité de rédaction.

Fin d'un traité par consentement des parties

48. *L'article 51*, qui a eu une histoire pleine de vicissitudes, a été adopté en 1963 en tant qu'article 38, dans une forme sévèrement critiquée par certains gouvernements ainsi que par des membres de la Commission du droit international parce qu'il énonçait des vérités évidentes. La raison en était que les paragraphes 1 et 2 ne faisaient guère plus que stipuler que le traité prend fin ou que le retrait d'une partie d'un traité multilatéral devient effectif par l'effet d'une action exécutée conformément aux dispositions du traité, conformément aux termes du traité. Par conséquent, à la seconde lecture en janvier 1966, le Comité de rédaction proposa de le supprimer, et cela fut accepté; celles de ses dispositions de fond qui étaient importantes du point de vue normatif furent transférées à d'autres articles. Cependant, à la seconde lecture de l'article 40 (maintenant article 54) qui, comme l'avait proposé le Comité de rédaction en janvier 1966, devait traiter en même temps l'extinction et la suspension de l'application d'un traité — y compris la suspension *inter se* — conformément aux termes du traité, on estima qu'il serait préférable de séparer les trois éléments: l'extinction par consentement de toutes les parties, la suspension par consentement de toutes les parties et la suspension *inter se*, et l'article 38 fut rétabli (article 51 *a)*) pour couvrir le premier de ces aspects.

De prime abord, la règle peut paraître évidente en elle-même selon laquelle il peut être mis fin à un traité ou une partie peut s'en retirer conformément à une disposition du traité permettant qu'il y soit mis fin ou permettant le retrait, ou à tout moment par consentement de toutes les parties. Mais on a estimé qu'il était souhaitable d'introduire l'article sous cette forme, car, dans la pratique, il pourrait s'avérer constituer

une alternative utile à la procédure prévue à l'article 62, en ce qu'il ouvrirait une voie au retrait d'une partie par consentement de toutes les parties, dans la mesure où la partie en question serait capable d'obtenir ce consentement par le canal diplomatique habituel. A cet égard, cette disposition (de même que la disposition correspondante relative à la suspension) pourrait contribuer à renforcer de façon générale la stabilité des relations internationales basées sur le droit conventionnel.

Réduction du nombre des parties

49. *L'article 52* fut adopté en 1963 en tant qu'article 38, paragraphe 3 *b)* (seconde phrase). S'inspirant en partie d'une analyse de Giraud I, p. 62,[108] on a reconnu qu'il était utile *de lege ferenda* et il a obtenu l'appui des gouvernements. Dans sa forme originaire, il s'appliquait uniquement au cas où un traité multilatéral avait été dénoncé ou un Etat s'en était retiré, conformément aux dispositions de ce traité. La généralisation de cet article dans sa forme actuelle peut signifier qu'il s'applique quel que soit le motif pour une partie de se retirer d'un traité multilatéral: il est même possible en effet d'interpréter cet article comme s'appliquant au cas où le consentement d'un Etat à être lié par un traité multilatéral est ultérieurement vicié en raison d'un motif que cet Etat est susceptible d'invoquer (*cf.* note 92 ci-dessus). L'article 15 (4) *c)* tel qu'il avait été proposé à l'origine dans Waldock II donnait aux parties restantes la possibilité de décider si, dans l'hypothèse prévue par l'article, le traité devait continuer à être en vigueur. Au cours des débats de la Commission, il fut généralement reconnu qu'il pouvait exister des circonstances où le retrait d'un Etat

[108] Mais voir aussi Fitzmaurice II, article 29 et commentaires, §§ 209-210. Pour un examen antérieur de ce problème, *cf.* Harvard Research in International Law, *The Law of Treaties*, p. 1182.

donné, conduisant à une réduction du nombre des parties au-dessous du nombre minimum spécifié pour l'entrée en vigueur du traité, pourrait changer entièrement le caractère des relations établies par ce traité. Toutefois, cette question pourrait aussi relever de la règle relative au changement fondamental de circonstances. L'emploi de l'expression « le seul motif » laisse ouverte la position des autres parties au traité.

Terminaison de traités ne contenant pas de dispositions en la matière

50. *L'article 53*, qui s'applique aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux et qui, dans le cas des traités multilatéraux, semble s'appliquer tant à la terminaison d'un traité en tant que telle qu'au retrait d'une partie d'un traité, est le premier des articles de fond relatifs à la terminaison à être extrêmement controversé à la fois pour des motifs de politique générale [109] et pour des raisons de théorie juridique.

La Onzième Commission a été divisée à son sujet à la session de Salzbourg. L'opinion de la majorité à Salzbourg était la suivante:

> En l'absence d'un droit de dénonciation expressément ou implicitement prévu par la convention, un Etat ne peut être délié des obligations d'une convention collective qu'avec le consentement des autres parties ou par effet des causes prévues par le droit international général.

Quant à la minorité, elle s'est prononcée dans le sens suivant:

> En l'absence d'une clause de dénonciation, une convention collective peut être dénoncée, à moins qu'une volonté contraire des parties soit établie.
>
> Toutefois la dénonciation ne prendra son effet qu'à l'expiration d'un délai raisonnable.

[109] Pour un exemple récent et frappant, voir Schlesinger, *Les mille jours de Kennedy* (Editions Denoël, 1966, p. 809) au sujet de l'article IV du traité de 1963 sur l'interdiction des expériences nucléaires

En même temps, la Onzième Commission a recommandé à l'Institut l'adoption de deux Résolutions. La première, relative à l'introduction d'une clause de dénonciation dans les traités collectifs, portait:

> Quand les auteurs d'une convention collective entendent que cette convention puisse faire l'objet d'une dénonciation unilatérale, il convient, afin d'éviter incertitudes et contestations, que soit inséré dans la convention une clause prévoyant le droit de dénonciation et fixant les conditions de son exercice.

La seconde, concernant une clause modèle relative à la dénonciation des traités collectifs, portait:

> En vue d'assurer aux relations conventionnelles une stabilité suffisante, il convient d'examiner lors de la rédaction de chaque convention collective:
>
> *a)* la possibilité de ne permettre la dénonciation de la convention qu'à la fin de périodes fixes calculées dès l'entrée en vigueur initiale de la convention indépendamment de la date à laquelle les Etats y sont devenus parties;
>
> *b)* l'intérêt qu'il peut avoir à ce que, compte tenu du caractère de la convention, les périodes précitées soient établies avec une durée suffisamment longue.

Il semble que les propositions de la majorité et de la minorité citées ci-dessus ont ceci de commun, qu'aucune des deux ne s'est limitée au seul texte du traité, mais que chacune s'est référée à l'intention des parties. Toutefois, tandis que la formulation de la majorité semblait reposer sur la présomption de la durée indéfinie sinon perpétuelle d'un traité, à moins qu'il fût établi que les parties avaient une intention différente, la formulation de la minorité était basée sur la présomption contraire. Le fait de centrer ainsi l'attention sur l'intention des parties plutôt que sur le texte a fourni un élément essentiel pour la proposition de la Commission du droit international, qui constitue une solution de compromis atteinte après une dis-

cussion analogue à celle qui avait eu lieu précédemment au sein de la Onzième Commission. En outre, il convient d'observer que l'article 53 ne se limite pas à un type particulier de traité multilatéral comme l'a fait la Onzième Commission, mais qu'il s'applique de façon générale à tous les traités au sens de la Commission du droit international. De plus, il se trouve lié aux garanties de procédure de l'article 62.

En 1963, l'approche du Rapporteur spécial (Waldock II, articles 16 et 17) était complexe et, tout en essayant de trouver une voie intermédiaire entre les opinions de la majorité et celles de la minorité telles qu'elles avaient été exprimées à Salzbourg, semblait cependant pencher plutôt vers l'opinion de la minorité. Toutefois, au sein de la Commission, la majorité tendait à préférer une formulation plus stricte se rapprochant de celle de la majorité à Salzbourg, mais évitant une présomption formelle et mettant l'accent sur l'intention constatable ou présumée des parties. Une réconciliation de ces vues se trouve reflétée à l'article 39, tel qu'il a été adopté en 1963, dont les éléments principaux étaient les suivants: *a)* en principe, un traité ne contenant pas de clause de dénonciation n'est pas susceptible de dénonciation unilatérale: cela est exprimé par la formulation négative de l'article, et *b)* en même temps, le caractère du traité et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, y compris les déclarations faites à cette occasion par les parties, peuvent indiquer à titre exceptionnel une intention d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait [110]. Autre aspect de ce compromis visant à limiter la possibilité d'arbitraire qu'il entraînait: les garanties de procédure de l'article 51 du texte de 1963, qui dans Waldock II (article 25)

[110] En janvier 1966, la Commission s'est opposée à une proposition du Rapporteur spécial (Waldock V, Add. 1) d'affaiblir le principe, et elle a adopté à cet égard un texte proche de celui de 1963. Voir la discussion à la 829e et à la 841e séance.

ne s'appliquaient pas à l'origine aux articles 16 et 17 de ce rapport, furent étendues pour couvrir *inter alia* tous les motifs pour mettre fin à un traité ou s'en retirer autrement qu'en vertu d'une disposition du traité lui-même, et il est possible que le texte final de l'article 62 couvre même ces cas-là de terminaison, tout au moins en présence d'une controverse sur la question de savoir si les conditions du traité sont remplies.

Dans Waldock II, le Rapporteur spécial avait proposé certaines catégories de traités pour lesquelles le droit de dénonciation devrait exister en principe. Celles-ci comprenaient: i) les traités de commerce, à l'exception des traités soumettant une zone, un fleuve ou une voie navigable déterminés à un régime international; ii) les traités d'alliance ou de coopération militaire, à l'exception des accords spéciaux conclus en application de l'Article 43 de la Charte des Nations Unies; iii) les traités de coopération technique portant sur des questions économiques, sociales, culturelles ou scientifiques, sur les communications ou toute autre question analogue; et iv) les traités d'arbitrage, de conciliation ou de règlement judiciaire. D'autre part, il avait proposé que les traités des catégories suivantes demeurent indéfiniment en vigueur: i) les traités déterminant la frontière entre deux Etats ou opérant une cession de territoire ou accordant des droits dans un territoire ou au-dessus d'un territoire [111]; ii) les traités soumettant à un régime international spécial une zone, un territoire, un fleuve, une voie navigable ou un espace aérien déterminé [112]; les

[111] A cet égard il faut noter l'exclusion de ce type de traité de l'application de la règle *rebus sic stantibus* de l'article 59 (2).

[112] *Cf.* Waldock III, article 63 et la discussion à la 738e (§§ 29-51), à la 739e et à la 740e (§§ 3-38) séance. La Commission n'a pas accepté les propositions du Rapporteur spécial relatives aux traités créant des régimes objectifs, bien que les articles traitant des traités et des Etats tiers, en particulier l'article 32, aient été rédigés en tenant compte des considérations

traités de paix, de désarmement ou les traités qui ont pour but le maintien de la paix; iii) les traités réglant définitivement un différend international; et iv) les traités multilatéraux généraux intéressant la codification ou le développement progressif du droit international général [113]. Cependant, un consensus suffisant ne s'est réalisé au sein de la Commission sur aucun de ces exemples (à l'exception peut-être de celui des traités intéressant la codification), et l'article a par conséquent été adopté sous la forme d'une disposition générale.

Il y a eu accord général au sein de la Commission du droit international pour considérer que l'intention des parties constitue la clef permettant d'admettre la possibilité d'une dénonciation de ce type de traité, intention qui doit être établie non seulement d'après le texte même du traité, mais aussi en application des règles d'interprétation, lesquelles ne furent énoncées qu'ultérieurement, aux articles 27, 28 et 29. La Commission s'est d'ailleurs heurtée à certaines difficultés rédactionnelles à ce sujet. En 1963, elle employa la formule « le caractère du traité et ... les circonstances dans lesquelles il a été conclu ou les déclarations des parties ». C'était avant la rédaction des articles sur l'interprétation (articles 69, 70 et 71, adoptés en 1964). A la seconde lecture, en janvier 1966, cela fut comprimé de façon rigoureuse dans l'expression elliptique « à moins qu'il ne découle par ailleurs qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ». A la suite de la revision, en 1966, des articles sur l'interprétation, et de l'examen du problème général de savoir comment énoncer, dans les articles sur le droit des traités, le principe que l'application d'une règle donnée dépend de l'intention

---

de sir Humphrey et que l'article 34 vise également à laisser cette possibilité ouverte. *Cf.* article 34, Commentaire, § (4).

[113] *Cf.* les articles 34 et 40.

des parties établie conformément aux règles d'interprétation, la Commission a décidé d'adopter la formule « à moins qu'il ne soit établi » — formule générale employée chaque fois que l'on entend faire entrer en jeu pour l'application d'un article tous les éléments d'interprétation, c'est-à-dire (suivant la conception de la Commission) les éléments principaux que sont le texte et le contexte et les éléments complémentaires que constituent les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

Les gouvernements qui se sont référés à cette question se sont, pour la plupart, déclarés d'accord avec l'approche de la Commission, à l'exception de la délégation colombienne (783e séance de la Sixième Commission, paragraphe 11) qui s'y est fermement opposée. La raison en est, pensons-nous, que reconnaître un certain droit de dénonciation strictement réglementé correspond davantage à la pratique des Etats et à des exigences d'ordre pratique que les énergiques assertions en sens contraire, et qu'en liant cet article aux garanties de procédure on assure une certaine protection contre l'arbitraire. Il a également été avancé qu'un droit de dénonciation réglementé est de nature à réduire l'importance pratique de la doctrine *rebus sic stantibus*.

Au cours de la seconde lecture, les observations d'un gouvernement ont soulevé la question de savoir si, à côté de la terminaison, l'article 53 ne devrait pas comprendre aussi la possibilité de suspendre l'application d'un traité. Les considérations qui ont mené le Rapporteur spécial à accepter cette idée se trouvent exposées dans Waldock IV, Add. 1, Observations et propositions du Rapporteur spécial sur l'article 39, paragraphe 6, et le complément nécessaire fut ajouté au nouveau texte proposé par Sir Humphrey. Bien qu'aucune opposition ne semble s'être élevée lors de la discussion à la 829e séance, le Comité de rédaction a abandonné toute mention de la sus-

pension, sans donner aucune explication à ce sujet (841e séance, paragraphes 12-17) [114].

Le paragraphe 2 de l'article 53 exprime une idée présentée à Salzbourg par la minorité de la Onzième Commission. Il semble qu'elle a, elle aussi, obtenu l'approbation des gouvernements.

Le problème dont traite l'article 53 n'a pas été mentionné au paragraphe 7 de l'exposé préliminaire où figuraient un certain nombre de questions spécifiques sur lesquelles la Onzième Commission pourrait désirer porter son attention, dans la mesure où elle poursuivrait son travail sur la terminaison des traités. Il s'est agi là d'une omission volontaire, car votre rapporteur a estimé qu'il ne serait pas très utile d'ouvrir de nouveau le débat sur cette question dans le cadre de la Onzième Commission, étant donné que la Commission du droit international avait déjà trouvé un moyen de concilier les opinions opposées, en grande partie à la lumière de la discussion qui avait eu lieu antérieurement à la Onzième Commission et apparemment avec l'appui général de ceux des gouvernements qui avaient présenté des observations sur ce point. En outre, on peut rappeler qu'il a été largement reconnu au sein de l'Institut, à Bruxelles en 1963, que la proposition de la Commission du droit international (alors article 39) constituait un élément nouveau. A part celle de M. *Jiménez de Aréchaga*, aucune des réponses au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire n'a suggéré que la Onzième Commission devrait réexaminer la question. Dans ces circonstances, votre rapporteur ne fait pas de proposition à cet égard.

Par ailleurs, bien qu'on puisse avoir des doutes sur la valeur d'exhortations adressées aux Etats en ce qui concerne l'inclusion de clauses sur la durée des traités, ainsi que l'avait envisagé la

[114] La question a été soulevée une fois de plus en relation avec l'article 54 (texte de 1963) à la 848e séance.

Onzième Commission à Salzbourg, il semble que la Commission devrait réexaminer si elle entend une fois encore proposer des résolutions du type de celles mentionnées plus haut, et, dans ce cas, quelles modifications seraient, le cas échéant, appropriées.

Suspension de l'application d'un traité

51. *L'article 54* sur la suspension de l'application d'un traité correspond à l'article 51 portant sur la terminaison d'un traité, et les commentaires présentés au paragraphe 48 ci-dessus lui sont également applicables.

Nous pensons que la disposition permettant la suspension de l'application d'un traité au regard d'une partie déterminée par consentement de toutes les parties peut s'avérer précieuse dans les cas d'une impossibilité temporaire d'exécution qui, en vertu de l'article 58, ne peut être invoquée qu'en tant que motif pour la suspension de l'application d'un traité. Dans de telles circonstances, la disposition de l'article 54 fournit un utile succédané diplomatique des formalités prévues à l'article 62 et aux articles complémentaires. C'est à dessein que le mot « consentement » a été employé dans cet article ainsi que dans l'article 51, de façon à comprendre les différents types non formels de consentement — habituels dans la pratique diplomatique — et afin d'éviter l'introduction du concept d'« acte contraire ».

52. *L'article 55*, portant sur la suspension *inter se* de l'application d'un traité multilatéral dans des cas où le traité ne contient pas de dispositions en la matière, constitue, croyons-nous, une innovation complète dans le droit international des traités, et sa rédaction a entraîné des difficultés considérables (voir paragraphe 37 ci-dessus).

La question de la suspension de l'application d'un traité dans son ensemble est examinée aux paragraphes 34-41 ci-dessus.

Terminaison ou suspension implicite

53. *L'article 56* est étroitement lié à l'article 26 — dont le texte suit — [115] et d'une façon indirecte à l'article 37 — dont le texte se trouve au paragraphe 37 ci-dessus.

Article 26

Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés comme il est stipulé aux paragraphes suivants.

---

[115] *Histoire du texte de l'article 26: Introduit* dans Waldock II en tant qu'article 14 dans le contexte de la nullité. Discuté aux 685e (§§53-65), 687e et 703e séances et renvoyé au Rapporteur spécial. *Introduit* à nouveau dans Waldock III en tant qu'article 65 dans le contexte de l'application de traités. Discuté aux 742e et 743e séances. Texte du Comité de rédaction présenté à la 755e séance (§§ 1-21). Titre changé à la 773e séance (§ 9). Commentaire (L.106/Add. 7) adopté à la 773e séance (§§ 10-32). Portant le numéro 63 dans le *Rapport* 1964. *Observations au sein de la Sixième Commission* (1965): Argentine (846e séance, § 9); Chypre (847e séance, § 39); Etats-Unis d'Amérique (842e séance, § 10); Kenya (850e séance, § 38); Pays-Bas (847e séance, § 14), Royaume-Uni (843e séance, §§ 21, 23). Et voir le Rapport de la Sixième Commission (A/6090), §§ 46-47, dans les *Documents officiels* de la Vingtième Session de l'Assemblée générale, annexes, point 87 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/ 182 et Add. 1-3): Chypre, Etats-Unis d'Amérique, Israël, Pays-Bas (Add. 2), Royaume-Uni, Yougoslavie (Add. 3). *Examiné à nouveau* dans Waldock VI, Add. 3. Discuté aux 857e et 858e séances (§§ 1-35). Texte du Comité de rédaction présenté à la 875e séance (§§ 2-8). Adopté en tant qu'article 26 à la 893e séance (§§ 3-6). Commentaire (L.116/Add. 19) adopté à la 894e séance (§§ 182-183). En 1964, l'article fut adopté par 16 voix contre zéro, avec 3 abstentions, et en 1966 par 18 voix contre zéro, sans abstention et chaque fois M. Rosenne a fait une réserve expresse sur la référence à l'article 56. Pour un examen antérieur, voir Lauterpacht I et II, article 16; Fitzmaurice III, articles 18, 19; Fitzmaurice IV, article 8 (toujours dans le contexte de la nullité).

2. Lorsqu'un traité stipule qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le premier traité ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 56, le premier traité ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du second traité.

4. Si les parties au premier traité ne sont pas toutes parties au second:

a) Dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) Dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie au premier traité seulement, le premier traité régit leurs droits et obligations réciproques;

c) Dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie au second traité seulement, le second traité régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique, sans préjudice de l'article 37, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 57 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité.

Article 26

Application of successive treaties relating to the same subject-matter

1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not be considered as inconsistent with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation

under article 56, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible whith those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

(a) As between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;

(b) As between a State party to both treaties and a State party only to the earlier treaty, the earlier treaty governs their mutual rights and obligations;

(c) As between a State party to both treaties and a State party only to the later treaty, the later treaty governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 37, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 57 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

Artículo 26

Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los siguientes párrafos.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a otro tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 56, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando no todas las partes en el tratado anterior sean partes en el tratado posterior:

a) Entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) Entre un Estado parte en ambos tratados y un Estado que sólo sea parte en el tratado anterior, sus derechos y obligaciones mutuos se regirán por el tratado anterior;

c) Entre un Estado parte en ambos tratados y un Estado que sólo sea parte en el tratado posterior, sus derechos y obligaciones mutuos se regirán por el tratado posterior.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 57 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

L'article 41, tel qu'il avait été adopté en 1963, portait sur la terminaison (ou suspension) en tout ou en partie, mais en 1964 le Rapporteur spécial recommanda le transfert de la question de la terminaison ou suspension partielle à l'article 63 [116] et cette décision se reflète dans la version finale des articles 26 et 56.

Il convient de noter qu'ici, comme à l'article 51, la terminaison d'une partie d'un traité est sans rapport avec l'application des règles sur la divisibilité des dispositions d'un traité (article 41), car cet article repose sur l'hypothèse du consentement des parties. Dans les observations des gouvernements, la question s'est également posée de savoir si la suspension implicite de l'application ne devrait pas aussi être transférée de l'article 56 à l'article 26 [117].

---

[116] Waldock III, article 65, commentaire, § (20). *Cf. Rapport* pour 1964, article 63, commentaire, § (12); Waldock V, Add. 2, article 41; Waldock VI, Add. 3, article 63.

[117] N° 11 *(a)* des observations du gouvernement d'Israël sur l'article 63. *Cf.* aussi la déclaration de la délégation de El Salvador à la 782e séance de la Sixième Commission, § 5. Ce problème n'a pas été examiné par la Commission lorsqu'elle a revisé l'article 41 en janvier 1966. La question a été réexaminée en relation avec l'article 63 en 1966, et la décision prise a été négative.

L'article a, en général, obtenu l'approbation de ceux des gouvernements qui ont présenté des observations à son propos, bien que plusieurs d'entre eux aient estimé que sa teneur était évidente en elle-même. Cependant, des critiques plus sévères ont été exprimées au sein même de la Commission.

En particulier, M. Rosenne (691e séance, paragraphes 8-16, 830e séance, paragraphes 50-58) objecta que l'article était une répétition, qu'il faisait double emploi avec l'article 51 et à certains égards aussi avec l'article 36, portant sur l'amendement de traités multilatéraux, et qu'il était superflu, étant donné que le problème pratique était couvert en grande partie par l'article 26 auquel on pourrait ajouter d'autres éléments, au cas où ce qui était alors l'article 41 venait à être supprimé. Derrière cela, il y avait l'idée qu'il était inopportun de faire proliférer les motifs de terminaison et surtout de mentionner ce motif spécifique, dont on a dit qu'il était « fondé exclusivement et par définition sur une déduction tirée de l'interprétation à donner à une série d'opérations » (830e séance, paragraphe 52) et que l'article qui l'incorporait était « d'une subtilité excessive » (*loc. cit.*, paragraphe 51). Il a surtout jugé que le concept dans son ensemble était insuffisamment coordonné avec d'autres dispositions du projet d'articles. Pour ces raisons, M. Rosenne vota contre le paragraphe 1 (b) à la 841e séance et il s'abstint lors du vote sur l'ensemble de l'article. En 1963, MM. Tounkine, Bartoš, Tsuruoka et Briggs, et en janvier 1966, MM. Ago, Briggs et Verdross ont appuyé ces idées dans une certaine mesure. La difficulté ne résidait pas dans l'idée fondamentale qu'un traité subséquent peut implicitement mettre fin ou suspendre l'application d'un traité précédent, étant donné que cette cause de terminaison ou de suspension de l'application est bien établie en droit international. La difficulté s'est concentrée sur les questions de méthodologie et d'opportunité: était-il nécessaire, compte tenu des articles 51 et 54, de prévoir un article spécial

sur cet aspect de la terminaison, et les problèmes pratiques ne pouvaient-ils pas être couverts de façon satisfaisante par l'article 26? La question s'est également posée de savoir si la suspension de l'application d'un traité devrait être traitée de la même façon que la terminaison d'un traité.

Comme nous l'avons dit, les articles 26, 37 et 56 sont étroitement liés. Comme l'article 56 traite de la terminaison et de la suspension, il entre dans le champ d'application des garanties de procédure de l'article 62, et les conséquences de la terminaison et de la suspension sont couvertes par les articles 66 et 68. L'article 26 n'entre en ligne de compte que si le traité antérieur n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue dans son ensemble, car en vertu de l'article 26, paragraphe 3, la terminaison ou suspension partielle (qui opère indépendamment des dispositions sur la divisibilité, vu que les articles 26 et 56 reposent sur l'hypothèse du consentement) est traitée comme une question d'application et non de terminaison, même si toutes les parties au traité antérieur sont aussi parties au traité postérieur.

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 26 partent de l'hypothèse que les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur. Le paragraphe 4 énumère les différentes applications du principe *lex posterior derogat priori* dans ces circonstances, touchant ainsi à certains aspects du droit intertemporel et de la relativité des traités, sans préjudice toutefois de l'article 37 sur la modification *inter se* d'un traité multilatéral, ainsi que de toute question de terminaison ou de suspension aux termes de l'article 57 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité postérieur dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un traité antérieur. En se référant à l'article 57, le paragraphe 5 de l'article 26 ouvre la

possibilité de lier cet ensemble d'articles aux modalités procédurales de l'article 62.

Le paragraphe 4 de l'article 26 peut soulever une question curieuse, sur laquelle la Commission du droit international ne semble pas avoir porté son attention. Le paragraphe 3 de cet article, en se référant à l'article 56, reconnaît que le premier traité peut être considéré comme ayant pris fin ou non, ou comme ayant été suspendu dans son application ou non, suivant l'interprétation donnée à l'intention des parties lorsqu'elles ont conclu le nouveau traité. Le paragraphe 4 de l'article 26 stipule que si les parties au premier traité ne sont pas toutes parties au second, dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3. Ici se pose la question de savoir si cela ne signifie pas que le traité antérieur peut *prendre fin* entre des Etats parties aux deux traités, par application de l'article 56, et si en même temps il peut ne pas prendre fin entre des Etats qui ne sont pas parties aux deux traités. Une telle interprétation ne semblerait pas souhaitable. La question de la terminaison implicite a été discutée dans Giraud I, en relation avec les seules conventions multilatérales, aux pages 39-40 et 45-59, mais aucune conclusion formelle n'a été présentée.

Au paragraphe 7 de l'exposé préliminaire, nous suggérions que la Commission pourrait désirer examiner les problèmes posés par les articles 26 et 56. Les observations du rapporteur sur la base des réponses reçues figurent aux paragraphes 74 et 75 ci-dessous.

Violation du traité

54. *L'article 57* exprime le principe accepté et non controversé *non adimplementi contractus*, discuté aussi dans Giraud I (pp. 30-34). C'est, parmi les articles relatifs aux motifs de fond pour mettre fin aux traités, le seul qui établit une nette distinc-

tion entre traités bilatéraux et multilatéraux. La Commission, en l'adoptant en tant qu'article 42 en 1963, a rejeté l'opinion selon laquelle toute violation d'un traité met automatiquement fin au traité ou donne à la partie lésée le droit sans réserve de mettre fin au traité ou d'en suspendre immédiatement l'application. La Commission a soutenu que les violations de caractère grave pouvaient être invoquées, conformément aux modalités de procédure de l'article 62, en tant que motif pour mettre fin ou suspendre l'application d'un traité en tout ou en partie, tout en laissant à la partie lésée une grande liberté de choix en la matière [118]. Cette approche générale a recueilli l'approbation des gouvernements qui ont fait des commentaires sur cet article; la plupart de leurs observations ont porté sur ce qui était alors l'article 42, paragraphe 2, qui fut considéré dans l'ensemble comme donnant, dans le cas d'une violation d'un traité multilatéral, une liberté d'action trop large et trop imprécise aux autres parties à ce traité.

Dans le passé, des qualificatifs tels que « grave » [119] et « fondamentale » [120] ont été proposés [121] pour caractériser la violation

---

[118] L'opposition principale provenait de M. Briggs, qui suggéra qu'une violation grave donnait le droit de suspendre l'application du traité jusqu'au moment où il aura été statué par la voie judiciaire sur les questions à résoudre. 692e séance, § 15. Cette vue est similaire à celle exprimée à l'article 27 du *Harvard Research on the Law of Treaties.*

[119] Giraud I, p. 28.

[120] Fitzmaurice II, articles 18, 19, 20.

[121] Toutefois, certaines autorités ne proposent pas de qualificatif. *Cf.* article 27 du Harvard Research. De même, le § 158 du *American Law Institute's Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (1965). Certes, il est vrai qu'une violation non qualifiée peut conduire à réclamer une réparation en vertu de la théorie générale de la responsabilité des Etats, mais ce type de prétention n'est dirigé ni contre la continuation de la durée du traité, ni contre l'obligation de l'appliquer en tant que telles. *Cf.* Fitzmaurice IV, articles 17A, 18, 20, 34-39.

— son importance et sa gravité — qui conduirait à une application de la règle. En 1963, la Commission a accepté la proposition de sir Humphrey en ce qui concerne l'adjectif « substantielle ». Mais elle n'a pas été d'accord avec sa définition initiale de « violation substantielle » (article 20, paragraphe 2 de Waldock II) qui comprenait deux alternatives. Une des alternatives se référait à une violation si essentielle qu'elle équivalait à répudier toute disposition à propos de laquelle la formulation de réserves était expressément interdite ou implicitement exclue aux termes de l'article 18 de la Partie I, tel qu'il avait été adopté en 1962 (maintenant article 16), et la seconde avait trait à une disposition dont la non-exécution était incompatible avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité. La tentative de lier la définition de violation substantielle aux conditions de l'admissibilité des réserves (conditions basées en partie sur l'avis consultatif de 1951) a été critiquée au sein de la Commission du droit international surtout pour la raison que ni le fait d'avoir une « clause de réserves » dans un traité, ni le principe de la « compatibilité avec le but et l'objet » de la convention, adopté par la Cour internationale dans cet avis consultatif, ne pouvaient fournir un critère pertinent pour le caractère substantiel d'une violation, étant donné que leur but était entièrement différent, même si le concept n'était pas à exclure entièrement. Ainsi, le paragraphe 3 *b)* de l'article 57 fait écho, tout en en différant, à l'article 16 *c)*, sur la formulation de réserves, qui se réfère à une réserve « incompatible avec l'objet et le but du traité »: il définit une violation substantielle comme une violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. Malgré la similitude des termes employés, il ne faut cependant pas en déduire que l'application concrète sera la même dans chaque cas.

Une définition alternative de la violation substantielle est basée sur une répudiation du traité. Tant en 1963 qu'en janvier

1966, l'expression de répudiation « non fondée », qui figurait dans le texte de 1963 de l'article 42, a créé des difficultés, en raison du fait que toute « répudiation » est « non fondée » [122]. Le problème était que dans certaines circonstances la répudiation d'un traité peut se trouver fondée sur les articles mêmes du droit des traités (par exemple, aux termes de certains des autres articles relatifs à la nullité ou à la terminaison), voire, de façon générale, sur d'autres règles du droit international (*Cf.* paragraphes 16, 17 ci-dessus). En janvier 1966, la Commission a remplacé « répudiation non fondée » par « répudiation non autorisée par les présents articles », mais il n'est pas certain que cette formule soit adéquate dans ce contexte. Toutefois, dans la mesure où une violation apparente peut être autorisée par un organe compétent des Nations Unies agissant conformément à la Charte, il est possible que des dispositions telles que l'article 26, paragraphe 1 (avec sa référence expresse à l'Article 103 de la Charte), et l'article 70 soient pertinents.

Un élément supplémentaire de définition apparaissait encore, bien que sous une forme négative, dans les textes rédigés lors de la première lecture, et ce à l'article 66, paragraphe 5 (tel qu'il a été adopté en 1964) portant sur la modification des traités multilatéraux. Ce paragraphe stipulait que l'application d'un accord modifiant un traité dans les relations entre les Etats devenus parties à cet accord ne pouvait pas être alléguée par une autre partie au premier traité comme constituant une violation de ce traité lorsque cette partie a signé le texte de

[122] M. Lachs, 709e séance, § 109; Sir Humphrey Waldock, *loc. cit.*, § 120; M. Jiménez de Aréchaga (Président), *loc. cit.*, § 128; M. Verdross, 831e séance, § 38; Sir Humphrey Waldock, 832e séance, § 3 et 841e séance, § 5; M. Verdross, *loc. cit.*, § 14 et réponse de Sir Humphrey au § 16; voir aussi l'échange de vues entre MM. Verdross, Bartoš (Président), Ago et sir Humphrey Waldock, dont résulte la formulation actuelle.

l'accord qui modifie le traité ou a autrement indiqué clairement qu'elle ne s'opposait pas à la modification. La signature de l'accord modifiant le traité ou l'indication de ne pas s'opposer fait jouer les dispositions sur l'*estoppel* (forclusion) de l'article 42. Mais en 1966, cette disposition a été enlevée du texte de ce qui est devenu l'article 36 pour être transférée, dans une forme revisée, à ce qui est devenu l'article 26, paragraphe 5, relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière (pour le texte voir au paragraphe 53 ci-dessus). C'est là une tentative de faire apparaître dans le droit des traités la distinction entre obligations de type réciproque, intégral et interdépendant, et la référence à l'article 57 figurant à l'article 26, paragraphe 5, peut, comme nous l'avons déjà indiqué dans un autre contexte, faire entrer en jeu les modalités de procédure de l'article 62.

En ce qui concerne la question de la divisibilité d'un traité en cas de violation, Waldock II (article 20) considérait apparemment que la divisibilité de la disposition violée était une option appartenant à l'Etat lésé. En 1963, la Commission a établi, dans l'article 42, paragraphe 4, que la terminaison ou la suspension partielle de l'application du traité était soumise aux conditions énoncées à l'article 46 tel qu'il avait été adopté alors, bien que ne se limitant pas uniquement à la disposition violée. En 1966, les dispositions sur la divisibilité ont été généralisées et sont devenues applicables à la plupart des articles sur la nullité ou la terminaison (sous réserve des dispositions spéciales figurant dans ces articles eux-mêmes ou à l'article 41). Si l'on compare à cet égard les articles 57 et 41, il semble que l'Etat lésé possède une liberté totale de choisir s'il entend réagir à la violation substantielle en relation avec le traité dans son ensemble ou uniquement avec une partie de ce traité, et cela sans qu'il doive se référer aux règles de fond sur la divisibilité. A la 836e séance, en particulier, deux membres

de la Commission [123] ont expressément déclaré ne pas considérer que les dispositions sur la divisibilité puissent s'appliquer aux cas de violation. Au cours de la discussion sur la divisibilité, il a été reconnu maintes fois que la violation constituait un cas à part. A la 842e séance (paragraphe 88), M. Castrén souleva cette question en relation directe avec le rapport du Comité de rédaction; cela conduisit, à la 843e séance, à l'introduction du texte actuel de l'article 41, paragraphe 2, le Rapporteur spécial ayant expliqué que le paragraphe entendait se référer aux cas de terminaison qui ne sont pas prévus dans le traité et que, d'autre part, dans ce contexte, une référence à l'article 57 était particulièrement nécessaire. Les termes utilisés semblent corroborer l'opinion selon laquelle les dispositions sur la divisibilité ne peuvent pas s'appliquer aux cas de violation. D'autre part, la définition même de la violation substantielle peut rendre superflue toute référence spécifique aux conditions fondamentales de la divisibilité de l'article 41 [124].

Les effets d'une violation substantielle sur un traité bilatéral sont énoncés sous une forme simple à l'article 57, paragraphe 1; il semble qu'ils n'exigent pas de commentaires particuliers en dehors des remarques d'ordre général que nous venons de faire. Cependant, les dispositions relatives aux conséquences d'une violation substantielle d'un traité multilatéral sont plus compliquées, en partie à cause des différents types de situations pouvant découler de traités multilatéraux et des conséquences très différentes susceptibles d'être attribuées à une violation substantielle de ce type de traités.

On peut observer d'emblée que tandis que dans le cas d'un traité bilatéral, il est proposé une simple alternative entre la

---

[123] MM. Jiménez de Aréchaga et Rosenne (§§ 15, 19).

[124] *Cf.* discussion du Commentaire de l'article 41 à la 891e séance (§§ 43-67).

terminaison ou la suspension de l'application d'un traité en totalité ou en partie, dans le cas d'un traité multilatéral, en revanche, l'ordre est entièrement renversé: dans chacune des hypothèses prévues au paragraphe 2, on trouve en premier lieu la suspension de l'application. L'approche est donc ici fondamentalement différente; c'est dans le texte de l'article 42 tel qu'il a été adopté en 1963 qu'elle apparaît pour la première fois, contrairement aux propositions originaires de Waldock II. Cela a été souligné davantage encore au cours de la seconde lecture. Il n'en découle pas — les termes de l'article 57 sont très clairs à cet égard — que la terminaison du traité par toutes les autres parties ne peut jamais être prévue en tant que sanction de la violation d'un traité multilatéral. Toutefois, la formulation de l'article 57 donne nettement l'impression qu'il ne s'agirait pas là de la sanction normale, laquelle devrait se limiter en principe à la suspension de l'application du traité. Cela est encore mis en évidence par l'article 40 et par les considérations qui ont conduit à son inclusion dans les articles sous sa forme actuelle (voir paragraphe 45 ci-dessus).

Trois éventualités ont été envisagées dans le cas des traités multilatéraux: i) l'accord commun des autres parties de suspendre l'application du traité ou de mettre fin à celui-ci soit dans les relations entre elles-mêmes et l'Etat auteur de la violation, soit entre toutes les parties (sans divisibilité); ii) la réaction individuelle d'une partie « spécialement atteinte par la violation », limitée à la suspension de l'application du traité dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation, une divisibilité du traité étant admise dans ce cas; et iii) une autre réaction individuelle similaire, laissée au choix de toute autre partie — mais sans possibilité de divisibilité — si le traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie « modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses

obligations en vertu du traité ». Il est à noter que tandis que le paragraphe 1 (sur les traités bilatéraux) et le paragraphe 2 *b*) — éventualité ii) des traités multilatéraux — emploient l'expression « invoquer la violation comme motif pour », établissant ainsi un lien très clair entre la violation et les dispositions procédurales des articles 62-64, les termes utilisés pour les éventualités i) et iii), dans les cas des traités multilatéraux, sont en apparence absolus; c'est là un exemple unique en son genre dans tous les articles sur la terminaison, hormis le cas exceptionnel de l'article 61, qui est toutefois couvert par l'article 62. En ce qui concerne l'éventualité i), on peut penser que l'exigence de l'unanimité de toutes les autres parties fournit une alternative satisfaisante à la procédure formelle des articles 62-64 (*cf.* articles 51 et 54, paragraphes 48 et 51 ci-dessus). D'autre part, il n'est pas évident que la formulation apparemment tout à fait subjective de l'éventualité iii) soit compatible avec la philosophie générale des articles dans leur ensemble.

Nous ne pensons pas que l'éventualité i) appelle d'observations supplémentaires dans aucune de ses alternatives.

L'expression « une partie spéciale atteinte par la violation » a été introduite dans la formulation de l'éventualité ii) en vue de répondre aux préoccupations de plusieurs gouvernements, notamment ceux des Etats-Unis et des Pays-Bas, pour qui ce serait aller trop loin que de donner ce droit à n'importe quelle autre partie et selon lesquels la disposition devrait se limiter à celles des autres parties dont les intérêts ont été atteints par la violation. La discussion qui a pris place sur ce point en janvier 1966 est importante en ce qu'elle réaffirme le principe que juridiquement toutes les parties à un traité multilatéral ont le même intérêt en ce qui concerne l'application du traité [125].

[125] Au cours de cette discussion, on s'est référé à l'Article 63 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui donne le droit d'intervenir au

En même temps, il a été admis que certaines parties peuvent être atteintes d'une manière plus directe que d'autres par la violation. Le choix s'est dès lors porté sur une formule qui établit une distinction entre l'« intérêt » en tant que tel de toutes les parties contractantes (comme le proposait Waldock V) et la situation particulière du ou des Etats spécialement atteints. Etant donné que cette disposition est soumise à la procédure des articles 62-63, il semble que le contrôle nécessaire de l'élément subjectif qui s'attache inévitablement à l'appréciation des intérêts spécialement atteints d'un Etat est assuré.

L'éventualité iii) a été introduite à la seconde lecture, surtout en vue de répondre au souci exprimé par le gouvernement du Canada, pour lequel dans le cas de traités multilatéraux aux termes desquels les parties conviennent de s'abstenir de telle ou telle action, lors d'une violation flagrante par une des parties, aucune autre partie n'aurait de recours lui appartenant en propre. Ce gouvernement suggéra par conséquent que dans ce cas une partie ait à titre individuel le droit de suspendre l'application du traité *erga omnes* sans devoir obtenir l'accord préalable des autres parties. Tout en acceptant l'idée générale, le Rapporteur spécial a considéré que les termes de l'exception proposée par le gouvernement canadien étaient trop larges. L'article 57, paragraphe 2 *c)*, tel qu'il a été adopté par la Commission est assez différent de la proposition figurant à l'article 42, paragraphe 2 *(bis)* de Waldock V, bien que l'idée générale soit la même. Pendant la discussion, il a été déclaré clairement que le gouvernement canadien se référait en particulier à un traité de désarmement [126].

---

procès devant la Cour à tout Etat partie à une convention lorsque l'interprétation de cette convention est en question — disposition qui a également été appliquée par analogie dans des affaires consultatives.

[126] M. Cadieux, 831e séance, § 61.

On peut soulever la question de savoir si le paragraphe 2 *c)* est compatible avec la définition de violation substantielle du paragraphe 3.

Le paragraphe 4 contient une garantie de procédure supplémentaire en ce qu'il protège de la terminaison ou de la suspension prévues à l'article 57 certaines des dispositions du traité violé lui-même, telles que les dispositions sur le règlement de différends découlant de l'application ou de l'interprétation du traité (dans la mesure où elles s'appliquent en cas de violation). Le texte de 1963 (paragraphe 5), allait plus loin, en se référant non seulement aux dispositions du traité, mais aussi à celles de tout instrument y relatif (tel qu'une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice), et cela avait été maintenu dans Waldock V. Toutefois, lorsque l'article fut présenté à nouveau par le Comité de rédaction, le paragraphe 4 apparut dans sa forme actuelle, en raison du fait que la portée de la disposition précédente avait été jugée trop vaste. Le Rapporteur spécial expliqua que l'article 57 n'avait trait qu'aux conséquences fondamentales de la violation et que la question d'un règlement judiciaire indépendant était une question distincte qui devait être couverte par l'article 62 [127].

Dans *l'exposé préliminaire* (paragraphe 7), nous avons suggéré que la Onzième Commission pourrait désirer examiner la question de la violation et ses conséquences. Les observations de votre rapporteur, sur la base des réponses reçues, figurent aux paragraphes 74 et 75 ci-dessous [128].

---

[127] 842e séance, §§ 6, 15. Votre rapporteur émit alors des réserves sur ce point. *Loc. cit.*, §§ 8, 19. Toutefois, l'article 62, § 4, lui paraît, à la réflexion, approprié.

[128] Sur la question spéciale de la suspension de l'application dans le cas d'une violation, voir le § 39 ci-dessus.

Impossibilité ultérieure d'exécution

55. *Les articles 58 et 59* peuvent être considérés conjointement, étant donné qu'ils couvrent l'ensemble des problèmes posés par la survenance ultérieure d'une situation rendant objectivement impossible ou subjectivement indésirable l'exécution d'un traité. L'article 58 traite de l'éventualité de la survenance d'une situation rendant matériellement impossible l'exécution et l'article 59 traite du changement fondamental de circonstances [129], dans les deux cas en tant que motifs pour mettre fin à un traité ou (dans le premier cas seulement) pour suspendre temporairement son application.

Dans Waldock II (article 21), la proposition originaire en ce qui concerne l'article 58 comprenait un paragraphe supplémentaire relatif à l'effet de l'extinction d'une partie sur la continuation d'un traité. La Commission du droit international a estimé que cet aspect appartenait au sujet de la succession d'Etats et de gouvernements, et tout en supprimant de l'article la référence à cette question, elle a décidé d'inclure à ce sujet une réserve spécifique dans son rapport [130].

Pendant la discussion qui a eu lieu sur cette question en 1963, l'attention fut attirée sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-ouest africain* (exceptions préliminaires), arrêt qui semble impliquer que dans le cas de la substitution d'une organisation internationale, telle que les Nations Unies, à une organisation comparable, comme la Société des Nations, l'effet de la disparition de l'organisation

[129] La Commission a délibérément évité l'emploi de l'expression traditionnelle *rebus sic stantibus*, figurant dans Waldock II, à cause de ses associations et abus historiques de mauvaise mémoire, surtout pendant la période entre les deux guerres mondiales.

[130] *Rapport* pour 1963, § 14, et article 43, commentaire, § (3); *Rapport* pour 1966, article 58, Commentaire, § (6).

sur un traité auquel elle était partie est probablement différent que lorsqu'on est en présence d'un traité conclu entre deux Etats. Si nous faisons état de cela ici, ce n'est que pour donner un exemple d'un cas qui nécessitera des études ultérieures avant que l'on puisse appliquer le droit des traités conclus entre Etats à des traités conclus entre un Etat et une organisation internationale — question qui se trouve expressément réservée dans la codification du droit des traités entreprise par la Commission.

La question du rapport entre le sujet de la succession d'Etat et le concept *rebus sic stantibus* a été soulevée en relation avec le problème du changement fondamental de circonstances lors de la seconde lecture, en janvier 1966, sur suggestion du gouvernement de la Jamaïque. La Commission n'a cependant pas estimé nécessaire de changer sa décision de principe. Il ne semble pas que cet aspect fasse partie du mandat de la Onzième Commission, mais bien de celui de la Quinzième Commission (voir note 28 ci-dessus).

Alors que la Commission ne s'est pas heurtée à de grandes difficultés en ce qui concerne le fond de l'article 58, qui a été accepté de façon générale par les gouvernements qui l'ont commenté, la rédaction de l'article en revanche a posé un nombre considérable de problèmes. Tant en 1963 qu'en janvier 1966, les textes adoptés par la Commission différèrent considérablement de ceux présentés par le Rapporteur spécial. La difficulté principale concerne la situation où un traité a été exécuté en partie, et Waldock V proposait que, dans ces circonstances, une partie qui a retiré des avantages des dispositions déjà exécutées puisse être tenue de fournir une compensation équitable à l'autre partie ou aux autres parties à raison de ces avantages. Toutefois, plusieurs membres de la Commission ont estimé qu'ainsi étaient soulevées des questions se trouvant en dehors de la portée de cet article, voire même en

dehors du droit des traités (par exemple en ce qui touche la responsabilité des Etats) et que de toute façon cet article n'était pas l'endroit approprié pour introduire cette idée.

En ce qui concerne l'article 59, aussi bien en 1963 qu'en 1966, la discussion sur le problème du changement fondamental de circonstances s'est trouvée compliquée par deux facteurs: 1) le désaccord entre les membres de la Commission sur la question fondamentale de savoir si le concept était établi *de lege lata* et 2) la question connexe de savoir si l'article pouvait être introduit en toute sécurité sans être accompagné d'une disposition prévoyant expressément le règlement judiciaire des différends — ce que préconisaient en particulier les gouvernements du Danemark, des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Turquie, et plusieurs délégations au sein de la Sixième Commission (1963), en particulier celles de la Chine (Formose) et de l'Italie. Pour des motifs tant doctrinaux que politiques, l'article 59 est probablement le plus controversé de cette partie des articles sur le droit des traités. Les arguments pour et contre sont connus et il n'est pas nécessaire de les répéter ici (la question du règlement judiciaire indépendant est traitée dans le cadre de notre examen de la procédure au paragraphe 58 ci-dessous). D'autre part, il semble qu'il serait peut-être approprié de présenter quelques considérations susceptibles de venir mitiger la sévérité des critiques exprimées à l'encontre de l'ensemble de cette doctrine.

En premier lieu, il est significatif que tant lors de la première lecture en 1963 qu'à la seconde lecture, en 1966, l'article ait été adopté à la quasi-unanimité [131]. Cela n'est pas dû à des raisons accidentelles ou sentimentales, mais s'explique par la structure

[131] Le nom du membre qui s'est abstenu en 1963 n'est pas indiqué dans le compte rendu de la 717e séance, mais il semble qu'il s'agissait de M. Briggs (833e séance, § 74). En janvier 1966, le vote négatif émanait de M. Ruda, et M. Briggs s'est abstenu, 842e séance, §§ 55 et 57.

de l'ensemble des articles et, en particulier par l'interdépendance qui caractérise les articles traitant des motifs de terminaison et les articles sur la procédure. L'article 59 est la réponse de la Commission (peut-être subconsciente) au défi exprimé en 1949 dans un mémoire du Secrétaire général des Nations Unies, où on lit à propos de la doctrine *rebus sic stantibus*:

> Il y a lieu de croire qu'en raison de son importance et de ses incidences politiques, c'est là le type de question qu'une autorité incontestée, telle que la Commission du droit international, pourra régler utilement à propos de la codification du droit relatif aux traités [132].

Si la Commission a pu obtenir à deux reprises une impressionnante unanimité sur un sujet aussi controversé, c'est parce que l'article n'est plus indépendant, mais intégré dans un code complet sur le droit des traités, comprenant aussi les articles 40, 53 et les articles étroitement liés que sont les articles 39 et 62-64. On peut considérer que, dans ce contexte, la force destructive potentielle de la doctrine *rebus sic stantibus*, *prise isolément*, se trouve réduite.

En second lieu, on peut également estimer que certains articles sur la nullité des traités, notamment ceux sur l'erreur (article 45) et la contrainte en ses deux formes (articles 48 et 49) et peut-être aussi l'introduction du concept de *jus cogens* dans le droit des traités en tant que motif hybride à la fois de nullité et de terminaison (article 61) conduisent à enlever beaucoup de leur âpreté à de nombreuses discussions théoriques sur la doctrine *rebus sic stantibus*. A cet égard, il convient, pensons-nous, d'attacher une importance particulière à l'article sur l'erreur, qui porte:

---

[132] *Examen d'ensemble du Droit international en vue des travaux de codification de la Commission du Droit international:* Mémorandum du Secrétaire général (doc. A/CN.4/1/Rev.1, 1949), § 92. Ce mémorandum a été présenté de façon anonyme, mais on sait maintenant qu'il a été établi par feu sir Hersch Lauterpacht. Déclaration du Dr Yuen-Li Liang, Secrétaire de la Commission du droit international, 535e séance (1960), § 33.

Article 45 [133]

Erreur

1. Un Etat peut invoquer une erreur dans un traité comme viciant son consentement à être lié par le traité si l'erreur porte sur un fait ou une situation que cet Etat supposait exister au moment où le traité a été conclu et qui constituait une base essentielle du consentement de cet Etat à être lié par le traité.

2. Le paragraphe ci-dessus ne s'applique pas lorsque ledit Etat a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsque les circonstances ont été de nature à informer cet Etat de la possibilité d'une erreur.

3. Une erreur ne concernant que la rédaction du texte ne porte pas atteinte à la validité d'un traité; dans ce cas, l'article 74 s'applique.

---

[133] *Histoire du texte: Introduit* dans Waldock II en tant qu'articles 8, 9 et 10. Discuté à la 679e séance (§§ 61-75) et à la 680e séance. Texte du Comité de rédaction introduit à la 705e séance (§§ 2-18). Texte revisé présenté à la 717e séance (§§ 2-8). Amendé et adopté en tant qu'article 34 à la 720e séance (§ 61). *Commentaire* (L.102/Add. 1) adopté à la 719e séance (§§ 39-42). *Observations au sein de la Sixième Commission* (1963): Brésil (793e séance, § 16); Bulgarie (788e séance, § 9); El Salvador (782e séance, § 4); Equateur (789e séance, § 25); Etats-Unis d'Amérique (784e séance, § 27); Iran (787e séance, § 32); Irak (788e séance, § 20); Pakistan (791e séance, § 28); Pérou (789e séance, § 17); Syrie (786e séance, § 16); Thaïlande (791e séance, § 4). Voir aussi le Rapport de la Sixième Commission (A/3601), § 15, dans les *Documents officiels* de la Dix-huitième session de l'Assemblée générale, annexes, point 69 de l'ordre du jour. *Observations des gouvernements* (A/CN.4/175 et Add. 1-5): Etats-Unis d'Amérique, Israël, Pays-Bas (Add. 1), Portugal, Royaume-Uni, Suède (Add. 2), Yougoslavie (Add. 5). *Examiné à nouveau* dans Waldock V. Discuté à la 825e séance (§§ 1-50). Texte du Comité de Rédaction présenté à la 840e séance (§§ 19-44). Adopté en tant qu'article 45 à la 893e séance (§§ 71-73). Commentaire (L.116/Add. 1) adopté à la 889e séance (§§ 61-78). En 1963, le texte avait été adopté par 13 voix contre zéro avec une abstention (717e séance) et en janvier 1966, il a été adopté par 17 voix contre zéro. Pour un examen antérieur, voir Lauterpacht I, article 14 et Fitzmaurice III, article 12.

L'article 74, mentionné au paragraphe 3, traite de la correction des erreurs au sujet desquelles les Etats contractants *sont d'accord*. Il revêt un caractère formel.

Article 45

Error

1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.

2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error, or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error.

3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 74 then applies.

Artículo 45

Error

1. Todo Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y que constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.

2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubieran debido prevenirle contra la posibilidad de error.

3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste; en tal caso se aplicará el artículo 74.

Lorsque le Rapporteur spécial introduisit cet article en 1963, il tenta d'établir une distinction entre l'erreur mutuelle et l'erreur d'une seule partie, s'agissant dans les deux cas de la substance du traité; en amalgamant ces dispositions, la Commission a clairement indiqué que l'erreur doit posséder un élément subjectif ou psychologique et qu'elle ne doit pas consister en une simple erreur de calcul. L'article relatif au changement fondamental de circonstances a été rédigé sciemment de façon à ne pas paraître constituer une simple règle supplémentaire relative à l'erreur (y compris peut-être les

erreurs de calcul), mais à devenir véritablement une norme juridique objective, un peu semblable aux concepts de « frustration » du contrat et d'imprévision que l'on rencontre dans de nombreux systèmes de droit interne. En adoptant l'article sous cette forme, la Commission a aussi rejeté les théories selon lesquelles il s'agit là d'une règle d'interprétation ou d'une notion basée sur une disposition implicite de tout traité.

Le groupe d'articles qui viennent d'être mentionnés constituent les principales dispositions introduites de façon délibérée par la Commission du droit international en vue de contrebalancer la rigidité qui, comme beaucoup le craignaient, aurait caractérisé la codification du droit des traités si l'accent avait été mis uniquement sur la stabilité des traités. C'est là la contribution de la Commission à la formulation des règles visant à un changement pacifique dans cette branche du droit. La philosophie sous-jacente s'attachant à cette vue des choses a été exprimée par Sir Humphrey Waldock dans le passage suivant, qui a reçu un accueil favorable au sein de la Commission:

> A treaty may remain in force for generations and its stipulations come to place an undue burden on one of the parties. Then, if the other party is obdurate in opposing any change, the fact that international law recognized no legal means of terminating or modifying the treaty otherwise than through a further agreement between the same parties may impose a serious strain on the relations between the States concerned. It may be better to try to fill this gap in the law even by a legal institution so imperfect as the *rebus sic stantibus* doctrine, rather than leave that dissatisfied State ultimately to release itself from the treaty by means outside the law [134].

Lors de la discussion sur ces deux articles, la question fut posée de savoir si, dans le cas de l'article 58, une partie pouvait

---

[134] Waldock II, article 22, Commentaire, § 6. Nettement approuvé par la Commission au § (6) du Commentaire de l'article 59. La citation mentionnée ci-dessus est maintenue dans sa version anglaise originale sur la demande du rapporteur.

invoquer l'impossibilité d'exécution survenue en raison de sa propre violation du traité et si, dans le cas de l'article 59, une partie pouvait invoquer un changement fondamental de circonstances résultant également de sa propre violation du traité. La Commission décida qu'il ne serait pas approprié d'ajouter quelque chose à cet effet à l'article 58, mais elle apporta en revanche une modification dans ce sens à l'article 59, par. 2 *b)*. Toutefois, ce qui a été ajouté se réfère à la violation tout court, violation, il est vrai, qui doit produire un « changement fondamental de circonstances » tel qu'il est défini à l'article 59: en fait, il est probable que cela équivaut à une « violation substantielle » [135].

Comparée à ces importants problèmes de principe, la question du texte même de l'article 59 est peut-être relativement secondaire. La formulation négative du paragraphe 1 vise avant tout à souligner le caractère exceptionnel de la règle elle-même (*cf.* paragraphe 42 ci-dessus), et il ne semble pas que les deux éléments fondamentaux, dont la réunion simultanée est exigée, provoquent une grave controverse (bien qu'il en aille différemment du problème de leur relation réciproque). D'autre part, à en juger par le débat qui a eu lieu au sein de la Sixième Commission en 1963, l'exclusion des traités établissant une frontière du champ d'application de la règle a beaucoup de chances de devenir une importante source de controverses politiques. On peut faire deux observations à cet égard. En premier lieu, le fait que *cette* codification du droit des traités réserve toutes les questions de succession d'Etats intéresse directement de nombreux traités établissant une frontière, dont la terminaison pourrait sans cela être invoquée en vertu de l'article 59. En second lieu, la définition du terme « partie » aux

[135] *Cf.* la discussion sur le Commentaire de l'article 44 (maintenant article 59) à la 890e séance (§§ 114-117).

fins du projet d'articles, figurant à l'article 2, paragraphe 1 1) *(g)* — : « un Etat qui a consenti à être lié par un traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur » — exclut probablement de la portée de *ces* articles les traités qui auraient pu devenir obligatoires pour un Etat *ope juris*, sans que cet Etat ait consenti à être lié par eux (à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que cela soit possible, supposition au sujet de laquelle on peut émettre des doutes). D'autre part, comme l'indique le paragraphe 17 du commentaire de l'article 22 dans Waldock II, cette exclusion rencontre un certain appui dans la pratique des Etats.

Au cours de l'examen prolongé de cette question, on a proposé de limiter la portée de la disposition à des traités perpétuels ou tout au moins à des traités de longue durée. Certes, dans la plupart des cas, bien qu'on voie mal quelle nécessité il pourrait y avoir de recourir à l'article 59 pour des traités de courte durée, il n'en demeure pas moins que les « grands bouleversements du XX[e] siècle »[136] — comme les a appelés la Commission — ont montré ce que cette vue des choses avait d'artificiel qui, ajoutons-le, aurait mis la Commission en contradiction avec les raisons mêmes qui l'avaient incitée à introduire une disposition du type de celle de l'article 59.

En résumant le débat sur la seconde lecture, à la 835[e] séance (paragraphe 2), Sir Humphrey Waldock a indiqué avec précision les problèmes fondamentaux posés par cet article:

> On trouve, tant dans la pratique des Etats que dans la doctrine, de trop nombreuses indications montrant l'existence d'une norme ou d'une théorie selon laquelle un changement fondamental des circonstances peut compromettre le maintien en vigueur d'un traité pour pouvoir passer la question sous silence. La Commission [du droit international] pouvait choisir entre deux solutions: soit de déclarer que pareille norme n'existe pas, soit d'essayer de la définir avec assez de rigueur

[136] Article 59, Commentaire, § (8).

pour qu'elle puisse être acceptée dans le cadre de la codification du droit des traités. Or, la première méthode a été écartée parce 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*.

Dans l'*exposé préliminaire* (paragraphe 7), nous avons suggéré que la Onzième Commission pourrait souhaiter examiner la question de la survenance de l'impossibilité d'exécution des articles 58 et 59, y compris la question du changement fondamental de circonstances *(rebus sic stantibus)*. Les observations de votre rapporteur sur la base des réponses reçues se trouvent aux paragraphes 74 et 75 ci-dessous.

Rupture des relations diplomatiques

56. L'*article 60*, qui, au moment de son adoption en 1964 en tant qu'article 64, comprenait quelques règles de fond sur l'effet de la rupture des relations diplomatiques entre les parties a été rédigé à nouveau à la seconde lecture et il a été transféré à la section traitant la terminaison. Par conséquent, il semble désormais n'avoir que le caractère d'une réserve de nature préventive, semblable à certains égards à l'article 52, et il se borne à indiquer que la rupture des relations diplomatiques entre les parties à un traité est, en elle-même, sans effet sur les relations *juridiques* (c'est nous qui le soulignons) établies entre elles par le traité.

Jus cogens superveniens

57. L'*article 61*, qui doit être lu en liaison avec les articles 50 et 67, prévoit la terminaison d'un traité valable à l'origine si une

nouvelle norme de *jus cogens* (parfois appelé *jus cogens superveniens*) est établie après la conclusion du traité; de plus, l'article 41 stipule la divisibilité obligatoire de la disposition annulée si elle est séparable du reste du traité. Bien que l'article 61 emploie l'expression peu habituelle « devient nul et prend fin », il fut clairement indiqué lors de la discussion qu'il ne s'agissait pas d'un cas de nullité au sens usuel, mais d'un cas hybride de nullité et de terminaison où prévalait l'élément de terminaison. L'importance que revêt ce point tient à ce que les conséquences s'attachant au fait qu'un traité prend fin sont régies pour l'essentiel, mais non entièrement, par les dispositions relatives aux conséquences de la terminaison et non par celles sur les conséquences de la nullité. En seconde lecture, la situation fut rendue plus claire par la suppression de toute référence au *jus cogens* à l'article 66 et par la rédaction sur cette question d'un nouvel article 67.

Quelques gouvernements ont exprimé l'opinion que cette disposition pourrait créer une incertitude considérable quant au moment où la terminaison est devenue effective, mais la Commission a estimé qu'il s'agissait essentiellement d'un problème du droit intertemporel qui, dans la mesure où il a été traité, est couvert par les articles 27 et 38. En outre, étant donné que l'article 61 entre dans le champ d'application de l'article 62 (et il en va de même de l'article 50), il est prévu qu'un certain contrôle extérieur s'exercera sur la question de la survenance d'une nouvelle norme de *jus cogens*.

Au paragraphe 8 de l'*exposé préliminaire*, nous avons suggéré que vu la complexité des problèmes posés par la question du *jus cogens*, il ne serait pas opportun que la Onzième Commission les examine au stade actuel, surtout en raison du fait qu'au fond ils sont plus étroitement liés à la nullité qu'à la terminaison. Les réponses, analysées au paragraphe 81 ci-dessous, ont indiqué qu'il y a un accord général sur cette suggestion.

Procédure

58. *Les articles 62, 63 et 64,* auxquels il faut ajouter l'article 73 [137] traitent des modalités pour faire valoir la nullité d'un traité ou pour alléguer un motif pour y mettre fin, et ils visent

[137] L'article 73 porte:

Article 73

Notifications et communications

Sauf dans les cas où le traité ou les présents articles en disposent autrement, une notification ou communication qui doit être faite par un Etat en vertu des présents articles:

a) Sera transmise, s'il n'y a pas de dépositaire, directement aux Etats auxquels elle est destinée ou, s'il y a un dépositaire, à ce dernier;

b) Ne sera considérée comme ayant été faite par l'Etat en question qu'à partir de sa réception par l'Etat auquel elle est transmise ou, le cas échéant, par le dépositaire;

c) Si elle est transmise à un dépositaire, ne sera considérée comme ayant été reçue par l'Etat auquel elle est destinée qu'à partir du moment où cet Etat aura reçu du dépositaire l'information prévue à l'alinéa *e)* du paragraphe 1 de l'article 72.

Article 73

Notifications and communications

Except as the treaty or the present articles otherwise provide, any notification or communication to be made by any State under the present articles shall:

(a) If there is no depositary, be transmitted directly to the States for which it is intended, or if there is a depositary, to the latter;

(b) Be considered as having been made by the State in question only upon its receipt by the State to which it was transmitted or, as the case may be, upon its receipt by the depositary;

(c) If transmitted to a depositary, be considered as received by the State for which it was intended only upon the latter State's having been informed by the depositary in accordance with article 72, paragraph 1 *(e)*.

à fournir les garanties nécessaires. C'est là un aspect du droit que la Onzième Commission n'a pas examiné dans le passé et par lequel les propositions de la Commission du droit international se distinguent donc de celles de notre Commission. Pour la majorité des membres de la Commission du droit international, ces modalité et garanties n'étaient pas moins importantes que les articles de fond eux-mêmes (et à bien des égards leur rédaction s'est avérée plus embarrassante). En outre, l'inclusion de ces dispositions si nettement procédurales,

---

Artículo 73

Notificaciones y comunicaciones

Salvo cuando el tratado o los presentes artículos dispongan otra cosa al respecto, toda notificación o comunicación que haya de hacer cualquier Estado en virtud de los presentes artículos:

a) Deberá ser transmitida, si no hay depositario, directamente a los Estados a que esté destinada, o, si hay depositario, a éste;

b) Se entenderá que ha quedado hecha por el Estado de que se trate sólo cuando sea recibida por el Estado al que fue transmitida, o según proceda, cuando sea recibida por el depositario;

c) Si ha sido transmitida a un depositario, se entenderá que ha sido recibida por el Estado al que estaba destinada sólo cuando éste haya recibido del depositario la información prevista en el apartado *e)* del párrafo 1 del artículo 72.

Histoire du texte: Introduit par le Comité de rédaction, en tant qu'article 29 *(bis)* à la 815e séance (§§ 61-62). Texte revisé présenté à la 862e séance (§§ 1-74). Nouveau texte revisé présenté à la 885e séance. Nouveau texte revisé présenté et adopté à la 887e séance (§§ 9-43). Adopté en tant qu'article 73 à la 893e séance (§ 119). Commentaire (L.116/Add. 9) adopté à la 894e séance (§§ 40-46). On peut observer que cet article a créé de très grandes difficultés et qu'il a été renvoyé au Comité de rédaction plus souvent que n'importe quel autre article. Les difficultés étaient dues aux différentes opinions exprimées au sujet du caractère exact de la fonction d'un dépositaire (Etat ou Secrétariat international), en relation avec les différents Etats parties ou autrement intéressés à un traité.

même avec leurs imperfections reconnues, a été considérée comme essentielle pour rendre acceptables les articles de fond eux-mêmes: leur présence dans le projet d'articles explique les majorités remarquablement élevées avec lesquelles cette série d'articles délicats ont été adoptés.

En 1963, le texte de ces articles, portant alors les numéros 49, 50 et 51, distinguait entre la procédure à suivre pour exercer le pouvoir de mettre fin au traité, de cesser d'y être partie ou d'en suspendre l'application sur la base d'un droit conféré par le traité en question et une procédure semblable suivie en vertu du projet d'articles lui-même; le premier cas était l'objet de l'article 50, le second de l'article 51. Et c'est effectivement cette distinction qui se trouve à la base du remaniement actuel des articles, adoptés à la seconde lecture, avec les mots, au paragraphe 1 de l'article 63, « les dispositions du traité ». Toutefois, il n'a pas paru nécessaire de formuler les articles eux-mêmes sur la base de cette distinction: d'autres facteurs en effet, en particulier certains aspects formels appartenant en partie au droit des relations diplomatiques et applicables de la même manière aux deux types d'actes ayant pour objet de mettre fin au traité, furent jugés d'une importance générale suffisante pour justifier une rédaction entièrement nouvelle de toute la série d'articles.

L'exigence selon laquelle un acte formel émanant d'un Etat [138] doit être incorporé dans un instrument formel communiqué par voie diplomatique ou par une autre voie officielle à l'autre partie ou aux autres parties, est commune à ces deux types de terminaison du traité (expression dont on peut considérer ici, *grosso modo*, qu'elle couvre aussi l'action d'un Etat individuel

[138] Cela exclurait le cas où la déclaration formelle ayant pour objet de mettre fin à un traité émane d'un organe international compétent, y compris la Cour internationale de Justice ou un tribunal arbitral.

qui se retire ou qui suspend l'application d'un traité en ce qui le concerne). L'exigence selon laquelle les communications doivent se faire par la voie diplomatique ou par d'autres voies officielles est expliquée au paragraphe (4) du commentaire de l'article 63, comme suit:

> En période de tension, il est arrivé que la dénonciation d'un traité ou la menace de le dénoncer ait fait l'objet d'une déclaration publique qui ne s'adressait pas directement à l'autre Etat intéressé. Mais il est évidemment primordial qu'une déclaration de ce genre, visant à mettre fin à un traité ou à en suspendre l'application, à quelque niveau qu'elle soit faite, ne se substitue pas à l'acte formel qu'exigent, semble-t-il, les usages diplomatiques et le respect des règles juridiques.

La télévision ne doit pas être le moyen par lequel s'opère ou est promulguée la terminaison d'un traité! Après l'adoption de l'article 29 *(bis)* (maintenant article 73) en 1965, il n'était plus nécessaire de maintenir un article séparé sur ce point, étant donné que cette règle a été généralisée tout à fait de manière à couvrir toutes les communications qui doivent être faites en vertu des articles sur le droit des traités, sauf si le traité ou d'autres articles du projet en disposent autrement.

S'agissant de cet article, la Commission du droit international s'est heurtée à des difficultés quant à la question de savoir si et dans quelles conditions il pouvait être exigé du représentant d'un Etat, qui transmet la communication formelle concernant la terminaison d'un traité, de produire des pleins pouvoirs. En 1962, la Commission examina la question des pleins pouvoirs dans le contexte de la conclusion des traités, et sur la base de Waldock I, article 4, adopta une disposition (article 4), dont les termes visaient le pouvoir d'accomplir sur le plan international les différentes étapes liées à la conclusion d'un traité, et qui opérait la distinction traditionnelle entre la position du Chef de l'Etat, du Chef du gouvernement et du Ministre des affaires étrangères d'une part, et celle d'autres dignitaires et

fonctionnaires d'autre part. Cette approche créa des difficultés considérables en 1963, lorsque la Commission examina, sur la base de Waldock II, articles 5 et 6, la question des dispositions de droit interne relatives à la compétence de conclure des traités et celle des restrictions spéciales aux pouvoirs des représentants d'exprimer le consentement de l'Etat, en tant que motifs de nullité d'un traité. Deux dispositions y relatives furent alors adoptées en tant qu'articles 31 et 32, toutes deux contenant une référence à l'article 4. En ce qui concerne l'exercice sur le plan international du pouvoir de mettre fin à un traité, l'article 23 de Waldock II proposait aussi l'application des règles posées à l'article 4, mais ce *mutatis mutandis* [139]. Cette idée fut incorporée à l'article 49, tel qu'il a été adopté en 1963. En 1965, l'article 4, figurant maintenant en tant qu'article 6, a été entièrement remanié, en s'attachant cette fois-ci non pas au pouvoir d'accomplir l'acte désigné mais, de façon plus formelle et plus limitée, aux cas où la production des pleins pouvoirs peut être requise, et en indiquant le sens général des risques encourus et par quelle partie dans les cas où la production des pleins pouvoirs n'est pas requise. A la suite de cela, en janvier 1966, les références des articles 31 et 32 (maintenant articles 43 et 44) à l'article 4 furent supprimées [140]. Cependant, le

[139] Par une curieuse coïncidence, la Commission a commencé en 1963 son travail sur les missions spéciales, et la question de l'application *mutatis mutandis* des dispositions de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques a mis la Commission face à face avec la difficulté de rédiger des dispositions de fond en se référant à d'autres dispositions appliquées *mutatis mutandis*. Ces difficultés ont augmenté à mesure que la Commission avançait dans ce domaine, et le fait qu'elle s'y soit alors heurtée a sans doute exercé une forte influence sur la rédaction du texte final des articles sur le droit des traités et sur la décision ferme d'exclure de ces articles la difficile expression *mutatis mutandis*.

[140] Une partie de l'article 32 originaire, portant sur la représentation, a été supprimée et elle est devenue l'article 4 *(bis)*, maintenant article 7.

Comité de rédaction proposa en même temps de maintenir, à l'article 49, la référence à l'article 4 et la formule *mutatis mutandis*. Mais la Commission éprouva de nouveaux doutes, en grande partie en raison de l'insistance de M. Jiménez de Aréchaga (838e séance) et elle décida ultérieurement de supprimer l'article 49 en tant que tel et d'introduire une disposition moins emphatique au paragraphe 2 de l'article 63, stipulant que si un instrument visant à mettre fin à un traité n'est pas signé par le Chef de l'Etat, le Chef du gouvernement ou le Ministre des affaires étrangères, le représentant de l'Etat qui fait la communication *peut* être invité à produire ses pleins pouvoirs. La Commission était également partie de l'idée que le fait qu'un traité prend fin serait enregistré conformément aux dispositions de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, de l'article 75 des articles sur le droit des traités et de l'article 2 du Règlement adopté par l'Assemblée générale concernant l'enregistrement et la publication des traités et accords internationaux [141].

En dépit de leur caractère très nettement formel, ces dispositions ont été incluses par la Commission du droit international dans le but déterminé d'essayer d'introduire un peu d'ordre et de régularité dans la procédure à suivre pour mettre fin à un traité, de façon comparable, quoique pas tout à fait parallèle, à ce que l'on rencontre habituellement en matière de procédure de conclusion des traités. On peut certes les considérer comme clarifiant utilement le *droit* existant (même si elles ne sont pas toujours suffisamment respectées en pratique), droit qui ne soulève pas de questions de principe [142].

---

[141] Sur la question de cet enregistrement, *cf.* 864e séance, §§ 57, 58. Cela s'est également manifesté par le transfert de l'article 75 (anciennement article 25) de la section sur la conclusion des traités à la fin du texte du projet d'articles. *Cf.* la discussion sur l'ordre des articles à la 886e séance.

[142] Le § 2 de l'article 63 règle probablement une question qui est source de problèmes dans la *doctrine*, mais qui ne semble pas avoir créé de diffi-

Le nœud de la question des modalités et des garanties se trouve dans la manière dont la Commission a traité la procédure pour faire valoir la nullité d'un traité ou pour alléguer un motif pour y mettre fin sur la base du projet d'articles lui-même lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la question.

Les deux Rapporteurs spéciaux antérieurs [143] avaient indiqué de différentes manières que les garanties contre l'arbitraire dans la mise en œuvre de l'annulation d'un traité ou sa terminaison en l'absence d'un accord à cet effet ou sur la procédure à suivre, devraient dépendre en dernier ressort de la décision de la Cour internationale de Justice [144]. Une idée similaire, mais moins

---

cultés réelles dans la pratique des Etats. Pour l'examen de ce problème dans la *doctrine* voir le Harvard *Research on the Law of Treaties*, p. 1179; Rousseau, *op. cit.*, p. 527; Kiss, *op. cit.*, p. 374; *Restatement*, American Law Institute, *op. cit.* §§ 162-163. Et voir Fitzmaurice II, article 25, et §§ 185-187. Sur l'absence de lien entre la procédure à suivre pour mettre fin à un traité et le caractère constitutionnel des pouvoirs pour conclure un traité, voir la 698e séance, §§ 15-17, et la 838e séance, § 53. Mais *Cf.* l'incident mentionné dans Blix, *Treaty-Making Power* (1960), p. 308.

[143] *Cf.* Lauterpacht I, articles 11, 12, 13, 14 et 15, traitant respectivement des restrictions d'ordre constitutionnel à la capacité de conclure des traités, de l'absence de compétence, de la fraude, de l'erreur et de la compatibilité avec le droit international, en tant que motifs de nullité d'un traité; Fitzmaurice II, articles 20 (violation) et 23 (changement essentiel de circonstances); Fitzmaurice III, article 23 (procédures permettant d'établir le défaut de validité substantielle); Fitzmaurice IV, article 39 (voies ouvertes en cas de violation). Leurs propositions d'associer la Cour internationale à la procédure de détermination de l'admissibilité d'une réserve est également indicative de leur pensée générale. Lauterpacht I, article 9, alternative D; Fitzmaurice I, article 37.

[144] *Cf.* aussi l'opinion selon laquelle la disposition sur le règlement judiciaire obligatoire des différends découlant de l'accord est une des pierres de touche de l'intention de créer des relations juridiques. Fawcett « The Legal Character of International Agreements », *British Year Book of International Law*, 30 (1953), p. 381. La pratique internationale ne vient en aucune façon appuyer cette opinion extrême: bien au contraire!

catégorique, figurait aussi dans Waldock II, article 25. Ici, l'approche générale était que si une objection était soulevée, les parties devraient en premier lieu chercher à se mettre d'accord par voie de négociation, et, à défaut d'un tel accord, elles devraient offrir de soumettre le différend aux fins d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage ou de règlement judiciaire à un tribunal, une autorité ou un organe impartial dont les Etats intéressés seraient convenus: le projet indiquait d'une manière détaillée la procédure à suivre, les pouvoirs de l'autorité indépendante à l'égard du traité et les obligations des parties, en vertu du traité, en attendant le résultat du règlement du différend [145]. Cependant, même cette approche plus limitée s'est heurtée à une forte opposition au sein de la Commission en 1963, en particulier parce qu'elle dissimulait une forme déguisée de règlement judiciaire obligatoire. La Commission est donc arrivée à la conclusion qu'elle ne pouvait pas aller au-delà de l'Article 33 de la Charte (dont le texte est reproduit à la note 20 ci-dessus); et qu'étant donné que la Charte non seulement ne prévoit en aucune façon de règlement judiciaire obligatoire, mais laisse en fait le choix des moyens pacifiques à utiliser à la libre décision des parties intéressées (sauf si le Conseil de Sécurité agit en vertu des compétences qui lui sont attribuées par la Charte), il ne serait pas pratique d'aller au-delà de l'inclusion, dans les articles sur le droit des traités, d'une référence spécifique à l'Article 33 de la Charte. Si, d'une part, cette solution, maintenant incorporée à l'article 62, par. 3, est probablement celle qui correspond le plus étroitement à la *lex lata*, il faut reconnaître qu'elle laisse à la codification du droit des traités

---

[145] Waldock II, article 25, §§ 4, 5, 6. Il est à noter que les différents types d'organes qui y sont mentionnés figurent également à l'Article 33 de la Charte, qui se réfère cependant aussi à d'autres modes de règlement pacifique.

un aspect inachevé, encore qu'en réalité ce caractère se rencontre aujourd'hui dans presque toutes les autres branches du droit international.

Bien qu'en 1963 et en 1966 cette décision ait été prise sans aucun vote négatif, il serait erroné de voir dans ce résultat le reflet exact de l'attitude des membres de la Commission du droit international en ce qui concerne la question du rapport entre la juridiction de la Cour internationale de Justice et la codification du droit des traités. MM. Ago, Briggs, Jiménez de Aréchaga, Reuter, Verdross et Sir Humphrey Waldock en particulier se sont prononcés nettement en faveur de l'inclusion d'un système plus élaboré et plus précis de juridiction obligatoire au cours du débat de 1966. D'autre part, ce sont surtout MM. Tounkine et Yasseen (parmi les Confrères de l'Institut) qui ont exprimé une opposition tout aussi ferme et raisonnée. On peut dire que le fait que l'opinion se soit cristallisée sous la forme dans laquelle elle a été adoptée reflète aussi de manière directe les décisions des récentes conférences de codification en ce qui a trait à l'inclusion de clauses compromissoires dans les conventions en voie d'élaboration, ainsi que le peu de progrès réalisé dans la clarification de la portée des obligations juridiques découlant de l'Article 33 de la Charte, lors des délibérations des Comités spéciaux sur les Principes des relations amicales et de la coopération entre les Etats, de 1964 et 1966 [146]. Elle reflète aussi le

[146] Pour le Rapport de 1964, voir les *Documents officiels* de la Vingtième Session de l'Assemblée générale, Annexes, point 90 de l'ordre du jour (doc. A/5746), et pour le Rapport de 1966, voir *Ibid.*, Vingt et unième Session, Annexes, point 87 de l'ordre du jour (doc. A/6230). Pour la recommandation adoptée par le Comité de 1966, voir le paragraphe 77 ci-dessous. Il convient de souligner qu'à cet égard la Commission du droit international a adopté exactement la même position que son prédécesseur, le Comité d'Experts pour la codification progressive du Droit international, avait déjà adoptée en 1926, lorsqu'il discutait le Rapport Mastny sur la conclusion de traités, il y a quarante ans! Voir Société des Nations, Comité

fait que les réactions des gouvernements en ce qui concerne l'article 51 tel qu'il a été rédigé en 1963 étaient divisées de manière égale.

Etant ainsi arrivée à ses conclusions sur la question de principe, la Commission du droit international s'est mise à l'élaboration détaillée pour l'application des articles sur la nullité et la terminaison des traités [147].

Dans ses propositions originaires, Sir Humphrey avait envisagé d'appliquer les modalités à tous les motifs de nullité, ainsi qu'à tous les motifs de terminaison ou de suspension de l'application d'un traité, à l'exception des motifs maintenant couverts par les articles 51 et 53. A la première lecture, en 1963, cette limitation fut supprimée, l'article étant appliqué à tous les motifs pour mettre fin au traité ou en suspendre l'application « autrement qu'en vertu d'une disposition du traité ». Le texte final de l'article 62 a été légèrement élargi en vue de couvrir toutes les prétentions et allégations « sur la base des dispositions des présents articles ». Il semble que cette formulation pose le

---

d'Experts pour la codification progressive du Droit international, *Procès-verbaux* de la Deuxième Session (doc. C.P.D.I., Deuxième Session, P.V.), pp. 129-132. La position individuelle des différents pays sur la question a sans aucun doute changé *radicalement*, mais il n'y a virtuellement aucune différence entre les raisons exprimées en 1926 et celles données en 1966!

[147] Il est à souligner que l'article 62 ne constitue pas, en ce qui concerne la codification du droit des traités, une clause compromissoire d'une portée générale. Sa portée est limitée à la nullité et à la terminaison des traités. Une suggestion de l'étendre aux différends relatifs à l'admissibilité des réserves n'a, par exemple, pas été suivie. 797e séance, § 7. Il ne s'applique pas non plus *directement* à une disposition telle que celle figurant à l'article 33 sur la révocation ou la modification d'obligations ou de droits d'Etats tiers, ou telle que celle qui se trouve à l'article 37 sur la modification *inter se* d'un traité multilatéral, sauf dans la mesure où il peut entrer implicitement dans l'opération en question un élément de nullité ou de terminaison d'un des traités considérés. En outre, l'article 71, sur les fonctions des dépositaires, contient une disposition spéciale au sujet du règlement des différends.

même problème général que celui soulevé par la combinaison des articles 39 et 66 dans le cas de la terminaison, et 39 et 65 dans le cas de la suspension, problème évoqué respectivement aux paragraphes 38 et 41 ci-dessus. S'il en est ainsi, la portée réelle de l'article 62 en tant que tel devrait dépendre de la mesure dans laquelle ces deux groupes d'articles comprennent tous les cas de terminaison d'un traité conformément au droit ou de suspension de l'application d'un traité conformément au droit (sans préjudice bien entendu de l'application de l'Article 33 de la Charte elle-même, tout au moins entre les membres des Nations Unies, à supposer qu'il existe des cas légitimes de nullité, de terminaison ou de suspension qui, pour une raison ou une autre, ne seraient pas couverts par les articles sur le droit des traités).

La comparaison entre la formulation originaire de Waldock II, article 25, et le texte final de l'article 62 montre qu'à côté de ces modifications de fond, l'évolution principale s'est opérée dans le sens d'éviter une trop grande rigidité et l'assimilation de cet aspect-là de la procédure de terminaison des traités aux procédures judiciaires ou quasi judiciaires, ainsi que l'introduction prématurée de la notion de « différend » dans l'économie générale des modalités et de tenter de respecter l'égalité des parties en ce qui concerne la liberté d'action de chacune d'elles dans le cadre combiné de la Charte des Nations Unies et du droit des traités lui-même. Le principe *pacta servanda sunt* (article 23) domine l'ensemble et le traité reste en vigueur jusqu'à ce qu'il prenne fin d'une manière conforme au droit (article 39). Cette terminaison du traité de manière conforme au droit est elle-même le résultat d'une action mutuelle des Etats intéressés — action mutuelle, non identité d'action ou *consensus ad idem* patent, comme cela est nécessaire pour créer des obligations conventionnelles. Par conséquent, la partie qui vise à se délier de ses obligations découlant d'un traité doit d'abord notifier

sa prétention à l'autre partie ou aux autres parties (cette notification doit être conforme à l'article 73), en indiquant aussi les motifs à l'appui de sa prétention et les mesures qu'elle envisage à l'égard du traité, c'est-à-dire la terminaison du traité, son retrait de ce traité ou la suspension de l'application du traité en tout ou en partie (si les conditions de divisibilité de l'article 41 sont réunies). L'autre partie ou les autres parties ont le droit d'objecter. Si, dans un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification — la période elle-même et l'existence d'une urgence particulière étant initialement déterminées par l'Etat qui cherche à se délier de ses obligations en vertu du traité — aucune partie n'a fait d'objection, cet Etat peut prendre, dans les formes prévues à l'article 63, la mesure envisagée, mais seulement cette mesure. D'autre part, si une objection est soulevée, les parties devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. A la base, on trouve évidemment en premier lieu la négociation: mais il semble à vrai dire en résulter qu'à ce stade la question sort du champ d'application du droit des traités et entre dans la sphère politique proprement dite, y compris celle du droit relatif au règlement pacifique des différends internationaux.

L'article 62, paragraphe 4, sauvegarde les droits et les obligations des parties découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends. Cette disposition est importante parce qu'elle couvre et protège de manière évidente tous les traités bilatéraux et multilatéraux existants et futurs conclus par les parties en matière de règlement pacifique des différends internationaux, ainsi que les obligations existantes et futures incombant aux parties en vertu de l'Article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice (la juridiction dite obligatoire). Il se peut, dans la mesure

où le traité contesté lui-même contient une clause compromissoire, que l'existence de cette clause permette de faire valoir la nullité du traité ou d'alléguer, devant la Cour internationale ou devant tout autre organe compétent institué par le traité, que ce dernier a pris fin conformément au droit ou que son application peut être suspendue conformément au droit. A cet égard, l'article 62 est peut-être moins ouvert et inachevé qu'il ne paraît à première vue, encore que sa fragilité générale (qui n'est pas plus grande que celle de toutes les dispositions de la Charte sur le règlement pacifique des différends) soit, nous le pensons, largement reconnue.

L'article 64, qui correspond à une disposition adoptée en 1963 en tant qu'article 50, paragraphe 2, autorise la révocation à tout moment avant qu'il ait pris effet d'un instrument visant à mettre fin à un traité, qu'il s'agisse de la première notification prévue à l'article 62 ou de l'instrument final prévu à l'article 63. De même que dans le cas du retrait d'une réserve, régi par l'article 20, le consentement des autres Etats intéressés n'est pas requis en principe. Lorsqu'elle s'est occupée du retrait des réserves, la Commission du droit international s'est demandé si, pour des raisons de commodité administrative, le consentement des autres Etats ne devait pas être requis en général, mais elle est parvenue à une conclusion négative [148]. La Commission a adopté le même point de vue en ce qui concerne la révocation d'un instrument visant à mettre fin à un traité.

L'Institut de Droit international a examiné dans le passé ou est en train d'examiner actuellement plusieurs des « moyens

[148] Sur les problèmes du retrait de réserves, voir Waldock IV, Add. 1, Observations sur l'article 22, §§ 3-4, et discussion aux 800e (§§ 43-88), 814e (§§ 22-30) et 816e (§§ 61-71) séances. Cependant, dans le cas des réserves, la règle est résiduelle, c'est-à-dire à moins que le traité n'en dispose autrement, tandis que dans le cas de la terminaison d'un traité, elle est absolue.

indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies ». Voici la liste de ses activités, classées selon l'ordre chronologique, et suivant l'ordre où ces moyens sont énumérés à l'Article 33:

Enquête : En cours d'examen par la Sixième Commission (Rapporteur: M. Yasseen).

Conciliation : Règlement sur la procédure de conciliation (Lausanne, 1927).

La conciliation internationale (Salzbourg, 1961).

Arbitrage : Procédure arbitrale (La Haye, 1875; Lausanne, 1927);

Arbitrage international: clause compromissoire à insérer dans les traités (Zurich, 1877);

Traités d'arbitrage: Recours à la Cour permanente d'Arbitrage (Edimbourg, 1904);

Vœu en faveur de l'établissement d'une Cour de Justice arbitrale (Christiana, 1912);

Extension de l'arbitrage obligatoire (New York, 1929).

Règlement judiciaire : Signature de la clause facultative de la Cour permanente de Justice internationale (Rome, 1921);

Classification des conflits justiciables (Grenoble, 1922);

De la clause d'arbitrage obligatoire dans les conventions de droit international privé (New York, 1929);

La clause juridictionnelle dans les Conventions d'Union, notamment celles relatives à la propriété industrielle et à la propriété artistique et littéraire (Bruxelles, 1936);

La nature juridique des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale, leur valeur juridique et leur portée en droit international (Luxembourg, 1937);

La composition de la Cour internationale de Justice (Sienne, 1952);

Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice (Aix-en-Provence, 1954);

L'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice (Grenade, 1956);

Compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales (Neuchâtel, 1959).

Au paragraphe 7 de l'*exposé préliminaire*, nous nous sommes référé à « la question soulevée tout au long des débats de la Commission du droit international, ainsi que dans les observations des gouvernements, des rapports entre la règle de fond et la procédure à prévoir pour en assurer l'application, l'insuffisance à cet égard de l'article 51 [en sa rédaction de 1963], et l'intérêt qu'il y aurait à instituer un système de juridiction obligatoire pour l'application des différentes règles de fond relatives à la non-validité et à la terminaison des traités ». Les observations de votre rapporteur, sur la base des réponses reçues, figurent au paragraphe 77 ci-dessous.

Conséquences

59. *Les articles 65, 66, 67 et 68* traitent des conséquences de la nullité et de celles de la terminaison, du retrait d'une partie et de la suspension de l'application d'un traité [149]. Il y a là certains aspects que la Onzième Commission n'avait pas examinés auparavant.

Le principe qui se situe à la base de l'article 65 est qu'un traité nul — terme défini à l'article 39, paragraphe 1, en tant qu'un traité dont la nullité est établie en vertu des présents

[149] Dans le premier texte de ces articles, tels qu'ils avaient été adoptés en 1963, en tant qu'articles 52, 53 et 54, le mot « juridiques » figurait dans chacun des titres après le mot « conséquences ». Lors de la seconde lecture, il est devenu clair que les conséquences *juridiques* dans chacun de ces cas vont de soi, et que les articles devraient s'occuper des autres conséquences découlant, suivant les cas, de la nullité, de la terminaison, du retrait ou de la suspension.

articles — n'a pas de force juridique ni d'effet, bien que la question de savoir si (et dans quelle mesure) il est nul *ex nunc* ou *ex tunc* dépende du motif de la nullité et de la manière dont ce motif a été invoqué (question pouvant avoir des conséquences en ce qui concerne l'article 52, examiné au paragraphe 49 ci-dessus). Cette proposition est énoncée au paragraphe 1, constituant l'introduction aux règles plus fondamentales qui suivent. Ces règles positives sont au nombre de deux, savoir: *a)* l'exigence selon laquelle chaque partie doit établir, pour autant que possible, dans ses relations mutuelles avec les autres parties, la situation qui aurait existé si des actes n'avaient pas été accomplis sur la base du traité nul, et *b)* que des actes accomplis de bonne foi avant que la nullité ait été invoquée ne sont pas rendus illicites du seul fait de la nullité du traité. Cependant, lorsque la nullité résulte du dol, de la corruption ou de la contrainte sous l'une ou l'autre de ses formes, dans les cas qui relèvent des articles 46, 47, 48 ou 49, ces règles ne s'appliquent pas à l'égard de la partie à laquelle le dol, la contrainte ou la corruption est imputable. Par conséquent, le type de nullité visé par cet article semble être d'un caractère plus objectif. Le paragraphe 4 prévoit le cas spécial de la nullité du consentement d'un Etat déterminé à être lié par un traité multilatéral: dans ce cas, les règles de l'article 65 s'appliquent seulement dans les relations entre cet Etat et les parties au traité, la validité de ce dernier restant elle-même intacte.

L'article 65 est complété par l'article 67, paragraphe 1, anciennement article 53 *(bis)*, introduit par la Commission en 1966. Ce dernier impose des obligations supplémentaires aux « parties » dans le cas d'un traité nul *ab initio* du fait qu'il est en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise *(jus cogens)*. Cette cause de nullité est reconnue par l'article 50 (voir para-

graphe 57 ci-dessus). Dans ces circonstances, les parties sont tenues d'éliminer, dans la mesure du possible, les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative du droit international général et de rendre leurs relations mutuelles conformes à cette norme impérative du droit international général.

La nullité des traités ne rentre pas dans le cadre du mandat de la Onzième Commission. La Commission du droit international a elle-même jugé difficile, *du point de vue pratique*, d'établir une séparation rigoureuse entre la présentation du droit relatif à la nullité et celle du droit relatif à la terminaison, et cela pour la bonne raison que nombre d'articles leur sont communs. Si donc nous mentionnons ici l'article 65, c'est uniquement en vue de donner un tableau complet des propositions de la Commission du droit international en cette matière.

L'article 66 traite de façon directe des conséquences de la terminaison d'un traité dans son ensemble, ainsi que des conséquences du fait qu'une partie se retire d'un traité multilatéral. Dans l'hypothèse où le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement dans le cadre de la procédure de terminaison du traité et tant dans le cas de terminaison sur la base des dispositions du traité que dans celui de terminaison conformément aux articles sur le droit des traités, la règle principale est une fois de plus évidente en elle-même et elle est énoncée seulement en vue de servir d'introduction à ce qui suit. L'effet manifeste et le but de la terminaison (comprise dans son sens principal indiqué au paragraphe 17 ci-dessus) est de libérer toutes les parties de toute obligation de continuer d'exécuter le traité. Ce qu'il fallait prévoir était l'effet *ex nunc* et les conséquences d'une terminaison conforme au droit. Par conséquent, l'article stipule que l'extinction ne porte atteinte à aucun droit, à aucune obligation des parties ni à

aucune situation juridique créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin.

Dans le cas où un Etat dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, les règles fondamentales s'appliquent également *ex nunc* dans les relations entre cet Etat et chacune des autres parties au traité, à partir de la date à laquelle cette dénonciation ou ce retrait prend effet. Cependant, même si en principe la dénonciation ou le retrait peuvent laisser le traité lui-même intact, il n'en demeure pas moins qu'il peut en résulter certaines conséquences en ce qui concerne l'article 52.

Une objection de principe a été soulevée au sein de la Commission du droit international à l'encontre de l'article 66, à savoir que l'expression « à moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement » visait aussi bien le cas, assez fréquent, d'un traité contenant des dispositions qui doivent être appliquées *après* le retrait d'une partie, que le cas où l'accord destiné à mettre fin au traité contient lui-même des dispositions sur les effets de la terminaison. Certains membres de la Commission (notamment MM. Briggs et Rosenne, 865e séance, paragraphes 68 et 70) ont estimé que le premier cas n'était pas vraiment un cas de terminaison, étant donné qu'un traité ne peut pas être considéré comme ayant pris fin ou le retrait d'une partie comme ayant pris effet tant que l'*une quelconque* des dispositions de ce traité reste formellement exécutoire. Cependant, cette objection n'a été avancée que comme une opinion de doctrine qui devrait se trouver reflétée dans une formulation différente de la phrase introductive de l'article, et non pas comme une question de fond touchant aux principales dispositions de l'article.

Le paragraphe 1 *b)* de cet article contient aussi une disposition adoptée en 1964 en tant qu'article 56, paragraphe 2. A l'origine, cet article portait sur l'application d'un traité dans le temps; le premier paragraphe énonçait le principe général

de la non-rétroactivité d'un traité, et le paragraphe 2 le principe selon lequel un traité n'a d'effet sur aucun acte ou fait qui se produit après sa terminaison. Lors de la seconde lecture, il est devenu évident que le second paragraphe, sous cette forme, faisait double emploi avec la règle principale de l'article 66; par conséquent, on a limité, ce qui est devenu l'article 24, au principe de la non-rétroactivité d'un traité et l'article 66 a été remanié.

L'article 67, paragraphe 2, correspondant à l'article 53, paragraphe 2, tel qu'il avait été adopté en 1963, traite du cas spécial où nullité et terminaison se trouvent combinées du fait de l'apparition d'une nouvelle norme de *jus cogens* et il unit certains éléments des règles relatives aux conséquences de la nullité à ceux des règles relatives aux conséquences de la terminaison. La différence principale entre cet article et l'article 66 est que, dans un cas de *jus cogens superveniens*, les droits, obligations et situations créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général.

La question des conséquences de la terminaison d'un traité d'une manière conforme au droit n'a pas été mentionnée dans le questionnaire annexé à l'*exposé préliminaire*. Dans une réponse seulement, on a suggéré que la Onzième Commission devrait l'examiner (voir au paragraphe 74 ci-dessous). Dans ces circonstances, votre rapporteur ne fait pas de propositions. En ce qui concerne l'article 67, il considère que l'opinion de la majorité dans le sens d'une exclusion de tout le sujet du *jus cogens* du cadre de la phase actuelle du travail de la Onzième Commission (voir paragraphes 81 et 82 ci-dessous) enlève toute nécessité à la poursuite d'un examen de cette question.

Nous avons discuté l'article 68, relatif aux conséquences de la suspension de l'application d'un traité d'une manière

conforme au droit, au paragraphe 39 ci-dessus. On peut faire observer que bien qu'il se soit avéré possible de le rédiger en des termes applicables à tous les traités, sa rédaction indique clairement qu'il contient la même distinction fonctionnelle entre traités multilatéraux et bilatéraux que celle que l'on trouve formulée explicitement aux articles 65 et 66.

IV. Réponses au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire et observations du rapporteur.

Question N° 1. *Quelle doit être, selon vous, l'étendue du sujet traité après que la « modification » a été supprimée du mandat de la Commission?*

60. Le point de départ de cette question a été expliqué au paragraphe 2 de l'*exposé préliminaire*, sur la base d'une lettre du Secrétaire général à votre rapporteur, du 27 décembre 1965, et il se trouve complété au paragraphe 2 ci-dessus. La lettre mentionnée confirmait l'opinion initiale de votre rapporteur selon laquelle était exclue du mandat de la Onzième Commission la révision des traités en tant que telle (que concernent maintenant les articles 35 à 38 du projet de la Commission du droit international), mais non les parties du droit relatives à la terminaison des traités dont l'application pourrait conduire en fait à une modification partielle du traité et laissait le soin à la Onzième Commission de prendre une décision sur cette question.

Résumé des réponses

61. Dans leurs réponses, MM. *Ago*, *Briggs*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jiménez de Aréchaga*, *Morelli*, *Reuter* et *Winiarski* acceptent cette interprétation. M. *Reuter* attire l'attention sur le besoin de fixer un ordre de

priorités sans être trop ambitieux, à la lumière des limitations imposées par le temps. Pour M. Paul *De Visscher*, le problème de la modification des traités collectifs devra être retenu, dans la mesure où la modification majoritaire de tels traités ne lie pas les membres de la minorité et a pour conséquence d'obliger ou de permettre à ceux-ci de quitter l'organisation ou le régime conventionnel ancien. M. *Koretsky* exprime l'opinion que la Commission devrait se concentrer sur la question de la terminaison des traités multilatéraux, en laissant de côté les questions relatives à la modification partielle d'un traité.

M. *Jenks* soulève des critiques. Il regrette que l'on ait exclu la modification des traités du mandat de la Onzième Commission et il déclare que dans le cas de traités collectifs la « modification » est peut-être plus importante que la « terminaison », en ce sens que de nombreux traités de ce genre ont trait à des problèmes permanents dont la nature se modifie. Dans de tels cas, il est fort possible que la terminaison soit l'aveu d'un échec, tandis que la modification devrait être considérée comme un incident normal dans la vie d'un traité. Selon lui, l'idée implicite que la « terminaison » est un sujet plus important, plus maniable ou plus immédiat que la « modification » peut se comprendre du point de vue d'une analyse juridique formelle. C'est là cependant, à son avis, une conception fausse des besoins actuels de la société internationale.

Observations du rapporteur

62. Maintenant que le texte final des articles de la Commission du droit international sur le droit des traités est disponible, il est évident que ceux-ci établissent une distinction nette entre *terminaison*, en tant que le fait de mettre fin à une obligation juridique existante et *amendement et modification*, signifiant un changement convenu dans le droit d'un traité, résultant d'un accord entre les parties, accord qui peut être exprès (articles 35,

36 et 37) ou implicite (articles 37 et 38). Cette distinction n'est pas fondée uniquement sur la rédaction et l'ordre des deux groupes d'articles, mais aussi sur le fait que les articles sur la terminaison sont soumis à la procédure des articles 62, 63 et 64, tandis que les articles sur la modification ne le sont pas. Cette forme de révision, considérée par M. *Jenks* comme un incident normal dans la vie d'un traité (bien qu'il s'agisse d'un incident qui a été source de multiples difficultés pour la Commission du droit international) est complètement exclue du mandat de la Onzième Commission.

D'autre part, l'application de l'article 41 relatif à la divisibilité des dispositions d'un traité, analysé au paragraphe 46 ci-dessus, peut conduire à la modification partielle d'un traité par une « réforme » du traité, et, étant donné que la divisibilité, sauf peut-être dans le cas de la violation, est considérée comme étant la règle pour un certain nombre de motifs de nullité et de terminaison, la « réforme » fonctionnerait donc *ope juris*. Selon la lettre du Secrétaire général du 27 décembre 1965, ce type de modification pourrait être examiné par la Onzième Commission si elle le jugeait approprié. Sur ce point, la majorité des réponses à l'*exposé préliminaire* accepte cette interprétation du mandat révisé de la Commission, mais certains membres doutent qu'il s'agisse là d'un aspect auquel il conviendrait de donner priorité ou qu'il importerait d'examiner maintenant. En ce qui concerne le programme plus détaillé, figurant au paragraphe 7 de l'*exposé préliminaire*, auquel se réfère d'une manière spécifique la question N° 5, aucune objection n'est soulevée à l'encontre d'un examen de la question de la divisibilité et deux membres l'estiment très souhaitable.

Cependant, votre rapporteur est parvenu à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une question d'une urgence immédiate, en tenant compte surtout du besoin primordial, au cas où un rapport complémentaire devrait être présenté, d'établir un

programme de travail compatible avec les ressources disponibles et avec les limitations imposées par le facteur temps. L'article 41 soulève deux importantes questions de principe. La première est celle de savoir s'il faut reconnaître la divisibilité obligatoire. On connaît les thèses qui s'affrontent à ce sujet et on peut douter que l'Institut parvienne à une conciliation fondamentale de ces vues autre que celle que la Commission du droit international a exprimée dans la prudente rédaction de l'article 41. En outre, il semble que cette question possède un aspect non juridique important, dont il ne serait peut-être pas très approprié que l'Institut s'occupe. La seconde question de principe importante est la suivante: dans le cadre de la conciliation politico-théorique proposée par la Commission du droit international, la présence du facteur subjectif du paragraphe 3 *b)* à côté de l'élément objectif du paragraphe 3 *a)* de l'article 41 est-elle justifiée? Toutefois, même cette question-là ne doit pas être examinée en dehors de l'ensemble du projet d'articles. En considérant tous les articles sur la nullité et la terminaison, on trouve une combinaison d'objectivité et de subjectivité — — combinaison qui à vrai dire, de l'avis de plusieurs, représente peut-être la principale contribution pratique de la Commission du droit international à la clarification du droit des traités — et cet état de choses paraît soulever la question fondamentale, de savoir si, en *considérant le projet d'articles dans son ensemble*, le contrôle d'un unilatéralisme arbitraire prévu par les articles est suffisant. Il semble que la modification partielle d'un traité *ope juris* résultant du fait que l'un des motifs de terminaison (ou de nullité) a été invoqué avec succès ne pourrait être acceptée que si elle s'accompagne de garanties suffisantes contre l'arbitraire injustifié. Cette question constitue un aspect de l'important problème soulevé par les articles 62 et 63, et votre rapporteur estime que c'est l'un de ceux sur lesquels la Onzième Commission pourrait utilement porter son attention.

Par ailleurs, votre rapporteur voudrait attirer l'attention sur l'importance des critiques exprimées par M. *Jenks* à l'égard des conséquences, quant au fond, de la modification du mandat de la Onzième Commission.

Question N° 2. *Partagez-vous l'opinion qu'en principe il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux, sauf dans le cas où cette distinction est imposée par les circonstances, telles que la violation? Y a-t-il d'autres circonstances dans lesquelles, selon vous, cette distinction s'impose?*

63. Le point de départ de cette question a également été exposé au paragraphe 2 de l'*exposé préliminaire*: la Commission du droit international a elle-même estimé possible, sauf dans le cas de la violation, de rédiger ses articles relatifs aux motifs de terminaison des traités dans une forme applicable à tous les traités et elle n'a pas fait de distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux, sauf quand la formulation correcte de la règle l'exigeait absolument — ce qui n'a eu lieu que dans un seul cas, celui de l'article 57 relatif à la violation.

Résumé des réponses

64. Bien que les réponses présentent en fait une réelle unanimité, elles révèlent néanmoins l'existence de plusieurs points de vue.

Les réponses de MM. *Forster*, *Jenks*, *Reuter* et Paul *De Visscher* sont affirmatives, ainsi que celle de M. *Jiménez de Aréchaga*, cette dernière avec la nuance qu'il faudrait également faire la distinction dans le cas de la suspension *inter se* « à condition que celui-ci soit admis ». M. *Ago*, tout en se déclarant d'accord avec cette proposition, ajoute qu'à son avis le fait de restreindre le thème aux seuls traités collectifs pourrait engendrer l'idée erronée que la terminaison de ces traités présenterait des

aspects généralement différents de ceux qui caractérisent la terminaison des traités bilatéraux, alors que cette différence n'apparaît essentiellement que dans le cas de la terminaison d'un traité à la suite de sa violation.

Pour M. *Briggs*, ce serait une fâcheuse erreur de la part de la Onzième Commission de traiter la terminaison de certains traités multilatéraux comme un problème juridique tout à fait distinct du problème général de la terminaison des traités en droit international, y compris, dans les cas pertinents, l'extinction de traités multilatéraux. Il relève que la Commission du droit international « après avoir examiné de manière approfondie les règles de droit international régissant la terminaison des traités n'a trouvé que très peu de situations où il y a lieu d'établir une distinction entre la terminaison des traités multilatéraux et celle des traités bilatéraux ». A son avis, la Onzième Commission serait bien avisée de suivre le même principe, c'est-à-dire de n'établir une distinction en ce qui concerne les règles relatives à la terminaison d'un traité que lorsque les circonstances l'imposent. M. *Castrén* répond par l'affirmative à cette question; il laisse entendre toutefois qu'il existe d'autres circonstances encore où il y a lieu d'opérer cette distinction, comme cela ressort du projet d'articles de la Commission du droit international. Il n'apporte cependant à cet égard aucun exemple en ce qui concerne la terminaison des traités. Dans sa réponse à la question N° 1, M. *Castrén* déclare que selon lui la Onzième Commission ne devrait pas examiner les traités bilatéraux, vu que son mandat ne couvre que les traités collectifs. Sir Gerald *Fitzmaurice* est d'accord que, dans la mesure du possible, aucune distinction ne devrait être faite, bien que certaines questions importantes, comme celle des réserves, présentent des problèmes qui se situent presque exclusivement dans le cadre multilatéral. Il est enclin à penser que la terminaison est, elle aussi, un domaine où les différences entre les

deux types de traités s'avèrent grandes. En plus de la violation, d'autres questions surgissent, lorsqu'un groupe de parties à un traité conviennent *inter se* d'un régime d'application différent, tout en demeurant liées aux autres parties selon le régime existant. De l'avis de M. *Jenks*, l'élément décisif pour le moment est que le projet de la Commission du droit international n'opère pas cette distinction. « Ce projet se trouve désormais à la base même du travail de la présente [Onzième] Commission et il n'est ni approprié ni nécessaire que l'Institut établisse, une telle distinction en commentant le projet. » Il fait aussi observer qu'il s'avère beaucoup moins important de faire une telle distinction en matière de terminaison des traités que ce n'eût été le cas en ce qui concerne les procédures relatives à leur modification.

L'opinion de M. *Morelli* est qu'une étude satisfaisante de la terminaison des traités n'est possible qu'ayant égard à tous les traités, aux traités collectifs aussi bien qu'aux traités bilatéraux. Il doute cependant qu'une conception aussi large du sujet soit conforme au mandat de la Onzième Commission. Quant au point de savoir si, en dehors de la violation, il y a d'autres cas où la distinction s'impose, M. *Morelli* soulève la question de l'effet de la guerre sur les traités, en demandant si la guerre n'est pas une cause de terminaison pour les seuls traités bilatéraux conclus entre belligérants et ne constitue pour les traités multilatéraux qu'une cause de suspension.

M. *Winiarski* estime que, pour des raisons d'ordre pratique, il serait utile de distinguer entre les deux types de traités. Il exprime le vœu que l'on étudie les raisons qui ont conduit la Commission du droit international à ne pas opérer la distinction *en principe* et, au cas où le bien-fondé de ces raisons lui paraîtrait établi, il ne verrait aucune objection à suivre la même approche.

M. *Koretsky* trouve que la position adoptée par la Commission du droit international manque quelque peu de logique,

en ce sens qu'elle consiste à élaborer des règles relatives aux traités bilatéraux et à se référer incidemment aux traités multilatéraux. Essayant de résumer sa pensée, il semble que l'on peut reprendre ses conclusions, à savoir: qu'il serait bon *a)* de formuler de façon détaillée les principes et les normes relatifs à la terminaison de traités particuliers — tant multilatéraux que plurilatéraux, y compris les traités dits « constitutionnels » — et plus spécialement pour ce qui concerne la terminaison de tels traités; et *b)* de procéder à une étude spéciale sur l'éventualité même de la terminaison de traités de codification — ce qui ne signifie pas leur éventuelle modification. A titre d'exemple, il demande quelle signification il y aurait lieu d'attribuer à une éventuelle terminaison de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë. (Il convient de renvoyer au texte intégral de la réponse de M. *Koretsky* pour ce qui est des considérations sur lesquelles cette opinion est fondée).

Observations du rapporteur

65. En premier lieu, votre rapporteur espère que la manière dont il a décrit, aux paragraphes 19-25 ci-dessus, les raisons qui ont conduit la Commission du droit international à s'abstenir d'établir une distinction *de principe* entre traités bilatéraux et multilatéraux et, de façon générale, à ne pas rédiger ses articles sur la base d'une classification des traités — tout en essayant de prendre en considération trois ou quatre types principaux d'obligations susceptibles de découler des traités — a permis de dissiper en partie les hésitations qui sont apparues dans les réponses.

En second lieu, il semble bien qu'il y ait méprise à croire que la Commission du droit international a d'abord élaboré ses règles en fonction des traités bilatéraux et qu'elle ne s'est référée qu'incidemment aux traités multilatéraux. L'examen

de Waldock II montre que dans un certain nombre de ses propositions, cette distinction avait été faite expressément, que d'autres avaient sans aucun doute été rédigées de façon à viser les deux types de traités, et que, dans certains cas, les problèmes des traités multilatéraux s'étaient vu accorder une importance plus grande; c'est la Commission qui, par la suite, procéda à une unification de ces règles. Votre rapporteur estime que, de façon générale, M. *Briggs* a, dans le passage de sa réponse cité ci-dessus, résumé exactement ce qui s'est passé à la Commission du droit international. La seule *cause* de terminaison qui *en principe* et conformément aux conclusions atteintes par la Commission du droit international exige une différence d'approche pour les traités multilatéraux et bilatéraux est la violation substantielle, et cette différence trouve expression à l'article 57. Les autres distinctions établies par la Commission du droit international ne se basent pas sur un principe, mais apparaissent simplement comme des différences dans l'application d'un motif donné de terminaison pour l'un ou l'autre type de traité ou encore comme des règles particulières s'appliquant uniquement aux traités multilatéraux. Il est exact, bien entendu, que certaines parties du droit, comme par exemple les réserves aux traités multilatéraux, la modification *inter se* et la suspension *inter se*, ne s'appliquent *ex definitione* qu'aux traités multilatéraux: le premier de ces exemples, cela va de soi, et le deuxième aussi — de l'avis de la Commission du droit international — n'entrent pas dans le domaine de la « terminaison ». Quant à la suspension *inter se*, votre rapporteur propose que la Onzième Commission, au cas où elle déciderait de présenter le rapport complémentaire, examine en priorité toute la question de la suspension.

Il doit être pris bonne note de la remarque relative à la terminaison des traités établissant des règles de droit, et en particulier des traités de codification. La Commission du droit inter-

national a reconnu, à l'article 40, que même si le traité peut prendre fin en tant qu'instrument ou qu'il peut y être mis fin, cela n'affecte en aucune manière le devoir de remplir une obligation énoncée dans le traité, lorsque cette obligation existe indépendamment de l'instrument formel. Cela constitue un rappel de la décision de principe prise en 1950 et réaffirmée dans la définition de l'expression « traité » énoncée à l'article 2, à savoir qu'aux fins de la codification, le traité est un accord *consigné par écrit dans un instrument*, et non pas l'accord *simpliciter*. L'article 40 ne se réfère pas aux traités établissant des règles de droit en tant que tels, et encore moins aux traités de codification, cela en partie à cause de l'impossibilité de donner une définition précise de ces traités sans le faire en termes arbitraires et en partie afin d'éviter d'enserrer le droit dans une camisole de force; mais l'article 40 remédie à cela en attirant l'attention sur l'obligation même, et non sur l'instrument formel.

Votre rapporteur espère avoir dissipé les préoccupations exprimées à juste titre à cet égard. Il ne fait aucune proposition à ce sujet, mais ne verrait aucun inconvénient à continuer le débat si tel devait être le souhait de la majorité.

66. M. *Morelli*, par sa suggestion, soulève une question extrêmement importante, à savoir qu'on devrait étudier l'effet de la guerre sur les traités; cette suggestion apparaît sous une autre forme dans la réponse de M. *Koretsky* à la question N° 4 (paragraphe 71 ci-dessous). Comme on l'a indiqué au paragraphe 16 ci-dessus, la Commission du droit international a, de propos délibéré, exclu du champ de son étude sur le droit des traités toutes les questions se rapportant à l'effet sur les traités de l'ouverture des hostilités, et cela pour des raisons de prudence et après avoir mûrement réfléchi. Votre rapporteur n'hésite pas à dire que si la Onzième Commission et l'Institut

se lançaient dans une quelconque étude sur ce sujet, ils se trouveraient rapidement confrontés avec des questions extrêmement délicates, telles que celle de la légalité de l'état de guerre selon la Charte, ou celle de l'interprétation de la Charte elle-même. En outre, il y a lieu de rappeler le Règlement de Christiana, déjà cité dans ce Rapport (*cf.* note 27 ci-dessus): la Onzième Commission n'a reçu aucune instruction pour examiner cette question.

Toute question purement formelle de compétence mise à part, il semble que pour que la Onzième Commission puisse étendre ainsi son travail et aborder une branche aussi délicate du droit, il eût fallu que l'Institut se fût préalablement exprimé à ce sujet.

Pour des raisons d'ordre pratique, il convient d'attirer l'attention sur l'article 60, relatif à l'effet de la rupture des relations diplomatiques sur les traités (voir paragraphe 56 ci-dessus). D'autres motifs reconnus de terminaison pourraient, pensons-nous, être appropriés pour répondre à tous les problèmes prévisibles sur le plan pratique.

En conséquence, votre rapporteur propose que la Onzième Commission n'examine pas les effets de la guerre sur les traités, que ce soit en tant que motif de terminaison ou comme motif de suspension de l'application d'un traité, ou à tous autres égards.

Question N° 3. *Etes-vous d'accord d'écarter toute la question de la terminaison des traités créant une organisation internationale de l'examen du sujet de la terminaison des traités?*

67. Les données de cette question ont été expliquées au paragraphe 5 de l'*exposé préliminaire*, qui attirait l'attention sur les effets de l'article 3 *(bis)* tel qu'il avait été adopté en 1965 (article 4 du texte final, adopté sous une forme encore révisée

[voir paragraphe 29 ci-dessus]), eu égard à la question du retrait des organisations internationales et du retrait de traités conclus au sein d'une organisation internationale. Cette question a été reprise plus longuement aux paragraphes 29-33 ci-dessus.

Résumé des réponses

68. Sur la question ainsi posée, se limitant aux instruments constitutifs des organisations internationales, il semble que les opinions soient partagées. Des réponses affirmatives ont été reçues de MM. *Briggs*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jenks*, *Jiménez de Aréchaga*, *Reuter* et *Winiarski* (à titre provisoire). Des réponses négatives sont parvenues de la part de MM. *Ago*, *Koretsky*, *Morelli* et Paul *De Visscher*. Selon M. *Ago*, les traités portant constitution d'une organisation internationale et les traités conclus au sein d'une telle organisation sont, à tous égards, des traités entre Etats et, à son avis, l'on ne saurait exclure l'application à cette catégorie de conventions internationales des règles générales du droit des traités. Cela, bien entendu, dans la limite générale commune à tous les traités, c'est-à-dire sous réserve du respect des règles particulières qu'ils peuvent prévoir eux-mêmes, et dans la limite plus spécifique du respect des règles que l'organisation intéressée peut avoir adoptées quant à la terminaison de son acte constitutif ou des traités adoptés en son sein. A cet égard, M. *Ago* ne croit pas que l'on puisse assimiler purement et simplement, lorsqu'il s'agit des problèmes de la terminaison, les traités portant acte constitutif d'une organisation internationale et les traités conclus au sein ou sous les auspices d'une organisation internationale. Au surplus, il croit qu'il ne serait pas inutile que l'Institut puisse essayer d'explorer cette question un peu plus à fond. Il n'est pas nécessairement lié, dans son examen du problème, par les limites que la Commission du droit

international a assignées à son propre travail. M. Paul *De Visscher* fait observer que de tels traités deviennent de plus en plus nombreux et, dans la réalité, il est souvent difficile de dissocier, dans les traités collectifs, la part de droit matériel et la part de droit institutionnel.

Certaines des réponses vont encore plus loin, en s'attachant d'une part à la formulation de l'article 3 *(bis)* donnée par la Commission du droit international en 1965, et en se référant également au problème des traités conclus au sein d'une organisation internationale. M. *Briggs* estime qu'une étude supplémentaire pourrait s'avérer nécessaire pour savoir s'il conviendrait ou non d'exclure de l'examen de la Onzième Commission les traités conclus au sein ou sous les auspices d'organisations internationales, il pense que de tels traités devraient entrer dans le champ d'application des règles générales relatives à la terminaison des traités. De même, Sir Gerald *Fitzmaurice* ne considère pas qu'il y ait lieu d'exclure les traités conclus au sein d'une organisation, alors que tel doit être le cas à son avis pour les actes constitutifs. M. *Morelli* ne voit aucune raison d'exclure les traités conclus dans le cadre d'une organisation internationale.

Observations du rapporteur

69. Il semble que suivant la majorité des réponses il convient de laisser de côté, tout au moins pour l'instant, les questions relatives à la terminaison des traités, instruments constitutifs d'organisations internationales et les problèmes connexes. Cela correspond à une vue exprimée antérieurement par la Onzième Commission et le rapporteur l'appuie.

Quant aux traités adoptés au sein d'une organisation internationale, il semble que la révision introduite à l'article 4 par la Commission du droit international à sa 887e séance (voir paragraphe 29 ci-dessus), avec sa référence spécifique à « toute

règle pertinente » de l'organisation internationale considérée, serait de nature à atténuer les préoccupations émises antérieurement à ce sujet et qui se reflètent dans les diverses réponses. La pratique des différentes organisations internationales varie considérablement en ce qui touche les règles générales applicables aux traités conclus par les Etats au sein d'un des organes de ces organisations ou dans le cadre d'une conférence réunie par l'un de ces organes, ou encore aux traités conclus sous leurs auspices. Dans certains cas, par exemple pour l'Organisation internationale du Travail, les règles pertinentes figurent en grande partie dans la Constitution elle-même. Dans d'autres cas, dont les Nations Unies constituent l'exemple le plus remarquable et probablement le plus typique, les règles pertinentes apparaissent sous la forme de pratiques établies, sanctionnées parfois par des résolutions formelles prises par les organes compétents — en fait, les articles de la Commission du droit international eux-mêmes sont directement influencés par ces pratiques, en particulier pour tout ce qui touche de façon directe ou indirecte aux fonctions du dépositaire, domaine où l'effet de ces règles spéciales est le plus ressenti. D'autres organisations — on peut donner l'exemple de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture [150] — ont adopté des règles élaborées et relativement complètes. Il est loisible de penser que l'article 4 vise, lorsque de telles règles

[150] *Cf.* Principes et procédures devant régir les conventions et accords conclus en vertu des articles XIV et XV de l'Acte constitutif et les commissions et comités établis au titre de l'article VI de l'Acte constitutif. Organisation pour l'agriculture et l'alimentation, *Rapport* de la 9e session de la Conférence (1957), pp. 180, 223. D'autres organisations ont des dispositions analogues, soit de caractère général, soit traitant d'aspects limités tels que l'enregistrement des accords aériens en vertu de l'article 81 de la Convention de Chicago sur l'aviation civile de 1944. Et *cf.* les Règles d'enregistrement de l'O.A.C.I., adoptées par le Conseil le 1er avril 1949, O.A.C.I., doc. 6685 C/767.

existent — et dans ces cas seulement — à ce qu'elles aient priorité sur les règles générales du projet d'articles, et lorsqu'il n'existe pas de règles pertinentes, à ce que le projet d'articles s'applique autant à ces traités qu'à tout autre traité conclu entre Etats.

Votre rapporteur pense que les aspects particuliers de ces traités sont maintenant couverts de façon appropriée et, tout en restant bien entendu à la disposition de la Onzième Commission, il parvient à la conclusion qu'il n'a plus à présenter de propositions supplémentaires à cet égard [151].

Question N° 4. *Partagez-vous l'opinion que les travaux de la Onzième Commission devraient comprendre la question générale de la suspension de l'application d'un traité?*

70. Les données de cette question ont été expliquées au paragraphe 6 de l'*exposé préliminaire* et complétées aux paragraphes 34-41 ci-dessus. On a dit, notamment, que bien que le mandat de la Onzième Commission soit officiellement limité à la terminaison des traités, la Commission serait fondée à examiner ces problèmes nouveaux, qui donnèrent lieu à des difficultés devant la Commission du droit international.

Résumé des réponses

71. Des réponses affirmatives sont parvenues de la part de MM. *Ago*, *Briggs*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jenks*, *Jiménez de Aréchaga*, *Morelli*, *Reuter*, Paul *De*

[151] Il est possible, en fait, que les véritables problèmes en ce qui concerne les traités de cette nature soient d'ordre administratif plutôt que juridique. Il ressort du document mentionné ci-dessus à la note 7 que si l'Assemblée générale acceptait la recommandation de réunir une conférence diplomatique, le Secrétaire général des Nations Unies et les Directeurs généraux des agences spécialisées qui font office de dépositaires de conventions multilatérales seraient invités à présenter des commentaires sur le projet d'articles.

Visscher et *Winiarski*. M. *Ago* fait observer que tout en étan distincts, les deux phénomènes sont trop étroitement liés pou que l'on puisse les séparer lors d'un examen scientifique du pro blème. La Commission du droit international n'a pu manque de le constater et son projet traite ensemble les deux problèmes Il y a, dans les deux cas, un arrêt dans l'application des clause du traité, définitif dans l'un et temporaire dans l'autre, qu provient essentiellement des mêmes causes et dont les consé quences sont souvent analogues. Sans compter qu'il y a de hypothèses — celle d'une violation du traité, par exemple — où il est laissé au libre choix d'une partie de décider à laquelle des deux mesures elle veut avoir recours; et il en est d'autres où le choix entre terminaison et suspension dépend d'une simple circonstance extérieure telle que, par exemple, le caractère permanent ou temporaire d'une impossibilité d'exécution M. *Briggs* considère qu'une étude du droit relatif à la terminaison des traités serait d'une utilité encore plus grande si elle comprenait un examen du problème général de la suspension de l'application des traités; il relève que la Commission du droi international est parvenue à la conclusion que la suspensior des traités multilatéraux est en étroite relation avec leur terminaison et qu'il est souhaitable de lier ces deux aspects. M. *Castrén* remarque que la question de la suspension de l'application d'un traité est importante et n'a pas été étudiée beaucoup jusqu'ici. M. *Morelli* répond par l'affirmative à condition que l'on ne dépasse pas les limites dans lesquelles i y a une connexité étroite entre le problème de la suspension e celui de la terminaison des traités. M. Paul *De Visscher* pense que cela implique une extension du mandat de la Onzième Commission qui devrait se refléter dans le titre du rapport. Il exprime aussi l'opinion que si la Commission décidait de traiter la question de la suspension, elle devrait le faire dans des Résolutions séparées.

D'un autre côté, M. *Koretsky* est de l'avis que l'étude des questions d'une éventuelle suspension de l'application d'un traité multilatéral ne devrait pas entrer dans le mandat de la Onzième Commission. Selon lui, la suspension d'un traité n'équivaut même pas à sa terminaison temporaire: et les questions de la suspension d'un traité multilatéral donné sont généralement liées non à un choix exercé par ses signataires mais aux effets de la guerre. A ce propos, il cite l'article 35 de la *Harvard Research on the Law of Treaties*, ainsi que Tobin, *The Termination of Multilateral Treaties* (New York, 1933), Brandon et Leriche, « Succession of Rights and Obligations under Multilateral Conventions between opposing Belligerents on account of War », *American Journal of International Law*, 46 (1952), p. 532.

Observations du rapporteur

72. Prenant en considération la forme totalement nouvelle et élaborée que la Commission du droit international a donnée au concept de « suspension » dans le texte final de son projet d'articles, votre rapporteur propose de façon formelle que si la Onzième Commission décide de présenter un rapport complémentaire, une étude approfondie soit consacrée au concept de « suspension », étude qui s'étendrait aussi à la suspension *inter se* et à l'application du principe de la divisibilité en cas de suspension. Les données d'une telle étude se trouvent aux paragraphes 34-41 ci-dessus, et plus particulièrement dans le texte même des articles pertinents.

Votre rapporteur regrette de ne pouvoir partager l'opinion selon laquelle un tel examen impliquerait une extension du mandat de la Commission. Comme il l'a indiqué au paragraphe 2 ci-dessus, la Résolution de Bruxelles de 1963 a établi un lien entre le travail de la Onzième Commission et l'évolution

de la question au sein de la Commission du droit international. Les textes adoptés par la Commission du droit international en première lecture en 1963, avec leurs multiples références à la suspension, comptaient parmi les propositions dont l'Institut a pris note dans cette Résolution. Par ailleurs, votre rapporteur ne voit aucune objection à ce que l'on modifie le titre du rapport final en « Terminaison et suspension de l'application des traités », si tel devait être le souhait de la Commission et si l'Institut ne soulevait aucune objection. Votre rapporteur est prêt à admettre que dans toute Résolution de fond destinée à être présentée à l'Institut, il serait utile de faire une distinction entre la terminaison d'un traité et la suspension de l'application d'un traité; il n'est toutefois pas en mesure, au stade actuel, de se prononcer sur la forme précise qu'une telle distinction devrait revêtir.

Question N° 5. *Approuvez-vous les suggestions de votre rapporteur concernant la substance des travaux de la Onzième Commission, exposées au paragraphe 7 de l'exposé préliminaire? Pensez-vous que d'autres problèmes ayant trait à la terminaison des traités devraient faire l'objet d'un examen spécial par notre Commission?*

73. Au paragraphe 7 de l'*exposé préliminaire*, votre rapporteur suggérait six problèmes majeurs, découlant du projet d'articles sur le droit des traités tel qu'il se présentait après la session de janvier 1966 de la Commission du droit international, et il se permettait de proposer à la Onzième Commission d'en choisir quelques-uns pour un examen supplémentaire. Ces problèmes majeurs étaient:

a) La question de la divisibilité des dispositions d'un traité (anciennement article 46; maintenant article 41).

b) La question de l'abandon ou de la perte du droit de mettre fin à un traité, désigné quelquefois par le terme anglais *estoppel* (forclusion), qui fait l'objet de l'article 47 (maintenant article 42).

c) La question de la violation d'un traité et ses conséquences, traitée à l'article 42 (maintenant article 57).

d) L'ensemble de problèmes relatifs à la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible, traitée dans les articles 43 et 44 (maintenant articles 58 et 59), y compris la question d'un changement fondamental de circonstances *(rebus sic stantibus)*.

e) La question de la terminaison ou de la suspension de l'application d'un traité du fait de la conclusion d'un traité subséquent (article 41, maintenant article 56), et ses rapports avec l'article sur l'application d'un traité contenant des dispositions incompatibles (anciennement article 63, maintenant article 26).

f) La question, soulevée tout au long des débats de la Commission du droit international, ainsi que dans les observations des Gouvernements, des rapports entre la règle de fond et la procédure à prévoir pour en assurer l'application, l'insuffisance à cet égard de l'article 51 (maintenant article 62), et l'intérêt qu'il y aurait à instituer un système de juridiction obligatoire pour l'application des différentes règles de fond relatives à la nullité et à la terminaison des traités.

Résumé des réponses

74. Des réponses affirmatives de nature générale sont parvenues de MM. *Ago*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jenks*, *Jiménez de Aréchaga*, *Morelli*, *Reuter*, Paul *De Visscher* et *Winiarski*. M. *Jiménez de Aréchaga* souligne qu'il

n'exclurait pas quant à lui la question de la dénonciation implicite, ni celle des conséquences juridiques de la terminaison, ni encore tout autre motif qui aurait pu être laissé de côté dans le projet de la Commission du droit international, à l'exception des questions soulevées par l'ouverture des hostilités, la succession d'Etats ou la responsabilité des Etats. Les autres réponses sont plus variées et traitent séparément les différents problèmes énumérés.

a) *Question de la divisibilité*

M. *Briggs* considère que l'examen de ce problème semble devoir constituer une partie essentielle d'une étude sur la terminaison des traités en droit international. M. *Koretsky* est du même avis.

Les *observations de votre rapporteur* à ce sujet sont comprises dans ses observations sur la question N° 1 (voir paragraphe 62 ci-dessus).

b) *Abandon d'un droit de mettre fin à un traité*

Selon M. *Briggs*, il serait très utile que la Onzième Commission traite de la perte d'un droit, par forclusion ou *estoppel*, d'invoquer des motifs pour mettre fin ou suspendre un traité. M. *Koretsky* défend le point de vue opposé, en entendant limiter l'*estoppel* à des questions purement procédurales. A son avis, il est curieux de se servir de l'*estoppel* comme d'un moyen coercitif destiné à empêcher les Etats parties à une convention multilatérale de mettre fin à cette dernière (en admettant qu'il ait bien compris la question).

c) *La question de la violation d'un traité*

M. *Briggs* relève que selon la Commission du droit international toute violation d'un traité ne peut pas être invoquée

comme motif de terminaison, mais seulement une violation « substantielle ». Il estime que, ce faisant, la Commission fait sienne une doctrine bien répandue et cela même en l'absence d'un appui véritable de la jurisprudence en ce qui concerne le droit de mettre fin à un traité en raison de sa violation par une autre partie. Il conclut qu'il serait utile que la Onzième Commission examine cette question. Selon M. *Koretsky*, il serait peu raisonnable d'entendre appliquer la disposition de l'article 42 du projet de la Commission du droit international (maintenant article 57) aux conventions multilatérales (générales). Une violation d'une convention multilatérale par une ou plusieurs de ses parties ne serait pas en général de nature à entraîner la terminaison de la convention même. Cela est concevable en ce qui concerne les traités multilatéraux (conclus entre un groupe d'Etats). Mais il serait difficile de déterminer dans le cadre de dispositions juridiques les conséquences éventuelles de la violation d'un tel traité, car de graves questions politiques surgissent. Il conclut que, dans de telles circonstances, ces problèmes devraient être résolus par une conférence réunissant les Etats intéressés.

d) *Survenance d'une impossibilité d'exécution et changement fondamental de circonstances*

Selon M. *Briggs*, l'impossibilité d'exécution est un motif de fond que la Onzième Commission devrait examiner; le changement fondamental de circonstances en revanche, ou *rebus sic stantibus*, se présente plutôt comme un motif d'ordre politique et fort controversé invoqué par une partie pour se libérer de ses obligations conventionnelles que comme un motif juridique. Bien que la Commission du droit international ait cherché à donner à ce concept une certaine précision juridique, M. *Briggs* considère que la Onzième Commission pourrait trouver à étudier

avec fruit des problèmes plus importants. M. *Koretsky* estime que ces deux questions devraient être résolues par une conférence réunissant les Etats ou parties au traité.

e) *Terminaison implicite et application de traités successifs*

Pour M. *Briggs*, les rapports entre un traité antérieur et un traité postérieur, lorsque leur exécution implique des obligations incompatibles pour une partie aux deux traités, posent plutôt un problème de priorité entre des obligations conventionnelles incompatibles qu'un problème de terminaison des traités. Selon M. *Koretsky*, ces questions devraient être résolues par une conférence réunissant les Etats ou parties au traité.

Observations du rapporteur

75. Votre rapporteur, après avoir examiné à nouveau, à la lumière des réponses précitées, les discussions et conclusions de la Commission du droit international ainsi que les travaux antérieurs de la Onzième Commission portant sur les points *a)* à *e)*, parvient à la conclusion qu'il n'y aurait guère lieu de conseiller à l'Institut de se lancer encore dans l'examen détaillé de ces aspects du droit des traités. C'est peut-être M. *Ago* qui a indiqué avec le plus de concision ce que l'on attend de la part de la Onzième Commission au stade actuel des travaux de codification du droit des traités: « Il est à souhaiter que l'Institut concentre son attention sur les points essentiels: sa tâche n'est pas de réaliser une codification complète du sujet, mais de donner son avis sur les aspects les plus controversés. »

La conclusion de votre rapporteur se base exclusivement sur des raisons d'ordre pratique. On notera — et toutes les réponses font ressortir cela sous une forme ou une autre — que chacun des aspects du droit des traités couvert par les points *a)* à *e)* contient un élément objectif et un élément subjectif (ou poli-

tique); et même si, lors d'un examen général et abstrait, le rapport exact entre ces deux éléments ainsi que leur ordre de priorité seront toujours l'objet d'une controverse doctrinale et si, lorsque discutés et déterminés dans un cas d'espèce (soit par un tribunal international soit par un organe politique international), ils dépendront de l'état des faits, il n'empêche que l'existence même de ces deux éléments, quels que soient leurs proportions respectives et leurs rapports réciproques, n'est pas sérieusement contestée dans l'ensemble. Il serait vain d'entraîner l'Institut dans une nouvelle discussion purement théorique de cette nature. En fait, la Commission du droit international a établi les lignes directrices en ce qui concerne le rapport entre ces deux éléments et, s'il est permis de s'aventurer à faire un pronostic en se basant sur l'expérience des précédentes conférences de codification, on peut avancer — quoique les textes soient susceptibles d'être modifiés par une conférence diplomatique (dans la mesure où la majorité des deux tiers, nécessaire pour une telle modification, est réunie) — qu'il est peu probable que l'*existence* de ces deux éléments soit sérieusement mise en doute. En outre, dans une conférence diplomatique, les propositions ayant trait à une modification seront motivées avant tout par des considérations d'ordre politique; et, pour des raisons qu'il a déjà indiquées, votre rapporteur estime de son devoir d'essayer de conduire les travaux de la Onzième Commission sur une voie qui, à l'écart d'une discussion où les facteurs d'ordre politique prédomineraient, serait plus appropriée pour une étude scientifique.

En dehors de ces données générales, certains autres facteurs semblent se dessiner avec netteté. Votre rapporteur croit qu'il serait sage de suivre le conseil de M. *Reuter* (dans sa réponse à la question N° 1) au sujet de la nécessité — nous dirions de la nécessité impérieuse — de déterminer un ordre de priorités et un programme de travail qui soient proportionnés aux res-

sources disponibles, qui ne soient pas trop ambitieux et qui tiennent compte des limites imposées par le facteur temps. Un autre facteur est celui soulevé par la question de M. *Briggs*, à savoir si l'Institut devrait vraiment prendre la responsabilité de proposer des amendements au projet d'articles de la Commission du droit international. Tout en ne se ralliant pas à toutes les raisons avancées par M. *Briggs*, votre rapporteur n'hésite pas à suggérer de répondre par la négative: il estime en effet que l'Institut, ce faisant, et à moins d'y être invité, empiéterait sur un domaine à l'écart duquel il s'est tenu jusqu'ici, en ce sens qu'il se verrait entraîné dans une discussion politique. (Il y a en plus la considération d'ordre technique que tout amendement aux articles de la Commission du droit international — qui constitueront probablement le projet de base pour une conférence diplomatique — ne peut émaner que des Etats participant à cette conférence: un amendement qui proviendrait d'une source différente devrait sans doute, avant de pouvoir figurer formellement sur l'ordre du jour, être présenté par un des Etats participant à la Conférence) [152]. Mais surtout, il est à la fois frappant et, selon votre rapporteur, fort convaincant qu'une unanimité de fait se dégage des réponses à la question N° 7 (paragraphe 84 ci-dessous) pour dire que l'Institut devrait entreprendre une étude indépendante et d'un caractère purement scientifique sur certains aspects choisis du droit. En acceptant de procéder ainsi, la Onzième Commission sera conduite vers de nouvelles directions qui n'étaient pas prévues au moment où fut rédigé l'*exposé préliminaire.*

Votre rapporteur, au vu de cette combinaison de facteurs et animé surtout du désir de ne pas convertir l'Institut en un

[152] Il existe toutefois un exemple au moins où l'Institut a proposé une série d'amendements lors d'une conférence diplomatique. Voir le Projet de révision de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Cambridge, 1895).

ja-sager ou un *nein-sager* de la Commission du droit international, parvient à la conclusion qu'il serait stérile, oiseux, voire même préjudiciable à l'Institut, de poursuivre l'examen de *ces points* de la façon qui avait été envisagée. Tout en restant bien entendu à l'entière disposition des membres de la Onzième Commission, il recommande vivement que l'on abandonne cette orientation et en conséquence, il ne présente pas de propositions supplémentaires à cet égard. Ses conclusions et propositions positives figurent au Chapitre V du présent *Rapport provisoire.*

f) *Le rapport entre fond et procédure : la question de la juridiction obligatoire*

Résumé des réponses

76. Selon M. *Briggs*, le défaut essentiel des travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités a été de ne pas prévoir des modalités ou des procédures adaptées pour l'application des dispositions de fond qui autorisent un Etat à faire valoir la nullité d'un traité ou à invoquer des motifs de nullité, de terminaison, de dénonciation ou de suspension. On rencontre, tout au long du projet d'articles, des notions subjectives telles que violation « manifeste », violation « substantielle », base « essentielle » du consentement, norme « impérative » de droit international, changement « fondamental » de circonstances (pour ne mentionner que ces seuls exemples), et pourtant l'article 51 (maintenant article 62) ne prévoit pas un système de juridiction obligatoire en vue de trancher la question de savoir si ces conditions, qui sont un élément de fond des règles telles qu'elles sont formulées, ont bien été établies en fait. Rappelant la grande tradition de l'Institut en matière de règlement judiciaire obligatoire des différends internationaux, il estime que l'Institut pourrait utilement procéder à un nouvel

examen de cette question, examen que la Commission du droit international a laissé à l'écart. Il précise que le problème ici n'est pas tant d'établir, de manière purement procédurale, une « clause compromissoire », mais bien plutôt de formuler le droit matériel en partant du principe qu'une condition de l'exercice du droit que l'on fait valoir réside dans sa conformité avec certaines exigences d'ordre procédural. M. *Castrén* considère que l'examen de ce problème devrait être remis à plus tard. M. *Koretsky*, faisant observer que le principe de la juridiction obligatoire pour tout différend relatif à l'interprétation ou l'application des dispositions d'une convention multilatérale s'introduit de plus en plus dans de telles conventions, avance que la Onzième Commission devrait « rester dans le domaine de la réalité » — et il se réfère à cet égard aux réserves faites par de nombreux gouvernements, même lors de leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Il se demande également si l'Institut est prêt à examiner la question de savoir si la Cour, dans sa présente composition (c'est-à-dire avant les élections qui se déroulèrent lors de l'Assemblée générale de 1966 — *note du rapporteur*), correspond à l'état actuel des forces au sein des Nations Unies, dont elle constitue le principal organe judiciaire. M. *Reuter* croit que ces questions ne devraient pas être examinées de façon trop générale, car cela conduirait nécessairement à des problèmes d'ordre politique plutôt que juridique. Il estime par ailleurs qu'il serait très précieux de procéder à un examen approfondi de certaines dispositions du projet d'articles, et notamment de l'article 51 (maintenant article 62), car ce dernier est d'une importance fondamentale et sa portée exacte demeure peut-être ambiguë.

Observations du rapporteur

77. Nous avons donné, au paragraphe 58 ci-dessus, une description détaillée de la procédure que la Commission du droit

international a introduite en tant que partie intégrante de ses articles sur la nullité et la terminaison des traités, et nous avons indiqué que cette procédure ne constitue pas une « clause compromissoire » dans l'acception courante du terme. Il est probablement plus juste de se prononcer sur ces articles, et en particulier sur l'article 62, en s'attachant à leur teneur plutôt qu'en relevant leurs omissions. Si une conférence de plénipotentiaires venait à accepter les articles sur le droit des traités dans une forme à peu près semblable à celle sous laquelle ils sont proposés, ce serait la première fois que les Etats se lieraient par des obligations concrètes dans ce domaine et ne se borneraient pas à de simples déclarations assorties de recommandations; il en résulterait une limitation considérable apportée à la liberté de l'Etat de prendre des mesures arbitraires et exclusivement unilatérales en matière de nullité et de terminaison des traités. Si l'on tient compte de l'énorme quantité de traités internationaux actuellement conclus ou en voie de conclusion qui couvrent de façon virtuelle, soit directement, soit indirectement, tous les aspects des relations internationales et des rapports interétatiques, et si, d'autre part, on considère les divers conflits très graves qui, comme le montre l'histoire de notre siècle, touchent aux délicates questions de nullité et de terminaison des traités, alors l'article 62, pensons-nous, représente un pas en avant et un effort sérieux de donner plus de précision, en ce qui concerne les questions importantes du droit des traités, à l'obligation plus générale de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, qui mérite d'être encouragée. Par ailleurs, l'article 62 ne s'oppose pas à l'adoption, par une conférence diplomatique, d'un « protocole facultatif » encore plus précis, si on le désire. Comme l'a relevé à plusieurs reprises la doctrine, la Charte des Nations Unies met peut-être moins l'accent que le Pacte de la Société des Nations sur l'obligation de recourir au règlement judiciaire, et, de façon générale, on traite aujour-

d'hui avec plus de discernement qu'auparavant la question de la « justiciabilité » des différends, même si ces derniers en apparence n'ont trait qu'à telle ou telle question du droit des traités. Une attitude prudente à l'égard de ce problème n'est pas uniquement le fait des Etats ou des publicistes, quelle que soit leur formation idéologique ou juridique. Ce sont, sans doute, ces considérations, tout autant que le fait essentiel que l'Article 33 de la Charte représente aujourd'hui la *lex lata* et le cadre constitutionnel à l'intérieur duquel œuvre la Commission du droit international, qui se trouve à l'origine de la formulation finalement adoptée pour l'article 62 du projet sur le droit des traités.

Dans ce contexte, il est indiqué de rappeler le consensus obtenu en 1966 au sein du Comité spécial sur les Principes des relations amicales et de la coopération entre les Etats en ce qui concerne le règlement pacifique des différends [153]:

> 1. Tous les Etats doivent régler leurs différends internationaux avec d'autres Etats par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger;
>
> 2. Les Etats doivent donc rechercher rapidement une solution équitable de leurs différends internationaux par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours à des organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. En recherchant cette solution, les parties conviendront des moyens pacifiques qui seront appropriés aux circonstances et à la nature du différend;
>
> 3. Les parties à un différend ont le devoir, au cas où elles ne parviendraient pas à une solution par l'un des moyens pacifiques susmentionnés, de continuer de rechercher un règlement à leur différend par d'autres moyens pacifiques dont elles seront convenues;
>
> 4. Les Etats parties à un différend international, ainsi que les autres Etats, doivent s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver la situation, de manière à ne pas mettre en danger le maintien de la paix et de la

[153] Doc. A/6230 (citation ci-dessus à la note 146), § 248.

sécurité internationales, et doivent agir conformément aux buts et aux principes des Nations Unies;

5. Les différends internationaux doivent être réglés sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe du libre choix des moyens. Le recours à une procédure de règlement ou l'acceptation d'une telle procédure librement consentie par les parties ne peut être considéré comme incompatible avec l'égalité souveraine;

6. Aucune disposition des paragraphes qui précèdent ne porte atteinte ni ne déroge aux dispositions applicables de la Charte, notamment à celles qui ont trait au règlement pacifique des différends internationaux.

Ce consensus sera également présenté à la vingt et unième session de l'Assemblée générale. Bien qu'il soit encore très général, il doit cependant être salué comme introduisant une certaine précision en ce qui concerne l'application pratique de l'Article 33 de la Charte. Il comporte plusieurs éléments nouveaux, notamment aux points 3 et 5, qui, sans aller aussi loin que certains l'auraient désiré, marquent néanmoins un progrès et dans lesquels il est loisible de retrouver un écho du travail à la fois ardu et prudent effectué par l'Institut de Droit international en propageant la conception même du règlement pacifique institutionnalisé des différends internationaux — et c'est là un domaine où, comme l'a rappelé M. *Briggs*, l'Institut possède une grande tradition.

Votre rapporteur considère que si la Onzième Commission décidait de présenter un rapport complémentaire à l'Institut, elle ne devrait pas négliger d'examiner la procédure envisagée par la Commission du droit international. La rigueur scientifique semblerait exiger qu'un tel examen s'attache aux trois articles pertinents considérés individuellement et dans le contexte général du projet d'articles; par ailleurs, la distinction entre la *lex lata* et la *lex ferenda* devrait toujours être présente aux esprits. D'autre part, il n'entre pas dans le mandat de la Onzième Commission, pensons-nous, de se pencher sur certaines ques-

tions qui ont été soulevées au sujet de la mise en œuvre des différents moyens énoncés à l'Article 33 de la Charte.

g) *Autres problèmes*

Résumé des réponses

78. Sir Gerald *Fitzmaurice* et M. *Forster* déclarent de façon spécifique qu'ils donnent une réponse négative à la seconde partie de la question.

Selon M. *Reuter*, un des problèmes que la Commission du droit international a traité de façon quelque peu sommaire est celui du droit intertemporel. Il estime qu'il s'agit là d'une question difficile que l'Institut serait tout à fait à même de traiter dans une juste perspective théorique, alors qu'une telle perspective trouve malaisément sa place dans le cadre du travail de la Commission du droit international et encore moins dans celui d'une conférence de plénipotentiaires.

Observations du rapporteur

79. Il est exact que la Commission du droit international a traité de manière sommaire la question du droit intertemporel. Celle-ci avait été soulevée de façon marginale dans le contexte de la terminaison des traités, dans Waldock II, article 14, paragraphe 5, relatif au conflit d'un traité postérieur avec un traité antérieur, et cela conduisit à un moment donné à l'article 61 sur le *jus cogens superveniens*. L'article 14 de Waldock II fut lui-même finalement adopté en tant qu'article 26, sur l'application de traités successifs portant sur la même matière (voir paragraphe 53 ci-dessus). L'article 61 est, parmi les articles sur le droit des traités, le seul cas explicite — et c'est manifestement un cas exceptionnel — où l'application du droit intertemporel en tant que telle est susceptible de conduire à la terminaison d'un traité.

D'autre part, Waldock III, article 56, intitulé « Le droit intertemporel », proposait carrément de lier la question du droit intertemporel à celle de l'application d'un traité. L'article était basé de façon très nette sur les célèbres *dicta* du Juge Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, et il ressort du consensus général qui se dégagea lors de la discussion aux 728e et 729e séances que, même si l'on admettait l'exactitude des principes tels qu'ils étaient énoncés par Sir Humphrey, l'article lui-même ne devrait pas trouver place dans la section relative à l'*application des traités*. En conséquence, le Rapporteur spécial fut invité à examiner à nouveau la question. Il le fit dans la section sur l'interprétation, en plaçant la partie de la règle qui avait trait au droit en vigueur à l'époque de la conclusion du traité dans l'article 70, paragraphe 1, et celle relative à l'apparition d'une nouvelle règle de droit coutumier dans l'article 73 de son troisième rapport. Au cours de la longue discussion sur l'interprétation, lors des 765e, 766e, 767e, 769e et 770e séances, l'ordre de présentation des deux parties de la règle fut renversé, la seconde partie figurant à l'article 68, transféré à la section sur la modification et la première partie apparaissant à l'article 69, dans la section sur l'interprétation, dans la forme adoptée en 1964. Cette présentation donna lieu à des difficultés considérables et à des critiques de la part des gouvernements; et la Commission, après avoir examiné à nouveau l'article 68 aux 865e et 866e séances et l'article 69 aux 869e-873e séances, parvint à la conclusion qu'il convenait de renoncer à tenter de traiter de façon spécifique la question du droit intertemporel, ce concept se trouvant au reste implicitement compris dans l'obligation d'appliquer un traité de bonne foi (article 23) et plus particulièrement encore dans celle d'interpréter un traité de bonne foi (article 27).

Votre rapporteur n'interprète pas le commentaire de M. *Reuter* comme signifiant que la Commission du droit international,

en ne traitant pas entièrement la question du droit intertemporel, a négligé une cause importante de terminaison d'un traité (sauf, peut-être, dans la mesure où, en admettant que la désuétude soit liée au droit intertemporel — comme elle l'est selon certaines conceptions —, on puisse considérer que la manière dont la Commission a traité ces questions n'est pas appropriée; c'est là un problème dont nous nous occupons dans une autre partie de ce rapport). Votre rapporteur comprend plutôt l'essentiel de l'observation de M. *Reuter* comme se rapportant au caractère opportun, maintenant que la codification du droit des traités a atteint un stade avancé, d'entreprendre une étude approfondie et scientifique de l'ensemble de la question du droit intertemporel, sous tous ses aspects, selon la méthode habituellement suivie par l'Institut de Droit international. Une telle étude, pensons-nous, ne se limiterait pas uniquement à l'influence du droit intertemporel sur le droit des traités, mais s'étendrait au problème plus ample de la relation entre le droit coutumier et le droit conventionnel (dont traitent en partie les articles 34 et 40) et de l'influence générale du facteur temps sur chacun d'entre eux.

Votre rapporteur croit que la Onzième Commission ne serait pas à même, sur cette base, d'entreprendre de manière satisfaisante une étude de ce type au stade actuel de ses travaux. On peut même avoir des doutes sur le point de savoir si le sujet ainsi conçu entre, quelles que soient les circonstances, dans le mandat de la Onzième Commission. D'un autre côté ce sujet, difficile, compliqué et soulevant des questions délicates et d'ordre pratique, est par excellence l'un de ceux dont on peut penser qu'il est mûr pour être examiné par l'Institut. Votre rapporteur propose par conséquent que la Onzième Commission se contente de porter cette question à la connaissance de l'Institut, en recommandant que son étude soit entreprise aussitôt que possible.

Question N° 6. *Désirez-vous commenter la suggestion faite par votre rapporteur que toutes les questions relatives au* jus cogens *devraient être exclues des travaux de la Commission?*

80. Les données concernant cette question ont été analysées au paragraphe 8 de l'*exposé préliminaire.*

Résumé des réponses

81. MM. *Briggs*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jenks*, *Koretsky*, *Morelli*, *Reuter* et *Winiarski* ont exprimé leur accord général. M. *Jenks* reconnaît que l'effet d'une nouvelle règle de *jus cogens* soulève des questions qui devraient être étudiées en corrélation avec la notion générale de *jus cogens* plutôt que dans le cadre de la terminaison des traités. M. *Jiménez de Aréchaga* approuve la suggestion de laisser la question de côté dans le présent contexte, mais il n'est pas d'accord avec la déclaration qui se trouve dans l'*exposé préliminaire* et suivant laquelle un examen du problème « ne serait pas opportun ». Il considère qu'il serait au contraire « très opportun » que l'Institut se penche sur cette question afin de faire la lumière au milieu de la confusion et de l'exagération qui ont toujours entouré cette notion, et cela aussi bien dans un sens positif que négatif. Une telle étude pourrait montrer que ce concept, commun à tous les systèmes juridiques, quoique nouveau, par comparaison, dans le domaine du droit international, est basé sur l'existence d'un très petit nombre de principes fondamentaux si profondément liés aux intérêts essentiels et aux principes moraux de base de la communauté internationale dans son ensemble que la seule suppression de l'acte de violation de ces principes que commet un Etat n'est pas suffisante. Il est nécessaire d'aller plus loin et de frapper de nullité même l'acte préliminaire, l'entente délictueuse par laquelle deux ou plusieurs Etats envisagent dans un traité

l'accomplissement futur d'actes de violation de ces principes fondamentaux. Cependant, en pratique, il est dans la nature même des choses que de tels cas d'entente délictueuse ouverte et non déguisée, de défi aux principes de base et aux règles morales, ne sont pas fréquents. Et c'est pourquoi l'hypothèse de l'existence de traités en conflit avec une norme de *jus cogens* sera vraiment très rare.

Parmi les réponses à la proposition d'exclusion, deux sont négatives. M. *Ago*, n'est pas entièrement convaincu qu'il soit avisé d'écarter l'examen de la question de la terminaison d'un traité à la suite de l'apparition d'une nouvelle règle de *jus cogens*. Il sait très bien que cette question est liée à celle de la nullité *ab initio* d'un traité qui, dès sa conclusion, se heurte à une règle impérative du droit des gens. Mais la question de la terminaison d'un traité valable à l'origine et devenu par la suite nul parce que l'on a constaté la naissance d'une règle impérative du droit international avec laquelle il est en contradiction, mérite tout de même d'être considérée. Et elle lui semble avoir une trop grande importance pour l'examen des problèmes relatifs à la terminaison des traités pour qu'on puisse la négliger entièrement. M. *Ago* voudrait surtout éviter qu'un silence de l'Institut sur ce point puisse donner l'impression qu'il a voulu exclure ce motif de terminaison et prendre parti contre l'idée même du *jus cogens*. M. Paul *De Visscher* ne voit aucune possibilité d'exclure la question. Il souligne que la survenance d'une nouvelle règle du *jus cogens*, après l'entrée en vigueur d'un traité, est une cause spécifique de terminaison des traités, et elle ne peut pas être éludée pour la seule raison que cette cause serait la conséquence d'une prémisse relative à la validité des traités. Il en est ainsi de bien d'autres causes de terminaison des traités.

Pour sa part, M. *Reuter*, qui fait allusion au rapport existant entre les questions relatives au *jus cogens* et le droit intertemporel, nuance quelque peu sa réponse. Il fait remarquer que la

Commission du droit international n'a pris aucune position concernant les procédés techniques qui président à l'établissement d'une règle de *jus cogens*. Mais c'est là précisément, d'après lui, le problème essentiel, le silence de la Commission du droit international n'étant alors que le moyen de dissimuler des désaccords fondamentaux. M. Reuter conçoit qu'une telle attitude peut être appropriée pour un organisme dans lequel les considérations d'ordre politique et diplomatique dominent, mais tel n'est pas le cas pour une institution purement scientifique.

Une autre nuance est exprimée par M. *Winiarski* qui ne se déclare d'accord avec la suggestion que « dans l'état actuel de la discussion sur ce problème ».

Observations du rapporteur

82. Que la prochaine conférence diplomatique adopte ou non les décisions relatives au *jus cogens* présentées par la Commission du droit international sous une forme ou une autre, il faut admettre que malgré la controverse doctrinale à laquelle ce problème a donné lieu [154], le concept lui-même s'est maintenant solidement implanté dans le droit international contemporain. Il est également évident que ce problème influera sur le droit interne, tout particulièrement là où, en vertu du droit interne, le droit international et tout traité dûment ratifié deviennent partie intégrante du système juridique interne [155].

[154] Cette controverse est, pour le moment, illustrée par deux articles: Schwarzenberger, « International *jus cogens*? », *Texas Law Review*, 43 (1965), p. 455, et Verdross, « *Jus dispositivum* and *Jus cogens* in International Law », *American Journal of International Law*, 60 (1966), p. 55.

[155] A titre d'exemple, *cf.* la décision du Tribunal Fédéral Constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne, No. 2 BvR/227/64 du 7 avril 1965, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 18 (1965), p. 441; également

En vérité, à la Commission du droit international, on a même exprimé l'opinion que l'introduction du concept de *jus cogens* dans le droit international positif n'aurait pas, pour le développement futur du droit international, une signification générale moins grande que l'introduction de l'Article 38 dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Dans les articles sur le droit des traités, le concept de *jus cogens* apparaît essentiellement sous son aspect négatif, en tant qu'une cause de nullité ou d'annulation d'un traité ou d'une situation résultant d'un traité qui est en conflit avec une norme impérative du droit international, à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international ayant le même caractère. Aux fins du droit des traités, la Commission du droit international n'avait pas à étudier d'autres aspects de ce concept.

Deux arguments ont été avancés en faveur de l'introduction de la question du *jus cogens* dans le cadre du travail de la Onzième Commission. Le premier d'entre eux est que le *jus cogens superveniens* n'est pas le seul motif de terminaison qui découle d'une prémisse relative à une cause de nullité d'un traité. Il n'est cependant pas donné d'exemples. Il est certainement vrai qu'aucun des motifs de terminaison reconnus par la Commission du droit international n'a de rapport avec une quelconque des causes de nullité, mais qu'ils s'appliquent de

---

dans *Archiv des Völkerrechts*, 13 (1966), p. 122. Il se peut que ce ne soit pas un cas de *jus cogens* exactement conforme à la conception de la Commission du droit international, mais il illustre bien le type de problème qui peut se poser. A noter aussi la disposition de l'article 60c de la Constitution des Pays-Bas, telle qu'elle a été amendée en 1952: elle autorise le contenu d'un accord international de s'écarter de certaines dispositions de la Constitution « si l'évolution de l'ordre juridique international l'exige » sous réserve d'une procédure parlementaire spéciale. Traduction de la version anglaise citée dans Peaslee, *Constitutions of Nations*, 2e édition, vol. 2 (1956), p. 762.

manière toute différente. En conséquence, votre rapporteur ne voit aucune raison de changer sa première recommandation, pratiquement appuyée par toutes les réponses à l'*exposé préliminaire* et d'exclure du travail de la Commission *toutes* les questions relatives au *jus cogens*.

Le second argument, avancé par M. *Ago* et auquel M. *Jiménez de Aréchaga* fait écho dans une certaine mesure, est celui selon lequel le silence de l'Institut sur la question de l'introduction du *jus cogens* par la Commission du droit international dans le droit des traités donnerait probablement lieu à de fausses interprétations vu la confusion et la controverse doctrinale qu'a engendrées cette question. La réponse de M. *Jenks* peut être interprétée dans le même sens.

Ces affirmations sont d'un ordre différent et leur signification ne devrait pas être sous-estimée. Toute la question du *jus cogens* est très complexe et très délicate. Elle suscite un vif intérêt non seulement parmi les juristes de droit international, mais aussi dans beaucoup d'autres milieux [156]. Votre rapporteur reste convaincu qu'il n'appartient pas à la seule Onzième Commission d'étudier ce qui, selon les vues de la Commission du droit international, semble constituer un aspect accidentel et indirect d'une notion beaucoup plus vaste. D'autre part, votre rapporteur partage l'opinion que la notion considérée dans son ensemble, à tous les points de vue, est l'une de celles que l'Institut devrait, sans trop de délai, étudier d'une manière appropriée, et il serait préférable qu'il entreprenne cette étude suivant sa procédure normale plutôt qu'à un stade avancé de ses travaux sur la question de la terminaison des traités. Néanmoins, vu l'importance des problèmes soulevés sur ce point par les réponses à l'exposé préliminaire, votre rapporteur estime nécessaire de

[156] Ce fut le thème principal d'une conférence réunie par la Dotation Carnegie pour la Paix internationale à Lagonissi, en Grèce, en avril 1966.

demander à nouveau l'avis des membres de la Onzième Commission avant de se faire une opinion définitive à ce sujet; c'est la raison pour laquelle cette question se trouve dans le questionnaire annexé au présent *Rapport provisoire.*

Question N° 7. *Désirez-vous faire des observations préliminaires, à titre de proposition, et dans la phase actuelle des travaux, sur la manière dont la Onzième Commission devrait soumettre ses recommandations à l'Institut?*

83. Les données concernant cette question sont exposées au paragraphe 9 de l'*exposé préliminaire.*

Résumé des réponses

84. M. *Forster* réserve expressément son opinion et M. *Winiarski* donne une réponse négative. D'autres réponses révèlent un certain nombre de nuances.

M. *Ago* attire l'attention sur le fait que ce problème est très délicat. Selon lui, il est certainement intéressant que l'Institut, en tant qu'organisme scientifique impartial, donne son avis sur les questions qui lui sont soumises, en ayant en vue la future conférence diplomatique sur le droit des traités. Il ne pense pas qu'il soit vraisemblable que l'Institut puisse adopter, en la matière, une attitude qui serait autre chose qu'une collaboration précieuse à l'œuvre de la Commission du droit international et, le cas échéant, une utile critique constructive du projet rédigé par la Commission du droit international. Il conclut en disant que la Onzième Commission ne pourra décider de la forme à donner à ses recommandations qu'après avoir pris connaissance des différents points de vue de ses membres et avoir pu largement évaluer les risques que ces recommandations pourraient entraîner.

Selon M. *Briggs*, les Etats, la Commission du droit international elle-même et la communauté juridique internationale en général auraient avantage à soumettre les projets de la Commission à un examen soigneux pour lequel l'Institut de Droit international serait tout particulièrement désigné. Toutefois, il fait remarquer que, tout en critiquant à diverses reprises les projets de la Commission du droit international, les membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies ont toujours évité avec soin d'amender une quelconque des dispositions des projets de la Commission, et considère qu'il serait bon que l'Institut, sans tenir compte de ses propres vues sur le fond de la question, s'abstienne de formuler à titre alternatif d'autres projets d'articles ou de textes.

Pour M. *Castrén*, la question est prématurée et c'est le devoir du rapporteur de soumettre plus tard des propositions concrètes. Selon Sir Gerald *Fitzmaurice*, le rapport que la Onzième Commission doit soumettre à l'Institut ne devrait pas prendre la forme d'une simple récapitulation du travail de la Commission du droit international, non plus que celle d'un simple commentaire, d'une glose ou d'une critique s'y rapportant, mais il devrait se présenter comme une étude indépendante qui pourrait naturellement se référer aux articles de la Commission ou les utiliser de différentes manières.

D'après M. *Jenks*, le service le plus utile que l'Institut puisse rendre maintenant est de soutenir les efforts de la Commission du droit international pour réaliser une heureuse codification du droit des traités tout en se réservant naturellement le droit d'apporter ses propres critiques là où il le juge nécessaire. Il considère qu'il est encore un peu tôt pour déterminer la forme la plus appropriée que doivent prendre les conclusions de l'Institut, et il tend à penser qu'un rapport adopté par l'Institut à l'issue de ses discussions permettrait, mieux qu'une résolution du type habituel, de tenir compte du fait que des membres de

l'Institut ont également la qualité de membre de la Commission du droit international. M. Jenks estime de plus qu'un rapport conviendrait mieux qu'une résolution pour exprimer, avant une future conférence diplomatique, des vues qui pourraient se révéler exactes longtemps encore après que la conférence aura eu lieu. M. *Jiménez de Aréchaga* déclare également que la Onzième Commission devrait procéder à l'étude de cette question en toute indépendance — selon la tradition de l'Institut — et parvenir à ses propres conclusions, que ces dernières rejoignent ou non celles de la Commission du droit international. M. *Koretsky* considère que, pour le moment, la réponse qu'il a donnée antérieurement est suffisante. Selon M. *Reuter*, la Onzième Commission devrait pouvoir s'exprimer en toute liberté et sans réserve sur les travaux de la Commission du droit international. En raison de l'ampleur de la matière, la Commission doit avant tout retenir les problèmes où elle peut faire œuvre utile. Il définit ces aspects comme étant ceux qui mettent en jeu des questions de technique juridique. Pour l'heure, la Onzième Commission devrait se garder d'examiner si le projet d'articles doit ou même peut faire l'objet d'un « guide » ou d'une « convention ». Cependant si la réunion d'une conférence diplomatique était décidée en vue de la conclusion d'une convention, la mise en œuvre d'un tel dessein soulèverait des problèmes délicats tant en ce qui concerne les rapports de la convention envisagée avec la Charte des Nations Unies, d'une part, qu'avec les constitutions nationales, d'autre part [157]. Bien que de tels problèmes présentent d'importants aspects politiques, M. *Reuter* ne voit pas d'objection à ce que la Onzième Commission les aborde. D'après M. Paul *De Visscher*, lorsque l'Institut a décidé d'étudier une question, il doit le faire de façon

[157] L'opinion de M. Reuter sur cette question est développée plus amplement dans la déclaration qu'il a faite à la 879e réunion (§ 59) de la Commission du droit international *(note du rapporteur)*.

complètement indépendante. Et il doit de même éviter de reproduire tout le travail fait par la Commission du droit international. En conséquence, l'Institut devrait accorder une attention toute particulière aux aspects que la Commission du droit international a préféré ne pas examiner; il devrait reprendre les points sur lesquels la Commission du droit international était profondément divisée, ou à propos desquels les Rapporteurs spéciaux successifs de cette Commission ont adopté des positions divergentes; enfin, l'Institut devrait présenter ses conclusions sous forme de recommandations générales et non sous forme de projets d'articles d'une convention internationale sur le droit des traités.

Observations du rapporteur

85. Si la Onzième Commission décidait de présenter un rapport complémentaire, les vues de votre rapporteur concernant les directives générales qui devraient la guider dans ce cas ont été indiquées ci-dessus aux paragraphes 3-6; votre rapporteur estime que ces vues coïncident avec celles qui sont exprimées dans les réponses à la question 7. Le présent rapport provisoire fait état des réflexions de votre rapporteur sur les questions qui pourraient être utilement examinées par l'Institut avant la réunion d'une conférence diplomatique; votre rapporteur souhaite qu'elles se trouvent suffisamment concrétisées dans le questionnaire ci-annexé. Le rapport provisoire fait également allusion aux risques et avantages que peut présenter un travail plus approfondi sur ce sujet. Votre rapporteur part de l'idée que les réponses à ce questionnaire permettront de formuler, à la lumière de la Résolution de Bruxelles de 1963, un projet de résolution ou de résolutions, ou d'autres recommandations appropriées de l'Institut. C'est pourquoi, tout en exprimant sa reconnaissance pour les observations supplémen-

taires que les membres de la Onzième Commission jugeront utiles de lui communiquer afin de lui faciliter la tâche, votre rapporteur reconnaît qu'il faut attendre, pour pousser l'étude plus loin, que les membres aient eu la possibilité d'étudier le rapport final de la Commission du droit international sur le droit des traités et le présent rapport provisoire. Et il sait que ce n'est qu'à un stade plus avancé qu'il pourra s'acquitter de façon appropriée de ses responsabilités vis-à-vis de l'Institut.

Question N° 8. *Etes-vous d'accord de remettre à plus tard toutes propositions concernant la préparation des clauses modèles ?*

86. Les données sur cette question sont exposées au paragraphe 10 de l'*exposé préliminaire.*

Résumé des réponses

87. MM. *Ago*, *Briggs*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Forster*, *Jiménez de Aréchaga*, *Koretsky*, *Morelli*, *Reuter* Paul *De Visscher* et *Winiarski* approuvent cette proposition.

MM. *Ago* et *Castrén* font observer de plus qu'il serait nécessaire d'attendre les résultats de la conférence diplomatique, et M. *Jenks* considère que la préparation des clauses modèles est un des services les plus utiles que l'Institut puisse rendre dans ce domaine, mais il convient que cela doit être maintenant différé jusqu'après la conférence. M. *Koretsky* doute que cette tâche vaille la peine d'être accomplie par l'Institut.

Observations du rapporteur

88. Votre rapporteur est entièrement d'accord avec les réponses à la question 8.

Question N° 9. *Désirez-vous faire, à l'heure actuelle, des observations d'ordre général?*

89. Au stade actuel, aucun membre de l'Institut ne s'est montré désireux de répondre à cette question.

Question N° 10. *Avez-vous reçu toute la documentation de la Commission du droit international dont vous avez besoin?*

90. Les données relatives à cette question sont exposées au paragraphe 3 de l'*exposé préliminaire.*

Résumé des réponses

91. Toutes les réponses à cette question ont été affirmatives.

Observations du rapporteur

92. En 1965, la Commission du droit international a examiné la question de l'échange et de la distribution de ses documents et elle s'est référée tout particulièrement à l'échange de documents avec des institutions scientifiques telles que l'Institut de Droit international et l'*International Law Association* lors de l'étude, par ceux-ci, de questions en rapport avec celles discutées par la Commission du droit international [158]. Les recommandations qui ont été faites alors ont été approuvées par les autorités compétentes des Nations Unies et appliquées pour la première fois, tout au moins en ce qui concerne l'Institut, en relation avec le travail de la Onzième Commission.

Votre rapporteur tient à exprimer ici sa reconnaissance pour le concours apporté par les organes compétents des Nations Unies et tout spécialement par le Département de Codification

[158] *Rapport* 1965, § 64.

(qui fournit le secrétariat de la Commission du droit international et de la Sixième Commission), grâce auxquels a été assurée la distribution rapide des documents nécessaires aux membres de la Onzième Commission.

V. Conclusions et propositions du rapporteur

93. Il est clair que la première question au sujet de laquelle la Onzième Commission doit prendre une décision est celle de savoir si elle entend, selon les termes de la Résolution de Bruxelles, présenter ou non un « rapport complémentaire ». Cela pose plusieurs problèmes. Si la Onzième Commission désire aborder le fond du sujet de la terminaison des traités, il est évident que tant le détachement scientifique qui caractérise l'Institut que l'opinion dominante des membres de la Onzième Commission qui se sont exprimés à ce sujet conduisent à la même conclusion, à savoir, comme l'a dit Sir Gerald *Fitzmaurice*, que le rapport de la Commission à l'Institut « ne devrait pas prendre la forme d'une simple récapitulation du travail de la Commission du droit international, non plus que celle d'un simple commentaire, d'une glose ou d'une critique s'y rapportant, mais il devrait se présenter comme une étude indépendante », et cela même si, pour reprendre les termes de M. *Jenks*, le service le plus utile que l'Institut puisse rendre maintenant est de soutenir les efforts de la Commission du droit international pour réaliser une heureuse codification du droit des traités tout en se réservant naturellement le droit d'apporter ses propres critiques là où il le juge nécessaire. Par ailleurs l'Institut, en raison de sa tradition scientifique, doit éviter d'empiéter sur le domaine politique. Il ressort aussi bien des discussions au sein de la Commission du droit international que d'indications contenues dans certaines réponses au questionnaire annexé à l'*exposé préliminaire* (ainsi que des travaux

antérieurs de la Onzième Commission) qu'un examen ultérieur approfondi d'un bon nombre de motifs de terminaison des traités pourrait aisément faire dévier l'Institut de la voie, qu'il entend suivre, de l'objectivité scientifique, et le détourner de son but essentiel, qui est de prêter son concours aux Etats et de les guider. Cet examen, en effet, risque fort de s'étendre au-delà d'une pure critique éventuelle des travaux de la Commission du droit international, ainsi, peut-être, que de ceux de l'Assemblée générale dans le domaine de la codification du droit des traités. Les articles sur le droit des traités sont désormais un fait; ce sont eux qui constitueront le point de départ de l'action qui sera entreprise sur le plan politique et dont le déclenchement va coïncider avec la distribution du présent rapport. Ce sont eux également qui seront à la base des discussions et recherches futures sur tous les aspects du droit des traités. La question se pose dès lors de savoir si, à l'heure actuelle, l'Institut peut faire œuvre utile tout en évitant une confrontation et une polémique directes, ayant des implications politiques, avec les organes assumant officiellement des responsabilités en matière de codification du droit international et s'il peut être d'une aide quelconque au cours de la difficile période par laquelle va maintenant passer la codification du droit des traités.

Votre rapporteur pense qu'il peut être répondu affirmativement à cette question; qui plus est, il estime qu'il faut y répondre affirmativement. C'est là, lui semble-t-il, l'interprétation qu'il convient de donner à la décision prise par la Onzième Commission à Varsovie, puis par l'Institut, et c'est dans cet esprit qu'il conçoit dans l'immédiat le travail futur de la Onzième Commission.

On se trouve néanmoins confronté avec plusieurs problèmes. L'un est de nature personnelle. Comme on l'a déjà souligné (au paragraphe 4 ci-dessus), pas moins de quatorze des membres de la Commission du droit international, responsables de l'adoption du texte final du projet d'articles, sont en même temps des

confrères de l'Institut, et il convient d'ajouter à ce nombre plusieurs anciens membres de la Commission qui se sont, à un moment donné, occupés d'une manière ou d'une autre du droit des traités et qui, depuis lors, ont été appelés à d'autres fonctions. Il est probable que ce fait est pour partie à l'origine du caractère délicat de la tâche incombant à la Onzième Commission, souligné dans plusieurs réponses.

Mais il est encore un autre et non moins important problème. L'Institut fut créé en un temps où il n'existait guère de codification entreprise sur le plan officiel et, dans une certaine mesure, la tradition de non-ingérence dans le domaine politique, propre à l'Institut, apparut, en ce qui concerne la codification du droit, à un moment où la codification officielle se trouvait dans une phase expérimentale et où elle ne s'était pas encore traduite dans les faits, comme c'est le cas désormais à la suite de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies. L'Institut représentait alors, aux yeux de beaucoup, le principal organe de codification de la communauté internationale et l'expression de la conscience juridique de cette dernière. Si donc l'Institut entend de nos jours, *comme ligne de conduite*, s'abstenir de connaître des questions de fond traitées par la Commission de droit international ou d'autres organes des Nations Unies auxquels incombent officiellement des tâches dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit, on devra tôt ou tard se demander *s'il peut encore exercer valablement une quelconque fonction* en matière de codification et de développement progressif du droit international. Dans quelle mesure est-il prêt à renoncer au rôle même que lui avaient assigné ses fondateurs? Il faut ajouter qu'en dehors de la terminaison des traités, l'Institut s'occupe de matières qui figurent actuellement dans le programme de travail de la Commission du droit international ou qui sont sur la liste générale des sujets considérés comme propres à la

codification au moment opportun et cela sans parler d'autres travaux de caractère officiel, que ce soit dans le domaine du droit international public ou privé. Quoi qu'il puisse exister une différence entre les cas où la Commission du droit international (ou quelque autre organe officiel) s'est effectivement penchée sur une question avant que l'Institut s'en occupe lui-même et ceux où l'Institut a été le premier à traiter une question, doit-on vraiment considérer comme une condition absolue pour la poursuite du travail de l'Institut que si la Commission du droit international se charge de sujets qui figurent déjà sur la liste de l'Institut, ce dernier s'en dessaisira automatiquement et ne viendra jamais en concurrence avec le travail accompli, ou le travail en cours de la Commission du droit international ou de quelque autre organe officiel? Il convient de rappeler à cet égard qu'à Amsterdam (1957), l'Institut a poursuivi l'étude d'un aspect important du droit de la mer, après que la Commission du droit international eut présenté son rapport final sur cette question en 1956 et après la décision de l'Assemblée générale de réunir une conférence diplomatique sur le droit de la mer.

Ayant placé le problème sous ce jour, votre rapporteur a le sentiment qu'il ne devrait pas faire de recommandation supplémentaire sans avoir, auparavant, obtenu des membres de la Onzième Commission des éclaircissements sur ce qu'ils considèrent, dans ces circonstances, comme la forme d'action la plus appropriée que la Onzième Commission pourrait recommander à l'Institut.

94. Par ailleurs, en vue d'éclairer la situation, votre rapporteur considère de son devoir d'indiquer, même à titre d'essai, le type de questions sur lesquelles la Onzième Commission pourrait utilement diriger son attention si elle prenait la décision de présenter un rapport de fond à l'Institut avant la réunion

d'une conférence internationale. Votre rapporteur a, pour cette raison, introduit en annexe un questionnaire dont les données se trouvent dans le présent *Rapport provisoire*; les réponses à ce questionnaire constitueront, s'il est décidé de présenter un rapport complémentaire à l'Institut, le fondement de ce rapport. Ce questionnaire comporte une question d'ordre général, soulevée par le paragraphe précédent (paragraphe 93), et une série de questions particulières qui, en dehors des aspects relativement secondaires des questions 4, 5, 6 et 7, cherchent à viser les problèmes généraux dont l'examen pourrait être de la plus grande utilité pour les Etats et les différents organes des Nations Unies qui assumeront des responsabilités quant à la préparation et la conduite d'une conférence internationale sur le droit des traités. Ces problèmes généraux ne paraissent pas impliquer le risque d'une confrontation directe entre l'Institut et la Commission du droit international. Ils ont leur individualité tout en étant en rapport étroit, comme c'est le cas de l'ensemble des divers aspects du droit des traités, et ils ont présenté de grandes difficultés pour la Commission du droit international. Ces problèmes sont les suivants:

a) Le caractère exhaustif des articles sur la terminaison des traités au seul point de vue de l'inclusion de tous les motifs de terminaison des traités d'une manière conforme au droit qui appartiennent en propre au droit des traités.

b) Le caractère exhaustif des articles sur la suspension de l'application des traités, tant au point de vue de l'inclusion de tous les motifs de suspension conforme au droit et appartenant en propre au droit des traités, qu'au point de vue de la relation entre terminaison et suspension, ou entre suspension et terminaison.

c) Les modalités et garanties de nature procédurale comprises aux articles 62, 63 et 64.

Si la Onzième Commission, dans sa majorité, se prononçait en faveur de la présentation du rapport complémentaire, mentionné par la Résolution de Bruxelles, un examen purement scientifique de ces questions par l'Institut — en évitant toute considération politique — pourrait constituer une remarquable contribution de l'Institut à la réalisation d'un objectif qui fut énoncé dans ses Statuts bien avant qu'il fût introduit à l'Article 13 de la Charte des Nations Unies.

95. Votre rapporteur a examiné avec soin s'il est d'autres questions encore qui pourraient être utilement étudiées par l'Institut au stade actuel de ses travaux, et en particulier celles que la Commission du droit international a expressément réservées et qu'elle a laissées en dehors du droit des traités. Comme on l'a noté au paragraphe 16 ci-dessus, ces questions se limitent essentiellement à de vastes matières telles que les effets de la succession d'Etats et de la responsabilité des Etats sur les traités, les effets de l'ouverture des hostilités sur les traités, le rapport entre le droit des traités et la décision d'un organe compétent concluant qu'un Etat est agresseur, le rapport entre le droit des traités codifié et le droit international coutumier général, et d'autres questions semblables. La première de ces questions figure déjà à l'ordre du jour d'une autre Commission de l'Institut et il n'appartient pas à la Onzième Commission d'exprimer une opinion à ce sujet. Pour les raisons énoncées au paragraphe 66 ci-dessus, votre rapporteur estime que les questions relatives à l'effet de l'ouverture des hostilités sur les traités se situent aussi en dehors du mandat de la Onzième Commission, et le même raisonnement conduirait à la même conclusion s'agissant d'un Etat agresseur. Quelques questions générales soulevées par les rapports entre le droit des traités et le droit international coutumier se prêteraient sans doute à un examen plus approfondi, mais non par la Onzième Commission avec son mandat actuel.

Reste la question de la responsabilité des Etats. Ici, l'Institut pourrait entreprendre un travail utile qui ne se trouverait pas être trop directement lié ni actuellement ni, probablement, dans l'immédiat, à l'activité de la Commission du droit international. A cet égard l'Institut, en devançant le travail de la Commission du droit international (comme il le fit, par exemple, pour l'interprétation des traités et pour certains aspects de la terminaison et de la modification), pourrait apporter une contribution notable au futur travail officiel qui serait entrepris dans ce domaine. Il est clair toutefois qu'une telle étude ne pourrait vraisemblablement pas être terminée à la date envisagée pour la réunion d'une conférence diplomatique — date qui constitue, ainsi que votre rapporteur l'a toujours admis à la suite des séances de la Commission à Varsovie et des réponses à l'*exposé préliminaire*, le facteur déterminant pour le programme de travail de la Onzième Commission. Il convient aussi de rappeler que lorsque les membres de la Onzième Commission se sont déclarés prêts à étudier la question de la terminaison des traités, ils n'ont probablement pas tous envisagé que cette question toucherait, ou pourrait toucher, à un domaine aussi vaste et inexploré que celui de la responsabilité des Etats. Si donc cette question vient à être examinée par l'Institut — et cela n'est pas exclu, surtout en raison du fait que la Commission du droit international a, pour sa part, réservé cette question de façon très nette —, il conviendrait de lui demander en premier lieu de définir sa tâche de manière plus précise et d'étudier s'il ne serait pas préférable à cet effet de mettre sur pied une nouvelle Commission.

Votre rapporteur, en conséquence, ne fait aucune recommandation sur ce point à la Onzième Commission.

Genève, le 28 juillet 1966.

QUESTIONNAIRE

Question d'ordre général

Estimez-vous opportun, selon les termes de la Résolution de Bruxelles de 1963, que la Onzième Commission présente un rapport complémentaire à l'Institut à sa prochaine session en 1967?

Que votre réponse à la question d'ordre général ci-dessus soit affirmative ou non, votre rapporteur vous prie d'avoir l'obligeance de répondre aux questions suivantes:

1. Estimez-vous que les articles 39, 51 et 56 à 61 du Projet d'articles établi par la Commission du droit international couvrent tous les motifs pour lesquels un traité prend fin, d'une manière conforme au droit, en totalité ou en partie, ou tous les motifs de retrait d'une partie d'un traité, de façon appropriée pour un projet de convention sur le droit des traités (mis à part d'éventuels motifs juridiques de terminaison, de dénonciation ou de retrait d'une partie d'un traité, d'une manière conforme au droit, ou l'extinction des obligations *conventionnelles* dont le *sedes materiae* se situe en dehors du droit des traités) ?

2. *a)* Estimez-vous que les articles 39, et 54 à 60 du Projet couvrent tous les motifs pour suspendre, d'une manière conforme au droit, l'application d'un traité en totalité ou en partie, de façon appropriée pour un projet de convention sur le droit des traités (mis à part d'éventuels motifs juridiques de suspension d'un traité d'une manière conforme au droit ou de suspension des obligations qui en découlent dont le *sedes materiae* se situe en dehors du droit des traités)?

b) Désirez-vous faire des commentaires sur la manière dont ont été établis les rapports entre la terminaison (y compris le retrait, etc.) et la suspension de l'application d'un traité en tant qu'alternatives facultatives ou obligatoires dans le Projet d'articles sur le droit des traités ?

3. Désirez-vous présenter des observations au sujet de la procédure prévue aux articles 62, 63 et 64, qui doit être suivie lorsqu'un motif pour mettre fin à un traité, le dénoncer, s'en retirer ou en suspendre l'application a été allégué ? Quelles sauvegardes supplémentaires éventuelles contre toute mesure arbitraire ou unilatérale pourraient, à votre avis, être envisagées soit *de lege lata*, soit *de lege ferenda* ?

4. Admettez-vous en principe qu'un traité conclu par des Etats sous les auspices ou au sein d'une organisation internationale devrait entrer dans le cadre général du droit des traités, sauf si les règles de l'organisation internationale en question en disposent expressément autrement ?

5. Estimez-vous souhaitable de présenter à nouveau les deux Résolutions relatives à la dénonciation, rédigées à Salzbourg, et, dans l'affirmative, auriez-vous des modifications à proposer?

6. Etes-vous d'accord qu'il n'appartient pas à la Onzième Commission d'examiner la question des effets de la guerre sur les traités ?

7. Etes-vous d'accord que les questions du droit intertemporel et du *jus cogens* (sous tous ses aspects) ne peuvent pas être examinées de façon appropriée à ce stade des travaux de la Onzième Commission, et que le problème de leur examen futur devrait être renvoyé en termes généraux à l'Institut ?

8. Désirez-vous faire des commentaires supplémentaires:

a) sur des questions traitées dans le rapport provisoire ?

b) sur des questions non traitées dans le rapport provisoire?

ANNEXE I

Observations de membres de la Onzième Commission et de MM. Briggs, Castrén et Reuter en réponse au rapport provisoire *et au questionnaire de M. Shabtai Rosenne*

1. Observations de sir Gerald Fitzmaurice.

The Hague, 15 January 1967.

My dear Colleague,

First, may I tender you my best congratulations on a Report which deals in a most helpful and illuminating way with a difficult topic at a difficult stage of its history.

I propose, next, to answer your Questionnaire up to and including Question 7. An answer to your last question (No. 8) would lead me further afield than perhaps I ought to go—tempted though I am. Possibly a little later I will send you some further material as an appendix to the present observations; but these will be incidental, and will not affect the substance of my answers to your questions.

Answers to the Questionnaire

General Question.—The term " a complementary report " used in the Brussels Resolution was strictly ambiguous in the context, and could have meant complementary to the work of the International Law Commission (I.L.C.), the development

of which our Eleventh Commission was instructed to follow. However, there can be little doubt that the intended meaning was in the sense of a report complementary to the previous work of the Eleventh Commission itself (Giraud Reports, etc.), as presented to the Institute at its Salzburg Session in 1961. The central issue therefore is, as you imply in the final section (V) of your Report whether, the work of the I.L.C. being now finished for the time being, and having resulted in a draft which, in intention at least, constitutes a reasonably complete statement or re-statement of the law of treaties, there remains any worth-while task for the Eleventh Commission to carry out. If not, we could recommend to the Institute that all further consideration of the topic of termination and suspension of treaties should be discontinued pending the outcome of the diplomatic conference which the United Nations Assembly has decided to call, with the I.L.C.'s draft as the basis of discussion.

However, I share your view that we should not pursue this course. As you point out on pages 253-255, an underlying issue of policy for the Institute is involved which transcends the topic of the termination of treaties and is liable to affect all its work now that the I.L.C. has become the major world codifying body. The work done by the Institute certainly played its part in influencing the decision to introduce Article 13 of the Charter into the constitution of the United Nations and to set up the I.L.C. The range of the latter's work however means that if the Institute declined to deal with a topic merely because it had been the subject of consideration by the I.L.C. it would be going far towards abrogating its functions altogether—and this must not be.

On the present occasion nevertheless, the circumstances and the time element are unfavourable to a full dress study by the Institute of the topic of termination of treaties, and I agree

that we should confine ourselves to certain particular aspects of the subject, as indicated by you in your Report, being broadly those covered in your Questionnaire, especially by Questions 1, 2 *(a)*, 2 *(b)* and 3.

If in some of my answers I may appear to criticise the work of the I.L.C., this is only because almost any comment tends to give that kind of impression. May I therefore take this opportunity of paying tribute to the high quality of the draft, in the light of the knowledge of the difficulties involved which I gained as a previous member of the Commission and past Special Rapporteur on the subject of treaties.

Question 1. I do not dissent from the view that a codification of the law of treaties need not—(I would hardly go so far as to say should not)—concern itself with causes of termination or suspension that can plausibly be regarded as lying outside the strict scope of that law considered *in se*—such as, for instance, may arise from war, state succession, etc.—although it is worth noticing that in some of these cases, the matter could quite easily be brought within the scope of ordinary treaty law. For instance, the case of the suspension of a treaty because of war between the parties can well be regarded simply as a case of temporary impossibility of performance—a cause of suspension recognized by treaty law.

If however such matters are to be left out of a codification of treaty law as such, it becomes all the more important that the codification should include all those causes that are indubitably recognized by that law—and here I must say I fully share the doubts expressed on pages 108-115 of your Report (though not as necessarily representing your own personal opinion) whether the Commission's draft does include all these grounds. As I see it, the following questions arise, although perhaps they can only be fully answered by those members of

the Institute who were at the relevant time members of the I.L.C.:

1. Did the Commission *(a)* intend to cover all legally recognized causes of termination, and if so, did it *(b)* consider that it had covered them, even if, in some cases, only by implication rather than expressly?

2. Did the Commission think it unnecessary to mention all the recognized causes of termination, but nevertheless intend to leave any party free to *claim* that the treaty was terminated for one reason or another, provided it did not act arbitrarily but set in motion the procedure specified in Article 62 of the Commission's draft?—or

3. Did the Commission intend to exclude even as *possible* grounds of termination any except those expressly provided for by its draft?

According to what you suggest on page 115 of your Report, the combined effect of Articles 39 and 66 of the Commission's draft should lead to the conclusion that an affirmative answer to Question 3 above would correctly represent the Commission's intention; or alternatively an affirmative answer to Question 1, on the basis that the Commission thought that all recognized lawful causes *were*, expressly or by implication, covered by its draft. If the latter reading were correct, the question of the correctness of the former would become academic, since if all legally recognized causes *are* covered, it follows automatically that everything else must be excluded, and an affirmative answer to Question 3, though unnecessary, would be quite acceptable—but of course, *only* on that condition. Is it fulfilled however? Left to myself and purely as a matter of textual interpretation, I think I would have some doubt whether the matter is definitely regulated by the combined effect of Articles

39 and 66—or if so, in what sense; and there are other provisions such as, in particular, Article 62, paragraph 1, which seem to have a bearing on the matter, though again it may be debatable exactly what.

All this seems to indicate that there are considerable obscurities about the Commission's draft in the present context. This is unsatisfactory in itself quite apart from the possibility, and even probability, of underlying deficiencies of substance. The resulting position might be any one of the following:

(a) The Commission did intend to include all causes of termination recognized by ordinary treaty law but failed to make this clear, or failed to use language clearly covering all these causes. In that event drafting changes would suffice to set the matter right.

(b) The Commission intended to exclude certain causes (of which I shall give examples in a moment). In that event its draft *may* be acceptable to governments *de lege ferenda* on the basis that the *lex lata* of treaties is too liberal in the matter of recognizing causes of termination. But for that very reason this could not possibly be acceptable to the jurist as a scientific statement, re-statement or codification of the law, *de lege lata*.

(c) The Commission, while not intending to *exclude* any of the recognized causes simply failed to mention certain of them (or refrained from doing so), yet intended that parties to treaties should be free to *claim* that one of these (unmentioned) causes was, in fact, operative in the given case, provided they did so in the right way (as specified in Articles 62 *et seq.*). In that event while the *substance* of the result may be acceptable, there still remains a serious deficiency of *codification*, for what results is not a complete statement of the law.

In my original Report on termination (Fitzmaurice II) the expository method was deliberately adopted for several reasons. First I thought—as I still do—that to embody the law of treaties in what is itself a treaty is strictly tautologous, since the treaty will itself be a member of the class or order which it deals with, and will thenceforth be supposed to govern. This is not without its dangers.[1] Secondly, I foresaw great difficulties of drafting, and perhaps eventually of interpretation, if this particular subject had to be embodied within the rather rigid confines of formal treaty language.[2] Next I believed that at that stage of the work only the expository method would enable the subject to be fully explored and various necessary distinctions to be brought out.[3] Finally, the expository method seemed to be the only way of dealing with a number of matters of great importance in the treaty field but which belonged not so much to the *law* of treaties as to treaty practice.

There was one point or distinction to which I drew attention which seems to have troubled the Commission throughout, and which, because the distinction is not clearly drawn in the Commission's draft (perhaps not drawn at all) leads to the doubts about the effect and underlying intentions of the draft expressed above, and which is therefore of immediate relevance

[1] The ancient paradox of the Cretan, and the value to be given to the affirmation " All Cretans are liars " when uttered by one who was himself a Cretan, shows that a *circulus inextricabilis* is liable to be set up whenever the authority for a statement about a class of things consists of, or emanates from, what is itself a member of that class.

[2] Good though the Commission's draft is, it is evident in a number of places that these difficulties have not been fully overcome.

[3] I of course fully share the Commission's view that it was in any case necessary to brace and refine many of the earlier draft provisions, and had I continued on the Commission I would myself, while not abandoning the expository method, have proposed many modifications of my original articles.

in the present context. This point concerns the ambiguity inherent in the word " termination ", and the distinction which has to be made between termination as an *act* and as a *fact*. Under the one head comes the question of the circumstances in which and the methods by which the parties themselves (or one of them) may lawfully proceed to terminate or withdraw from a treaty, thus by deliberate act bringing about the fact of termination. Under the other head comes, additionally, the question of termination as a fact not brought about by the act of any party but automatically, either by reason of a provision of the treaty itself (e.g., expiry of a stated period, occurrence of a specified event), or by causes lying outside the treaty as such but provided for by the general *law* of treaties (e.g., disappearance of the object of the treaty; full and final execution of the treaty or achievement of its purpose; extinction of a party, etc.[4]) bringing the treaty to an end or rendering it inoperative *ope juris* by process of law. The matter is of course far more complicated than that (as Fitzmaurice II showed, doubtless with some over-elaboration), and the distinction when fully worked out involves certain cross-applications and overlappings. Nevertheless the fact remains that the I.L.C.'s draft does not deal at all with these and other causes of termination *ope juris*.

A possible justification for such a course, even in what is intended to be a complete codification of treaty law, might be that causes of termination operating automatically are inimical to the principle of *pacta sunt servanda* because, whenever one of them can plausibly be alleged to have arisen, ready means of putting an end to or evading the treaty obligation will exist.

[4] The distinction is not invalidated by the fact that some of these events may make it more appropriate to speak of the treaty having become spent rather than terminated.

This however would at most be a reason for removing from this category of cause any element of automaticity—i.e., termination on the basis of such a cause can be claimed but cannot be presumed to have occurred, and the claim must be justified and established. But this would not be a sufficient reason (in an intended codification of treaty law) for refraining from all mention of a number of factors recognized by that law as operating to terminate a treaty—still less for excluding them altogether, which is possibly what the effect of the I.L.C. draft is.

On a first reading of this draft (the text alone), it seemed to be based on the idea that it was not necessary to give an exhaustive list of all the possible elements that as a matter of treaty law might cause the termination of a treaty, since it was always open to a party to *claim* that the treaty had come to an end for one reason or another, so long as this cause of termination was not *excluded* either by the treaty itself or *a priori* by a convention embodying the I.L.C.'s draft articles. According to this concept the important thing was that the *ipse dixit* of the party claiming that the treaty was terminated *ope juris* could not suffice *per se* to establish that fact—the claimant party must take certain prescribed steps and the whole matter must go through certain stages. This, it seemed at first, might be the intended effect of Article 62 of the draft—and if so this might perhaps be held to prevail over the combined effect of Articles 39 and 66—or perhaps no real contradiction was necessarily involved.

However, a careful reading of the first paragraph of the Commission's Article 62 suggests a doubt, because of an ambiguity that arises (and equally in the French text) over the words " under the provisions of the present articles ". Does this phrase merely qualify the words " for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty "—(i.e.,

the termination etc. must be effected by the means provided for in the I.L.C. articles);—or does it qualify, or additionally qualify, the word " ground "—(i.e., the ground of termination etc., must be a ground recognized by " the provisions of the present articles "). If the latter hypothesis is correct, the effect would be to exclude *a priori* as being even receivable, any ground of termination not expressly provided for in the draft —and, as mentioned on pages 108-115 of your Report, several grounds supposed to be recognized by treaty law are not in fact provided for.

A comparison with the earlier (1963) version of this provision (now Article 62, but then numbered 51) shows a significant difference of wording. The earlier version was to the effect that a party alleging a ground for terminating, etc., a treaty " otherwise than under a provision of the treaty " should be bound to set in motion the procedure provided for by the rest of the article. This wording, so far as its own terms are concerned (and subject to the point made in the next succeeding paragraph of these observations), would have left parties free to put forward any ground whatever as the basis of the claim of termination etc., whether that ground was specifically recognized in the I.L.C.'s draft or not. The present and final version, though ambiguous, apparently does not. The reasons for the change, which must have been made during the Summer Session of 1966, are not given in the Report of the Commission for that year. They may appear in the summary records of that session, but at the moment of writing these are not available to me.

The view that the Commission's draft was designed to exclude causes of termination functioning *ope juris* is further supported by the fact that in Article 62, paragraph 1, the phraseology employed refers to a party which alleges a ground " for terminating " a treaty, which clearly suggests the case where the

termination is the act of the party itself. In order to cover the case where the real claim is not that there exists a right *to terminate* the treaty, but that circumstances have arisen whereby *it is already terminated (ope juris)* it would have been necessary to add some such phrase as " or which alleges a ground for regarding the treaty as terminated ". This addition could have been made without in any way endangering the position that the termination must not be given automatic effect, and can only be claimed.

On the other hand, the Commission's Report for 1966, in the commentary (p. 84) to Article 58 of its draft (impossibility of performance), does mention a number of causes of termination *ope juris* and gives some reasons why the Commission did not include them. These reasons are not convincing, because they turn chiefly on the dangers of automatic causes of termination and of permitting more than that parties should be able to claim that circumstances terminating the treaty had arisen. But surely it was precisely this danger that Article 62 was supposed to avert—or would have averted if it had been drafted as suggested above in the preceding paragraph of the present observations, so as to cover not only the case of a party which alleges a ground for " terminating " the treaty, but also that of a party alleging a ground " for regarding the treaty as [already] terminated ".

At the same time, the language used in the commentary to Article 58 rather suggests (contrary to the general tenor of the articles themselves) that the Commission merely decided not to treat of certain causes of termination *ope juris*, rather than that it intended to exclude them *a priori* and in all circumstances, as possible or receivable causes. The impression given is that, e.g. (see paragraph 6 of the commentary to Article 58) the Commission " did not think it should deal with certain such causes ", rather than that it thought them invalid.

Be all this as it may, I find it difficult (considered as a purported statement of received treaty law) to accept the limitation placed by Article 58 on the concept of impossibility of performance, which is stated to be admissible only if the impossibility " results from the disappearance or destruction of an object (i.e., a physical object) indispensable for the execution of the treaty ". First, according to strict theory, disappearance of the object, rendering the treaty objectless, is itself a distinct and direct cause of termination: impossibility is involved, but is consequential and incidental, and not the proximate cause of termination. But even if this is to be regarded as a technicality, the fact remains that the causes of impossibility are theoretically unlimited. A limitation of them to a single one—thereby impliedly excluding all others—might arguably be desirable *de lege ferenda*, in the interests of the principle *pacta sunt servanda*, but certainly could not be regarded as correctly representing received treaty law.

Having regard to these various points, it seems to me that there are serious obscurities both about the Commission's real intentions and the effects of its draft, highly meritorious though the draft is from many points of view; and furthermore, deficiencies of substance in the formulation of the causes of termination. Can a codifying body really be relieved from the obligation to *state* the law, even if, at the same time it recommends changes or reformations *de lege ferenda*? There is a disconcerting even if understandable ambivalence in the work of the Commission on this particular part of treaty law.

Question 2 (a). — The observations made above in reply to Question 1 are in principle applicable *pari passu* and *mutatis mutandis* to the case of suspension, in so far as treaty law recognizes any grounds of suspension functioning *ope juris*. But in fact there are very few if any such grounds operating

thus to suspend, as opposed to terminating, a treaty. Perhaps temporary impossibility of performance is the only one. This is provided for by the second sentence of Article 58 of the Commission's draft, but only very partially, since presumably the limitation to disappearance of the object of the treaty, though not specifically mentioned in this sentence, is intended to apply as well to the case of suspension as to that of termination. One can, however, think of many other things that might render a treaty temporarily impossible to carry out.

A different point—the Report of the Commission for 1966 throws no light on why the Commission specifically rejected the extension of the faculty given by the final phrase of paragraph 1 of Article 53, so as to make it cover the case of suspension as well as that of termination or withdrawal (see footnote 89 on p. 134 of your Report). Presumably the feeling was that such an extension would tend to endanger the stability of treaties and that the provisions of Article 54 ought to suffice.

Question 2 (b). — I think that in substance the relationship between termination and suspension established by the Commission's draft is satisfactory; but as to method and arrangement I find myself quite in agreement with the criticisms implied by the remarks you make on pages 166-169 of your Report. These show that considerable confusion and difficulties of interpretation can arise from the splitting up of what is always the same basic question amongst no less than five articles (26, 36, 37, 55 and 56) dealing with different aspects of that question.

Question 3.—The provision (paragraph 1 of Article 62) according to which a party alleging grounds of invalidity or of termination, withdrawal or suspension, must set in motion a regular procedure and cannot simply repudiate the treaty or cease executing it, is excellent in substance although, for reasons

given earlier in the present observations, defectively drafted; and of course as already noticed, the Commission failed to make full use of the safeguard it provides in order to include in its draft all the grounds of termination etc., recognized by treaty law.

The rest of Article 62 is not so satisfactory, and here again there is a drafting omission (which may of course mask a failure to reach agreement in the Commission) on the important question of what happens to the treaty in the event of an objection to termination being made under paragraph 3, but the parties failing (or the party claiming termination declining) to have recourse to one of the means of settlement indicated in Article 33 of the United Nations Charter. The answer is not given anywhere in Article 62 itself. An answer to the effect that the treaty remains fully operative at least until the prescribed recourse has been effected, and has run its course, may perhaps be implied from the combined effect of Articles 39 (paragraph 2) and 66—or it might be regarded as implied generally, since if this were not the case much of the good to be expected from the obligation specified in the first paragraph of Article 62 would be cancelled out or rendered evanescent. At most a three months' delay would be imposed on the party claiming termination.

The importance of the point lies in the fact that the continued operativeness of the treaty affords perhaps the only guarantee that recourse to *some* means of settlement will in fact be had, particularly that there will be willingness to do so on the part of the party claiming termination. There is of course also the difficulty that if the treaty is to continue fully operative pending recourse to a means provided for by Article 33 of the Charter, this might afford a strong inducement to the *objecting* party to decline or unduly delay such recourse. But this difficulty could easily be met by providing that in such a case the claiming

party would—perhaps after some further delay—become released from its obligations under the treaty.

Be that as it may, there are points here which clearly need consideration, and are not dealt with in the Commission's draft; for experience has shown that without a good deal of clarification and tightening up, the obligation to resort to the means of settlement indicated in Article 33 may well remain a dead letter, or at any rate may never go beyond the very first stages of the means there specified, namely, " negotiation " and " enquiry ". Indeed, one of the great defects of Article 33 is that it has never been clear whether the obligation it creates is discharged by having recourse to any one only of the means indicated, or whether if that means fails the parties to the dispute must then try another. In more specific terms, if negotiation does not succeed, is there then an obligation to go on to conciliation, and eventually, if necessary, to arbitration and judicial settlement? The answer must probably be in the negative, for an affirmative one would in practice mean that a system of compulsory arbitral or judicial settlement had been set up by Article 33, which was not the intention of the Charter. But, even if the Commission felt that the mention of Article 33 represented the most that governments in general would be willing to accept, it could well have adapted and tightened up this provision for the purposes of a convention on the law of treaties—for instance by providing that negotiations would not alone suffice as a means of settlement under paragraph 3 of Article 62 of the draft [5], and that should these fail, recourse must be had, e.g., to " another means of settlement specified in

[5] Especially as some kind of negotiation or series of interchanges between the parties would usually already have taken place in any event, so that paragraph 3 of Article 62 of the Commission's draft (as it now stands) would be liable to be exhausted almost before the occasion to apply it had arisen.

Article 33, capable of affording an independent and objective view, finding or ruling ". Given the variety of the means mentioned in that Article, this would still have fallen far short of creating an obligation of arbitral or judicial settlement.

Another point is that Article 33 itself (within the scheme of the Charter) is limited to the case of disputes " the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security ". Presumably, since the great majority of disputes about treaties do not have this character, this limitation was not intended to apply for the purposes of paragraph 3 of Article 62 of the Commission's draft; and as a matter of textual interpretation of this paragraph this is almost certainly the effect, since the reference is not to Article 33 as such and as a whole, but only to the means of settlement it specifies, and not the occasion in respect of which it specifies them. Nevertheless, if the contrary could successfully be maintained, the value of the paragraph would be greatly diminished, and it is therefore a pity that the intended effect was not made clear in the draft, or in the commentary on this provision.

Finally, and in general, my feeling is that, quite apart from the foregoing points, it would have been better for such a body as the Commission to include in the draft a provision for last resort arbitral or judicial settlement (which need not necessarily have involved reference to the International Court of Justice), and to leave it to the eventual diplomatic conference to modify this if unacceptable.

Question 4.—I should have thought this question must undoubtedly be answered in the affirmative. Some of the most important treaties being made in our time are of the character described—concluded within, or under the auspices of, an international organization. It is difficult to see (subject to any particular provisions of the constitution of the relevant

organization) what such treaties would be governed by, if not the general law of treaties, since even if the organization's constitution is applicable on certain points, it could never provide for all the questions liable to arise in respect of any treaty whatever, irrespective of its character or mode of conclusion.

Question 5.—Despite what I may have said about this on any previous occasion, I would on the whole be in favour of re-presenting these two Resolutions. I have been impressed by the remarks you make on page 35, paragraph 6, of your provisional Report, about the function of the Institute being prophylactic as well as curative. Undoubtedly the adoption by States of a general *practice* along the lines of these two Resolutions would contribute a good deal to preventing disputes arising. I would prefer to reserve for the present the question of modifying or supplementing their existing wording.

Question 6.—I would answer Yes, in the sense that the subject of the effect of war on treaties is a considerable one in its own right, so to speak, and one the scope of which goes much beyond the present mandate of the Eleventh Commission. It ought, however, to be dealt with by the Institute because, even if not part of the law of treaties as such, it is certainly one of the general complex of subjects which makes up the law *affecting* treaties. But it would be necessarily to give the Eleventh Commission a new mandate, or probably better still to create a new Commission for the purpose.

Question 7.—I am certainly in agreement. The topics of *jus cogens* and of the inter-temporal law both involve issues of a general character altogether exceeding the scope of the termination and suspension of treaties, and even that of treaties as a whole, and treaty law as a subject. The treaty aspect,

though it may be important, is incidental and not fundamental to these two topics.

With all best wishes for the success of your work as Rapporteur to the Eleventh Commission, I am

Yours sincerely,

G. G. Fitzmaurice.

2. Observations de M. C. Wilfred Jenks

6 February 1967.

My dear Colleague,

I entirely agree with the view expressed in your report that the manner in which the Institute now deals with the question of the termination of treaties may have a significant bearing on the extent to which it is in a position to play a useful part in future in the further consideration of topics of international law which are in process of codification by the International Law Commission and other United Nations bodies. It is therefore a matter of substantial public importance that the question should be dealt with positively and realistically. The Institute is uniquely placed to serve as a bridge between the International Law Commission and scientific opinion; if it operates effectively as such it can continue to play a distinctive and at times invaluable part in advancing the purpose defined by its founders and embodied in its Statute of aiding the growth of international law by the mutually complementary processes of formulating the sense of justice of the civilized world and promoting, encouraging, and sometimes guiding, official measures of codification. How it can best discharge this in-

creasingly difficult and responsible function in any particular case will necessarily depend on the stage which official consideration of the matter has reached when the Institute examines it and the relative thoroughness, speed (an increasingly important point) and detachment or balance with which the Institute and the official bodies concerned are in a position to discuss the question and formulate their views and proposals. In the nature of the case, the Institute cannot act; it can only advise: but informed and disinterested advice concerning the relationship of particular proposals to the law as a whole and the trend of its future development may be of great value. I have therefore attempted to answer your questions in the light of these general considerations.

General Question.—In all the circumstances a report to the Institute at its next Session in 1967 is clearly necessary irrespective of whether or not it contains any positive proposals.

In my judgment such a report could usefully contain certain positive proposals.

1 and 2 *(a)*. These two questions pose indirectly the whole question of the nature of the contribution which the Institute can most usefully make at this stage. They suggest, in effect, that the Institute should review further certain questions in respect of which the International Law Commission or certain of its members are not satisfied that they have exhausted the subject with a view to seeing how much more could usefully be said about it in the proposed draft articles.

Personally I find it impossible to give a satisfactory answer to questions 1 and 2 in their present form. By its nature the question whether the statement of grounds of lawful complete or partial termination, withdrawal or suspension contained in the draft covers all the possibilities which should be considered or may arise does not admit of a negative answer in

general terms, even when limited by the reference to grounds appropriate for a convention on the law of treaties and the exclusion of grounds having their *sedes materiae* outside the law of treaties. The question may arise at three successive stages: as a doctrinal matter, now; in the course of the United Nations Conference when further grounds may be suggested; or subsequently to the adoption of the convention, when the question how far the grounds stated in the convention are an exhaustive statement may arise in some form. The only element in the question which I feel able to answer is that I would not personally wish to suggest any further grounds at this stage. As of now I see nothing to be gained by the Institute suggesting any further ground, but think it would be unwise for the Institute to give any impression of rejecting *a priori* any further grounds which may be suggested in the course of the United Nations Conference or of prejudicing any question which may arise subsequently to the conclusion of the convention as to the validity of any alleged ground not specified therein. Once the convention has been adopted there would, of course, be a strong presumption against the validity of any such new alleged ground, but the question cannot be prejudged. In these circumstances the Institute can say little of value on this particular subject unless in the course of its discussions a consensus emerges that some important ground has been omitted by the International Law Commission; this seems improbable in view of the prolonged consideration given to the matter by the Commission and governments during a period of sixteen years.

It therefore, in my view, becomes necessary to consider in somewhat different terms the nature of the contribution which the Institute can usefully make at this stage.

There are certain things which it clearly cannot do and should not attempt.

It should not attempt to review in detail the Draft Articles submitted by the International Law Commission as a basis for the work of the United Nations Conference.

It should not arbitrarily select particular articles for comment because members of the Institute happen to be particularly interested in them or to have particularly clear or strong views concerning them.

It should not, in the absence of a much clearer case for so doing than has yet been made, select for intensive consideration some particular article or group of articles on the ground that they may be incomplete or unsatisfactory in respects not yet clearly specified.

It should, in my judgment, attempt to focus attention, in advance of the United Nations Conference, on the relationship between certain essential features of the draft and the contemporary progress of international law. It should do this in the broadest terms with a view to contributing to enlisting the widest possible support for essential features of the draft which would make its approval by the United Nations Conference an important stage in placing the whole of the law of treaties on a more satisfactory foundation. Two illustrations will indicate what I have in mind.

One of the essential features of the Draft Articles is the clear relationship which they establish between the substantive provisions concerning the termination and suspension of the operation of treaties (Articles 51 to 61 of the Draft Articles) and the provisions defining the procedure to be followed for the exercise of the rights and powers conferred by the substantive provisions (Articles 62 to 64). As you rightly point out in your report the mutually complementary character of the substantive and procedural provisions is perhaps the distinctive contribution of the International Law Commission to the development of the law of treaties. The acceptance of such a

relationship in a United Nations Convention on the Law of Treaties would represent an important stage in the introduction of some measure of order and regularity into the treaty terminating process. This aspect of the proposals therefore raises a broad question of policy bearing on the effectiveness of the whole international legal order on which it would be both appropriate and useful for the Institute, without entering into details, to express a positive view. I would hope that you might be willing to formulate for consideration by the Institute a resolution endorsing the general principle that discretionary powers of termination or suspension must be exercised within an accepted framework of procedural obligations. The approach which the International Law Commission has adopted in the matter suggests an emergent general principle of law which the Institute should welcome and uphold.

The Draft Articles also contain important provisions concerning the relationship between treaty law and customary law. While the International Law Commission disclaimed any intention of dealing with this question as a whole, it has dealt with it in relation to termination by providing that " the invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present articles or of the terms of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it is subject under any other rule of international law " (Article 40). It has also provided that nothing in the articles relating to the obligations or rights of third States " precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law " (Article 34). The principle also has a wider application. One might add that the failure of a State to become a party to a treaty, or any reservation made by a State when becoming a party, does not

impair the duty of that State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it may be subject under any other rule of international law. Nor should it be overlooked that these principles are no less applicable to the proposed United Nations Convention on the Law of Treaties itself than to treaties governed by that Convention, a proposition which should perhaps be embodied in the text of the Convention. These principles go well beyond, but are particularly liable to become a practical issue in respect of the question of termination, withdrawal or suspension. They are of special significance at a time when the law is in process of rapid growth and it is important that other processes and potential processes of growth should not be prejudiced by the hazards of the treaty-making process and precariousness of many treaty obligations in a world of some hundred and forty separate States which still has no effective general procedure of collective legislative action. The endorsement by the Institute of the concept that the embodiment of any rule or principle of law in a treaty does not impair whatever validity it may have or acquire independently of the treaty would therefore, I suggest, be timely in present circumstances as a contribution to the general intellectual background of the proposed United Nations Convention and the climate of thought within which it will be finally negotiated and will subsequently operate.

There may well be in the Draft Articles other basic concepts of the same order of generality in respect of which a similar endorsement by the Institute would be useful. You, and the other members of the Eleventh Commission who are members of the International Law Commission, are uniquely qualified to identify such concepts.

In this manner the Institute could, as I suggested at an earlier stage, put its weight behind the efforts of the International Law Commission to achieve a successful codification

of the law of treaties, without either surrendering its complete independence of judgment and freedom of criticism or entering into a degree of detail which is neither feasible nor likely to be helpful at this stage.

2 *(b)*. No comment at this stage.

3. For my comments on the general concept underlying these procedural provisions, its importance, and the desirability of the Institute endorsing it, see under 1 and 2 *(a)*.

I would also like to raise a more specific point which may be of great practical importance.

The notifications and communications provided for in Articles 62 and 63 should be required to be addressed to the depositary, which may be an international organisation, as well as to the parties. It may be most desirable that when such a notification or communication is received some immediate action should be taken to ensure prompt collective consultation among the parties and it may be less invidious that such action should be taken by the depositary rather than by one of the parties.

4. While I accept the principle that treaties concluded by States within an international organisation are governed by the general law of treaties except in respects in which they may be subject to a special rule or established practice of the Organisation, the exact manner in which the principle should be formulated calls, in my judgment, for further consideration. Neither the manner in which it is formulated in the Draft Articles on the Law of Treaties nor the formulation in the questionnaire can be regarded as entirely satisfactory.

The rule and the exception are equally important.

The rule is important because we cannot, without creating utter confusion, have a different law of treaties for the instru-

ments adopted within each of some forty different international and regional organisations, a number which may continue to increase; this is the more so as relatively few of these organisations are, or can be expected to be, equipped to evolve or maintain consistently a distinctive practice corresponding to some special problem, structure, procedure or opportunity.

The exception is important because there are cases in which an organisation has special rules and a well-established body of practice governing an important group of conventions (for example, the one hundred and twenty-seven international labour conventions with over three thousand two hundred ratifications) which create a body of international obligations in respect of these conventions more coherent, stable and, in certain respects, better adapted to the requirements of the situation than would be secured by applying the necessarily more flexible provisions of the general law. International legislative technique remains so defective, and both the need to improve it and the difficulty of doing so remain so great, that it is vital to leave the way open for the development of further specialized international legislative procedures for special purposes as opportunities present themselves. The exception may be significant for this purpose. These considerations may be more important in respect of other parts of the law of treaties than in respect of termination, but are not entirely without application to termination.

The questionnaire, in my view, formulates the principle wrongly. The principle is not that treaties concluded within an international organisation are " within the scope of the general law of treaties " unless the rules of the organisation concerned provide otherwise, which appears to mean unless the rules take them out of the scope of the general law. It is that they are subject to the general law of treaties except in

respects in which the rules of the organisation concerned replace or qualify some particular provision of the general law. Nor can the exception properly be limited to cases where the rules of the organisation concerned " expressly " provide otherwise; full effect must be given to any reasonable implications of such rules.

Article 4 of the Draft Articles is not open to either of these objections. It presumes the Articles to be applicable but provides that their applicability " shall be subject to any relevant rules of the organisation ". This would be a satisfactory formulation if it were clearly recognized that the term "rules" is used as including well-established practice such as the rule that reservations to international labour conventions are inadmissible or that bilateral contracting out from their provisions is permissible only when expressly provided for, but some clarification that this is the intention appears desirable. " Rule " is clearly not intended to mean only a constitutional provision or a formally adopted rule of procedure; it must include all of the rules which constitute the legal system of an organisation including such parts of its established practice as may have come to have the force of law.

It may not be profitable for the Institute to pursue at this stage a point which is not limited to the question of termination and may be more important in other contexts, but the matter calls for some fuller consideration.

5. While agreeing that it is undesirable, in view of the compromise which has been formulated by the International Law Commission in Article 53 of the Draft Articles as a basis for further consideration of the matter by the United Nations Conference, to reopen in the Institute the debate which took place in the Eleventh Commission at Salzburg concerning the permissibility of denunciation of a treaty containing no pro-

vision for its termination, I think it is desirable to consider further the proposed resolutions concerning denunciation clauses suggested by the Commission at Salzburg. The Salzburg text of these resolutions would, however, need reconsideration in the light of Article 53 of the Draft Articles. The first resolution might be redrafted to provide that to avoid any uncertainty concerning the intention of the parties within the meaning of Article 53 they should make a practice of including a denunciation clause whenever they intend to admit the possibility of denunciation or withdrawal and should define in that clause the modalities of denunciation. The second resolution, which is designed to secure a closer mutuality and greater degree of stability in the obligations assumed, would not appear to need modification; its purpose is to secure a firmer degree of obligation than is provided by the requirement of twelve months notice at any time applicable by paragraph 2 of Article 53 of the Draft Articles when it is established that parties to a treaty containing no provision concerning termination intended to admit the possibility of denunciation; it is entirely appropriate that when the modalities of denunciation have been carefully defined in advance stricter provisions should normally be applicable.

I do not accept the view that such resolutions should be regarded as exhortations to States of doubtful value. When the proposed Convention on the Law of Treaties has been adopted and come into force a whole body of new practice based on its provisions will become necessary; resolutions of this nature may be a useful guide in the development of this body of practice which will be a necessary and important complement to the provisions of the Convention itself.

6. I agree that the Eleventh Commission is not called upon to examine the question of the effects of war on treaties.

7. I agree that inter-temporal law and *jus cogens* cannot appropriately be examined at this stage of the work of the Eleventh Commission and that the question of their future examination should be referred in general terms to the Institute, but I would add that while they may be related to each other in certain respects, notably in regard to the effect of *jus cogens superveniens* upon treaty provisions, each of them has such a degree of importance independently of the other that they may call for separate treatment.

8. The Institute should not, in my view, wholly disregard the question of compulsory jurisdiction which may be expected to be raised in some form at the United Nations Conference on the Law of Treaties. It is clear from the known attitudes of governments to the question of compulsory jurisdiction, which were reflected in the discussion of the matter by the International Law Commission, that there is no prospect of the inclusion in a generally acceptable convention on the law of treaties of provision for compulsory jurisdiction in disputes relating to its interpretation or application to particular cases. There is, however, no reason why the United Nations Conference should not adopt an Optional Protocol on the subject; in the light of the existing precedents it may well be probable that it will do so. There would be every advantage in the Institute placing on record the importance which a large body of scientific opinion attaches to the matter; while it is true that the question may have a political aspect, the Institute could properly, without entering into political debate, reaffirm its importance for the future development of the law.

May I, in conclusion, congratulate you upon your report and wish you every success in guiding the deliberations of the Institute on this important question.

Yours very sincerely, *C. Wilfred Jenks.*

3. Observations de M. Vladimir Koretsky

The Hague, 22 May 1967.

Dear Mr. Rosenne,

I have, thanks to Madame le Professeur S. Bastid, received your " Final Report on Termination of Collective Treaties ". My feeling—rather a pessimistic one—that the Institute found itself with the theme selected by it in a situation in which it could not envisage any useful action on the theme is deepened after I have read your provisional report and still more when I have read your final report. You have abandoned the possibility of presenting a draft resolution on the matter, on the elaboration of which you have spent so much labour, your skill and talent. There is no need to have an ear for music to hear minor notes in the last pages of your provisional and final reports. You yourself, on pages 252 and ff., of the provisional report, have given very interesting, one might say, philosophical (historical) considerations on the changing role of the Institute in its main function—in the sphere of the codification and progressive development of international law.

A changing role of the Institute should entail a changing method of the Institute's work, a selection of themes and (I hope my co-Judges will forgive me for saying this) to go with its themes not with such sluggishness as the Court goes with some cases. Goodness sake, even if one will not return to 1948 (the Brussels session), and begin with the Salzburg session (1961), one might find that the six years the Institute have spent in trying to elaborate only one question of " Law of treaties ", a " termination of collective treaties ", a question which is hardly so difficult that it needs for an elaboration so many years: so the Institute lagged behind the I.L.C. The Institute should be ahead, not behind in questions of the codification of international law. You have mentioned in your final report (as a

positive example) the Institute's work on the interpretation of treaties which was preceded that of the I.L.C.

Would it be better to say now openly that it is too late to go into further discussions and investigations into the question of the termination of collective treaties, the question which was elaborated by the I.L.C., in order not to put the Institute, in your words, " into any direct and polemical confrontation, of political implications, with the organs charged with official responsibilities for the codification of international law . . .". I understand that it would be impossible for our Commission to say something otherwise than some kind words in address to the I.L.C. as—under your calculation—half of the members of our Commission are (or were) the members of the I.L.C.

You—as all members of the I.L.C.—got accustomed in such a manner with the structure of its draft that it would be hopeless to " wean " the members of the I.L.C. from it.

I say this though I would prefer to insist on my position (which I have briefly mentioned in my response to your Questionnaire) that the I.L.C. had to elaborate rules relating to multilateral treaties *apart* from those relating to bilateral treaties. To " lump together " rules relating to multilateral and bilateral treaties harms (if not them both) a codification of rules relating to multilateral treaties, and even may be rather especially clear in the question of our theme. So a logical development of juridical institutions in international life (among them the institution of multilateral treaties in its contemporary state) was sacrificed to a formal logic.

Is it really true that—as it is in the English saying—" the voice of one man is the voice of no one "?

But as a " newcomer " I do not want to begin with divergencies with the majority of the Commission, and to find myself in " isolation ". I ought to be for the time being silent.

Yours sincerely. *Vladimir Koretsky.*

4. Observations de M. Gaetano Morelli

Rome, le 9 janvier 1967.

1. Je partage entièrement l'opinion du Rapporteur quant à la possibilité actuelle pour l'Institut de contribuer, d'une façon utile, à l'étude du sujet de la terminaison des traités; cela compte tenu des travaux accomplis par la Commission du droit international sur le même sujet et, plus en général, sur le droit des traités. Je suis d'avis, partant, que la Onzième Commission de l'Institut doit, aux termes de la Résolution de Bruxelles, présenter un rapport complémentaire à la prochaine session.

Le sujet de la terminaison des traités ne pourrait être étudié par l'Institut que d'une façon tout à fait indépendante. Il est toutefois bien sûr que le projet d'articles rédigé par la Commission du droit international constitue un fait que l'Institut ne peut ignorer. Ce qui entraîne la conséquence que des réserves ou des critiques, à l'égard des articles projetés par la Commission du droit international, seront bien possibles ou même inévitables.

Ayant répondu de cette façon à la question générale, je passe aux autres questions.

2. Je voudrais commencer par une prémisse d'ordre terminologique. Je parlerai tout simplement de terminaison (ou bien d'extinction ou de fin) des traités, d'une part, et de suspension des traités, de l'autre.

Il est bien sûr qu'il s'agit d'expressions elliptiques. Le traité en tant que fait historique se produisant à un moment donné par la conclusion du même traité, n'est susceptible, en soi, ni d'extinction ni de suspension. Lorsqu'on parle d'extinction ou de suspension d'un traité on veut indiquer, en réalité

l'extinction ou la suspension des effets juridiques du traité, c'est-à-dire l'extinction ou la suspension des règles créées par le traité et, par conséquent, des obligations et des droits subjectifs découlant de ces règles.

Or l'extinction d'un traité, c'est-à-dire de ses effets, peut être totale, dans le sens qu'elle se produit à la fois pour tous les Etats contractants. Mais il se peut aussi que les effets d'un traité prennent fin seulement à l'égard de l'un des Etats contractants, le traité restant, par conséquent, en vigueur pour les autres. On voit par là qu'il n'y a pas lieu à distinguer, comme le font les articles de la Commission du droit international, entre la fin d'un traité et le retrait. Le retrait n'est autre chose que la fin du traité limitée à l'un des Etats contractants.

Pour ce qui est de la suspension, il est bien possible de parler, tout simplement, de suspension d'un traité pour indiquer la suspension de ses effets, c'est-à-dire des obligations et des droits subjectifs découlant du traité. Il n'est pas correct, au contraire, de parler de suspension « de l'application » d'un traité, d'après la formule employée par la Commission du droit international. L'application ou la non-application d'un traité constitue, non pas des situations juridiques, mais plutôt des faits consistant dans une certaine conduite des parties ou de l'une des parties du traité; conduite qui peut être soit conforme, soit contraire au droit. Aussi la suspension des effets d'un traité est-elle autre chose que la suspension de l'application du traité. La seule chose qu'il est correct de dire à cet égard c'est que la suspension d'un traité, à savoir de ses effets, entraîne la conséquence de rendre légitime la suspension de l'application du même traité.

La critique que je viens de faire au projet de la Commission du droit international, à propos de la suspension, ne concerne que le texte français. Le texte anglais emploie l'expression « suspension of the operation of a treaty ». Or le terme « oper-

ation », dans cette expression, est bien susceptible d'être entendu dans le sens d'indiquer les effets juridiques du traité. Cela n'empêche pourtant pas de remarquer que ledit terme n'est pas nécessaire une fois que le même terme n'est pas employé à propos de la terminaison.

3. Je vais maintenant donner un coup d'œil sur l'ensemble des causes de terminaison des traités envisagées par le projet de la Commission du droit international, cela pour répondre à la première question.

Si l'on considère, en général, les causes pour lesquelles les traités peuvent s'éteindre, on voit que ces causes sont susceptibles d'être groupées en deux catégories. La première catégorie embrasse les causes d'extinction trouvant leur fondement sur la volonté manifestée par les parties dans le même traité. Les causes d'extinction de la deuxième catégorie, au contraire, ont un fondement étranger au traité; elles relèvent, par conséquent, du droit international général.

4. Les causes d'extinction de la première catégorie (terme final, condition résolutoire, dénonciation ou retrait, en tant, pour ce qui concerne ces derniers, que moyens prévus par le même traité) sont, dans le projet de la Commission du droit international, toutes couvertes par l'article 39.2 et par l'article 51 *a)*, d'après lesquels un traité peut prendre fin conformément à une disposition du même traité.

Il faut faire remarquer à ce propos qu'à part les deux articles que l'on vient d'indiquer et qui renvoient aux clauses spéciales contenues éventuellement dans le traité, il y a dans le projet d'autres dispositions qui se rapportent également à des causes d'extinction ayant leur fondement dans le même traité: l'article 52, qui renferme une règle interprétative concernant une condition résolutoire possible; l'article 53, qui se réfère, dans son paragraphe premier, à l'hypothèse d'une intention

implicite des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait et qui, pour le cas où une telle hypothèse se réalise, édicte, au paragraphe 2, une règle ayant le caractère typique d'une règle supplétive; les articles 63, 64 et 66, applicables au cas aussi où l'extinction du traité est opérée sur la base d'une disposition du même traité.

5. Pour ce qui concerne les causes d'extinction n'ayant pas leur fondement dans le même traité dont il s'agit, je pense qu'il ne serait pas juste de reprocher au projet une lacune dépendant de l'une ou de l'autre des raisons indiquées au commencement du paragraphe 28 du rapport provisoire.

En premier lieu, une décision de l'organe compétent des Nations Unies, agissant sur la base du chapitre VII de la Charte, ne peut produire, au moins directement, ni l'extinction ni la suspension d'un traité quelconque. Ladite décision ne pourrait que prescrire une certaine conduite; conduite qui serait, pour cette raison, légitime, voire obligatoire, même si en contraste, le cas échéant, avec un traité. Le traité, toutefois, resterait, en tant que tel, en vigueur. Il s'ensuit que la nécessité ou l'opportunité de la réserve contenue à l'article 70 du projet est, tout au moins, douteuse.

En deuxième lieu, un arrêt de la Cour internationale de Justice ou de tout autre organe judiciaire ne pourrait produire non plus ni l'extinction ni la suspension d'un traité. L'arrêt ne pourrait faire autre chose que constater qu'une certaine cause d'extinction (ou de suspension) a opéré dans un cas concret.

6. Je suis d'avis aussi que le projet d'articles a bien fait en s'abstenant de poser des dispositions relatives à la responsabilité internationale résultant de la non-exécution des obligations créées par un traité.

Il s'agit là d'un sujet tout à fait étranger au droit des traités. Le traité n'entre en ligne de compte, par rapport à la responsabilité, que d'une façon très indirecte, c'est-à-dire en tant que l'une des sources possibles des obligations dont la violation peut entraîner la responsabilité internationale. La réserve contenue à l'article 69 à cet égard me paraît tout à fait superflue.

7. Le projet n'envisage pas l'extinction de l'une des parties à un traité, en tant que sujet de droit international, comme une cause de terminaison du traité (ou, s'il s'agit d'un traité multilatéral, comme une cause de réduction du nombre des destinataires des règles créées par le traité).

Cette omission, à laquelle se réfère aussi le même article 69 que je viens de rappeler, se justifie, au point de vue des travaux de la Commission du droit international, par la raison qu'on a estimé préférable de réserver ce point à l'étude de la succession d'Etats et de gouvernements. Cela n'empêche pourtant pas de constater qu'une lacune à cet égard existe réellement. En effet, la question de la terminaison du traité par l'effet de l'extinction de l'une des parties, bien qu'étroitement liée à celle de la succession, constitue une question distincte et même préalable par rapport à la question de savoir s'il y a eu ou non succession dans les rapports juridiques découlant du traité.

8. Le projet ne considère pas non plus le problème des effets de la guerre sur les traités. Mais je suis d'avis que cette omission ne constitue pas une lacune dans l'étude des causes d'extinction (et de suspension) des traités; ce qui amène aussi à répondre à la question 6 par l'affirmative.

Il faut, naturellement, faire abstraction des cas où la guerre n'est que l'occasion donnant lieu à l'action de causes d'extinction d'autre nature, tels qu'un changement de circonstances ou

un traité (comme le traité de paix) abrogeant un traité précédent ou certaines de ses clauses. Il faut faire remarquer en outre qu'il est bien possible que d'un traité résulte, de quelque façon que ce soit, l'intention des parties de considérer la guerre comme une condition résolutoire des effets du même traité. Dans un cas pareil il s'agirait d'une cause de terminaison tombant sous la disposition des articles 39.2 et 51.

Cette hypothèse à part, je suis d'avis que la guerre n'agit en aucun cas comme une cause d'extinction des traités. Certes la guerre produit une modification profonde des rapports juridiques entre les Etats belligérants. Mais cette modification consiste, non pas dans l'extinction, mais plutôt dans la suspension de certaines règles internationales. Or, pour déterminer quelles règles de droit international sont suspendues, entre les Etats belligérants, par l'effet de la guerre, il faut avoir égard au contenu et non pas à la source des règles. La suspension peut frapper des règles conventionnelles aussi bien que des règles coutumières.

On voit par là que la guerre ne peut être classée ni parmi les causes d'extinction des traités ni parmi les causes de suspension applicables spécifiquement aux règles créées par des traités.

9. Cela dit, il faut constater que, dans le projet de la Commission du droit international, il y a réellement quelques lacunes, outre celle, déjà remarquée, concernant l'extinction de l'une des parties au traité.

Il faut constater, en premier lieu, le silence du projet à l'égard de certaines causes de terminaison susceptibles d'agir par rapport aux traités créant uniquement des règles concrètes, c'est-à-dire des règles d'où découlent, d'une façon immédiate, des situations juridiques subjectives données.

Il est évident que l'extinction de ces situations juridiques entraîne l'extinction des règles du traité et par là l'extinction

des effets mêmes du traité. Par conséquent, au cas d'un traité créant uniquement une obligation donnée à la charge d'une partie et le droit subjectif correspondant pour une autre partie, le traité prendra fin par l'effet de l'exécution de l'obligation ou bien de la renonciation au droit subjectif. Aussi l'exécution et la renonciation doivent-elles être classées parmi les causes possibles de terminaison des traités.

10. Il faut constater, en deuxième lieu, que le projet ne considère pas d'une façon complète les causes de terminaison des traités se ramenant à la notion d'abrogation.

L'abrogation des règles créées par un traité par l'effet d'un accord successif est envisagée à l'article 51 *b)* du projet. Mais l'abrogation peut être opérée aussi par la coutume soit en tant qu'effet exclusif de celle-ci (désuétude), soit moyennant la création de règles nouvelles incompatibles avec celles du traité (coutume contraire). Or, il n'y a dans le projet aucune disposition concernant, d'une façon générale, l'abrogation, par la coutume, des règles des traités. L'affirmation du commentaire de la Commission à propos de l'article 39, affirmation d'après laquelle les cas de désuétude peuvent être considérés comme couverts par l'article 51 *b)*, ne pourrait être acceptée qu'à la condition de concevoir la coutume comme un accord tacite.

On trouve dans le projet la disposition de l'article 61 relative à la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général; disposition d'après laquelle « tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

A propos de cette disposition il faut, tout d'abord, faire remarquer l'erreur assez grave de théorie générale consistant à utiliser, à cet égard, la notion de nullité. Une nullité survenante est bien concevable. Mais, s'il s'agit d'une véritable nullité, elle ne pourrait être que rétroactive. Au contraire, la

soi-disant « nullité » statuée à l'article 61 n'opère qu'à partir de la date à laquelle la nouvelle norme impérative est établie (voir l'article 67.2). En réalité, il ne s'agit pas de nullité, mais plutôt d'abrogation d'un traité pleinement valable.

Or, pour qu'une norme puisse être abrogée par une norme successive, il n'est pas du tout nécessaire que celle-ci soit pourvue d'un degré plus grand d'efficacité. L'abrogation se produit, pour une raison purement chronologique, même entre des normes ayant un degré égal d'efficacité. Il est bien vrai qu'un tel effet peut être limité par la règle *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Mais il s'agit là d'une simple règle interprétative visant à exclure en principe l'existence d'un conflit entre une norme postérieure générale et une norme antérieure spéciale. Toutefois si, malgré ladite règle interprétative, le conflit existe, l'abrogation se produit. Aussi une norme ordinaire du droit général coutumier est-elle capable, à raison de son contenu, d'abroger une norme antérieure même spéciale, créée par un traité. On voit par là que l'article 61 ne dit rien qui soit spécifique aux normes ayant le caractère de droit impératif.

11. Pour ce qui concerne la suspension des traités (question 2), à part la suspension prévue par une disposition spéciale du traité dont il s'agit (article 54 *a*) et à part la suspension statuée par un accord, soit entre toutes les parties, soit entre certaines des parties au traité (articles 54 *b*, 55 et 56.2), le projet envisage la suspension comme conséquence ou bien de la violation du traité (article 57) ou bien de l'impossibilité temporaire d'exécuter le traité (article 58).

Tout en réservant mon opinion quant aux questions de fond concernant la façon dont la suspension, pour les deux motifs que je viens d'indiquer, est réglée par les articles 57 et 58 du projet, en particulier pour ce qui est des rapports entre la

suspension et la terminaison dépendant des mêmes motifs, je pense qu'il n'y a pas lieu à envisager de motifs possibles de suspension autres que ceux considérés par le projet.

12. Je passe maintenant (question 3) aux dispositions du projet concernant ce qu'on appelle la procédure à suivre pour mettre fin à un traité, s'en retirer ou en suspendre l'application. Il s'agit, en réalité, de dispositions ayant une importance non seulement procédurale mais aussi substantielle parce qu'elles impliquent ou supposent la détermination exacte des faits produisant l'extinction (ou la suspension) des traités.

Il faut ne pas perdre de vue, à ce propos, que, d'après le droit international existant, à côté de certains faits ayant automatiquement ledit effet, il y a d'autres faits dont l'effet consiste uniquement à conférer à une partie le pouvoir juridique de mettre fin au traité par une déclaration de volonté; déclaration de volonté qui constitue, elle, le véritable fait produisant la terminaison du traité. Une telle déclaration de volonté peut être qualifiée de dénonciation ou de retrait, bien qu'il s'agisse d'une déclaration de volonté qui, à la différence des autres cas de dénonciation ou de retrait, ne trouve pas son fondement dans une clause du traité.

Pour ce qui concerne le projet de la Commission du droit international, il semble que l'article 62, à la différence des articles 63 et 64, n'a égard qu'aux causes de terminaison et de suspension des traités agissant sur la base des dispositions des articles du même projet. Restent, par conséquent, au-dehors du champ d'application de l'article 62 les causes de terminaison et de suspension agissant sur la base des dispositions du traité lui-même; cela malgré la référence à ces causes contenue aux articles 51 *a)* et 54 *a)*. En tout cas les causes de terminaison et de suspension agissant sur la base des dispositions des articles du projet sont toutes envisagées à l'article 62.

Or il ressort de l'article 62 que, pour toutes les causes de terminaison ou de suspension envisagées aux articles du projet, la terminaison ou la suspension ne se produit que par l'effet d'un acte adopté dans les formes prévues à l'article 63, acte par lequel la partie exerce un pouvoir juridique qui lui est conféré à cette fin. Un tel pouvoir juridique peut former l'objet d'une renonciation expresse ou tacite dans les cas de violation du traité, d'impossibilité d'exécution et de changement de circonstances (article 42). D'après l'article 62, l'acte de volonté visant à l'extinction ou à la suspension du traité ne peut être accompli par une partie qu'à la double condition qu'il soit précédé d'une notification préalable et qu'un certain délai se soit écoulé sans objection des autres parties. Au cas d'objection, il faut attendre que le différend s'étant élevé à la suite de l'objection soit tranché.

13. Il est tout à fait correct de ramener à l'idée de l'exercice d'un pouvoir juridique de dénonciation ou de retrait quelques-unes des causes d'extinction des traités envisagées par le projet, telles que la violation du traité ou un changement fondamental de circonstances. Je trouve, au contraire, que la même idée n'est pas applicable à d'autres causes de terminaison. En particulier, l'abrogation du traité, une fois qu'elle s'est produite, soit par l'effet d'un traité subséquent, soit par l'effet d'une coutume (et spécialement par l'effet de la survenance d'une nouvelle norme du droit général mentionnée à l'article 61 du projet) ne peut que mettre fin au traité d'une façon automatique et immédiate. De même la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ne pourrait que produire des effets immédiats.

Je suis d'avis qu'il ne serait ni logique ni convenable de modifier, dans le sens résultant du projet, le droit international actuellement en vigueur par rapport aux deux causes de termi-

naison des traités que je viens d'indiquer. Il suffit de réfléchir à la situation dans laquelle les parties se trouveraient dans la période entre l'abrogation ou la survenance de l'impossibilité, d'une part, et la dénonciation ou le retrait, de l'autre, période qui, compte tenu des différentes dispositions de l'article 62, pourrait être assez longue. Est-ce que, pendant cette période, la partie serait obligée d'exécuter le traité, bien que ce traité soit déjà abrogé ou que son exécution soit devenue impossible? L'absurdité d'une telle situation ne serait corrigée que d'une façon très imparfaite par le moyen, d'ailleurs anormal, consistant à reconnaître un effet rétroactif à la dénonciation ou au retrait.

14. J'ai déjà dit que, pour ce qui concerne une violation du traité ou un changement fondamental de circonstances, il est tout à fait correct, au contraire, de considérer ces événements comme produisant simplement l'effet de conférer à la partie un pouvoir juridique de dénonciation ou de retrait (ou bien de suspension). Je suis toutefois d'avis qu'il n'est pas convenable d'assortir l'exercice d'un tel pouvoir juridique des conditions requises à l'article 62 du projet.

Les dispositions de cet article visent le but de réduire les risques d'une dénonciation ou d'un retrait arbitraire. Or, pour apprécier la portée exacte de ces risques sur la base du droit international actuellement en vigueur, il faut considérer que le fait, pour une partie, de dénoncer le traité ou de s'en retirer, en alléguant une prétendue violation du même traité ou un prétendu changement de circonstances, ne suffit pas pour que le traité prenne réellement fin; il est nécessaire, pour cela, que la violation ou le changement de circonstances existe objectivement et que l'une ou l'autre présente tous les caractères requis à cette fin.

Il se peut qu'à la suite de la dénonciation ou du retrait un différend s'élève entre les parties quant au point de savoir si

le traité est ou non en vigueur. Pour résoudre un tel différend il faut établir s'il s'est produit une violation du traité ou un changement de circonstances ayant certains caractères: cela en vue d'établir si la partie a valablement exercé un pouvoir juridique de dénonciation ou de retrait lui appartenant. Or, si l'on adopte les dispositions de l'article 62, le différend serait, non pas évité, mais simplement anticipé; le différend aurait pour objet l'existence ou la non-existence du pouvoir juridique de dénonciation ou de retrait que la partie prétend exercer.

15. C'est sous un tout autre aspect que se révèlent les conséquences de l'adoption éventuelle des dispositions de l'article 62.

D'après la situation actuellement existante, l'Etat qui dénonce un traité ou s'en retire, en alléguant soit une violation du traité par une autre partie, soit un changement de circonstances, se conduit d'une façon tout à fait cohérente en s'abstenant de donner exécution ultérieure au traité. Une telle conduite, toutefois, pourrait devenir illicite au cas où l'on établit que la dénonciation ou le retrait n'est pas valable et que, par conséquent, le traité est resté en vigueur.

C'est une telle éventualité que l'article 62 vise à éviter. D'après cet article, la partie ne peut dénoncer le traité ou s'en retirer avant qu'il soit établi d'une façon obligatoire que la prétention à la dénonciation ou au retrait est bien fondée. Avant la dénonciation ou le retrait la partie est bien obligée d'exécuter le traité.

Mais cette situation est-elle convenable et juste? Je suis d'avis que la réponse par la négative s'impose. En effet, pour une période qui pourrait être assez longue ou, à raison d'une impasse éventuelle dans la procédure de règlement du différend, même indéfinie, la partie continuerait à être liée à un traité par rapport auquel il se serait produit, par hypothèse, un fait qui autoriserait pleinement la même partie à mettre fin au traité.

Cette situation injuste ne serait d'aucune façon corrigée par l'effet rétroactif que l'on voudrait reconnaître à la dénonciation ou au retrait; cela à moins de penser que la partie, qui prétend dénoncer le traité ou s'en retirer, s'abstienne entre-temps d'exécuter le traité, parce que, convaincue de son bon droit, elle pense que sa conduite serait légitimée *a posteriori* par l'effet rétroactif de la dénonciation ou du retrait. Mais, en ce cas, il se produirait une situation qui ne serait certes pas préférable à celle résultant, par rapport au droit actuellement en vigueur, de la non-exécution d'un traité ayant déjà formé l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait; dénonciation ou retrait qui pourrait être pleinement valable.

Je suis donc d'avis qu'il vaut mieux laisser à chaque partie la responsabilité d'apprécier les risques de sa dénonciation ou de son retrait et surtout les risques de la conduite que la même partie va suivre en conséquence.

16. Pour ce qui concerne la question 4, il n'y a pas de doute, à mon avis, que les traités conclus sous les auspices ou au sein d'une organisation internationale sont régis par les règles générales du droit des traités. Cela naturellement, comme pour tous les autres traités, sous réserve des règles particulières éventuelles: notamment des règles adoptées en cette matière par l'organisation internationale dont il s'agit.

17. Je suis d'avis (question 5) qu'il n'est pas convenable de représenter les deux projets de Résolutions rédigés à Salzbourg et concernant la dénonciation des conventions collectives. Il s'agit là de simples suggestions adressées aux auteurs des conventions, suggestions dont l'utilité est douteuse et, en tout cas, non proportionnée avec les tâches beaucoup plus importantes qui sont à la charge de la Onzième Commission.

18. Je partage l'avis (question 7) que le sujet du droit intertemporel et celui du *jus cogens* doivent être exclus des travaux de la Commission.

Gaetano Morelli.

5. Observations de M. Paul De Visscher

Louvain, le 10 janvier 1967.

Dans le rapport particulièrement approfondi et nuancé, que vous avez adressé aux membres de la Onzième Commission, vous avez exposé, de manière à la fois exhaustive et parfaitement objective, tous les arguments qui peuvent plaider pour ou contre la mise à l'ordre du jour de la prochaine session de l'Institut, du sujet dont la Commission du droit international a aujourd'hui terminé l'examen.

Ayant pesé ces divers arguments, j'estime, sous les réserves suivantes, qu'il n'est pas opportun que l'Institut reprenne, au cours de sa prochaine session, l'examen général du problème de la terminaison des traités collectifs.

* * *

Je comprends parfaitement le souci qui anime notre confrère, M. *Jenks*, qui pense que le plus grand service que pourrait rendre l'Institut serait d'appuyer les efforts de la Commission du droit international en vue d'aboutir à une heureuse codification de la matière. Toutefois, je partage aussi l'opinion de la majorité des membres de la Onzième Commission et du rapporteur lui-même, selon laquelle l'Institut ne peut se départir ni de sa méthode traditionnelle d'examen scientifique approfondi, ni de sa totale indépendance.

Je ne crois pas qu'il y ait contradiction entre les deux points de vue et je ne verrais aucune objection à ce que l'Institut adopte une Résolution générale attirant l'attention des Etats sur l'importance du travail accompli par la Commission du droit international et les invitant à prendre ce travail en très sérieuse considération.

Il me paraît, en effet, que si les divers articles du projet de la Commission du droit international sont de nature à susciter certaines controverses doctrinales entre les membres de l'Institut, au contraire, l'Institut, dans son ensemble, tombera aisément d'accord pour constater que le travail accompli par la Commission du droit international a été conduit selon des méthodes scientifiques parfaitement valables, qu'il revêt une très grande importance, sur le plan scientifique comme sur le plan pratique, et qu'il serait, par conséquent, éminemment regrettable qu'aucune suite ne lui soit réservée.

En adoptant une Résolution de ce genre, l'Institut pourrait vraisemblablement valoriser le travail de la Commission du droit international, sans pourtant reprendre à son compte chacune des solutions qu'expriment les divers articles du projet de convention.

* * *

Sauf ce qui sera dit plus loin quant aux matières que la Commission du droit international n'a pas retenues, il ne me paraît pas concevable que l'Institut puisse, actuellement, reprendre, en l'espace de quelques jours, l'examen scientifique et approfondi des diverses conclusions auxquelles la Commission du droit international a abouti, à la suite d'un travail poursuivi durant des années et sur base d'une documentation exceptionnellement abondante.

Si, au terme d'un examen aussi hâtif, l'Institut devait, soit approuver, soit critiquer les conclusions de la Commission

du droit international, il se trouverait fatalement des juristes et des diplomates pour mettre en doute la valeur d'un tel jugement, c'est-à-dire pour mettre en doute le sérieux du travail de l'Institut, par comparaison avec celui de la Commission du droit international. Je pense que l'Institut doit être attentif à ce danger.

J'ai été sensible aux observations qui figurent aux pages 253 à 255 de votre rapport provisoire, observations qui mettent l'Institut en garde contre le risque de renoncer à la mission qui a été traditionnellement la sienne en matière de codification du droit international. Le risque de voir l'Institut s'effacer systématiquement devant la Commission du droit international, dont l'agenda couvre, dès à présent, les chapitres les plus importants du droit international, est certainement réel. Je ne crois pas que l'Institut doit y faire face en assumant le risque, plus grave encore, de faire du travail qui, par comparaison avec celui de la Commission du droit international, serait jugé superficiel. A mon avis, il est temps que l'Institut consacre un débat plénier à cet aspect particulier de sa mission. Le développement pris, au cours de ces dernières années, par la Commission du droit international et la haute qualité de ses travaux constituent des faits nouveaux en présence desquels nous devons nous demander si l'Institut dispose des ressources, des moyens et du temps pour faire la même chose que la Commission du droit international. Personnellement je ne le crois pas. Le genre de travail que la Commission du droit international accomplit, en rédigeant des projets détaillés de conventions, sur base d'une documentation exhaustive, réunie avec la collaboration des Etats et des services compétents de l'Organisation des Nations Unies, dépasse manifestement les possibilités actuelles et futures de notre Institut. L'idée qui consisterait à faire de l'Institut une sorte de juge ou de censeur de la Commission du droit international, en lui soumettant, dans un bref délai,

les conclusions de cette Commission, ne me paraît pas non plus pouvoir être retenue. A mon avis, la mission naturelle de l'Institut est moins de faire œuvre technique de législateur international, que de soumettre à un débat scientifique les orientations fondamentales du droit international contemporain sur des thèmes qui ne supposent pas une documentation trop abondante. En outre, en matière de codification, il subsistera toujours des thèmes que la Commission du droit international ne jugera pas devoir retenir et qui, scientifiquement, ne seront pas, pour autant, dépourvus d'intérêt.

* * *

En conclusion, j'estime qu'il n'est pas opportun pour l'Institut de débattre, au cours de sa prochaine session, le problème de la terminaison des traités collectifs, dans l'ensemble de ses aspects.

En dehors du vote d'une Résolution générale recommandant aux Etats de prendre en sérieuse considération le projet de convention élaboré par la Commission du droit international, l'Institut de Droit international ne pourrait utilement que traiter certains problèmes qui ont été volontairement écartés par la Commission du droit international et dont l'étude n'est pas liée à celle d'un article déterminé du projet de Convention.

A titre d'exemples, on peut songer à l'étude d'un des sujets suivants:

— les relations entre les notions de révision et de terminaison des traités;
— l'effet sur les traités collectifs de la survenance de la guerre;
— l'effet sur les traités collectifs de l'adoption, par le Conseil de Sécurité, de certaines sanctions décrétées en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies;

— l'effet sur les traités collectifs des changements territoriaux n'impliquant pas succession totale d'Etats;
— l'application des règles du droit international général des traités aux conventions et accords conclus par les organisations internationales ou supranationales.

Paul De Visscher.

6. Observations de M. Quincy Wright

January 14, 1967.

Dear Dr. Rosenne,

I have gone through the report of the I.L.C. sessions of 1966, your provisional report of August 1966, and your most interesting article on *Some Diplomatic Problems of Codification of the Law of Treaties* and must apologize for my delay in answering the questions raised in your provisional report.

I think the 11th Commission should present a complementary report at its next session in 1967.

1. Article 39 of the I.L.C. draft seems to imply that *all* grounds for asserting that a treaty is invalid, terminated, or suspended, or that a state's participation in a multilateral treaty is invalid, terminated or suspended, are stated in the draft. I found it somewhat difficult to decide whether all such grounds actually were included because the draft mixes together issues of invalidity, termination and suspension of a treaty and withdrawal of a state from a multilateral treaty often in one article. Most of these grounds are included in the articles you mention (39, 51, and 56 to 61, inclusive) from Part V on the Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of

Treaties, but some articles in Parts II (Conclusion and Entry into Force of Treaties) and III (Observance, Application and Interpretation of Treaties) indicate grounds of invalidity, and some articles in Part IV (Amendment and Modification of Treaties) may indicate grounds for withdrawal from a multilateral treaty (see art. 36, para. 4). I am not sure that we can leave out the problem of " invalidity " *ab initio*, which though different from termination or suspension in principle is closely related in practical effect as indicated by their treatment together in the I.L.C. draft and by the analogous procedures of invalidating a marriage and divorce illustrated by Henry the VIII's problem with Katherine of Aragon. The I.L.C. draft also mixes together the problems of bilateral and multilateral treaties, and of the conditions under which a treaty is voidable and void. It seems difficult to isolate the problem of termination and suspension of treaties from the entire law concerning treaties.

Article 40 of the I.L.C. draft makes it clear that article 39 refers to the invalidity, termination, suspension or withdrawal from a treaty as an operative or executory instrument, but not to the rights and obligations of a state which may have been established because of its past participation in a treaty which is no longer in force, or of which it is no longer a party, or because of its succession to rights or obligations originating in a treaty to which it never was a party. These aspects of treaty law are excluded from our consideration, as they were from consideration by the I.L.C. in its draft on the Law of Treaties (see Report, 1966, p. 9, paras. 30, 31).

A treaty, or a state's participation in a multilateral treaty, may be invalid, or terminated, because circumstances have arisen which, in accord with general international law or the terms of the treaty itself render the treaty, or the participation of a particular state in it *void*, or because a party to the treaty

has made a declaration in accord with a rule of international law or a treaty declaring circumstances under which the treaty or participation in it is *voidable*. This distinction was emphasized in the case decided by the Supreme Court of the United States holding that an extradition treaty between the United States and Italy was not *void* although, in the opinion of the court it was *voidable* by the United States. The I.L.C. draft recognizes this distinction by using the phrase " a state may invoke " certain circumstances " as a ground for terminating or suspending " a treaty or its participation in it, in contrast to the phrase " a treaty is void if ". The draft provides that a voidable treaty does not become void or suspended unless the state desiring to terminate or suspend the treaty or its obligations under it has communicated a formal instrument and observed certain procedures to assure that the grounds claimed are in fact applicable (arts. 62, 63).

As I read the I.L.C. draft it provides that a treaty is *void* (invalid or terminated), in respect to a state and should be so found without any declaration by a party if:

a) The state has not consented to the treaty in accord with articles 10 to 14, 31 and 36 (4).

b) The state has made a reservation which has not been accepted as required by articles 17-18. I am not quite clear whether articles 17 (4 *(a)*) and 19 (2) intend to preclude reservations demanding an amendment to the treaty. States have sometimes made reservations demanding that an article be excluded or an interpretation be accepted by all parties. In such a case the reserving state would not become a party unless *all* parties to the treaty accepted the reservation. It could not be a party to a treaty with its reservation in relation to only one party which had accepted the reservation as suggested in article 17 (4). Perhaps this is covered by article 36 (4).

c) The state's consent has been procured by the coercion of its representative (art. 48) and commentary on it (para. 3, p. 75).

d) The state has consented because of threat or use of force in violation of the principles of the U.N. Charter (art. 49, and commentary on it, para. 5, p. 75).

e) In so far as the state is under obligations of the U.N. Charter which conflict with the treaty (art. 26, para. 1).

f) In so far as the state is party to an earlier conflicting treaty with a state not party to the treaty (art. 26, para. 4 *(b)*).

g) The treaty conflicts with a peremptory norm of general international law (art. 50) even if that norm emerged after the treaty was concluded. (Art. 61.)

h) The state has denounced the treaty or withdrawn from it in conformity with a provision of the treaty or with consent of all the parties (art. 51) or in accord with the established intention of the parties (art. 53). These provisions apply also to suspension (arts. 54, 55). These circumstances render the treaty void without the procedure applicable to the claim that the treaty is *voidable* (art. 62).

i) The treaty has been superceded by a new treaty on the same subject among all the parties intended to terminate it or incompatible with it. (Art. 56, para. 1.) These provisions also apply to suspension. (Art. 56, para. 2.)

j) The state has violated a multilateral treaty and all of the other parties have terminated it or suspended its operation in relations with the defaulting state or among all parties. (Art. 57, 2 *(a)*.) This paragraph, unlike others in the same article, is not subject to article 62 but the termination or suspension is immediately effective. (See commentary on art. 57, para. 7, p. 83.)

The I.L.C. draft also provides that a treaty is *voidable* and becomes void or suspended in respect to a state making a proper declaration, if supported by the procedure required by article 62, if:

a) The state's consent to the treaty was given in manifest violation of its internal law. (Art. 43.)

b) The state's consent was given in error of a fact or situation under the conditions stated in article 45.

c) The state's consent was induced by fraud. (Art. 46.)

d) The state's consent was procured by corruption of its representative. (Art. 47.)

e) The state has suffered from a material breach of a bilateral treaty committed by the other party. (Art. 57, para. 1.) This ground applies also to suspension of a bilateral treaty or of a multilateral treaty in respect to the states relations with the defaulting state. (Art. 57, par. 2 *(b)* and *(c)*.)

f) It is impossible to perform the treaty because of permanent conditions. It may only be suspended if the conditions are temporary. (Art. 58.)

g) There has been an unforeseen change of circumstances which existed at the time of conclusion of the treaty, which were an essential condition of consent, or in case the change radically transformed the scope of unperformed obligations of the treaty and did not result from breach of the treaty by the complaining state. This ground does not apply to a treaty establishing a boundary. (Art. 59.) The last provision seems hardly necessary because a boundary, once established, becomes a right not dependent upon the continued existence of the treaty which established it.

These provisions apply to a treaty as a whole unless it has made certain articles *separable* and *voidable* without effecting the treaty as a whole. (Art. 41.)

In looking over this list, the only additional grounds for finding a treaty *void* which I could think of were the following. I could think of no additional grounds for making a treaty *voidable*.

a) Provision in the treaty that it terminate at specified date or on the occurrence of specified circumstances, or, by implication, on the execution of the obligations of the treaty. Articles 51 and 53 refer to termination of withdrawal from a treaty by act of one or all parties as provided or to be implied from the terms of the treaty, and article 66 refers to the effect of termination of, or withdrawal from, a treaty " under its provisions " but this seems to refer to provisions for denunciation by a party rather than to automatic termination without any act of a party, although perhaps it implies the rather obvious situation of automatic termination.

b) The extinction of the international personality of a party. Of the first twenty-five treaties made by the United States, most of which have terminated, this was the most common cause of termination. The I.L.C. draft excluded this question because of its close relation to the succession of states (Report, p. 9, para. 30) but in view of article 39, paragraph 2, it should be mentioned. The determination of when a state has ceased to exist undoubtedly presents difficulties especially in the cases of formation of federations or unions of states or of a protectorate, of extensive losses of territory by a state or dissolution of a union, of temporary or even protracted occupation of all of the territory of a state, and of violent revolution changing the form of government. The United States Supreme Court held that the German states did not lose their international personal-

ity by absorption in the German empire of 1871 and consequently their treaties with the United States providing for extradition were not terminated (Terlinden vs. Ames, 184 U.S. 270, 1901). After World War I it was argued that the Ottoman Empire and the Dual monarchy of Austria-Hungary had ceased to exist because of extensive losses of territory but it was held that the Turkish Republic was the same state as the Ottoman Empire and bound by its treaties, and that the new Austria and Hungary were the same states as Austria and Hungary in the Union. It was held that Sweden and Norway after their Separation in 1908 were the same states as when united and that Sweden, at least, was bound by the treaties made during the century of union. The United Nations considered that the temporary union of Egypt and Syria in the united Arab Republic with single representation in the U.N., did not extinguish the legal personality of either and consequently both were entitled to representation after dissolution of the Union. The question was raised in the United States whether the States General of the Netherlands ceased to exist when conquered by Napoleon, but after 1815 it was held that it was a case merely of suspended animation and that the new Kingdom of the Netherlands was the same state bound by the treaty of 1783. It was even suggested by a Polish court that the old Poland before the partitions of the 1790 was the same state as the new Poland established after World War I. Alexander Hamilton argued that the French revolution and the execution of Louis XVI with whom the United States had made treaties in 1778 terminated these treaties, but Washington and his cabinet decided that the king acted for France which was not extinguished by the revolution. The Soviet Union at first claimed to be a new state but subsequently it has considered itself the same state as Czarist Russia entitled to the treaties of the latter. These problems, it seems to me,

are not problems of *succession*, but problems of the *continuity of a state*. Although the continuity of a state is presumed, and it will survive many vicissitudes of union, territorial losses, occupation and revolution, if the state (not the government) is clearly extinguished its executory treaties are terminated, as were those of states annexed by Prussia and Italy during the 19th century, and of Texas and Hawaii when annexed by the United States. The extent to which a state succeeds to rights and obligations which originated in the terminated treaties of states whose territory it has acquired, in whole or in part, is a very different problem.

c) The incapacity of a state to conclude the treaty. This is a question of validity *ab initio* rather than termination, but as noted the two situations are closely related, especially if a treaty has functioned for a long time before a party urges that it was invalid from the beginning. Article 5 of the I.L.C. draft provides: " Every state possesses capacity to conclude treaties " and notes possible limitations of that capacity by participation in a federal union. The draft also recognizes that treaty-making-capacity may be qualified by obligations under the United Nations Charter (art. 26, para. 1) or by a peremptory norm of international law (arts. 50, 61). It also provides that if two states are parties to a treaty and one of them becomes a party to a later treaty " the later treaty governs their mutual rights and obligations " (art. 26, para. 4 *(b)*). This would certainly be true if by the earlier treaty the parties merely limited their exercise of sovereignty by accepting certain obligations, but would it if the earlier treaty qualified the sovereignty, including treaty making capacity, of one or all of the parties. In that case it would seem that the later treaty would be invalid in so far as its terms went beyond the capacity of a party. The commentary on article 26 (Report, pp. 48-49) refers to situations

where the earlier treaty contained obligations of an " interdependent " or " integrative " character which might entitle one of the parties to object to a later treaty by another party. Consequently the text provided that the later treaty would govern only the mutual rights and obligations of the parties, presumably without prejudice to any rights and obligations of other parties to the earlier treaty to object. There have been many treaties establishing protectorates or quasi-protectorates intended to limit the treaty making capacity of the protected state. (See E. D. Dickinson, *The Equality of States in International Law*, Harvard University Press, 1920.) In such cases the protecting state would certainly claim the right to object to later treaties made by the protected state contrary to the terms of the protectorate, even though the protected state continued to enjoy international personality and its treaties made before the protectorate survived as pointed out by the Permanent Court of International Justice in the Tunis Nationality Decrees case. It has been suggested that with the modern theory of equality of states treaties qualifying the treaty making capacity of states are invalid (Ellery C. Stowell, *Intervention in International Law*, Washington, 1921; pp. 107, 439). However, there seem to be other types of " interdependent " or " integrative " treaties which are of less unequal character, but limit the treaty making capacity of the parties. It, therefore, seems to me that article 5, para. 1, of the I.L.C. draft might well be amended to read: " Every state possesses capacity to conclude treaties except as that capacity may be limited by general international law, the United Nations Charter, or treaties to which it is a party ".

d) The incompatibility of a treaty with the carrying out of United Nations sanctions. This problem is perhaps covered by articles 26, para. 1, and 70 of the I.L.C. draft but not adequately.

While League of Nations sanctions were being applied against Italy in the Ethiopian situation of 1935, some members of the League found that their obligations under commercial treaties with Italy would prevent their application of these sanctions. A League committee held that these states should consider that the commercial treaties were suspended and that they should apply the sanctions because they, as well as Italy, were bound by the obligations of the Covenant. The I.L.C. draft excludes the effect of the outbreak of hostilities on treaties (Report, para. 29) but it would seem that the effect of article 103 of the U.N. Charter on treaties might well be elaborated to indicate its application to this situation.

My comments on your other questions will be brief.

2. I have referred above to the completeness of the I.L.C. draft provisions for suspending treaties as well as those for terminating treaties. Suspension in case of U.N. sanctions *(d)* is the only situation I can think of not covered adequately by the draft.

Suspension should be preferred to termination, especially when the justifying circumstances promise to be temporary. This seems to be recognized in the draft, as it is in general international law. (See *Techt vs. Hughes*, N.Y. Court of appeals, 229 N.Y. 222 (1920).

3. Unilateral interpretation of controversial situations said to justify termination of a treaty should not be permitted and this seems to be adequately covered by articles 62, 63 and 64 of the draft. This does not apply where a treaty gives a party complete discretion to denounce or withdraw, or provides for its termination on a date or on the occurrence of an event which is not controversial. These should be considered conditions under which a treaty becomes *void* rather than *voidable*.

The same observations apply to the invalidity or withdrawal from a treaty also covered by articles 62, 63 and 64.

I raise the question whether the same procedures should apply to suspension as to termination, as is done in the I.L.C. draft. While unilateralism should be avoided in view of the general principle, *pacta sunt servanda*, as you emphasize on pages 141-142 of your report it seems to me there may be circumstances justifying unilateral suspension. The Harvard research draft on treaties (29 A.J.I.L., Supp., 1935, pp. 1077, 1089) permitted unilateral suspension in case of violation by another state pending procedures of international character. Should a state be obliged to live up to the terms of a treaty for months or even years while the procedure of article 62 is pursued, when it seems clear that the other party is consistently violating the treaty? Does not the " clean hands " principle emphasized by Judge Hudson in the Meuse case before the P.C.I.J. support this position. I might also refer to the principle referred to by the Department of State in its brief on the Vietnam situation (March 4, 1966, p. 30) that " a material breach of an agreement by one party entitles the other at least to withhold compliance with an equivalent, corresponding, or related provision until the defaulting party is prepared to honor its obligations ". The brief presents numerous citations to support this position. See also my article on the *Legal Aspects of the Vietnam Situation*, A.J.I.L., Oct. 1966, vol. 60, pp. 753, 761. This principle seems to be supported by article 57 of the I.L.C. draft and the commentary on it (p. 82) but article 62 seems to require that the international procedure, or at least a lapse of three months, occur before suspension.

4. Yes.

5. Yes. I have no modifications to propose.

6. I think the old provisions concerning the effect of war on treaties are obsolete in view of the Charter provisions " outlawing war " as a situation in which the belligerents are equal. The effect of the United Nations Charter on the application of treaties in case of U.N. sanctions might be considered.

7. As you note, the I.L.C. draft gives some consideration to the *jus cogens*. (Arts. 50, 61, 67.) In article 61 I think the words " becomes void " might well be eliminated. I agree that no further consideration of these problems should be made by the 11th Commission.

8. I have no further comment.

Regretting again my delay in getting this to you and apologizing for its length,

Sincerely yours, *Quincy Wright.*

7. Observations de M. Herbert W. Briggs

Ithaca, New York, 11 January 1967.

My dear Friend and Colleague,

I wish to thank you for the opportunity of commenting on your able *Rapport provisoire* on the termination of treaties. Your enlightening and perceptive analysis of the work of the International Law Commission in which we participated and

of its 1966 draft on *The Law of Treaties* provides an admirable working basis for the Institut. My replies to your questionnaire follow.

General Question. Whatever doubts I had about the desirability of the presentation of a complementary report by the 11th Commission of the Institut have been favorably resolved by your Rapport and my answer is in the affirmative. Precisely what action the Institut should take after consideration of the 11th Commission's report is a matter for further consideration.

1. Prolonged reflection on the exhaustiveness of the grounds for terminating or withdrawing from a treaty, as set forth in the 1966 draft of the International Law Commission, leaves me with the feeling that the problem may be unduly exaggerated in paragraphs 26 ff. of your *Rapport provisoire.*

It is true that there may be a certain ambiguity in the English version of paragraph 2 of article 39 of the Commission's draft where it is provided, in part, that a treaty " may be terminated . . . by a party only as a result of the application of the terms of the treaty or of the present articles". The French version conveys a different idea by omitting the words " by a party " and providing simply " Un traité ne peut prendre fin ", etc. Whether the article was intended to apply to the fact of the extinction of the treaty or to the grounds on which a party could act to put an end to the treaty or its obligations thereunder was debated at the 889th meeting of the Commission on 13 July 1966, paras. 38 ff., and the Special Rapporteur, Sir Humphrey Waldock, expressed his opinion that the word " termination " was used in the former sense (more precisely rendered in the current French version referred to above).

If, however, the text is read as referring to the grounds on which a party to a treaty may lawfully act to " terminate ",

denounce or withdraw from a treaty, no problem of the exhaustiveness of the grounds set forth in the various articles on termination arises since the grounds listed were the only ones which the Commission regarded as warranting such action by a party on the basis of international law.

If, on the other hand, as the French version suggests, it is not only the grounds which a party may invoke to terminate a treaty but also the situations in which a treaty may cease to be in force which are referred to, the exhaustiveness of the draft in relation thereto has been questioned because no direct reference is made in the substantive articles on termination to execution, obsolescence, or desuetude as causes of termination of treaties, or to decisions, for example, of the International Court of Justice, finding that a ground for terminating a treaty exists.

The appropriate answer to such contentions is, I believe, indicated in paragraph 5 of the International Law Commission's Commentary on article 39 where it is observed that

> while " obsolescence " or " desuetude " may be a factual cause of the termination of a treaty, the legal basis of such termination, when it occurs, is the consent of the parties to abandon the treaty, which is to be implied from their conduct in relation to the treaty.

Similarly, it is the consent of the parties, in submitting a case to the Court, which would provide the legal basis for implying their consent to termination of a treaty where the Court finds a ground to exist.

2. On this question, also, I believe the Commission has carefully provided for all appropriate grounds for suspension of the operation of a treaty. As you demonstrate in paragraph 38 of your *Rapport provisoire*, the Commission carefully weighed the relation of termination and suspension and sought in its formulations to prevent the abuse of suspension of the operation of treaties as a disguised form of termination.

3. As I indicated in paragraph 5 *(f)* of my reply of 19 June 1966 to your questionnaire of April 1966, paragraph 3 of article 62 (formerly article 51) of the International Law Commission's 1966 draft is inadequate in failing to provide any system of compulsory jurisdiction for deciding whether certain subjective elements or conditions which are found in the substantive formulation of the rules on invalidity and termination of treaties have in fact been established.

I am in agreement with your characterization (in paragraph 58 of your *Rapport provisoire*) of article 62 as an article of " general fragility " which " leaves the codification of the law of treaties with a considerable degree of open-endedness "; but I am not content with the rationalization that this is also characteristic of other branches of international law. The argument sometimes advanced against acceptance of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice that international law is uncertain or ill-adapted to the contemporary needs of some new States surely loses whatever cogency it may be thought to have possessed to the extent that codification conventions are adopted with the participation of all interested States and which restate international law in the light of contemporary needs. I share the view presented by our distinguished Confrère, Ambassador Paul Ruegger, at the United Nations Conference on the Law of the Sea at Geneva, 1958, and echoed by other speakers at the Geneva and Vienna codification conferences, " that any codification of international law required, as an indispensable corollary, the establishment of a system of arbitration or judicial settlement". (A/CONF. 13/38, Official Records, II, p. 8.)

My preference would be for the Institut to recommend the insertion in the proposed Convention on the Law of Treaties of a " general disputes clause " article based on the model clause adopted by the Institut in 1956 (*Annuaire de l'Institut*

de Droit international, Session de Grenade, 1956, vol. 46, p. 360), and adapted in article I of the respective Optional Protocols of the United Nations Conferences on the Law of the Sea (Geneva, 1958), Diplomatic Intercourse and Immunities (Vienna, 1961) and Consular Relations (Vienna, 1963), as follows:

> Disputes arising out of the interpretation or application of the convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute . . . (Article I, Vienna Protocol, 1961, 500 U.N.T.S. 242; *cf.*, 450 U.N.T.S. 169, and A/CONF. 25/15 for the comparable texts of article I of the Optional Protocols of Geneva, 1958, and Vienna, 1963.)
>
> Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute partie au différend . . .

From this text I have omitted the final words ". . . being a party to the present Protocol" *(qui sera elle-même partie au présent Protocole)* which were added to the model clause of the Institut when it was incorporated in the Optional Protocols.

Although General Assembly resolution 2166 (XXI), 5 December 1966, decides " that an international conference of plenipotentiaries shall be convened to consider the law of treaties and to embody the results of its work in an international convention *and such other instruments as it may deem appropriate* ", it is not clear whether or not the words here italicized are intended to refer to a possible optional protocol on compulsory settlement of disputes. At both the Geneva Conference on the Law of the Sea, 1958, and the Vienna Conference on Consular Relations, 1963, proposals for inserting a disputes clause providing for compulsory jurisdiction were endorsed by majorities in roll-call votes but failed of adoption for lack

of a two-thirds majority or because an optional protocol was first voted on and adopted. (*Cf.*, A/CONF. 13/38, O.R., II, 33; A/CONF. 25/16, O.R., I, 258).

The Optional Protocols adopted at Geneva and Vienna have in practice proved to be a poor substitute for the incorporation in the codification conventions themselves of provisions for the compulsory adjudication of disputes. The politically facile habit of Optional Protocols which are more used as a device to escape, rather than to accept, compulsory jurisdiction should not be encouraged by the Institut.

If a " general disputes clause " article, as envisaged above, were added to the convention on the Law of Treaties, its relation to article 62 would have to be examined. As you indicate in paragraphs 58 and 77 of your *Rapport provisoire*, article 62 of the Commission's draft is not a general disputes clause applicable to all articles in the draft but is limited to setting forth procedures to be followed where a party to a treaty " claims that a treaty is invalid or ... alleges a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under the provisions of the present articles ". The advantages of such an article are too obvious to be discarded and the article would not be deleteriously affected by the addition of a general disputes clause if appropriate cross-references were made. Paragraph 3—the conspicuous weakness of article 62—could be modified along the following lines by the Conference:

> 3. If, however, objection has been raised by any other party, article X [the disputes article] is applicable [in the absence of a settlement of the dispute by other means].

Endorsement of some such proposal would be in conformity with the great tradition of the Institut and its motto *Justitia et Pace*.

4. I agree that in principle treaties concluded by States under the auspices of, or within, an international organization should be comprised within the scope of the general law of treaties. Any possible exceptions should be subjected to further study.

5. If I understand the question correctly, it appears to refer to the desirability of proposing that the Institut consider formulating a *vœu* on the idea suggested to it at its Brussels session that:

> Quand les auteurs d'une convention collective entendent que cette convention puisse faire l'objet d'une dénonciation unilatérale, il convient, afin d'éviter incertitudes et contestations, que soit insérée dans la convention une clause prévoyant le droit de dénonciation et fixant les conditions de son exercice. (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, Session de Bruxelles, 1963, II, 277.)

The question also appears to envisage the possibility that the Institut proceed to the drafting of one or more model denunciation clauses or indicate provisions which, desirably, such model clauses should contain.

While I have no objection to the presentation to the Institut of a *vœu* along the lines suggested above, it may be premature to engage the Institut in the drafting of model denunciation clauses or detailed consideration of their content.

I do not understand the question as referring to the representation by the 11th Commission of the majority and minority texts presented by it to the Brussels session of the Institut, and I should be opposed to the resubmission of those texts. If the problem is to be examined at the next session, it should be on the basis of the International Law Commission's 1966 text of Article 53.

6. I agree that the 11th Commission is not called upon to examine the question of the effects of war on treaties.

7. I agree that the topics of the inter-temporal law and *jus cogens* should not be examined at this stage of the work of the 11th Commission. I would regard a future examination by the Institut of the inter-temporal law as highly desirable.

I cannot close without expressing once again my warm admiration for the skill with which you have so usefully organized and presented materials of considerable complexity.

Sincerely yours, *Herbert W. Briggs.*

8. Observations de M. Erik Castrén

Helsinki, le 21 novembre 1966.

Cher Confrère,

Je tiens à accuser réception de votre rapport provisoire préparé par vous en tant que rapporteur de la Commission de l'Institut de Droit international sur la terminaison des traités collectifs. Permettez-moi, tout d'abord, de vous féliciter de ce document si complet qui contient probablement la première analyse scientifique du projet d'articles de la Commission du droit international (C.D.I.) sur le droit des traités. J'accepte votre proposition très sage en ce qui concerne la tâche de la Commission de l'Institut. Il vaut mieux nous abstenir de faire la critique détaillée dudit projet. Il suffit de vérifier s'il y a des lacunes et de tâcher, en cas de besoin, de les combler. Les questions que vous avez posées aux membres de la Commission de l'Institut touchent, en effet, des problèmes fort importants et complexes. Mon intention n'est pas de formuler

des réponses approfondies, étant donné que la C.D.I. a déjà traité ces questions assez longuement. Toutefois, je tâche de motiver mon point de vue avec plus de soin sur la première question qui a un intérêt particulier. Voici mes réponses:

1. Pour commencer, je me permets d'attirer votre attention sur le fait qu'il faudrait ajouter à l'énumération des articles pertinents l'article 53, et probablement aussi l'article 52, qui traitent également certaines questions de l'extinction des traités (voir par. 26 de votre commentaire). En outre, il ressort clairement du projet de la C.D.I. que l'intention n'a pas été de traiter toutes les différentes causes qui peuvent mettre fin à un traité. Il suffit à cet égard de renvoyer à l'article 69 et son commentaire. J'estime que le projet, dans sa forme définitive, correspond au but visé sans contenir de telles lacunes, contradictions ou fautes qui devraient être éliminées.

Ainsi, j'ai essayé de vérifier, si le projet a pris en considération tous les cas nécessaires de l'extinction d'un traité et ma réponse est affirmative. Certes, *Rousseau* (« Principes généraux du droit international public », p. 550) mentionne comme un mode de terminaison la renonciation unilatérale expresse, mais il s'agit ici en premier lieu de l'abandon de faveurs et droits découlant du traité qui, lui, reste en vigueur au moins dans les cas normaux où les deux parties en tirent profit. Un autre cas qui touche celui que je viens de traiter est, selon Rousseau (p. 551), la renonciation tacite. Mais pour que le traité devienne ainsi caduc ou tombe en désuétude il faut l'assentiment (tacite) des deux parties. Il me semble que le projet de la C.D.I. ait tenu compte de ce cas dans l'alinéa *b)* de l'article 51, comme le Rapporteur spécial de la C.D.I. l'a expliqué au cours des débats qui se sont déroulés sur cette disposition et comme il ressort du commentaire dudit article. Il est aussi possible de parler ici du changement de circonstances.

Il est admis généralement que la coutume peut abroger le traité. Toutefois, il ne suffit pas qu'il existe une pratique contraire; on exige la survenance d'une règle du droit coutumier. Il est donc nécessaire que les parties au traité reconnaissent qu'elles sont liées par cette nouvelle pratique, c'est-à-dire, par un accord tacite comme dans le cas précédent de la renonciation.

Je ne suis pas convaincu non plus que la C.D.I. aurait dû traiter dans son projet le cas de l'exécution complète du traité. Les parties au traité peuvent se disputer sur l'exécution du traité, mais il s'agit alors en premier lieu de son application. On peut faire valoir aussi que le traité reste en vigueur même après son exécution complète surtout s'il a créé une situation juridique, entre les parties, qui doit être continuellement respectée.

Il est possible, mais peu probable, qu'un traité puisse prendre fin par la décision d'un organe compétent de l'O.N.U. qui applique les dispositions du Chapitre VII de la Charte, et jusqu'ici on ne connaît pas un cas pareil dans la pratique. Du reste, il n'est pas vraisemblable que l'on prenne une telle mesure contre des Etats autres qu'un Etat agresseur, cas qui est déjà couvert par la réserve dans l'article 70 du projet. De même, si un tribunal international prononce dans son jugement la terminaison d'un traité, une telle décision se base ou sur une disposition du traité lui-même ou sur une norme de droit international général acceptée dans le projet de la C.D.I. comme un motif valable pour mettre fin au traité. La décision du tribunal est donc, par son caractère, déclarative (sauf dans le cas assez exceptionnel où la règle *ex aequo et bono* a été appliquée). Il paraît que la C.D.I. ait eu raison de traiter le cas de l'adjudication seulement d'une manière indirecte dans une disposition sur la procédure (par. 3 de l'art. 62).

J'estime aussi qu'il est peu indiqué de traiter dans ce projet des effets de la guerre sur les traités. Il suffit de renvoyer au

commentaire de l'article 69. Mais qu'il me soit permis d'ajouter à cet égard un argument. Etant donné que le droit international contemporain condamne la guerre, on ne peut guère admettre qu'elle pourrait mettre définitivement fin à un traité, sauf s'il s'agissait d'un Etat agresseur, cas qui est couvert, au moins partiellement, par l'article 70.

Pour conclure, je constate que l'on peut faire valoir que l'article 66 du projet de la C.D.I. réglant les conséquences de l'extinction d'un traité ne couvre pas, dans son libellé final, tous les cas susmentionnés, comme celui de la terminaison d'un traité par la pratique contraire ou par l'adjudication. Toutefois, tant que ces questions concernant les conséquences de l'extinction restent ouvertes, il paraît possible d'appliquer par analogie les dispositions dudit article.

2. *a)* Oui. Je me permets de renvoyer à ce que j'ai déjà dit en traitant la première question, mais je suis un peu préoccupé par le problème de la guerre, parce que l'application des traités est souvent suspendue pendant les hostilités.

b) Je partage votre opinion qu'il serait indiqué d'exiger aussi dans le cas de l'article 55 une notification, comme il est stipulé dans l'article 37. Certes, on parle, à la fin du commentaire de l'article 55, d'une obligation générale de la notification, mais d'une manière peu claire. Il vaut mieux traiter cette question dans l'article lui-même.

3. Je me borne à renvoyer à ce que j'ai déjà expliqué et proposé dans la C.D.I. L'article en question est loin d'être satisfaisant, surtout si on l'examine au point de vue *de lege ferenda*. Les garanties sont insuffisantes, mais je doute qu'il soit possible d'aller plus loin à cause de la résistance de plusieurs Etats. Je me permets de vous rappeler que j'avais proposé,

entre autres, la suppression du paragraphe 5 critiqué surtout par le Gouvernement suédois.

4. Oui, en soulignant l'expression « en principe » dans votre questionnaire.

5. Oui, surtout la première.

6. Oui, en me référant de nouveau à ma réponse à la première question.

7. Oui.

8. Non.

Je vous prie d'agréer, cher Confrère, l'expression de mes sentiments dévoués et les meilleurs.

Eric Castrén.

9. Observations de M. Paul Reuter

Paris, le 9 janvier 1967.

Monsieur l'Ambassadeur et cher ami,

Je vous envoie à l'expiration des derniers délais ma réponse à votre *rapport provisoire*; je l'ai lu soigneusement et mon seul regret est de n'avoir pas eu le temps de consacrer de longues heures de méditation aux questions que vous posez.

Laissez-moi vous féliciter bien chaleureusement sur ce travail qui une fois de plus met en lumière des qualités si précieuses et si rares.

Abstraction de sa fin propre, votre rapport rendra de grands services à ceux qui feront l'histoire du projet de la

Commission du droit international. Il a aussi le mérite de placer avec courage et sur un plan concret le problème des rapports entre l'Institut et la C.D.I. Je suis tout à fait d'accord avec les positions générales que vous exposez. Petit à petit, sous la sage inspiration des membres les plus expérimentés, se dégageront des directives pratiques qui maintiendront, je n'en doute pas, le rôle éminent et indispensable de l'Institut. Sans doute, comme vous le dites, la nécessaire division des tâches pose-t-elle des questions de personnes; beaucoup de Membres et d'Associés de l'Institut portent le poids de plusieurs fonctions qui ont déjà engagé ou qui engageront leur responsabilité; en cette matière il ne faut pas oublier que l'Institut comporte aussi des Membres et des Associés qui n'engagent qu'eux-mêmes: la tâche respective des uns et des autres apparaîtra clairement et se définira, je n'en doute pas, avec bonheur et pour l'éclat de nos travaux.

Il me semble que lorsqu'un même sujet est inscrit au programme de la Commission du droit international et à celui de l'Institut, ce dernier a vraiment vocation pour toutes les recherches *exploratoires*; lorsque les travaux de la C.D.I. ont pris une forme finale, l'exercice d'une fonction *critique*, tout en restant nécessaire, pose des problèmes plus délicats. En revanche, il est alors possible d'*exploiter* les résultats obtenus par la Commission en en montrant toutes les conséquences dans des domaines qu'elle a laissés hors de son examen.

En relation directe avec cette fonction d'exploitation des résultats obtenus, je voudrais également souligner que votre rapport pose très fréquemment le problème de l'organisation interne des travaux de l'Institut, notamment de la compétence d'une Commission de l'Institut par rapport à une autre Commission de l'Institut, ou par rapport à l'Institut lui-même. Je suis bien d'accord avec les règles de discipline que vous posez, mais je voudrais, avec toute la réserve qui s'impose en

raison de mon inexpérience, suggérer que sans étudier à fond les domaines qui risquent peut-être d'échapper à sa compétence, chaque Commission de l'Institut puisse faire au moins un inventaire des problèmes qui se posent dans ces domaines afin d'éclairer l'Institut, ou la Commission de celui-ci compétente, sur la nature et le volume des problèmes qui sont laissés de côté. D'une manière générale, je n'aurais pas été choqué que des suggestions soient faites à ce sujet par la Onzième Commission; le *sedes materiae*, excusez-moi de parler latin, d'une question est souvent là où on veut et il ne faut pas que les travaux de l'Institut soient organisés comme si un ordre intangible des choses était posé par la nature elle-même.

Je tenais à dire également que je ne sais pas si l'Institut pourra toujours éviter d'examiner des problèmes étroitement liés à la politique; s'il doit se prononcer en ce sens, il y aura des domaines assez généraux qui devront être évités; il sera notamment préférable de ne jamais s'aventurer dans le domaine du prétendu *jus cogens*.

Ces remarques générales éclaireront peut-être les réponses proprement dites à vos questions que je formule aussi brièvement que possible:

Question générale : Réponse affirmative.

Questions 1 et 2 a). Vous avez tout à fait raison de dire que ce sont les questions essentielles. Je suis confus de reconnaître que je n'ai pas d'idées bien arrêtées sur la question; je n'ai pas eu le temps d'y consacrer tout le temps nécessaire. Mais j'aurais été heureux de lire quelques vues exploratoires sur les questions laissées *systématiquement* de côté.

Question 2 b). Non pour les mêmes raisons.

Question 3. Je suis intimement convaincu que dans l'état actuel des relations internationales on ne peut faire mieux;

il y a même des cas où il est possible que les gouvernements estiment ne pas pouvoir aller aussi loin.

Question 4. Cette question est extrêmement embarrassante en raison des différences énormes qui existent d'une organisation à une autre et de l'absence de toute terminologie précise. A cet égard, il me semble assez clair que les traités « sous les auspices » d'une organisation sont des traités qui, au point de vue technique, sont identiques aux autres, les « auspices » ne visent en effet que des rites désacralisés. Mais je ne sais pas du tout ce que sont les traités « au sein » d'une O.I., il y a une manière « d'être intérieur » à une organisation qui soumet l'acte juridique envisagé à l'ordre juridique particulier à cette organisation; s'agit-il alors toujours d'un traité, même si le terme de « traité » est employé? Ou bien s'agit-il d'un traité bien qu'un terme (décision, résolution) apparemment contraire soit employé? L'article 4, comme vous le rappelez à la page 115 de votre rapport, fait la réserve de « toute règle pertinente de l'organisation »; votre question finale de la page 260 suggère une formule assez différente puisque vous visez seulement des règles *expresses* en sens contraire. Je puis accepter la formule de l'article 4 car elle permet de prendre en considération toute règle, même implicite, même coutumière.

Je considère d'ailleurs qu'il y a encore beaucoup de recherches à faire dans le sens même que vous suggérez à plusieurs reprises. En réalité, le fait qu'un traité confie une fonction à une organisation internationale et que celle-ci l'accepte donne aux dispositions concernant ces fonctions un caractère qui est peut-être particulier, que le traité soit « within » ou non, que tous les Etats parties au traité soient ou non membres de l'organisation intéressée: tout dépend de la nature et de l'origine du lien qui est ainsi créé entre l'organisation et les Etats, parties à la convention. Vous êtes mieux que personne bien placé pour

approfondir ces problèmes; je vous indique simplement en passant qu'ils se sont posés et se posent encore avec acuité dans certaines organisations régionales.

Question 5. Oui.

Question 6. Oui, mais je serais heureux que l'on examine en termes généraux comment la question se pose *actuellement.*

Question 7. Oui, mais les deux problèmes sont d'ampleur et de nature très différente; le droit intertemporel est essentiellement technique; le plus grand obstacle à son étude réside dans l'absence d'un langage commun à tous les systèmes juridiques. Le problème du *jus cogens* est un problème fondamentalement philosophique et politique; il met en cause la nature de la Communauté internationale et des sources du droit, la distinction de la morale et du droit, et quelques questions du même genre qui seraient immédiatement éclairées si l'on voulait prendre des exemples autres que ceux qui portent sur les traités rétablissant l'esclavage.

Question 8. Non.

Bien cordialement à vous en vous présentant tous mes vœux et en vous remerciant des vôtres.

Paul Reuter.

ANNEXE II

Exposé préliminaire *

présenté par

M. Shabtai Rosenne

1. Lors de sa session de 1963, tenue à Bruxelles, l'Institut de Droit international a demandé à la Onzième Commission de suivre l'évolution de la codification, par la Commission du droit international, du droit des traités, et de présenter un rapport complémentaire lorsqu'elle le jugerait opportun. En conséquence, votre rapporteur a soumis un rapport en avril 1965, décrivant plus particulièrement la manière dont la Commission du droit international s'est occupée du droit des traités depuis le début jusqu'à la fin de sa seizième session en 1964, et donnant l'historique de l'examen de la terminaison et de la modification des traités collectifs par l'Institut.

Ce rapport a soulevé aussi la question du travail futur de la Onzième Commission, et suggéré en termes généraux que, pour faire œuvre utile dans la codification du droit des traités, l'Institut se prononce dans l'intervalle entre la date où le texte final de la Commission du droit international sera soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies, soit l'été 1966, et la réunion, peu de temps après, de la conférence diplomatique dont on présume qu'elle entérinera le travail de codification à l'échelon diplomatique. Le rapport a été étudié par la Onzième Commission lors d'une réunion tenue à Varsovie le 4 septembre 1965, et ses conclusions ont été acceptées dans l'ensemble. En conséquence, une recommandation fut faite aux organes appropriés de l'Institut, qui ont demandé à la Onzième Commission de poursuivre ses travaux sur la base des propositions soumises.

* Traduit de l'anglais par Carole Witzig.

2. En même temps, le mandat de la Onzième Commission a subi des changements. A l'origine, son mandat comprenait la terminaison et la modification des traités collectifs. Toutefois, à la suite de la réunion de l'Institut tenue à Varsovie, la question de la modification des traités fut éliminée du mandat de la Onzième Commission, qui est désormais invitée à étudier uniquement les diverses questions relatives à la terminaison des traités.

Des conversations qu'il a eues avec le Secrétaire général après la réunion du Bureau, en décembre 1965, le rapporteur pense pouvoir résumer comme suit les décisions prises par l'Institut à Varsovie et plus tard, concernant le travail futur de la Onzième Commission:

a) A moins que la Onzième Commission ne s'y oppose résolument, il est proposé que le rapport final de la Onzième Commission soit discuté lors de la prochaine session de l'Institut, prévue pour septembre 1967 à Athènes;

b) En ce qui concerne le mandat de la Onzième Commission, votre rapporteur pense que l'exclusion officielle du sujet de la modification des traités n'oblige pas la Onzième Commission à ignorer les parties du droit relatives à la terminaison des traités dont l'application pourrait conduire à une modification partielle d'un traité; selon lui, ce qui est exclu du mandat de la Onzième Commission, c'est la modification des traités en tant que telle. Dans une lettre du 27 décembre 1965, le Secrétaire général a informé le rapporteur des vues du Bureau sur ce point, dans les termes suivants:

> « le Bureau pense qu'il y a lieu d'envisager la modification dans la mesure où elle est une adaptation et qu'il n'y a pas lieu de traiter le problème de la révision des traités en général. Dans l'étude de la terminaison des traités, la Commission pourrait considérer les cas dans lesquels certaines clauses sont modifiées. Le Bureau vous laisse la faculté de consulter les membres de votre Commission sur ce problème et de traiter le sujet selon les réponses que vous recevrez. »

c) On observera que le mandat de la Onzième Commission concerne particulièrement les traités collectifs, mais comme votre rapporteur l'a signalé dans son rapport d'avril 1965, d'une façon générale la Commission du droit international a trouvé commode de rédiger les règles proposées dans une forme applicable à tous les traités, et n'a pas fait de distinction entre les traités bilatéraux et multilatéraux, sauf quand la formulation correcte de la règle l'exigeait absolument, comme c'est le cas par exemple de l'article 42 relatif aux conséquences de la violation d'un traité. Votre rapporteur propose que la Onzième Commission adopte le même principe.

Les membres de la Onzième Commission sont donc invités à donner leur opinion sur ces points.

3. Votre rapporteur désire attirer l'attention sur le problème de la documentation. Comme le rappelle le rapport d'avril 1965, la Commission du droit international a étudié le droit des traités depuis sa fondation en 1949. Cependant, un examen suivi du sujet n'a commencé qu'en 1962. Pendant la période 1962-1964, la Commission adopta en première lecture le texte de 73 articles divisés en trois parties, sur la base de trois rapports soumis par le Rapporteur spécial actuel, Sir Humphrey Waldock. Pour le texte, voir le document A/CN.4/L. 107. On ne peut bien comprendre les considérations de la Commission qui sont à la base de chacun de ces articles que si l'on étudie de façon approfondie ces rapports du Rapporteur spécial, ainsi que les résumés des procès-verbaux des discussions de la Commission. Ceux-ci se trouvent, naturellement, dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, sauf en ce qui concerne quelques-uns des documents parus plus tard (à partir de 1965) que l'on ne peut encore obtenir que sous forme miméographiée. La terminaison des traités a aussi été considérée par l'un des précédents Rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international

sur ce sujet, Sir Gerald Fitzmaurice, surtout dans son deuxième rapport soumis à la Commission du droit international (A/CN. 4/107), dont le texte se trouve dans le II[e] volume de l'*Annuaire de la Commission* pour 1957. La Commission elle-même n'a pas examiné ce rapport. En 1965, la Commission du droit international a étudié en particulier l'échange de documentation entre elle-même et l'Institut de Droit international et a fait des recommandations à cet égard. Votre rapporteur est heureux d'annoncer que les recommandations ont été sanctionnées par les organes compétents des Nations Unies; des dispositions ont été prises entre le Secrétaire général de l'Institut et le Secrétariat des Nations Unies pour que les documents soient mis à la disposition des membres de la Onzième Commission. On a en outre adressé un questionnaire à chaque membre de la Onzième Commission concernant les documents qu'il désire recevoir.

4. Comme prévu, la Commission du droit international a commencé la seconde lecture des articles, sur la base des observations soumises par les gouvernements (A/CN. 4/175 et Add. 1-5), et d'une analyse de ces articles préparée par le Rapporteur spécial dans ses quatrième et cinquième rapports (A/CN. 4/177 et Add. 1-2, A/CN. 4/183 et Add. 1-4). Dans la première partie de sa dix-septième session (1965), la Commission a terminé la seconde lecture de la première partie, — c'est-à-dire des articles 1-29 et de l'article 48 —, de ses projets d'articles sur le droit des traités; dans la deuxième partie de la dix-septième session (janvier 1966), la Commission a terminé la seconde lecture des articles 30-47 de la deuxième partie des projets d'articles, et elle a tenu sa première discussion sur les articles 49 et 50. Elle a donc terminé la seconde lecture de tous les articles de fond relatifs à la terminaison des traités et adopté provisoirement les textes de ces articles (non pas les commentaires),

mais elle n'a pas encore achevé les articles de procédure (49-51), ni la question des conséquences de la terminaison légale d'un traité (articles 52-54). Ces derniers points ont été reportés à la dix-huitième session de la Commission. A la suite de la seconde lecture, on a procédé à une certaine réorganisation des matériaux et on a supprimé plusieurs articles, notamment pour ce qui intéresse directement la Onzième Commission, l'article 38 (terminaison ou suspension de l'application d'un traité par l'effet de ses propres dispositions). La décision sur la proposition du Comité de rédaction pour l'article 40 (terminaison ou suspension de l'application d'un traité par voie d'accord) a été reportée. La numérotation des articles a été conservée pour le moment, mais il faut s'attendre à une modification considérable de l'ordre de présentation des articles avant que la Commission n'achève ses travaux. Les propositions faites par Sir Humphrey Waldock de placer la partie traitant de la terminaison des traités à la fin du texte sont significatives à cet égard.

5. Dans l'ensemble, la révision de la première partie ne concerne guère la Onzième Commission, si ce n'est sous deux aspects. Le premier est que la Commission a décidé de formuler les articles de manière à faire ressortir, plus clairement que cela n'avait été le cas précédemment, que tous les articles concernent uniquement les traités conclus entre Etats. La Commission a décidé qu'en l'état actuel elle ne pouvait pas inclure dans la codification les traités conclus par les organisations internationales. Ces décisions sont reflétées dans les articles portant provisoirement les numéros 0, 1 (1) (*a*) et 2 des articles adoptés en été 1965. Une deuxième décision de principe fait l'objet de ce qui est maintenant l'article 3 (*bis*), précédemment l'article 48. Il s'agit d'une disposition générale selon laquelle l'application de tous les articles de traités formant l'acte constitutif d'une organisation internationale, ou qui ont été établis au sein d'une

organisation internationale est subordonnée aux règles de l'organisation en question. Il en résulte, en ce qui concerne la terminaison des traités, que toutes les questions relatives au retrait d'une organisation internationale sont exclues des articles sur le droit des traités. Les membres de la Onzième Commission se souviendront que ce point avait soulevé quelques difficultés lors des premières délibérations de la Onzième Commission. Votre rapporteur désire par conséquent s'enquérir de l'opinion des membres de la Onzième Commission et savoir si, selon eux, elle devrait adopter à cet égard les mêmes principes que la Commission du droit international. Cependant, il voudrait faire remarquer à ce propos que même si l'article 3 (*bis*) adopté en 1965 vise simultanément ces deux types de traités, il est permis de se demander si les traités conclus au sein d'une organisation internationale sont effectivement dans la même situation que les traités qui forment l'acte constitutif d'une organisation internationale, question que la Commission du droit international elle-même n'a pas encore complètement élucidée. C'est là un problème d'ordre général, et qui n'est pas limité à la terminaison des traités: toutefois, les membres de la Onzième Commission désireront peut-être l'inclure dans les travaux de la Onzième Commission.

6. En ce qui concerne la révision de la deuxième partie, un seul point exige une remarque dans l'état actuel des travaux. A mesure qu'elle a avancé dans son analyse, la Commission du droit international a affiné son attitude vis-à-vis de la suspension de l'application d'un traité, qui dans beaucoup de cas apparaît maintenant comme solution de rechange à la terminaison d'un traité et, en cas de violation d'un traité multilatéral, comme la première réaction des autres parties. La distinction entre ces deux concepts, quant aux conséquences juridiques, est exposée aux articles 53 et 54, que le Rapporteur spécial a analysés dans

son sixième rapport (A/CN. 4/186) et que la Commission dans son ensemble n'a pas encore réexaminés. Bien que le mandat de la Onzième Commission soit officiellement limité à la terminaison des traités, votre rapporteur voudrait suggérer, sous réserve de votre accord, que la Onzième Commission examine les problèmes posés par ces nouveaux développements, qui ont déjà donné lieu à des difficultés devant la Commission du droit international, et qui ont conduit à l'ajournement de la décision sur l'article 40 proposé par le Comité de rédaction.

7. Les membres de la Onzième Commission observeront que les articles 39 à 45 du projet de la Commission du droit international, révisé en 1966 (doc. A/CN. 4/184) énoncent des règles de fond quant aux motifs de terminaison des traités. Outre ces règles de fond, il y a aussi certaines règles générales, comprenant des règles de procédure, notamment dans les articles 30, 46, 47, 49, 50 et 51. Tous ces articles n'appellent cependant pas de remarques. Votre rapporteur se permet de proposer à la Onzième Commission de choisir simplement quelques-uns des problèmes importants et de soumettre ses conclusions à ce sujet à l'Institut. Parmi ces problèmes importants, on peut mentionner:

a) la question de la divisibilité des dispositions d'un traité (article 46);

b) la question de l'abandon ou de la perte du droit de terminer un traité, désigné quelquefois par le terme anglais «estoppel» (forclusion), qui fait l'objet de l'article 47;

c) la question de la violation d'un traité et ses conséquences (article 42);

d) l'ensemble des problèmes relatifs à la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible, traité dans les articles 43 et 44, y compris la question d'un changement fondamental des circonstances *(rebus sic stantibus)*;

e) la question de la terminaison ou de la suspension de l'application d'un traité du fait de la conclusion d'un traité subséquent (article 41), et ses rapports avec l'article sur l'application d'un traité contenant des dispositions incompatibles (article 63);

f) la question, soulevée tout au long des débats de la Commission du droit international, ainsi que dans les observations des Gouvernements, des rapports entre la règle de fond et la procédure à prévoir pour en assurer l'application, l'insuffisance à cet égard de l'article 51, et l'intérêt qu'il y aurait à instituer un système de juridiction obligatoire pour l'application des différentes règles de fond relatives à la nonvalidité et à la terminaison des traités.

8. Un problème difficile est posé par l'article 45 qui concerne la terminaison d'un traité en raison de la survenance d'une illégalité dans l'exécution. Cet article est bien entendu étroitement apparenté à l'article 37, qui se réfère à l'illégalité initiale d'un traité en raison d'un conflit avec une règle du *jus cogens*. A l'article 37, qui se trouve dans le chapitre consacré à la nonvalidité des traités, la Commission du droit international était d'avis que ce type de traité devait être entaché de nullité absolue, et à l'article 45, dans le chapitre consacré à la terminaison, elle prévoyait la terminaison ou, si les conditions de la divisibilité étaient remplies, la terminaison partielle, d'un traité qui était valide à l'origine mais qui devient nul et prend fin par la suite, en raison de l'apparition ultérieure d'une de ces règles péremptoires du *jus cogens*. Puisque l'article 45 est en quelque sorte seulement une conclusion de la prémisse principale de l'article 37, votre rapporteur pense qu'un examen détaillé par la Onzième Commission du problème posé par l'article 45 ne serait pas opportun.

9. Votre rapporteur voudrait maintenant soulever aussi, à titre préliminaire et officieux, la question de la forme dans

laquelle la Onzième Commission devrait présenter ses recommandations à l'Institut. Cette affaire est un peu délicate, si l'on considère que certains membres de l'Institut sont également membres de la Commission du droit international, et partagent la responsabilité du texte des articles tels qu'ils ont été adoptés. Au cours de la réunion de la Onzième Commission à Varsovie, en septembre dernier, l'opinion fut exprimée qu'il n'était pas exclu, quoique peu probable, que l'Institut juge nécessaire d'adopter une attitude critique envers certains aspects des travaux de codification de la Commission du droit international. Naturellement, votre rapporteur ne peut actuellement formuler les critiques qu'il jugerait appropriées, mais dans le rapport provisoire qu'il soumettra, il fera état de son propre point de vue sur les différents articles comme il l'a déjà fait pendant les réunions de la Commission du droit international, ainsi que des opinions dissidentes importantes. A Varsovie, on avait également fait remarquer que, pour tenir compte de facteurs politiques délicats, la Commission du droit international pourrait préférer ne pas se prononcer sur certains aspects; dans ce cas, on aurait intérêt à obtenir l'avis impartial d'une organisation scientifique telle que notre Institut pour la future conférence diplomatique. Enfin, on a exprimé l'opinion que si l'Institut de Droit international était en mesure de donner son appui à l'ensemble de l'œuvre de codification, cela contribuerait beaucoup à la réussite des efforts faits en vue de codifier le droit des traités. Votre rapporteur s'abstient, pour le moment, de poser des questions directes aux membres de la Onzième Commission, mais il serait néanmoins heureux de recevoir les observations de ses collègues sur ces aspects.

10. Lors des débats antérieurs de la Onzième Commission et lors de la réunion de Varsovie, la question avait été soulevée de savoir si la Onzième Commission ne devrait pas essayer

d'élaborer un certain nombre de clauses modèles destinées à être incorporées dans les traités, à la lumière des travaux de codification accomplis jusqu'à présent. Votre rapporteur partage toutefois l'opinion, déjà exprimée à Varsovie de façon fort convaincante, qu'il est prématuré d'envisager la préparation de clauses modèles avant que la codification du droit des traités ne soit tout à fait achevée, c'est-à-dire avant la fin des travaux de la conférence diplomatique annoncée. Votre rapporteur prie les membres de la Onzième Commission de bien vouloir lui communiquer leur avis sur ce point. Il semble toutefois qu'il s'agit là d'une question pour l'avenir et qu'elle ne pourra être tranchée qu'à Athènes. Jusque-là, on sera mieux renseigné sur les perspectives et le programme de la conférence diplomatique. Votre rapporteur prévoit néanmoins une conclusion semblable à celle qui fut adoptée par l'Institut à Bruxelles en 1963 en ce qui concerne le droit de l'espace; la commission compétente fut maintenue et autorisée à soumettre un nouveau rapport chaque fois qu'elle le trouverait opportun.

11. Votre rapporteur vous propose le programme suivant. A la lumière des réponses qu'il recevra au questionnaire ci-joint, il se propose de terminer son rapport provisoire conformément aux statuts de l'Institut, dans le courant de l'été, et de l'adresser aux membres de la Onzième Commission dès que possible après la clôture de la session que la Commission du droit international tiendra en 1966.

Il envisage également d'adresser aux membres de la Onzième Commission un bref rapport complémentaire, aussitôt après la conclusion des débats de la vingt et unième session de l'Assemblée générale qui se tiendra en septembre 1966, et à laquelle sera présenté le texte final de la Commission du droit international sur le droit des traités. Il rappelle à cet égard qu'à la vingtième session, tenue en 1965, le Secrétariat fut invité à

soumettre un rapport sur les problèmes posés par une conférence diplomatique sur le droit des traités, ce rapport devant être préparé après consultation officieuse avec les membres de la Commission du droit international. Naturellement, le projet de Résolution que la Onzième Commission présentera à l'Institut aura à tenir compte de ce rapport et des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale de 1966. Les membres de la Onzième Commission seront invités à soumettre leurs observations sur le rapport provisoire d'ici à la fin de décembre 1966, pour permettre au rapporteur de terminer son rapport définitif au début de 1967, et de le soumettre à l'Institut bien avant sa prochaine réunion en septembre 1967, où il sera discuté. Le rapporteur a l'intention de solliciter la convocation d'une réunion de la Onzième Commission, avant l'ouverture de la session plénière. Vous êtes invités à exprimer vos observations concernant ce programme et, si vous l'approuvez, à faire de votre mieux pour en assurer l'application en observant les échéances qui seront fixées. Votre rapporteur se permet également de rappeler la conclusion à laquelle la Onzième Commission était arrivée à sa réunion tenue à Varsovie en septembre 1965:

> « En conséquence, la Onzième Commission a décidé de poursuivre ses travaux sur la ... terminaison des traités... Etant donné l'urgence, elle a adressé un appel à tous ses membres pour qu'ils répondent le plus vite possible au futur questionnaire du rapporteur et a recommandé au Bureau de prévoir une certaine priorité pour la discussion du rapport de M. Rosenne lorsqu'il sera prêt. »

12. Votre rapporteur serait très heureux s'il pouvait recevoir vos réponses au questionnaire ci-joint *le 1er juin 1966 au plus tard.*

New York, avril 1966.

QUESTIONNAIRE

1. Quelle doit être, selon vous, l'étendue du sujet traité, après que la « modification » aurait été supprimée du mandat de la Commission ?

2. Partagez-vous l'opinion qu'*en principe* il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux, sauf dans les cas où cette distinction est imposée par les circonstances, telles que la violation ? Y a-t-il d'autres circonstances dans lesquelles, selon vous, cette distinction s'impose ?

3. Etes-vous d'accord d'écarter toute la question de la terminaison des traités créant une organisation internationale de l'examen du sujet de la terminaison des traités ?

4. Partagez-vous l'opinion que les travaux de la Onzième Commission devraient comprendre la question générale de la suspension de l'application d'un traité ?

5. Approuvez-vous les suggestions de votre rapporteur concernant la substance des travaux de la Onzième Commission, exposées au paragraphe 7 de l'exposé préliminaire ?

   Pensez-vous que d'autres problèmes ayant trait à la terminaison des traités devraient faire l'objet d'un examen spécial par notre Commission ?

6. Désirez-vous commenter la suggestion faite par votre rapporteur que toutes les questions relatives au *jus cogens* devraient être exclues des travaux de la Commission ?

7. Désirez-vous faire des observations préliminaires, à titre de proposition, et dans la phase actuelle des travaux, sur

la manière dont la Onzième Commission devrait soumettre ses recommandations à l'Institut?

8. Etes-vous d'accord de remettre à plus tard toutes propositions concernant la préparation de clauses modèles?

9. Désirez-vous faire, à l'heure actuelle, des observations d'ordre général?

10. Avez-vous reçu toute la documentation de la Commission du droit international dont vous avez besoin?

ANNEXE III

Observations des membres de la Onzième Commission et de *MM. Ago, Briggs, Castrén, Jiménez de Aréchaga et Reuter en réponse à l'*exposé préliminaire *et au questionnaire de M. Shabtai Rosenne d'avril 1966*

1. Réponse de Sir Gerald Fitzmaurice

The Hague, 28 May 1966.

Dear Rosenne,

I am writing about your preliminary Report on the Termination of Multilateral Treaties for the Institute of International Law. I am not at the moment in a position to furnish you with any detailed comments and must confine myself to brief answers to your Questionnaire. I think however that this will suffice for your immediate purposes. My answers are accordingly as follows:

1. As to this I agree with what is stated in paragraphs 2 *(b)* and 6 of your Report.

2. I would agree that as far as possible no distinction should be drawn, although there are certain important matters, such as reservations, the problems of which lie almost exclusively in the multilateral field and I should have thought termination was equally a branch of the subject in which the differences between the two types of treaty tended to be most prominent. In addition to violation there are the questions that arise for instance when a group of parties to a treaty agree on a different régime for application *inter se* while still remaining bound to the other parties to apply the existing régime.

3. Yes; but with reference to the remarks made at the end of your paragraph 5, I do not think there is the same case for excluding treaties within the framework of the Organization as there is for its constitutive instruments.

4. Yes.

5. Yes: (second paragraph, No).

6. I agree with the suggestion.

7. In general I feel that the 11th Commission's Report to the Institute should not take the form of a mere recapitulation of the work of the I.L.C. or of a simple commentary, gloss or critique relative to it, but should be an independent study. Naturally it can refer to the Commission's articles or utilize them in various ways.

8. Yes.

9. No.

10. Yes.

With all good wishes and regards,

Yours sincerely,

G. G. Fitzmaurice.

2. Réponse de M. Isaac Forster

La Haye, le 29 juin 1966.

1. A mon avis la mission de la 11e Commission se réduit désormais à étudier uniquement les diverses questions relatives à la terminaison des traités.

Cependant, je partage le point de vue que vous exposez au paragraphe 2, lettre *b)* de votre exposé préliminaire: l'exclusion

officielle du sujet de la modification des traités n'oblige pas la 11e Commission à ignorer les parties du droit relatives à la terminaison des traités dont l'application pourrait conduire à une modification partielle d'un traité; ce qui est exclu du mandat de la 11e Commission, c'est la modification des traités en tant que telle.

2. Oui. Je partage l'opinion qu'en principe il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux, sauf dans les cas où cette distinction est imposée par les circonstances, telles que la violation.

Je ne vois point d'autres circonstances dans lesquelles cette distinction s'impose.

3. Oui. Je suis d'accord d'écarter toute la question de la terminaison des traités créant une organisation internationale de l'examen du sujet de la terminaison des traités.

4. Oui. Je partage l'opinion que les travaux de la 11e Commission devraient comprendre la question générale de la suspension de l'application d'un traité.

5. Oui. J'approuve la suggestion de notre rapporteur concernant la substance des travaux de la 11e Commission exposée au paragraphe 7 de l'exposé préliminaire.

Je ne vois point d'autres problèmes se référant à la terminaison des traités, qui devraient faire l'objet d'un examen spécial.

6. Non. Je ne désire point commenter la suggestion faite par notre rapporteur que toutes les questions relatives au *jus cogens* devraient être exclues des travaux de la Commission.

7. Novice à l'Institut, je ne m'aventurerai pas à formuler des observations préliminaires sur la manière dont la 11e Commission devrait soumettre ses recommandations à l'Institut.

Peut-être oserai-je au cours des séances émettre quelques avis.

8. Oui. Je suis d'accord de remettre à plus tard toutes propositions concernant la préparation de clauses modèles.

9. Non. Je n'ai aucune observation générale à faire.

10. Oui. J'ai reçu de l'Institut: 1° le compte rendu analytique de la deuxième partie de la 17e session de la Commission du droit international; 2° le projet d'articles sur le droit des traités, revisé par la Commission (A/CN. 4/L. 115) et corr. 1 (document trilingue).

Par ailleurs je me suis procuré, à la bibliothèque de la Cour, les Annuaires de la Commission du droit international traitant le sujet.

Isaac Forster.

3. Réponse de M. C. Wilfred Jenks

Geneva, 10 July 1966.

My dear Colleague,

Please accept my apologies for my delay in replying to your preliminary *exposé* and *questionnaire* concerning the termination of collective treaties. As other duties are still pressing heavily upon me I hope you will forgive a succinct reply.

1. I regret that the modification of treaties should have been excluded from the terms of reference of the Commission. In the case of collective treaties " modification " may be more important than " termination " in the sense that many such treaties deal with permanent problems of a changing nature. In the case of such treaties termination may well be a confession of failure, whereas modification should be regarded as a normal incident in the life of the treaty. The implied suggestion that

" termination " is a more important, more tractable, or more immediate subject than " modification " is understandable from the standpoint of formal legal analysis, but in my judgment represents a misconception of the current needs of international society.

2. The distinction between bilateral, and multilateral treaties is much less important in respect of their termination than it would have been in respect of procedures for their modification.

The decisive consideration at the moment is that the International Law Commission draft does not make any such distinction. That draft is now the basis of the work of the present Commission and it is neither necessary nor appropriate for the Institute to draw such a distinction in commenting upon the draft.

3. Yes.

4. Yes.

5. I concur in your suggestions. There may well be other questions which should be dealt with, but only at a later stage.

6. I agree that the effect of a new rule of *jus cogens* raises questions which should be considered in connection with the general concept of *jus cogens* rather than in connection with the termination of treaties.

7. The most useful service which the Institute can render at this stage is to put its weight behind the efforts of the International Law Commission to achieve a successful codification of treaties, while necessarily retaining the right of independent criticism concerning particular points where appropriate. It may still be somewhat early to determine the most appropriate form in which to express the conclusions of the Institute, but I am inclined to think that a report adopted by the Institute at the conclusion of its discussions rather than a resolution

of the normal type would make it possible to make due allowance for the membership in the International Law Commission of members of the Institute; a report might also be more appropriate than a resolution as a means of expressing prior to a forthcoming United Nations Conference views which may no longer be apposite after that Conference has taken place.

8. I still consider the preparation of model clauses to be one of the most useful services which the Institute can render in the matter, but agree that this must now be postponed until after the projected United Nations Codification Conference.

9. I have no general observations at this stage.

10. Yes.

Yours sincerely,

C. Wilfred Jenks.

4. Réponse de M. Vladimir Koretsky

The Hague, 27 May 1966.

Dear Mr. Rosenne,

Permit me to say at the outset that your " Exposé préliminaire " arrived at The Hague at a time of extreme pressure of work for the Court which was engaged in its deliberations for the preparation of the judgment it will give in the South West Africa cases and it was therefore virtually impossible for me to devote to your exposé the consideration which it undoubtedly deserves. You will understand that it is rather difficult for me to find the correct line for answering most of the questions included in your Questionnaire inasmuch as I come to the Commission at a time when the Commission has had its subject under consideration for some years. And as a " newcomer " I have

been unable to study the report you delivered in the course of the 1965 meeting of Warsaw, apart from the summary records of the Commission published in the *Annuaires*. And I hope you will forgive me if my entirely preliminary and somewhat summary considerations have already been the subject of deliberation within the Commission and thus had the advantage of scrutiny by the collective wisdom of the Institute and the Commission.

I turn now to the Questionnaire itself.

ad 1. Since " modification " is revoked from the Commission's mandate, the Commission should concentrate its attention on the question of the termination of multilateral treaties and leave aside questions relating to the suspension of the application of a treaty (see *infra ad 4*) and to the partial modification of a treaty.

ad 2. I venture to think that it is not entirely logical to follow the course pursued, as it seems to me, by the International Law Commission, that is, to elaborate rules relating to bilateral treaties and incidentally to refer to multilateral treaties.

The I.L.C. apparently desired, or perhaps felt itself compelled, to elaborate the rules relating to bilateral treaties together with those relating to multilateral treaties, to equate the two categories, to assimilate them and to minimize or remove the distinctions as a joiner levels with his plane. The Institute had for its consideration the task of elaborating draft rules concerning multilateral treaties.

The transition from legal regulation of bilateral treaties to that of multilateral treaties involves something more than a mere increase in the number of participants to the instrument. This transition, it may be said, is one to a new quality of treaties. A sum of items in social (*ergo* in international) life is not the same as a sum of items in mathematics.

A bilateral treaty is an agreement between two States directed to a delimitation of spheres of actions and of interests to the finding of a form of relations in concrete particular matters. There the two parties are seeking not general rules applicable to all States, but rules designed to balance concrete conflicting interests of the States in question.

Such treaties are usually established—in their form and in a determination of their legal effects—under the influence of civil law rules and standards for their construction.

Multilateral treaties (I have in mind genuine, that is, general and open, multilateral treaties) are designed to secure the collaboration of as many participating States as possible, to find what is common to the participants, what unites them, what is a resultant of their conflicting interests and a variety of other elements. And such treaties have naturally acquired a specific legal character. In my view it is also necessary to draw a distinction (a point made in the Giraud report of 1961) between multilateral (universal, open) treaties and plurilateral (group, " multilatéraux particuliers " (Giraud), closed) treaties (for example, regional, etc., treaties), and among multilateral treaties —treaties in political, economic (GATT) matters, and particularly codification treaties (such as the Law of the Sea treaties of 1958, the Vienna Convention on Diplomatic Relations and others).

In the 19th Century multilateral treaties were in the nature of episodes brought about by historical factors, by the growth of world economic relations.

Such treaties have in the 20th Century become a sign of the times. They have made a dialectical leap which induces us to regard them as new and to look at them in a new way.

I have not up till now had an opportunity to study in detail the materials of the International Law Commission, but a provisional acquaintance with them has given me the impression

that the I.L.C. and its successive special rapporteurs have had in mind " group " treaties (NATO?) (Article 47—with even " estoppel "?—some kind of constraint).

All this leads me to the conclusion that the Institute should proceed from the requirement of elaborating draft rules particularly applicable to multilateral treaties dealing with them as something apart from the rules relating to bilateral treaties, that is, to proceed in the opposite direction from that followed by the I.L.C.

My attitude to the question of termination of multilateral treaties is connected with the previous considerations.

Making a distinction between general and group multilateral treaties, it seems to me that it is convenient

a) to formulate in some detail principles and norms relating to termination of group multilateral (plurilateral) (particuliers) and " constitutional " treaties and in particular relating to the consequences of their termination,

b) to make a special study of the very possibility of termination of law-making (codification) treaties (I do not refer to possible modification of them). One may take notice that such conventions (to mention only the more recent) as the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone (1958) and Vienna Convention on Diplomatic Relations (1963), make no provision for their possible termination. And indeed what would be the meaning of a possible termination of the first mentioned convention?

Termination of the " Law of the Sea " which was settled in its history and consolidated with this convention, and as a result finding ourselves in a sort of " lawless situation "?

ad 3. I venture to think that the Commission ought not to avoid (écarter) an examination of the termination of a treaty which created an international organization.

A relation between a treaty and a Statute formulated on the basis of a treaty or as a treaty itself is a question of vital importance. The International Court of Justice has had to deal with it (let us remember the termination of the Covenant of the League of Nations!).

ad 4. It should not be part of the terms of reference of the Committee to study the questions of possible suspension of the application of a multilateral treaty.

Suspension of a treaty is not its even temporary termination. Questions of suspension of a given multilateral treaty are connected as a rule not with a choice by its signatories but with effects of war (see Article 35 of Harvard's draft). [1]

ad 5.

ad a) I share fully your opinion that the question of the separability of provisions of multilateral treaties should be examined by the Commission. (This question one may find in the Court's practice.)

ad b) Let us " stop " a development of " estoppel " outside purely procedural matters. It seems to be strange to use estoppel as a coercive means in order not to allow States—parties to a multilateral convention to terminate it—(if I understand your question correctly).

ad c) It is hardly rational to transplant the provision of Article 42 of the I.L.C. draft to multilateral (general) conventions. A violation of a multilateral convention by one or some of its parties could rather not entail a termination of the convention itself. It is conceivable in relation to multilateral (group) treaties. But the possible consequences of a violation of such a

[1] The literature (see for example *Tobin*, " The termination of multipartite treaties ", Current Note (Brandon and Lerich) in A.J.I.L., 1952, p. 535) examining the question of a suspension in this line.

treaty by one or some parties would be rather impossible to keep within juridical provisions, as acute political matters would be involved. Let a conference of the interested Governments decide what should be a fate of a given convention.

ad d) and e) The questions raised here could be resolved by a conference of representatives of the States or parties to a given treaty.

ad f) The principle of obligatory jurisdiction of any dispute relating to the interpretation or the application of the provisions of a multilateral convention penetrates more and more in such conventions. But let us remain on the ground of reality. Even the Governments which have made a declaration recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court have begun more often to make reservations to their declarations.

It may be observed, and you especially may have done so, that States apply less and less to the Court. And I wonder if the Institute is ready to examine the question whether the existing Court—" telle quelle "—responds to the present alignment of forces in the U.N., the principal judicial organ of which it is.

ad 6. I agree with you that the question relating to *jus cogens* should be set aside.

A correlation between multilateral treaties (especially s.d. law-making ones) requires a large-scale special study and it is, naturally, hard to examine it in connection with a termination of multilateral treaties only.

ad 8. I share your opinion that the question of " clauses modèles " could be set aside for the time being, if that task is worth the efforts of the Institute's Members.

The practice in drawing up treaties has provided some standards of corresponding provisions.

ad 7 and 9. I venture to consider that you will find the preliminary observations I have made above for the time being quite sufficient. If after a study of all the materials I have received there is anything further I wish to add, I will not fail to communicate with you.

ad 10. I have received all the documents of the I.L.C.

As I shall try to prepare my further observations in English, which is more convenient for me, if the documents are in both the English and French language, may I ask you to let me have them in English.

Sincerely yours,

Vladimir Koretsky

5. Réponse de M. Gaetano Morelli

La Haye, le 17 mai 1966.

Mon cher Confrère,

J'ai lu avec le plus vif intérêt le remarquable exposé préliminaire sur la terminaison des traités collectifs que vous avez établi en votre qualité de rapporteur de la Onzième Commission de l'Institut de Droit international.

Bien que le travail dans lequel je me trouve actuellement engagé m'empêche une étude approfondie du sujet, je cherche à donner, très brièvement, des réponses à votre questionnaire.

1. Je partage votre opinion pour ce qui concerne les limites dans lesquelles le sujet de la modification d'un traité, en tant que sujet étroitement connexe avec celui de la terminaison, pourra être considéré, malgré que la modification des traités en tant que telle ait été exclue du mandat de la Commission.

2. Je suis d'avis qu'une étude satisfaisante de la terminaison des traités n'est possible qu'ayant égard à tous les traités, aux traités collectifs aussi bien qu'aux traités bilatéraux; mais je ne sais pas si une telle étendue du sujet est conforme au mandat qui a été conféré à la Onzième Commission et qui concerne précisément la terminaison des traités *collectifs*. Il va sans dire que dans une étude embrassant tous les traités il peut se présenter, sous certains aspects, la nécessité de distinguer entre les traités bilatéraux et les traités collectifs. Outre le cas de la violation d'un traité, on pourrait se demander si une distinction entre les deux catégories de traités doit être faite, par exemple, par rapport au cas de guerre entre parties contractantes. On pourrait penser, par hypothèse, que la guerre constitue une cause d'extinction des traités bilatéraux tandis que par rapport aux traités collectifs elle n'opère que comme une cause de suspension.

3. A mon avis, il n'y a aucune raison pour écarter de l'étude les traités conclus au sein d'une organisation internationale. Pour ce qui concerne les traités constitutifs d'organisations internationales, je suis enclin à penser que l'exclusion de ces traités ne serait pas non plus complètement justifiée; cela malgré les problèmes particuliers qui se posent à cet égard.

4. Ma réponse est affirmative dans les limites dans lesquelles il y a une connexité étroite entre le problème de la suspension et celui de la terminaison des traités.

5. Ma réponse est, en général, affirmative.

6. Le problème très délicat du *jus cogens* ne se trouve que dans un rapport indirect avec le sujet de la terminaison des traités. Il s'agit, par conséquent, d'un problème qui, à mon avis, doit être exclu des travaux de la Commission.

8. Réponse affirmative.

10. Je viens de recevoir la lettre de M^me^ Wehberg du 13 mai m'annonçant l'envoi de la documentation.

Je vous prie, mon cher Confrère, d'agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Gaetano Morelli.

6. Réponse de M. Paul De Visscher

Bruxelles, le 15 juin 1966.

Cher et honoré Confrère,

C'est avec un retard de quelques jours, dont je vous prie de bien vouloir m'excuser, que je réponds au questionnaire que vous avez adressé aux membres de la Onzième Commission de l'Institut.

1. Je me rallie, en principe, à l'idée de limiter le travail de la Onzième Commission à l'étude de la terminaison des traités collectifs. J'estime cependant que le problème de la modification des traités collectifs devra être retenu, dans la mesure où la modification majoritaire de tels traités ne lie pas les membres de la minorité et a pour conséquence d'obliger ou de permettre à ceux-ci de quitter l'organisation ou le régime conventionnel ancien.

2. Oui.

3. Je souhaite vivement que la Onzième Commission puisse étudier également le problème de la terminaison des traités institutionnels. De tels traités deviennent de plus en plus nom-

breux et, dans la réalité, il est souvent difficile de dissocier, dans les traités collectifs, la part de droit matériel et la part de droit institutionnel.

4. Je suis prêt à accepter l'idée de voir la Onzième Commission étudier le problème de la suspension des traités collectifs. Il s'agit là, cependant, d'un élargissement du mandat de la Onzième Commission qui devrait se traduire dans une modification du titre du rapport. La matière de la suspension, si elle était retenue, devrait être traitée dans des Résolutions distinctes de celles qui seront consacrées à la matière de la terminaison des traités collectifs.

5. J'approuve entièrement les suggestions du rapporteur sur ce point.

6. Bien que l'on puisse redouter que le problème du *jus cogens* soit de nature à soulever de longs débats de principes, je ne vois pas la possibilité de l'écarter. La survenance d'une nouvelle règle du *jus cogens*, après l'entrée en vigueur d'un traité est une cause spécifique de terminaison des traités et elle ne peut pas être éludée pour la seule raison que cette cause serait la conséquence d'une prémisse relative à la validité des traités. Il en est ainsi de bien d'autres causes de terminaison des traités.

7. J'estime que, dès l'instant où l'Institut a décidé d'étudier un sujet, il doit pouvoir le faire en toute indépendance. Il faut cependant éviter les doubles emplois avec le travail si approfondi de la Commission du droit international et, à cet effet:

— accorder une attention particulière aux aspects du problème que la Commission du droit international aurait estimé ne pas devoir aborder;

— reprendre, de manière approfondie, les questions au sujet desquelles la Commission du droit international a été fortement divisée ou au sujet desquelles les rapporteurs successifs de cette Commission ont adopté des positions divergentes;
— présenter les conclusions sous la forme de recommandations générales aux Etats et non sous la forme d'articles d'un avant-projet de convention sur le droit des traités.

8. Oui.

9. Non.

10. Oui.

En espérant vous revoir prochainement, je vous prie d'agréer, cher et honoré Confrère, l'assurance de mes sentiments très sincèrement dévoués.

Paul De Visscher.

7. Réponse de M. Bohdan Winiarski

La Haye, le 29 mai 1966.

Cher et honoré Confrère,

Pour me conformer à votre désir exprimé dans l'exposé préliminaire, je vous envoie mes réponses préliminaires et provisoires elles aussi, car la Cour étant fort occupée je n'ai pas eu la possibilité matérielle d'étudier la documentation de la Commission du droit international ni même les rapports antérieurs de la Onzième Commission. Je vous prie donc de m'excuser si mes réponses ne vous paraissent d'aucune utilité.

En même temps, permettez-moi de vous dire combien j'apprécie votre manière d'organiser notre travail: cela me paraît de bon augure pour la réussite de notre contribution à la codification du droit des traités.

Voici mes réponses au questionnaire:

1. Je partage l'opinion du Bureau reproduite au paragraphe 2 *b)* de l'exposé préliminaire.

2. Il m'a toujours paru que faire une distinction entre les traités bilatéraux ou multilatéraux et les conventions générales pourrait être indiqué pour des raisons pratiques; si la CDI a trouvé commode de ne pas faire cette distinction *en principe*, je veux bien examiner ses raisons et si je les trouve fondées, je ne verrai pas d'objection à suivre votre proposition.

3. Provisoirement d'accord, mais les conséquences possibles de cette séparation demandent une réflexion dont je suis incapable en ce moment.

4. Oui.

5. D'accord avec les suggestions du rapporteur.

6. Dans l'état actuel de la discussion sur ce problème je suis d'accord avec le rapporteur pour exclure les questions relatives au *jus cogens*.

7. Non.

8. Décidément: oui.

9. Non.

10. J'ai bien reçu la documentation de la CDI, mais il ne m a pas été possible de la dépouiller.

Veuillez agréer, cher et honoré Confrère, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Bohdan Winiarski.

8. Réponse de M. Quincy Wright

RDI, Norwich, Vt. USA, 3 August 1966.

Dear Mr. Rosenne,

I have just received your memorandum of April, with the Questionnaire. This was probably sent to my address in Charlottesville but I have not been there since last January and a lot of mail seems not to have been forwarded. I regret that I have not been able to send you a reply and hope this will reach you in time to use.

My answer to the Questionnaire is as follows:

1. We should deal with the termination of treaties including the termination of parts of treaties which are separable.

2. The Resolutions should in general apply to both bilateral and multilateral treaties but in some cases a distinction will be necessary. This will be true not only on the consequences of violation by a party, but also on the denunciation of a treaty by a party according to the terms of the treaty or for other permissible circumstances. Such denunciation would necessarily terminate a bilateral treaty but not necessarily a multilateral treaty.

3. I am not sure that there is a clearly recognized class of treaties creating international organizations. The Hague convention of 1899 for pacific settlement of disputes established certain permanent and potential organs but consisted mainly in legal rules. Many commercial treaties provide for arbitral tribunals in case of differences by the parties over interpretation. The U.N. Charter is mainly concerned with establishing an organization but includes rules of law binding the parties. I do not have the International Law Commission's draft at hand so do not know how this distinction was defined.

4. Yes. Suspension of application would often be the appropriate procedure prior to termination.

5. Yes. I presume paragraph (e) includes all aspects of the problem posed if a party to a treaty concludes an incompatible treaty with a third party or if some of the parties to a multilateral treaty conclude a treaty among of themselves inconsistent with the first treaty, as did some of the parties to the Hague conventions of 1899 in the conventions on the same subject in 1907. This might be considered a case of " revision " but it might be considered termination of the 1899 conventions in respect, at least, to the parties to the 1907 convention.

6. I think I agree but am not sure I understand all the implications.

7. As a scientific body the Institute should make Resolutions which it deems sound even if the International Law Commission avoided the subject for political or other reasons, or stated rules which the Institute considers inadequate.

8. Yes.

9. No.

10. No. As noted above I have been away from my office and mail has not always been forwarded.

I regret my delay in sending you this material and look forward to seeing you at the Athens meeting in September, 1967.

Sincerely yours,
Quincy Wright.

As I have not seen your report of April 1965 and have not the reports of the International Law Commission at hand, some of my answers may not quite hit the point of the question.

9. Réponse de M. Roberto Ago

Genève, le 4 juillet 1966.

Mon cher Collègue et Ami,

Par une lettre du 13 mai 1966, le secrétariat de l'Institut m'a remis un exemplaire de l'exposé préliminaire que vous avez rédigé sur la terminaison des traités collectifs.

J'ai examiné attentivement cet exposé. J'ai beaucoup admiré la clarté et la pénétration avec lesquelles les différents points sont mis en lumière et je me fais un devoir de répondre aux questions que vous avez posées aux membres de la Onzième Commission de l'Institut de Droit international.

1. Vous demandez quelle devrait être, de l'avis des membres de la Commission, l'étendue du sujet à traiter, après qu'à Varsovie la « modification des traités » eut été éliminée du mandat de la Onzième Commission.

Si j'ai bien compris l'intention qui a présidé à cette élimination — je n'étais malheureusement pas présent à Varsovie —, l'Institut a surtout eu en vue l'opportunité de ne pas mêler à la question de la terminaison des traités celle de leur revision. J'estime toutefois que le mandat de la Commission devrait continuer à porter sur certains aspects de la modification des traités qui sont nécessairement liés à la terminaison. Je cite comme exemple les hypothèses de terminaison d'un traité à la suite de la conclusion d'un nouveau traité portant sur la même matière ou, inversement, la modification qui pourrait résulter du fait que l'on ait mis fin à certaines clauses seulement, de sorte que leur terminaison équivaut à une modification du traité dans son ensemble.

2. Je pense, comme vous, qu'il n'y a aucune raison de limiter le sujet à la terminaison des traités collectifs ni, en général, de

faire à ce sujet une distinction entre traités bilatéraux et traités multilatéraux, sauf lorsque ces problèmes se posent de façon différente pour l'une et l'autre catégorie de traités. Je crois même que le fait de restreindre le thème aux seuls traités collectifs pourrait engendrer l'idée erronée que la terminaison de ces traités présenterait des aspects généralement différents de ceux qui caractérisent la terminaison des traités bilatéraux, alors que cette différence n'apparaît essentiellement que dans le cas de la terminaison d'un traité à la suite de sa violation.

3. Je suis d'avis que la Commission devrait laisser de côté, pour le moment du moins, la question des traités conclus par une organisation internationale. Par contre, je ne vois pas pourquoi elle devrait exclure de son mandat les traités portant acte constitutif d'une organisation internationale.

Dans les premiers, une partie au moins est un sujet de droit international autre qu'un Etat: cette circonstance doit nécessairement influer aussi sur les problèmes relatifs à la terminaison de ces traités. Pour ce qui est, par conséquent, des traités conclus par une organisation internationale, je ne pense pas qu'il convienne de les assimiler, du point de vue de la terminaison, aux traités interétatiques, qui présentent en général des caractéristiques différentes quant aux conditions de leur conclusion, de leur validité, etc.

Par contre, les traités portant constitution d'une organisation internationale et les traités conclus au sein d'une telle organisation sont, à tous égards, des traités entre Etats et, à mon avis, l'on ne saurait exclure l'application à cette catégorie de conventions internationales des règles générales du droit des traités. Cela, bien entendu, dans la limite générale commune à tous les traités, c'est-à-dire sous réserve du respect des règles particulières qu'ils peuvent prévoir eux-mêmes, et dans la limite plus spécifique du respect des règles que l'organisation intéressée

peut avoir adoptées quant à la terminaison de son acte constitutif ou des traités adoptés en son sein.

A cet égard, je ne crois pas que l'on puisse assimiler purement et simplement, lorsqu'il s'agit des problèmes de la terminaison, les traités portant acte constitutif d'une organisation internationale et les traités conclus au sein ou sous les auspices d'une organisation internationale. Au surplus, je crois qu'il ne serait pas inutile que l'Institut ne se borne pas à indiquer simplement que la terminaison de ces deux catégories de traités est soumise aux règles de l'organisation en question; l'Institut pourrait essayer d'explorer cette question un peu plus à fond. Il n'est pas nécessairement lié, dans son examen du problème, par les limites que la Commission du droit international a assignées à son propre travail.

4. Je partage votre point de vue quant à l'opportunité pour la Onzième Commission de considérer, à côté des questions touchant à la « terminaison » proprement dite, les questions relatives à la « suspension » des traités. Tout en étant distincts, les deux phénomènes sont trop étroitement liés pour que l'on puisse les séparer lors d'un examen scientifique du problème. La Commission du droit international n'a pu manquer de le constater et son projet traite les deux problèmes ensemble. Il y a, dans les deux cas, un arrêt dans l'application des clauses du traité, définitif dans l'un et temporaire dans l'autre, qui provient essentiellement des mêmes causes et dont les conséquences sont souvent analogues. Sans compter qu'il y a des hypothèses — celle d'une violation du traité, par exemple — où il est laissé au libre choix d'une partie de décider à laquelle des deux mesures elle veut avoir recours; et il en est d'autres où le choix entre terminaison et suspension dépend d'une simple circonstance extérieure telle que, par exemple, le caractère permanent ou temporaire d'une impossibilité d'exécution.

5. Les questions que vous énoncez au paragraphe 7 de votre exposé préliminaire, en suggérant que la Onzième Commission s'y attache tout particulièrement, me semblent, en général, être celles qui présentent le plus d'intérêt. Il est à souhaiter que l'Institut concentre son attention sur les points essentiels: sa tâche n'est pas de réaliser une codification complète du sujet, mais de donner son avis sur les aspects les plus controversés.

Je voudrais, toutefois, faire deux remarques.

Je ne suis pas entièrement convaincu qu'il soit avisé d'écarter l'examen de la question de la terminaison d'un traité à la suite de l'apparition d'une nouvelle règle de *jus cogens*. Je sais bien que cette question est liée à celle de la nullité *ab initio* d'un traité qui, dès sa conclusion, se heurte à une règle impérative du droit des gens. Mais la question de la terminaison d'un traité valable à l'origine et devenu par la suite nul parce que l'on a constaté la naissance d'une règle générale impérative du droit international avec laquelle il est en contradiction, mérite tout de même d'être considérée. Et elle me semble avoir une trop grande importance pour l'examen des problèmes relatifs à la terminaison des traités pour qu'on puisse la négliger entièrement. Je voudrais surtout éviter qu'un silence de l'Institut sur ce point puisse donner l'impression qu'il a voulu exclure ce motif de terminaison et prendre parti contre l'idée même du *jus cogens*.

En revanche, bien que concevant tout l'intérêt que peut présenter la question relative à l'institution d'un système de juridiction obligatoire pour l'application des différentes règles de fond relatives à la terminaison des traités, je ne pense pas qu'il soit utile de l'inclure parmi les problèmes dont la Onzième Commission devrait s'occuper. En effet, cette question déborde de beaucoup les limites du problème de la terminaison des traités: le système de juridiction obligatoire dont nous apercevons toujours davantage la nécessité devrait pouvoir jouer à l'égard de toutes les questions relatives à l'application des règles de fond

du droit international et non pas seulement à l'égard d'un aspect particulier comme celui sur lequel porte le mandat de la Onzième Commission. Au surplus, il comporte des aspects très particuliers. Je pense, par conséquent, qu'il vaudrait mieux laisser de côté ce problème pour le moment.

Cela étant, toutefois, je suis convaincu qu'il serait extrêmement utile que l'Institut prenne en considération les questions relatives à la procédure à suivre en cas de terminaison ou de suspension d'un traité, telles qu'on les retrouve aux articles 50 et 51 du projet de la Commission du droit international. C'est là, à mon avis, l'un des points où il serait le plus intéressant qu'une autorité scientifique telle que l'Institut exprime ses vues.

6. La question que vous touchez au point 9 de votre exposé préliminaire est très délicate. Ainsi que vous le dites, il est certainement intéressant que l'Institut, en tant qu'organisme scientifique impartial, donne son avis sur les questions qui lui sont soumises, en ayant en vue la future conférence diplomatique sur le droit des traités. Et je ne crois pas vraisemblable que l'Institut puisse adopter, en la matière, une attitude qui serait autre chose qu'une collaboration précieuse à l'œuvre de la Commission du droit international et, le cas échéant, une utile critique constructive du projet rédigé par la Commission du droit international. Il me semble, en tout cas, que la Onzième Commission pourrait décider de la forme à donner à ses recommandations à l'Institut, après avoir pris conscience des tendances qui se dessinent en son sein et avoir pu juger, en connaissance de cause, des dangers éventuels.

Je crois, par contre, que l'élaboration d'un certain nombre de clauses modèles destinées à être incorporées dans les traités est encore prématurée et je me réjouis de constater notre accord sur ce point. Toute question de ce genre ne peut qu'être renvoyée à une date postérieure à la fin des travaux de la conférence diplo-

matique sur le droit des traités. J'estime qu'il faut retenir votre suggestion tendant à ce que la Onzième Commission puisse soumettre, le moment venu, un nouveau rapport sur cette question.

7. Je crois vous avoir exposé ici quelques remarques qui m'ont été suggérées par l'étude de votre exposé préliminaire. J'ai été heureux de constater que je me trouve très largement d'accord avec vos suggestions et je ne puis terminer qu'en vous remerciant bien sincèrement et en vous félicitant à nouveau de l'excellent rapport préliminaire que vous nous avez présenté.

Veuillez croire, mon cher Collègue et Ami, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Roberto Ago.

10. Réponse de M. Herbert W. Briggs

Geneva, 19 June 1966.

My dear Colleague and Friend:

Although I am not a member of the 11th Commission of the *Institut de Droit international*, I appreciate very much your invitation to me to express my views on your perceptive *Exposé préliminaire* on *Terminaison des Traités Collectifs*. My replies to your questionnaire follow:

1 and 2. Despite the reference to " traités *collectifs* " in the title of the 11th Commission, I believe that it would be an unfortunate mistake for the Commission to treat the termination of certain multilateral treaties as a legal problem entirely distinct from the general problem of the termination of treaties in international law, including, where relevant, the termination of bilateral treaties. As you imply, in paragraph 2 *(c)* of your *exposé préliminaire*, the International Law Commission, after

a profound consideration of the rules of international law governing the termination of treaties, has found very few situations in which a distinction is required between the termination of multilateral treaties and the termination of bilateral treaties. I believe that the 11th Commission would be wise to follow the same principle of distinguishing the rules relative to their termination only where this distinction is required by the circumstances. Your Report, and the eventual Resolution of the *Institut*, would be much more useful to States and to international lawyers if you treat legal problems of the termination of treaties as comprising bilateral as well as multilateral treaties.

I agree with your views, and those of the Bureau of the *Institut*, that consideration of the law relative to termination of treaties may necessarily involve certain aspects of the modification or amendment of treaties, and that such problems will legitimately fall within the terms of reference of the 11th Commission.

3. I agree that it will be wise to follow the conclusion which the International Law Commission reached only after careful and considered reflection, *viz.*, to exclude from the study and resolution any questions relating to the termination of treaties which are the constituent acts of international organizations. Whether or not treaties concluded within, or treaties concluded under the auspices of, international organizations should similarly be excluded from consideration by the 11th Commission may require further study, but my present opinion is that they should be comprised within the general rules which apply to the termination of treaties.

4. I am of the opinion that a study of the law relating to the termination of treaties would be of even greater utility if it included treatment of the general problem of the suspension of operation of treaties. The International Law Commission has

reached the conclusion (as you note in paragraph 6 of your *exposé*) that suspension of multilateral treaties is closely, and desirably, related to their termination or denunciation by a party.

5. You enquire whether, in addition to setting forth the basic substantive rules of international law relative to the termination of treaties, the 11th Commission should submit conclusions to the *Institut* on certain general rules related to them. In my opinion, the 11th Commission could usefully submit conclusions on the following:

(a) The separability of treaty provisions (the present article 46 of the International Law Commission's draft). Consideration of this problem would seem to be an essential part of a study of the termination of treaties under international law.

(b) It would be most useful for the 11th Commission to deal with the loss of a right, by *forclusion* or estoppel, to invoke grounds for terminating or suspending a treaty (*ibid.*, article 47).

(c) Not every violation of a treaty, but a " material " violation of a treaty (*ibid.*, article 42) has been considered by the International Law Commission as a ground for invoking the termination of a treaty. In so concluding, the Commission followed widely accepted doctrinal writings, even in the absence of support in the decided cases of a right to terminate a treaty because of violation by another party. It would be useful for the 11th Commission to examine this question.

(d) Impossibility of performance (*ibid.*, article 43) is a substantive ground which should be examined by the 11th Commission. Fundamental change of circumstances (*ibid.*, article 44), or *rebus sic stantibus*, is more a disputed

political ground for invoking release from treaty obligations than a legal ground. Although the International Law Commission has sought to give legal precision to the concept, the 11th Commission may find more important and rewarding problems to study.

(e) The relation of earlier and later treaties whose performance involves incompatible obligations for a party to both treaties I regard more as a problem of the priority of incompatible treaty obligations (*ibid.*, article 63) than as a problem of termination of treaties (*ibid.*, article 41).

(f) Although the International Law Commission is completing, in my judgement, the most comprehensive and valuable set of draft articles ever prepared by international lawyers on the Law of Treaties, the outstanding failure of the Commission has been to provide adequate conditions or procedures for the application of the substantive provisions which permit a State to claim the nullity of a treaty or invoke grounds of invalidity, termination, denunciation or suspension. Throughout the draft articles on invalidity or termination appear such subjective notions as " manifest " violation, " material " breach, " essential " basis of consent, " peremptory " norm of international law, " fundamental " change of circumstances—to mention only some of them—and yet article 51 fails to provide any system of compulsory jurisdiction for deciding whether these conditions which form part of the substantive formulation of the rules on invalidity and termination have in fact been established.

The *Institut de Droit international*, conscious of its great tradition on the compulsory adjudication of international disputes, could helpfully re-examine the issue which the International Law Commission has avoided.

It should, perhaps, be stressed that the issue here is less a matter of a purely procedural " disputes clause " than one of formulating the substantive law on the basis that compliance with certain procedural requirements is a condition of the exercise of the right claimed.

6. I agree that questions relative to *jus cogens* may appropriately be excluded from the work of the 11th Commission.

7. It is to the advantage of States, of the International Law Commission itself, and of the international legal community generally, to have the Commission's drafts subjected to careful scrutiny. The *Institut de Droit international* can perform a professionally competent service in this respect. It should be noted that while members of the Sixth (Legal) Committee of the General Assembly have at times been very critical of the International Law Commission's provisional or final drafts, the Sixth Committee has carefully avoided ever amending any provision of the Commission's drafts. It might be wise for the *Institut*—whatever differing views it may hold of the International Law Commission's draft—to refrain from formulating alternative draft articles or texts.

8. Yes.

9. No.

10. Yes.

Permit me, in closing, to congratulate you on the admirable skill with which you have isolated and presented the problems facing the 11th Commission.

With my warm regards,

Sincerely yours,

Herbert W. Briggs.

11. Réponse de M. Erik Castrén

Genève, le 16 mai 1966.

Cher Ami et Confrère,

Je vous remercie de l'envoi, en date du 13 mai 1966, de l'exposé préliminaire que vous avez préparé comme rapporteur de la Onzième Commission de l'Institut de Droit international sur la terminaison des traités collectifs. En vous félicitant de ce document clair et complet, je me permets de répondre brièvement à votre questionnaire.

1. En ce qui concerne d'abord l'étendue du sujet, je suis d'accord avec les conclusions présentées dans l'alinéa *b)* du paragraphe 2 de votre exposé, mais contrairement à ce que vous proposez dans l'alinéa *c)* de ce paragraphe, j'estime que la Commission ne devrait pas examiner les traités bilatéraux, étant donné que son mandat concerne seulement les traités collectifs.

2. Oui, mais il y a d'autres circonstances dans lesquelles il est nécessaire de faire une distinction entre les traités bilatéraux et multilatéraux ainsi qu'il ressort, par exemple, du projet de la Commission du droit international de l'O.N.U. sur le droit des traités.

3. Oui, pour simplifier l'examen.

4. Oui, la question de la suspension de l'application d'un traité est importante et n'a pas été étudiée beaucoup jusqu'ici.

5. Oui, sauf en ce qui concerne les problèmes indiqués dans l'alinéa *f)* dont l'examen devrait être remis à plus tard.

6. Non.

7. J'estime qu'il est prématuré de discuter cette question et

qu'il incombe, en premier lieu, au rapporteur lui-même de faire plus tard une proposition à ce sujet.

8. Oui, pour ne pas surcharger la Commission dont la tâche est déjà assez vaste et lourde. De plus, il y a lieu d'attendre d'abord le résultat du travail de la codification officielle du droit des traités.

9. Non.

10. Oui, en tant que membre de la Commission du droit international.

Je vous prie d'agréer, cher Ami et Confrère, l'expression de mes sentiments dévoués et les meilleurs.

Erik Castrén.

12. Réponse de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga

Geneva, 18 July 1966.

Dear friend and colleague,

I reply to the " questionnaire " attached to your " Exposé Préliminaire " on " Terminaison des Traités Collectifs ", as follows:

1. In agreement with the opinion of the Bureau, transcribed in paragraph 2 (*b*) of such " Exposé ".

2. In agreement that in principle it is not necessary to make a distinction between bilateral and multilateral treaties, except in the case of breach and perhaps of *inter se* suspension, provided this is admitted.

3. In agreement with your idea of excluding only these treaties, but not those drawn up within an international organization.

4. Yes, because suspension requires to be analyzed in connection with termination.

5. In agreement with the topics mentioned in your paragraph 7. I would not exclude the question of implied denunciation, nor the legal consequences of termination, as well as any other grounds which might have been left aside in the International Law Commission's draft, except those arising from outbreak of hostilities, State succession or State responsibility.

6. I agree with your conclusion of leaving aside *jus cogens* in this context, but not with your statement that the study of the subject " *ne serait pas opportun* ". On the contrary, it seems to me that a specific study of this topic by the Institute would be " très opportun ", in order to clarify the confusion and exaggeration which has surrounded this notion, both in a positive as well as a negative sense. Such a study might reveal that this concept, common to all legal systems, although comparatively new in the international field, is based on the existence of very few fundamental principles, affecting so seriously the essential interests and the basic moral concepts of the international community as a whole, that it is not sufficient to repress their actual violation consummated by a State. It is necessary to go beyond that, and to sanction also with invalidity even the preparatory act, the conspiracy by which two or more States contemplate and envisage in a treaty the performance in the future of acts in violation of such basic principles. It belongs, however, to the nature of things that such an open and undisguised conspiracy and challenge to basic principles and moral rules will not occur frequently in practice, and, therefore, the

hypothesis of treaties in conflict with a rule of *jus cogens* will be very rare indeed.

7. The Commission, of which you are Rapporteur, should proceed to the study of the subject with total independence, as it is the tradition of the Institute—reaching its own conclusions, which may coincide or not with those of the International Law Commission.

8. Yes.

9. No.

10. Yes.

Yours very truly,

Eduardo Jiménez de Aréchaga.

13. Réponse de M. Paul Reuter

Paris, le 31 mai 1966.

Mon cher Collègue et Ami,

Je vous remercie bien vivement de votre Exposé préliminaire qui est complet, clair et bien pensé. J'approuve vos conclusions générales. D'une manière plus précise, je réponds aux demandes de votre questionnaire.

1. J'approuve vos propositions. L'essentiel est de garder une délimitation souple du mandat de la Commission, de fixer un *ordre de priorité* de manière à étudier très sérieusement quelques questions essentielles en évitant des ambitions auxquelles l'Institut ne pourrait faire face dans des délais utiles.

2. Oui.

3. Oui.

4. Oui.

5. Je suis d'accord avec vos propositions, sous le bénéfice de la précision que j'ai indiquée sous 1. Il me semble que parmi les questions que les « Projets d'Articles » traitent d'une manière un peu rapide, il faut mentionner les questions de droit intertemporel. C'est une matière difficile que l'Institut pourrait traiter avec des perspectives théoriques qui ne trouvent facilement leur place ni à la Commission du droit international, ni encore moins dans une Conférence de plénipotentiaires. En ce qui concerne la question de principe invoquée au paragraphe 7 lettre *f)* de votre Rapport portant sur les rapports entre les règles de fond et les règles de procédure, je suis d'avis de ne pas l'examiner sous son aspect le plus général, car on débouche nécessairement dans des problèmes plus politiques que juridiques; en revanche, il est du plus haut intérêt de soumettre à un examen approfondi certaines dispositions du Projet d'articles, notamment l'article 51 dont l'intérêt est fondamental et la portée exacte apparaît peut-être ambiguë.

6. J'estime comme vous-même qu'il faut écarter des débats de notre Commission, toutes les questions concernant le *jus cogens*, sauf peut-être celles concernant le droit intertemporel. En effet, la Commission du droit international n'a pris aucune position concernant les procédés techniques qui présidaient à l'établissement d'une règle de *jus cogens*; or c'est le problème essentiel. Ce silence volontaire a permis de masquer des désaccords fondamentaux. Un tel procédé est fréquent dans des organismes où prédominent les préoccupations politiques et diplomatiques; il n'est pas de mise dans une institution purement scientifique.

7. Notre Commission doit s'exprimer en toute liberté et sans réserve sur les travaux de la Commission du droit inter-

national; la matière étant immense la Commission doit avant tout retenir les problèmes où elle peut faire œuvre utile, c'est-à-dire ceux qui mettent en jeu des questions de technique juridique. Notre Commission doit se garder à ce stade-ci d'examiner si le Projet d'article doit ou même peut faire l'objet d'un « *Guide* » ou d'une « Convention ». Toutefois, si la réunion d'une Conférence diplomatique était décidée en vue de la conclusion d'une « Convention », la mise en œuvre d'un tel dessein soulèverait des problèmes délicats en ce qui concerne les rapports de la « Convention » envisagée, tant avec la Charte des Nations Unies d'une part, qu'avec les constitutions nationales, d'autre part. Bien que de tels problèmes présentent d'importants aspects politiques, je ne m'oppose pas à ce que notre Commission les aborde.

8 et 9. Sans observations.

Veuillez croire, mon cher Collègue et Ami, à mes sentiments très fidèles et tout dévoués.

Paul Reuter.

Terminaison des traités collectifs

(Onzième Commission)

3. Rapport définitif

présenté par

M. Shabtai Rosenne

(Traduit de l'anglais)

I

1. Au 12 avril 1967, le rapporteur avait reçu des réponses des membres de la Onzième Commission et des Confrères suivants membres de la Commission du droit international auxquels le rapport provisoire et le questionnaire qui y était joint avaient été envoyés: MM. *Briggs*, *Castrén*, Sir Gerald *Fitzmaurice*, MM. *Jenks*, *Morelli*, *Reuter*, Paul *De Visscher* et Quincy *Wright*. MM. *Bartoš*, *Verdross* et *Winiarski* ont fait savoir qu'ils n'étaient pas en mesure, pour des raisons personnelles, de lui communiquer leurs observations. On trouvera à l'annexe I du rapport provisoire (pp. 261-333 ci-dessus) le texte des réponses reçues, qui font partie intégrante du présent rapport, ainsi que le texte de celles qui seront reçues par la suite. Le rapporteur tient à remercier à nouveau tous ses Confrères de leurs observations extrêmement précieuses, sur la base desquelles il a établi le présent rapport définitif.

II

2. A la vingt et unième session de l'Assemblée générale, en 1966, la Sixième Commission a examiné (à ses 902e à 919e

séances) le rapport définitif de la Commission du droit international sur le droit des traités. La discussion a porté surtout sur la recommandation de la Commission tendant à convoquer une conférence diplomatique sur ce sujet. Certains représentants ont également examiné, bien qu'à titre préliminaire, le projet d'articles quant au fond. Le rapport de la Sixième Commission (document A/6516, Assemblée générale, Documents officiels: vingt et unième session, Annexes, point 84 de l'ordre du jour) contient un résumé de ce débat; on trouvera plus particulièrement aux paragraphes 75 à 97 un aperçu de l'examen de la partie V (articles 39 à 68). Le 5 décembre 1966, l'Assemblée générale a adopté la résolution 2166 (XXI) par laquelle elle a décidé qu'une conférence internationale de plénipotentiaires sera convoquée à Genève ou en tout autre lieu approprié pour lequel une invitation aura été adressée au Secrétaire général avant la vingt-deuxième session de l'Assemblée générale pour examiner le droit des traités, la première session de la conférence (d'une durée de neuf semaines environ) devant se réunir en mars 1968 et la deuxième session (d'une durée de cinq semaines environ) au début de 1969. Le rapport de la Commission du droit international servira de proposition de base à cette conférence qui devra consacrer le résultat de ses travaux dans une convention internationale et dans tels autres instruments qu'elle jugera appropriés. S'il a été décidé que les travaux de cette conférence se dérouleront en deux sessions, c'est afin que la première session soit consacrée surtout aux travaux en comité et la deuxième à l'adoption finale des instruments par la conférence plénière. Dans cette résolution, l'Assemblée générale a prié en outre le Secrétaire général de présenter à la conférence toute la documentation pertinente. La question du droit des traités sera également inscrite à l'ordre du jour de la vingt-deuxième session de l'Assemblée générale, qui se tiendra en 1967.

3. La Sixième Commission a également examiné le rappor du Comité spécial des principes du droit international touchan les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, dont il est fait mentior au paragraphe 77 du rapport provisoire, notamment en ce qu concerne l'article 62 du projet d'articles sur le droit des traités. Par sa résolution 2181 (XXI) du 12 décembre 1966, l'Assemblée générale a prié le Comité spécial de 1966 de lui soumettre, lors de sa vingt-deuxième session, un rapport complet sur les principes confiés à son examen et un projet de déclaration sur sept principes donnés, y compris sur le principe du règlement pacifique des différends.

III

4. Le rapporteur ne pense pas qu'il soit indispensable, pour les besoins du présent rapport définitif, d'analyser en détail les diverses observations formulées sur le rapport provisoire et sur le projet d'articles de la Commission du droit international. Les réponses reçues contiennent toute une gamme d'observations, dont beaucoup sortent du cadre de la question plus restreinte de la terminaison des traités collectifs. Une des raisons en est que la Commission du droit international a elle-même présenté ses propositions sous la forme d'un projet de convention unique. Une autre raison en est sans doute que, comme on l'avait prévu tant à la session de Bruxelles de 1963 qu'à celle de Varsovie de 1965, la poursuite des travaux de la Onzième Commission, compte tenu de l'œuvre accomplie par la Commission du droit international sur le droit des traités, soulève nécessairement d'importantes questions concernant le rôle de l'Institut dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international. Toutes les réponses reçues reflètent ces préoccupations.

5. Plusieurs des réponses contiennent, outre une analyse approfondie et une étude critique des propositions de la Commission du droit international, des suggestions concernant les amendements à apporter au texte de ces propositions. Certaines de ces suggestions portent sur le libellé, d'autres sur des questions de fond. De l'avis du rapporteur, il n'appartient pas à l'Institut de se prononcer sur ces suggestions. On ne saurait, par contre, sous-estimer leur importance et il serait peut-être opportun de les porter à l'attention du Secrétaire général des Nations Unies pour qu'il puisse en tenir compte lors de la préparation des documents qu'il a été prié de soumettre à la conférence de plénipotentiaires.

6. Ces réponses ne seront donc pas examinées en détail dans le rapport définitif. Le rapporteur s'efforcera par contre de présenter une synthèse des divers points de vue relatifs à la terminaison des traités exprimés tant à propos de l'exposé préliminaire que du rapport provisoire.

Il semble tout d'abord que sur un certain nombre de points les auteurs des réponses reçues soient généralement — mais non entièrement — d'accord, mais il n'est probablement pas nécessaire d'exprimer ce consensus dans une Résolution de l'Institut. On peut dégager notamment les points suivants (sur la base des réponses aux questions 4 à 7 du rapport provisoire).

7. Les auteurs des réponses reçues ne semblent en général pas réfuter le point de vue selon lequel, pour élaborer sous forme de convention des textes normatifs concernant la terminaison des traités, il n'est pas nécessaire d'établir une distinction de principe entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux, mais là où des différences peuvent exister en ce qui concerne l'application des diverses clauses à tel ou tel type de traité, il faut en tenir compte. Tel a été également l'avis de la

Commission du droit international, comme cela a été expliqué aux paragraphes 20-21 et 63-65 du rapport provisoire. Aucune nouvelle observation n'a été formulée à ce sujet.

8. Les auteurs des réponses n'ont pas sérieusement mis en doute le bien-fondé de l'opinion du rapporteur que, sans entrer dans l'examen de la classification juridique précise des traités qui sont les actes constitutifs d'organisations internationales, la Onzième Commission ne devrait pas, au stade actuel, étudier le cas de ces traités et que sur toutes les questions relatives au retrait d'une organisation internationale et aux incidences juridiques d'un tel retrait elle devrait réserver entièrement sa position.

9. D'autre part, sans examiner toutes les interprétations possibles de l'expression « traités ... qui sont adoptés au sein d'une organisation internationale » employée à l'article 4 du projet d'articles, les auteurs des réponses s'accordent pour déclarer qu'en principe ces traités sont soumis aux règles générales du droit des traités. Dans certaines des réponses, l'accent a été mis sur l'ambiguïté de l'expression en question, dans d'autres, des observations critiques (dont le rapporteur reconnaît le bien-fondé) ont été formulées au sujet de la manière dont ce problème a été posé dans la question 4 du rapport provisoire. Pour ce qui est de l'article 4 lui-même, le rapporteur estime que s'il existe un manque de clarté, il est dû essentiellement au libellé de cet article.

10. Les auteurs des réponses estiment dans l'ensemble que la Onzième Commission ne doit pas examiner, au stade actuel, les questions suivantes: *a)* toutes les questions relatives au concept du *jus cogens*; *b)* toutes les questions concernant l'effet sur les traités de l'ouverture des hostilités; *c)* toutes les questions

ayant trait au droit intertemporel. Toutes les réponses indiquent plus ou moins clairement que l'Institut pourrait créer, le cas échéant, de nouvelles commissions pour examiner ces questions. Le rapporteur se contentera donc de faire état de ce point de vue. De plus, selon les auteurs de certaines des réponses reçues, l'Institut devrait également examiner divers autres aspects à l'égard desquels la Commission du droit international elle-même a réservé sa position (voir le rapport provisoire, paragraphe 16).

11. Dans la question 2 *b)* du rapport provisoire, le rapporteur a demandé l'avis de ses Confrères sur la manière dont la Commission du droit international a envisagé le rapport entre la terminaison et la suspension de l'application d'un traité en tant que choix facultatif ou obligatoire. Plusieurs de ceux qui ont répondu à cette question se sont déclarés satisfaits des propositions formulées par la Commission à ce sujet. Aucune des réponses ne contient de critique générale sérieuse de ces propositions, bien que certaines contiennent des observations critiques concernant tel ou tel point de détail des dispositions de fond de la partie V du rapport de la Commission du droit international. Là encore, le rapporteur est d'avis qu'il n'appartient pas à l'Institut de prendre position à l'égard de ces observations critiques.

12. Sur la question de l'élaboration de clauses modèles pouvant être appliquées aux divers cas de fin d'un traité ou de suspension de son application par consentement des parties, conformément aux propositions formulées par la Commission du droit international, les avis exprimés aux paragraphes 86 et 87 du rapport provisoire sont toujours valables.

13. Bien que n'étant pas unanimes sur ce point, la plupart de ceux qui ont formulé des observations à ce sujet sont en général

d'accord qu'il serait utile de réexaminer à la prochaine session les deux Résolutions élaborées à Salzbourg. Le texte de ces Résolutions figure au paragraphe 50 du rapport provisoire. Il s'agirait en particulier de réexaminer la Résolution relative à l'insertion dans les traités collectifs d'une clause prévoyant le droit de dénonciation; la proposition relative à la clause modèle sur le droit de dénonciation a été accueillie avec peu d'enthousiasme. Il est évident, d'autre part, qu'il serait bon de reviser ces Résolutions, en particulier la première, de manière à les rendre conformes aux propositions formulées par la Commission du droit international. Le rapporteur propose donc que la Onzième Commission prenne une décision définitive à ce sujet à la prochaine session.

IV

14. Dans toutes les réponses reçues, il a été souligné que les questions 1 et 2 *a)* du rapport provisoire touchent au cœur même du problème, puisqu'elles soulèvent la question de savoir si la Commission du droit international a traité de manière exhaustive le problème de la fin des traités y compris, dans ce contexte, celle de la suspension temporaire de leur application. Dans le rapport provisoire, ce problème avait été présenté essentiellement comme un problème de technique juridique. Sur ce point capital, les avis sont nettement partagés et ceux qui ont répondu par la négative ont soulevé certaines questions très pertinentes. Le rapporteur se sent obligé à ce propos d'appeler l'attention sur un aspect frappant de ces réponses. Ceux de ses Confrères qui étaient membres de la Commission du droit international entre 1962 et 1966 ont répondu dans l'ensemble à cette question par l'affirmative. Ce sont les autres qui ont exprimé des doutes et des réserves. Un examen attentif de toutes les réponses reçues amène le rapporteur à conclure que si l'on considère cette

question comme une question purement technique, il n'est guère possible de concilier de manière satisfaisante ces opinions divergentes et que toute tentative de trouver une solution de compromis serait probablement artificielle et vouée à l'échec.

15. Mais plusieurs de ces réponses, l'une directement, les autres implicitement, placent la question dans un cadre plus large en soulignant que l'Institut aurait tort de donner l'impression de rejeter *a priori* tout nouveau motif qui pourrait être suggéré au cours des travaux de la conférence de plénipotentiaires ou de préjuger toute question qui pourrait se poser après la conclusion d'une convention sur le droit des traités en ce qui concerne la validité d'un motif non prévu dans une telle convention qui pourrait être invoqué. Il faut interpréter cette observation compte tenu du caractère général des propositions de la Commission du droit international, dans lesquelles les éléments de fond et les éléments de procédure sont étroitement, voire inextricablement liés. Le rapporteur serait enclin à accepter un tel point de vue qui, à son avis, pourrait fournir une base commune pour un examen plus poussé de la question. Dans ces conditions, il est prêt à admettre que la question de savoir si les articles de fond prévoient effectivement tous les cas, c'est-à-dire, du point de vue technique, s'ils prévoient tous les motifs qui peuvent être invoqués pour mettre fin légalement à un traité (ou en tout cas tous les motifs qui ont leur *sedes materiae* dans le droit des traités), ne revêt peut-être pas une importance aussi prépondérante qu'il l'avait pensé à un stade antérieur. Cette question n'acquerrait une importance primordiale que si le rapport étroit entre les dispositions de fond et les dispositions de procédure était détruit.

16. Pour ces raisons, le rapporteur ne pense pas qu'il soit utile d'essayer de présenter sous la forme d'un projet de Réso-

lution de l'Institut les conclusions que l'on pourrait dégager sur ce point des réponses reçues, puisque l'examen d'un tel projet de Résolution aboutirait vraisemblablement à une impasse. Or, une impasse sur un point aussi important risquerait d'avoir les répercussions les plus néfastes sur l'évolution future de cette branche du droit. Il ne formulera par conséquent aucune proposition en la matière.

17. De ce même point de départ, les auteurs de certaines réponses cherchent à aller au-delà du cadre technique et à s'engager dans le domaine des principes juridiques généraux, en indiquant quel est, à leur avis, le sens dans lequel devrait s'orienter toute évolution future. L'un d'entre eux, par exemple, appelle l'attention sur l'importance que revêtent, notamment en ce qui concerne la terminaison des traités, des dispositions telles que celles qui figurent aux articles 34 et 40 (voir le rapport provisoire, paragraphes 45 et 65), qui prévoient que l'insertion d'une règle ou d'un principe de droit dans un traité ne porte pas atteinte à la validité que cette règle ou ce principe pourrait avoir indépendamment des dispositions de ce traité. A son avis, l'Institut devrait souscrire — ne serait-ce que dans les limites relativement étroites des travaux de la Onzième Commission — à ce principe, aidant ainsi à élargir le cadre intellectuel général de la conférence de plénipotentiaires et à créer le climat psychologique dans lequel la convention sur le droit des traités devra être conclue et sera appliquée par la suite.

18. De l'avis du rapporteur, il s'agit là d'une suggestion constructive, car elle indique la voie à suivre sur un point de « politique juridique » — dans l'acceptation la plus large de ce terme — tel que ceux qui ont retenu par le passé l'attention de l'Institut. Lors de l'examen de cet aspect de la question à la

Commission du droit international, on avait fait valoir qu'il serait superflu d'inclure dans une convention sur le droit des traités une clause de cette nature, dont la validité n'est pas contestée. En réalité, c'est une question de rédaction qui sera sans doute tranchée à la conférence de plénipotentiaires compte tenu de ses incidences politiques. Mais en plaçant la question dans une perspective plus large, l'Institut ne devrait pas hésiter à prendre position en faveur de ce principe général. Le rapporteur propose par conséquent que la Onzième Commission recommande entre autres à l'Institut d'adopter une déclaration dans laquelle il prendrait note avec satisfaction de cet aspect du projet d'articles sur le droit des traités. Qui plus est, un tel acte pourrait s'avérer nécessaire pour corriger toute conclusion erronée qui pourrait être tirée du fait — sur lequel l'attention a déjà été attirée dans le rapport provisoire (paragraphe 20) — que la Commission du droit international s'est préoccupée davantage de l'instrument dans lequel l'obligation est formulée, à savoir le traité, que de l'obligation elle-même.

V

19. La question 3 du rapport provisoire porte sur les garanties de procédure contenues dans les articles 62, 63 et 64, envisagées tant du point de vue de la *lex lata* que de la *lex ferenda*. Sur ce point aussi, les réponses reçues révèlent une grande divergence de vues, notamment en ce qui concerne l'article 62, que de nombreux membres de la Commission du droit international ont eux-mêmes considéré comme étant un « article clé ». Ces divergences de vues ne portent pas seulement sur des questions de technique juridique mais reflètent également, dans une très large mesure, les préférences personnelles des auteurs des réponses, notamment en ce qui concerne la

lex ferenda. Conformément à l'esprit du présent rapport définitif, le rapporteur, qui a longuement exposé son point de vue sur la question aux paragraphes 42, 58 et 77 du rapport provisoire, ne pense pas que l'Institut doive prendre position à l'égard des divers arguments avancés pour et contre le texte de l'article 62 sous sa forme actuelle. Il ne formulera par conséquent aucune proposition générale à ce sujet. D'autre part, il reconnaît que l'Institut ne saurait s'en tenir là, car dans le cadre du projet d'articles il se pose au moins deux questions non techniques sur lesquelles l'Institut voudra peut-être se prononcer et au sujet desquelles il pourrait formuler utilement des observations constructives.

20. La première de ces questions a trait au règlement judiciaire obligatoire. Même ceux qui, dans leur réponse, insistent sur le renforcement des garanties de procédure prévues à l'article 62 ne proposent pas tous le recours à la Cour internationale de Justice à l'exclusion de tout autre moyen prévu à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies pour le règlement pacifique des différends. Ils préconisent avant tout le renforcement de l'idée du recours à l'aide d'une tierce partie pour la solution des différends en cas d'échec des négociations, problème que n'ignorent pas la Commission du droit international et beaucoup de gouvernements. Bien que mention soit faite dans certaines des réponses de l'important rôle qu'a joué l'Institut dans la propagation de l'idée de l'arbitrage international et du règlement judiciaire (voir le rapport provisoire, fin du paragraphe 58), le rapporteur ne pense pas que l'Institut doive se sentir obligé, de ce fait même, d'insister aujourd'hui sur ces deux méthodes comme étant les seules à employer pour résoudre le type de différend envisagé à l'article 62. L'expérience internationale semble indiquer que le choix de la procédure appropriée pour régler les différends est avant tout une question

de préférence politique et dépend aussi bien du fond de la question que des conditions politiques immédiates, tant celles dans lesquelles le traité a été élaboré que celles dans lesquelles il faut résoudre le différend. A titre d'illustration, on peut rappeler ce qui s'est passé en 1924 — quoique dans un contexte quelque peu différent — lorsque l'Autriche a formulé sa réserve bien connue (retirée par la suite) concernant la Convention de l'opium: l'organe technique compétent a été chargé d'étudier, du point de vue technique, les effets pratiques de cette réserve, tandis que l'étude de la question juridique générale de l'effet d'une réserve à l'égard de laquelle des objections avaient été soulevées a été confiée au Comité d'experts pour la codification progressive du droit international (voir Société des Nations, *Journal Officiel*, 1925, p. 1671; 1926, pp. 521-2, 612-3, 1022). De l'avis du rapporteur, au stade actuel des relations internationales, le « droit des traités » est un sujet beaucoup trop général pour que l'on puisse affirmer catégoriquement que telle procédure de règlement des différends est préférable à telle autre en tant que garantie résiduelle.

21. Reconnaissant toutefois que beaucoup de ses collègues ont une opinion bien arrêtée sur la question, le rapporteur s'inclinera devant l'opinion de la majorité.

22. La deuxième question est d'un caractère plus général et, de l'avis de certains, revêtira, à longue échéance, une importance plus grande. Elle a trait aux principes qui sont à la base du projet d'articles et du rapport étroit établi entre ses dispositions de fond et ses dispositions de procédure relatives à la nullité et à la fin des traités. Il s'agit probablement d'une innovation dans le droit général des traités qui découle directement de la Charte des Nations Unies, mais dont l'origine remonte à une époque plus éloignée. La Commission du droit international

a déclaré à ce propos (au paragraphe 6 de son commentaire sur l'article 62): «Elle [la Commission] a... considéré qu'en instituant les dispositions de procédure du présent article comme *partie intégrante* [c'est nous qui soulignons — rapporteur] du droit relatif à la nullité, à la fin et à la suspension de l'application des traités, elle réaliserait un progrès appréciable.» Selon l'auteur de l'une des réponses reçues, cette manière d'agir pose une importante question de principe concernant l'efficacité de l'ensemble du système juridique international et l'on peut voir dans cet aspect du projet d'articles l'apparition d'un nouveau principe de droit dont l'Institut devrait se féliciter et auquel il devrait souscrire. Il convient de rappeler à ce propos une autre observation formulée par la Commission du droit international (au paragraphe 4 de son commentaire sur l'article 62): «Dans leurs observations [sur l'article 51 précédent], les gouvernements ont paru unanimes à approuver le but visé par l'article, qui est d'entourer les divers motifs de nullité, d'extinction et de suspension des garanties de procédure nécessaires afin qu'on ne puisse y recourir arbitrairement pour s'affranchir d'obligations conventionnelles gênantes.»

23. Le rapporteur n'a trouvé dans les réponses reçues rien qui contredise cette opinion et il accepte par conséquent le point de vue selon lequel, sans entrer dans les détails, l'Institut devrait prendre acte sous une forme appropriée de ce postulat qui est à la base de l'ensemble des articles sur la nullité, la fin et la suspension de l'application des traités et y souscrire.

VI

24. Le rapport provisoire contenait également une question générale concernant l'opportunité de présenter un rapport

complémentaire à l'Institut en 1967. Toutes les réponses reçues soulignent, chacune à sa façon, qu'il se pose à cet égard deux séries distinctes de problèmes. La première concerne le programme général de travail de l'Institut, compte tenu des progrès réalisés, notamment au cours de la dernière décennie, sur le plan officiel dans la codification et le développement progressif du droit. Il s'agit plus particulièrement des questions dont l'examen a été entrepris, voire achevé, par la Commission du droit international; mais il convient de souligner dès maintenant que ce problème se posera avec encore plus d'acuité après la création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international que l'Assemblée générale a décidé de constituer par sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966. Etant donné que cet aspect des réponses soulève des questions de caractère général intéressant l'Institut, il n'appartient pas à la Onzième Commission de se prononcer en la matière. Le rapporteur pense toutefois agir selon les vœux des membres de la Onzième Commission en relevant cet aspect des réponses et en le portant à l'attention de l'Institut, pour qu'il puisse prendre toutes les mesures qu'il jugera appropriées.

25. En même temps, il faudra tenir compte de l'existence de ce problème général en prenant une décision au sujet de la question que la Onzième Commission a été chargée d'étudier. En effet, dans le rapport provisoire la question a été posée de savoir si, maintenant que la Commission du droit international a achevé ses travaux sur le droit des traités, la Onzième Commission devait soumettre de nouvelles recommandations à l'Institut. Sur ce point, les auteurs des réponses s'accordent pour déclarer que, dans ces conditions, il n'y avait rien qui soit de nature à inciter l'Institut à se dessaisir de la question. Ils sont même allés plus loin et ont fait valoir que l'Institut aurait tort de ne pas achever ses travaux de la manière habituelle. Il est par contre

difficile, à première vue, de trouver dans les réponses reçues les éléments d'une opinion tant soit peu générale sur la base desquels on puisse élaborer un projet de Résolution appropriée à l'intention de l'Institut.

26. Les raisons en sont complexes et certaines ont été mentionnées dans le rapport provisoire lui-même (paragraphes 2 à 5). Les auteurs des réponses indiquent d'autres raisons, telles que les ressources matérielles de l'Institut, qui sont relativement pauvres comparées à celles dont dispose la Commission du droit international (qui peut faire appel aux services professionnels et techniques du Secrétariat des Nations Unies), le manque de temps (surtout compte tenu du peu de temps qui reste avant la réunion de la conférence de plénipotentiaires) et le fait que les documents de la Commission du droit international relatifs à sa session de 1966 n'ont été publiés qu'au mois de mai 1967.

27. Les auteurs des réponses soulignent en même temps combien il importe que l'Institut reste fidèle à sa tradition d'impartialité scientifique et poursuive ses efforts en vue d'encourager les tendances souhaitables dans l'évolution du droit.

28. Le rapporteur estime que l'Institut n'a pas à entrer dans les détails concernant le sujet à l'étude, non seulement parce que, dans la mesure où elles traitent de questions de détail, les réponses reçues révèlent des divergences de vues fondamentales (mais non plus fondamentales que celles qui sont apparues au sein de la Commission du droit international au stade initial de ses travaux), mais aussi parce que c'est justement sur des points de détail que la Commission du droit international a dépassé l'Institut. A cet égard, la situation ne ressemble guère à celle

qui existait en 1956, les travaux de l'Institut sur l'interprétation des traités étaient alors beaucoup plus avancés que ceux de la Commission du droit international et ont même servi de point de départ à ces derniers. D'autre part, un examen plus attentif des réponses permet d'en dégager certains éléments communs. Ces éléments, s'il est possible de les réunir tous, sembleraient suffisamment importants pour pouvoir servir de base à une Résolution utile par laquelle l'Institut, en faisant siens certains des concepts fondamentaux sur lesquels se sont fondés les travaux de la Commission du droit international (sans pour autant s'engager sur aucun des points de détail de ces travaux), puisse, en reprenant les termes de l'une des réponses reçues, « valoriser le travail de la Commission du droit international, sans pourtant reprendre à son compte chacune des solutions qu'expriment les divers articles du projet de convention ». Parmi ces éléments, on peut citer: une reconnaissance de l'importance générale de l'œuvre accomplie par la Commission du droit international, un désir général de voir aboutir la conférence de plénipotentiaires et, en ce qui concerne plus particulièrement la terminaison des traités, les deux points mentionnés aux paragraphes 17 à 19 et 22 à 23 ci-dessus, à savoir l'apparition d'un principe selon lequel il ne faut pas qu'une partie puisse, unilatéralement, mettre fin de manière arbitraire à un traité et l'existence du principe selon lequel le fait que des règles de droit, qui existent indépendamment de tout traité, sont incorporées à un traité et sont soumises sous cette forme à toutes les vicissitudes des traités internationaux, y compris celles envisagées expressément dans le projet d'articles, ne porte nullement atteinte à la validité de ces règles en tant que telles. Etant donné que ces éléments touchent à des principes généraux de politique juridique dont l'Institut s'est occupé à juste titre, il conviendrait de les relever et de les incorporer à une Résolution appropriée.

VII

29. Le rapporteur qui, à plusieurs reprises par le passé, a appelé l'attention sur le caractère délicat de la tâche qui incombe à l'Institut, estime qu'il serait plus prudent de se garder de toute tentative prématurée de présenter ces idées sous forme de projet de Résolution avant que ses collègues n'aient eu la possibilité de procéder à un nouvel échange de vues sur ce sujet. Etant donné la nature exceptionnelle des conditions existantes, il serait plus sage, à son avis, de faire distribuer le présent rapport définitif tel quel, sans lui adjoindre un projet de Résolution, dans l'espoir que sur la base des idées qu'il contient, la Onzième Commission sera en mesure de soumettre à l'Institut, lors de la prochaine session, un projet de Résolution qu'elle aura approuvé à l'unanimité.

New York, 12 avril 1967.

Projet provisoire de Résolution [1]

I

L'Institut de Droit international,

Notant que l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa Résolution 2166 (XXI), adoptée le 5 décembre 1966, a décidé de convoquer en 1968 une conférence internationale de plénipotentiaires pour examiner le droit des traités et pour consacrer le résultat de ses travaux dans une convention internationale et dans tels autres instruments qu'elle jugera appropriés en se servant, comme proposition de base, du projet d'articles présenté par la Commission du droit international;

Exprime l'espoir que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités réussira dans ses efforts en vue de codifier le droit des traités.

II

Prenant note des nombreuses observations, critiques et suggestions faites au cours des travaux de l'Institut au sujet du projet d'articles, mais sans adopter lui-même une position quelconque sur ces observations, critiques et suggestions;

Prie le Secrétaire général de l'Institut de transmettre au Secrétaire général des Nations Unies le dossier des délibérations de l'Institut sur la question de la terminaison des traités collectifs, pour l'utiliser en vue de la préparation de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

---

[1] Il a paru utile de faire figurer ici ce projet de Résolution établi par la Onzième Commission au cours de sa réunion du 6 septembre 1967, soit la veille de la session de Nice.

III

Notant que le projet d'articles, en énonçant les différents motifs de terminaison ou de suspension de l'application d'un traité requiert, en cas de désaccord des parties sur la question de savoir si le traité est en vigueur ou si une partie a le droit d'y mettre fin, l'observation d'une procédure déterminée avant que l'on puisse mettre fin au traité, le dénoncer, s'en retirer ou en suspendre l'application d'une manière conforme au droit, et que cette procédure se réfère aux différents moyens indiqués dans la Charte des Nations Unies pour le règlement pacifique des différends;

Considérant que l'inclusion de ce principe dans la codification du droit des traités renforce le droit international et son rôle de maintien de la stabilité internationale;

Exprime l'espoir sincère que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités conservera ces principes et les incorporera sous une forme appropriée dans ses conclusions finales.

IV

Notant que le projet d'articles préparé par la Commission du droit international stipule qu'« aucune de ses dispositions ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle coutumière internationale » et que « la nullité d'un traité, son extinction, sa dénonciation, le retrait d'une des parties, la suspension de l'application du traité, lorsqu'ils découlent de la mise en œuvre des présents articles ou des termes du traité, n'affectent en aucune manière le devoir d'un Etat de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu d'une autre règle du droit international »;

Approuve ces principes et exprime l'espoir que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités les incorporera sous une forme appropriée dans ses conclusions finales.

V

Notant que la Commission du droit international, à l'article 53 de son projet d'articles, a proposé qu'« un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas que l'on puisse le dénoncer ou s'en retirer n'est pas susceptible de dénonciation ou de retrait, à moins qu'il ne soit établi qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait »;

Recommande afin d'éviter les incertitudes et les contestations, que lorsque les Etats parties à un traité entendent que ce traité puisse faire l'objet d'une dénonciation unilatérale, soit insérée dans le traité ou soit énoncée dans toute autre forme appropriée une règle prévoyant le droit de dénonciation et fixant les conditions de son exercice.

II. Les conditions juridiques des investissements de capitaux dans les pays en voie de développement et des accords y relatifs

(Neuvième Commission)

Rapport et projet de Résolution
présentés par
M. *Ben Atkinson Wortley*

(Traduit de l'anglais)

1. *Les problèmes essentiels*

« Relations économiques », tel est le titre général des travaux de notre Commission * ; cependant, ce n'est pas l'économie en tant que telle qui nous importe, mais les conditions juridiques des investissements de capitaux. Néanmoins, un coup d'œil à l'environnement social, psychologique et économique de ces conditions juridiques n'est pas ici déplacé, comme le montre l'exposé préliminaire (pp. 44-48 ci-dessous).

Depuis que cet exposé préliminaire fut écrit, en 1962, des appels énergiques en faveur d'une aide accrue aux pays en voie de développement ont été faits [1]. Récemment, le directeur général de la F.A.O. nous a avertis du danger d'une famine

---

* La Neuvième Commission est ainsi composée : M. B. A. Wortley, *rapporteur*, MM. Colombos, Erim, Fawcett, Feliciano, Giraud (décédé), van Hecke, Jennings, Reuter, Rosenne, Sereni, Singh et Yasseen.

[1] Voir *Wortley :* « Jurisprudence », Manchester University Press, 1967, p. 195 ; voir aussi le président de la Banque mondiale, « The Times », 16 septembre 1965 ; le professeur *H. G. Johnson* de l'Université de Chicago dans « The Times » du 8 décembre 1965 ; la « Barclays Bank Review », janvier 1966.

mondiale dans les prochaines vingt-quatre ou vingt-huit années, à moins d'un accroissement de la production dans les pays en voie de développement [2].

2. *Le rôle du juriste de droit international*

Clarifier la situation présente et mettre sur pied de bons projets de traités et d'accords qui facilitent les investissements dans les pays en voie de développement, c'est travailler en faveur de cette véritable paix, dont les racines sont dans la confiance et dans la tranquillité que donne un ordre juridique établi.

En 1963, la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye a édicté ses « Règles d'arbitrage et de conciliation pour le règlement des différends internationaux entre deux parties, dont une seulement est un Etat » [3], règles qui semblent découler logiquement de l'arbitrage entre la Chine et la *Radio Corporation of America* [4].

L'excellente convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, dont l'auteur est la Banque mondiale, et qui fut soumise aux Etats le 18 mars 1965, est maintenant en vigueur. Depuis longtemps déjà, on pouvait recourir, pour le règlement de différends relatifs aux investissements, aux mécanismes prévus par la Chambre de commerce internationale [5], par la Conven-

[2] *The Times*, 19 octobre 1966.

[3] *A.J.I.L.*, vol. 57 (1963), p. 500 et s.

[4] *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 3, p. 1623.

[5] *A.J.I.L.*, vol. 59 (1965), p. 582.

tion européenne des droits de l'homme de 1950[6], et par d'autres textes et organismes internationaux de grande réputation.

Des juristes de droit international, compétents et dignes de confiance, sont disponibles dans le monde entier, si bien qu'aucun investisseur ni Etat ne peut être privé du meilleur avis de droit avant d'investir.

3. *Procédure adoptée par la Neuvième Commission*

Lors de la réunion de la Neuvième Commission à Bruxelles, le 9 septembre 1963, il fut décidé que : 1) les travaux de la Commission ne devraient pas empiéter sur ceux des autres commissions comme celle du professeur de La Pradelle sur « Les effets internationaux des nationalisations », ou celle du professeur Briggs sur « La protection diplomatique des individus en droit international » ; 2) la Commission devrait concentrer ses efforts sur les problèmes que soulèvent les projets d'accords relatifs aux investissements. En faisant des recommandations aux auteurs de projets, l'Institut ferait du travail pratique qui tendrait à éviter que naissent des différends. Mais il peut être amené également à faire des déclarations de principe.

Votre rapporteur est profondément reconnaissant aux savants membres de la Neuvième Commission, et il souhaite les remercier pour avoir répondu avec patience et obligeance au questionnaire préliminaire quelque peu long (37 questions) et pour avoir jeté beaucoup de lumière sur nos problèmes. Les dernières réponses furent reçues en 1966.

---

[6] La Commission et la Cour de Strasbourg peuvent, d'après le protocole du 20 mars 1952, s'occuper de certaines affaires d'atteinte à la propriété.

4. *Qu'est-ce qu'un pays en voie de développement ?*

Quand un pays, de pays « sous-développé » [7] devient un pays « en voie de développement », il passe par ce que le professeur Yasseen appelle « la période du décollage ».

Bien que la frontière soit difficile à tracer, il existe en pratique une différence, acceptée par les économistes et implicitement par de nombreux juristes, entre, d'une part, une économie sous-développée ou en voie de développement et, d'autre part, une économie développée « dans laquelle la

---

[7] On fut généralement d'accord d'accepter la définition que donne d'un pays sous-développé l'économiste de Manchester, *Mars*, dans « The United Nations, the First Ten Years », Manchester University Press, 1957, p. 160, définition qui est la suivante :

« Que voulons-nous dire par pays sous-développé ? Après une première approximation, simplement ceci : étant donné, par tête d'habitant, la somme de la terre productive, de l'énergie potentielle et des ressources naturelles, il existe, relativement parlant, un manque énorme des autres facteurs de production tels que biens de production manufacturés, esprit d'entreprise, techniciens qui aient une connaissance particulière des conditions locales, et importations nécessaires à l'accroissement du revenu national et du revenu par tête.

« Cette définition a besoin d'être développée. Une frontière doit être tracée entre pays développés et sous-développés. C'est l'objet de la seconde approximation du concept de sous-développement : étant donné la connaissance de toutes les techniques de progrès dans le monde, et étant donné les trois possibilités suivantes : 1. Emigration d'entrepreneurs, de techniciens et d'ouvriers qualifiés ; 2. Liberté de l'aide extérieure quant aux fournitures de biens et utilisation judicieuse de ceux-ci ; octroi de prêts remboursables au moyen d'exportations futures ; 3. Capacité naturelle d'innover pour assurer la croissance économique ; étant donné tout cela, un pays est sous-développé si la combinaison des facteurs dans chaque industrie et leur utilisation diffèrent profondément de ce qui est possible. Selon cette seconde approximation, la Grande-Bretagne, bien qu'en retard sur les Etats-Unis quant au revenu par tête, n'est pas un pays sous-développé, car il n'y a pas, relativement, insuffisance de facteurs ni très mauvaise

consommation peut s'accroître car les ressources n'ont plus besoin d'être autant employées aux investissements » [8].

5. *La nature de l'investissement*

On est en général d'accord qu'un investissement consiste en une fourniture de biens, ou éventuellement de services, en vue d'un gain — matériel ou politique [9]. L'investissement peut

---

utilisation de ceux-là ; une meilleure utilisation de ces facteurs devrait accélérer la croissance d'une façon appréciable. Il y a, certainement, des insuffisances partielles et un mauvais fonctionnement de quelques industries, mais c'est un phénomène normal d'une économie en progrès. En revanche, le Canada est sous-développé en tant qu'il pourrait se procurer plus de capitaux et de main-d'œuvre, s'il le voulait, ce qui accélérerait sa croissance.

« En bref, un pays est sous-développé par rapport au développement réel et possible, maintenant ou dans un futur immédiat, et non par rapport à un développement idéal. Cela ne sert à rien de qualifier de pays sous-développés ceux qui viennent derrière les pays économiquement avancés comme, par exemple, les Etats-Unis. »

Le professeur *Erim*, cependant, aurait voulu classer parmi les caractéristiques du sous-développement l'analphabétisme, et M. *Rosenne* l'absence d'un bon système de droit et d'administration. M. *Fawcett* et le professeur *Yasseen* ont fait remarquer que l'énorme revenu que procurent une ou deux ressources naturelles peut aboutir à un haut niveau de revenu *per capita*, même si une nombreuse population souffre de privations économiques, si bien qu'un pays peut, exceptionnellement, avec un haut niveau de revenu *per capita*, être sous-développé et avoir besoin d'une diversification de son économie. M. *Singh* a suggéré que, pour différencier pays sous-développés et pays développés, on se réfère au revenu *réel*.

[8] *A. P. Lerner* dans l'« Encyclopaedia Britannica », 1955.

[9] Le professeur *van Hecke* fait remarquer que le contrat de construction d'une usine à crédit devrait être inclus. Le professeur *Reuter* voudrait établir une distinction entre les investissements créateurs et les investissements refuges ; mais n'est-ce pas là matière de politique pour les Etats intéressés d'empêcher la fuite de capitaux ?

se composer de biens immatériels. Ne pouvons-nous pas, par-dessus tout, considérer la réalisation d'une « paix juste et durable » comme un investissement ?

Le professeur *Yasseen* voudrait restreindre la définition de l'investissement au transfert d'argent ou de biens, et en exclure les contrats prévoyant l'envoi de techniciens ; mais y a-t-il une raison quelconque d'exclure les accords de fourniture de « savoir-faire », comme par exemple les accords qui prévoient la cession de brevets ou de droits d'auteur [10] ou le service de personnes qualifiées ? Le « savoir-faire » permet parfois une grande économie de ressources, et il est une aide précieuse au développement. Les problèmes que soulèvent les accords prévoyant des services sont certainement des problèmes particuliers, et il faudra en tenir compte.

Le propriétaire du bien ou du « savoir-faire » a évidemment la possibilité de s'en défaire inconditionnellement. Cependant, lorsque des « dons » sont échangés, ils peuvent en réalité être des investissements ; ils le sont, en tout cas, lorsque, comme M. *Fawcett* le fait observer, il y a des questions de dates de livraison, de quantités, etc., à régler et, lorsque, comme le remarque M. Fawcett, les conditions que l'on impose quant à l'utilisation de ces « dons » font entrer ces « dons » dans le cadre de notre étude.

Le professeur *Jennings* fait remarquer qu'un investissement peut être fait dans l'expectative d'une perte. Cela est vrai ; mais même les entreprises commerciales ont des *loss-leaders* — articles de grande consommation vendus à perte — ; elles « donnent un œuf pour avoir un bœuf », et le don ou la perte intentionnelle peut faire partie d'un plan bien compris destiné à procurer quelque bénéfice ou profit au donateur, même si

[10] Voir les *Proceedings of the American Society of International Law*, 1966, p. 41.

ce bénéfice ou profit n'a pas clairement la forme d'un gain monétaire.

6. *Quatre considérations concernant la rédaction*

On a été généralement d'accord que :

1. Il était désirable que chaque accord relatif aux investissements fût écrit, dans une seule langue, suffisamment élaborée et claire pour rendre les expressions techniques compréhensibles aux conseils et aux parties. (Les professeurs *van Hecke* et *Erim* ont attiré l'attention sur les avantages d'un contrat rédigé dans la langue du for compétent) ;

2. Cette langue unique devrait de préférence constituer seule le texte qui fait foi. Lorsqu'il existe cependant deux textes également faisant foi, ils devraient correspondre l'un à l'autre ;

3. Toute traduction ne devrait être que secondaire par rapport au texte faisant foi (M. *Rosenne* s'est interrogé sur la possibilité pratique de faire la liste de tous les travaux préparatoires utilisables pour l'interprétation du texte ; alors que le professeur *van Hecke* et d'autres n'y voient pas d'objection) ;

4. La durée de tout contrat relatif aux investissements devrait être clairement exprimée, de même que tous les détails concernant l'intérêt ou la rémunération.

7. *Le choix du droit applicable aux investissements*

Une référence expresse au ou aux systèmes de droit applicables semble désirable. Il y a au moins cinq possibilités :

1. *Le droit international public.*

Il semble qu'une grande partie de la Commission soit de l'opinion que le droit international public [11] pourrait régir un accord d'investissement lorsque, soit un Etat, soit une organisation de droit international public est impliqué.

M. *Rosenne* observe :

« Je ne vois pas bien le sens que l'on donne à l'expression « Etat » ou à celle « d'entité juridique internationale », mais assumant que la première ne concerne que les Etats en tant que tels et non pas les entreprises d'Etat et assumant que la dernière signifie organisation internationale publique au sens de l'article 34 du Statut de la Cour internationale, dans ce cas mes réponses à votre question sont en principe les suivantes : le droit international public *en tant que tel* peut seulement s'appliquer si l'accord est conclu entre deux ou plusieurs Etats ou autres sujets de droit international. Si cette condition n'est pas remplie, le droit international ne peut s'appliquer qu'en raison d'une disposition du contrat le prévoyant ou en raison d'autres indications contenues dans le contrat (sentence arbitrale du 15 mars 1963, *Sapphire International Petroleum, Ltd. v. National Iranian Oil Company*. Par droit international public, j'entends les éléments mentionnés dans l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour, y compris l'article 38 (1) (c) » [les principes généraux de droit...].

Est-ce que le droit international public peut s'appliquer lorsque aucune entité de droit international — au sens strict — n'est partie, par exemple dans les cas où une société contrôlée par l'Etat et un individu sont en cause ? Si cela est le cas, le contrat ne devrait-il pas se référer expressément au droit international public dans la mesure où il est pertinent ?

M. *Fawcett* ne voit pas pourquoi les fonctionnaires internationaux (y compris les experts des organisations internationales) ne seraient pas liés par les termes de leur contrat,

---

[11] Voir la Convention pour le règlement relatif aux investissements... article 42 (1).

celui-ci étant interprété selon son propre droit. En vérité, on est de plus en plus d'avis qu'en l'absence d'une soumission *expresse* à un autre système, les *employés des organisations internationales* sont, à première vue, présumés être liés par le droit interne de ces organisations, plutôt que par le propre droit du contrat tel qu'il pourrait être déterminé d'après les règles du droit international privé [12].

Il peut y avoir un avantage, du point de vue de l'Etat destinataire de l'investissement, à ce que l'expert soit un employé faisant partie d'une équipe fournie par un employeur, celui-là étant une organisation nationale ou internationale ; dans une grande organisation, un expert peut être remplacé par un expert du même ordre, sans qu'il faille négocier un contrat nouveau. On a vu dans l'affaire des Réparations [13] qu'un dommage international peut donner lieu à une réclamation contre l'Etat dans lequel travaille un fonctionnaire international.

M. *Rosenne* nous rappelle également que ce n'est pas tout le « personnel d'assistance technique » qui sera soumis au droit d'une organisation internationale au sens dont s'est servi le B.I.T. dans l'affaire *Waghorn*. Certains ne seront pas des employés à plein temps (« full time »), d'autres auront des contrats avec des gouvernements [14].

Le professeur *Reuter*, pensant aux prêts de la B.I.R.D., observe qu'une organisation internationale crée son propre système de droit, auquel, dans une certaine mesure, les accords relatifs aux investissements pourraient être soumis ; mais un

---

[12] *Jenks, op. cit.*, p. 44, citant le *Waghorn case*, I.L.O. Official Bulletin, vol. XL, n° 8 (1957), p. 412 à 416.

[13] *I.C.J.* Reports, 1949, p. 174.

[14] Se référant au rapport de M. *Bartoš* sur les missions spéciales, Document des Nations Unies, A/CN.4/166, par. 118.

tel système ne doit-il pas fonctionner dans le contexte général du droit international public ?

Le professeur Reuter fait les autres remarques suivantes :

« Si l'on considère que l'internationalisation du contrat n'est pas acceptable entre parties privées, on peut doubler le contrat privé d'un accord international qui par subrogation des parties permette de résoudre le problème en le transportant sur le plan du droit international. Ce qu'il conviendrait d'étudier ce sont des modèles types qui permettent de mettre en œuvre ces diverses solutions ; ensuite on pourrait seulement étudier utilement les garanties juridictionnelles dont on peut les assortir. »

Il est certain que les affaires des Emprunts serbes et brésiliens [15] montrent que les réclamations des investisseurs privés, qu'ils soient des individus ou des sociétés, peuvent être prises en charge par leur Etat ; et il peut être utile que les concessions à des investisseurs étrangers ou des contrats avec eux s'accompagnent d'un traité entre l'Etat duquel l'investisseur est un national et l'Etat destinataire.

L'article 25 (2) de la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements peut se révéler comme un modèle précieux pour ce genre de traités. Il évite les objections fondées sur le manque de statut national d'une partie qui n'est pas un Etat :

« ... « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

» *a)* toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3) ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

[15] P.C.I.J. Series A, nos 29 et 21 (1929).

» *b)* toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers... »

L'affaire Nottebohm [16] a révélé l'insuffisance des règles qui régissent le droit à la protection diplomatique.

Il existe des cas où des actionnaires ont réclamé la protection diplomatique de leur Etat, lorsque la société dans laquelle ils avaient investi ne pouvait ou ne voulait pas la réclamer pour eux, contre le pays hôte [17]. Les actionnaires lésés ne devraient-ils pas pouvoir demander la protection diplomatique sur la base de leur nationalité ? En cette matière controversée, on attend la décision finale de la C.I.J. sur le fond, dans l'affaire de la Barcelona Traction.

La reconnaissance d'un Etat ou d'une organisation internationale en tant que personne juridique présente peu de difficultés [18] ; il peut être utile, cependant, de préciser, dans le contrat lui-même et au moment du contrat, la nationalité des parties, que ce soient des personnes physiques ou des personnes morales. Si aucun changement ne s'est produit dans la nationalité au moment de la réclamation, l'Etat contre lequel

---

[16] *I.C.J.* Reports, 1955, p. 4. Voir aussi *Wortley :* « Note on Nottebohm », *La vie internationale et le droit, Tokyo,* 1961, p. 217. Voir aussi la Résolution de cet Institut du 10 septembre 1965, surtout l'article 4, *Annuaire,* vol. 51 (1965), II, p. 260. Voir également *Vallat,* « International Law and the Practitioner », Manchester University Press, 1966, p. 25.

[17] *Wortley,* « The Mexican Oil Dispute », *Transactions of the Grotius Society,* vol. 43, 1959 ; *Vallat,* « International Law... », p. 25.

[18] *Vallat,* « International Law... », p. 51.

la réclamation est faite pourra alors se voir opposer l'acceptation de cette nationalité. Des représentations diplomatiques à son encontre sont alors possibles, si l'Etat du demandeur est prêt à les entreprendre.

La question d'une protection éventuelle des intérêts des actionnaires d'une société qui a un contrat d'investissement peut être prévue, de telle façon que si la protection diplomatique fait défaut à leur société, les actionnaires puissent recevoir protection d'un Etat ou d'Etats acceptés à cette fin par l'Etat dans lequel est fait l'investissement.

2. *La « lex situs » de l'investissement.*

Peu de pays (voire aucun) sont maintenant sans un système juridique qui soit adapté au monde actuel de la finance et du commerce. Le *Code de commerce de l'Empire d'Ethiopie de 1960,* du professeur *R. David* [19], est un exemple de ce qui peut être fait pour moderniser un système juridique. L'affaire de l'Aramco [20] a montré que des situations difficiles peuvent se présenter quand un pays manque d'un système juridique suffisamment élaboré pour servir de base à des accords de concession d'un caractère complexe. Il fut dit par les arbitres dans cette affaire, à la page 165, qu'« aucun contrat ne peut exister *in vacuo,* c'est-à-dire sans être basé sur un système juridique. La conclusion d'un contrat n'est pas laissée à la libre discrétion des parties ». Un remède pratique serait, pour les parties, de se soumettre à un quelconque système juridique étranger ou, en matière de formation du contrat, d'adopter les règles posées par la Convention de La Haye sur la formation des contrats de vente du 1er juillet 1964.

---

[19] Paris, 1965.

[20] *International Law Reports,* vol. 27, p. 117.

Il est clair, comme l'ont dit feu le professeur *Giraud* et les professeurs *Erim* et *Yasseen*, que si un Etat contractant ne possède pas de système juridique élaboré, un contrat fait sur cette base aura besoin d'être très détaillé.

La Commission semble être d'accord : 1) que l'investissement ne doit pas être, au moment où il est fait, interdit par la *lex situs* ; 2) qu'aucune compensation ne peut être réclamée par l'investisseur s'il sait que l'entreprise est dès ses débuts contraire à la *lex situs* ; 3) que toute règle au sujet de l'examen de la licéité *(screening)* de l'investissement, nécessaire selon la loi locale, doit être exercée sans délai et de bonne foi et que si un Etat accepte sans équivoque un investissement que son droit pourrait lui permettre d'interdire, cet Etat doit par la suite se voir opposer son acceptation.

Les professeurs *Jennings* et *van Hecke* et M. *Rosenne* ajoutent qu'une erreur purement formelle, faite de bonne foi par un investisseur, ne devrait pas entraîner la défaillance de la protection. Cela est spécialement le cas si l'Etat a, au cours des négociations, obtenu d'importants brevets ou « savoir-faire » de l'investisseur futur.

Du point de vue de l'investisseur, il serait désirable de prévoir, dans un accord d'investissement avec un pays en voie de développement, qu'aucune disposition législative ou constitutionnelle de ce pays, destinée à protéger les investisseurs à la date de l'investissement, ne soit modifiée au détriment de l'investisseur, et de prévoir qu'un investissement, une fois approuvé par l'Etat en question, ne doit pas être déclaré *ultra vires*, en tout cas sans compensation.

Que cela soit ou non réalisable dépendra de la constitution du pays. Si un tel accord n'est pas observé, au détriment de l'investisseur, et si la loi ou la constitution sont modifiées de telle façon qu'il n'y ait pas de recours internes à épuiser, une

réclamation par la voie diplomatique [21] peut être faite immédiatement pour le compte de l'investisseur auprès du pays qui n'a pas rempli ses obligations.

Même en l'absence d'un accord particulier avec un investisseur, si un pays en voie de développement inclut dans sa constitution une disposition destinée à protéger les investissements, toute modification de cette disposition ne doit-elle pas être considérée comme violant un accord d'investissement conclu implicitement sur la base de cette constitution ? Une référence explicite à la constitution ou à une législation protectrice serait meilleure qu'une référence implicite.

Un changement de gouvernement n'affecte pas par lui-même les droits des parties dans la mesure où elles ont créé des droits que le droit international protège.

3. *Option de change.*

Les emprunts sont souvent régis par le droit du marché financier où ils sont contractés, mais plus d'un système juridique peut, pour de bonnes raisons, s'appliquer au même contrat d'investissement, par exemple une option de change, ou un droit d'acquitter selon un système juridique d'un pays, au choix du créancier.

Une option de change peut créer des complications, comme le dit M. *Colombos*, mais c'est un moyen habituel pour un créancier de se protéger. Le professeur *van Hecke* et MM. *Rosenne* et *Singh* aimeraient, dans l'intérêt de la simplicité, ne garder qu'une seule *lex contractus* et ne voudraient pas rattacher les problèmes financiers à un système différent. Cependant, comme il n'existe pas de monnaie internationale, on peut être soumis, quand on accepte une monnaie nationale, au droit qu'a créé cette monnaie quant à la définition de ce qu'est le cours légal.

[21] Voir la Résolution de cet Institut du 10 septembre 1965, *Annuaire*, vol. 51 (1965), II, p. 260.

Les contrats d'investissement devraient toujours spécifier très clairement la monnaie ou les monnaies de compte qui seront employées.

L'unité de compte U.E.P. en dollars peut, bien entendu, être une base de calcul et un étalon, de même le sterling.

Les affaires des Emprunts serbes et brésiliens (voir *supra* p. 10) montrent que la présomption selon laquelle un Etat qui emprunte à une entité non étatique se soumet à son propre droit n'est pas irréfragable [22].

4. *Le droit d'un Etat tiers.*

Si un pays n'a pas un système juridique complet et moderne il ferait bien de permettre que s'applique à l'investissement un système ou des systèmes juridiques étrangers, d'un caractère élaboré. Cependant la plupart des juristes de droit international privé sont d'avis que le droit d'un Etat tiers, quelle que soit la raison pour laquelle il ait été choisi par les parties, devrait avoir vraiment quelque rapport avec la matière du contrat *ne serait-ce que la soumission à l'arbitrage dans cet Etat* [23] Choisir le système juridique d'un Etat implique qu'on se soumette au type de droit, public ou privé, que ce droit applique normalement à certains investissements, c'est-à-dire que le droit choisi décidera si un investissement tombe dans le secteur public ou privé et quels tribunaux, administratifs ou civils connaîtront des litiges le concernant.

L'acceptation d'un système juridique peut, cependant, conduire à des ambiguïtés. Doit-il être, comme le demande le

---

[22] *A. Gros,* « Observations sur les méthodes de protection des intérêts privés à l'étranger », Mélanges Henri Rolin, Paris, 1964, pp. 1-7

[23] Voir *Cheshire,* « Private International Law », 7th ed., 1965. Affair *United Railways of Havana* [1961] A.C. 1007.

professeur *Reuter*, fixé à une époque donnée [24] ? S'il le doit, on peut atteindre ce résultat en incorporant dans le contrat [25] des dispositions bien définies du système juridique choisi. Si, cependant, on se réfère simplement au droit d'un Etat particulier, on peut très bien interpréter cette référence comme étant « au droit vivant et changeant de cet Etat ». Cependant, même l'acceptation d'un système juridique qui peut évoluer peut très bien rester soumise aux exigences des principes du droit international public et à l'ordre public tel que l'entendent les tribunaux chargés de se prononcer sur le contrat ou de le faire appliquer ou de le reconnaître.

5. *Les principes généraux de droit.*

L'affaire de l'Aramco, que nous avons déjà mentionnée, a montré qu'il était utile de se référer dans une concession aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Bien que le professeur *Jennings* ait quelques doutes à ce sujet, on semble accepter généralement que ces principes [26] soient une source de droit international et puissent être incorporés en tant que tels dans des contrats. En général, un choix exprès d'un système de droit pour régir un contrat est préférable à la liberté de déduire le droit des circonstances.

Pour nous résumer : il est utile de dire clairement si le droit choisi est celui qui existe au moment du contrat, ou si c'est le « droit vivant et changeant » tel qu'il peut apparaître au moment des réclamations.

Tout système ou tous systèmes de droit en rapport avec le contrat peuvent être choisis. Un Etat souverain n'est pas limité à son propre système juridique. Quand au moins une des

[24] Voir le « Harvard Draft on Responsibility of States », A.J.I.L., vol. 55 (1961), art. 12 (a), p. 567.

[25] *Cheshire*, « Private International Law... », p. 199.

[26] Voir *Bin Cheng*, « General Principles of Law », 1953, *passim*.

parties est un Etat reconnu ou une entité internationale, le droit international public peut être choisi pour régir le contrat dans la mesure où ses règles sont appropriées et pertinentes.

Le système de droit choisi peut être celui d'un Etat souverain, mais il peut être aussi celui d'un Etat semi-souverain ou celui d'Etats fédéraux.

8. *Le respect des investissements licites*

1. *Atteintes directes.*

La bonne foi et le respect du droit international exigent qu'un Etat en voie de développement qui reçoit des biens (y compris des droits d'auteur et des brevets) en tant qu'investissements licites, permette que ces biens soient employés à cette fin [27].

M. *Rosenne*, dans ses réponses, attire l'attention sur la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles du 14 décembre 1962, n° 1803 (XVII). Le point 8 de la déclaration se lit comme suit :

« Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi ; les Etats et les organisations internationales doivent respecter strictement et consciencieusement la souveraineté des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, conformément à la Charte et aux principes énoncés dans la présente résolution » [28].

Le droit international présume la bonne foi dans les relations [29]. Tout investisseur régulier peut à bon droit réclamer

[27] Voir M. *Brandon*, « Legal Deterrents and Incentives to Private Foreign Investments », Transactions of the Grotius Society, vol. 43, p. 39.

[28] Nations Unies. Assemblée générale. Documents officiels. 17e session. Supplément n° 17 (A/5217), p. 15.

[29] *Bin Cheng*, « General Principles... », p. 105.

que l'investissement soit protégé par la *lex situs* sans avoir à prouver l'intention malhonnête du pays en voie de développement.

Rien ne rendrait plus difficile un règlement à l'amiable que le demandeur ou son Etat ait à prouver la mauvaise foi d'un gouvernement étranger ou de ses agents.

Le point n° 1 de la déclaration est incontestable dans son principe :

« Le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé. »

Il est évident que les « richesses et ressources naturelles » peuvent être souvent mieux mises en valeur par des machines ou du « savoir-faire » importés. Le point n° 2 de la déclaration constate que :

« La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités. »

Mais ces règles et conditions, destinées à régir les investissements, devraient, si l'équité s'applique aux deux parties, être définies *avant* que l'investissement ne soit fait, comme nous l'avons dit quand nous avons traité du choix du droit.

Les parties sont certainement libres de choisir un quelconque des systèmes de droit mentionnés (*supra* p. 7) et les Etats souverains, développés ou non, ne sont limités dans leur choix par aucune résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Le point n° 3 de la déclaration est comme suit :

« Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international. »

Le terme « loi nationale en vigueur » n'est pas clair et nous avons déjà suggéré (*supra* p. 16) que les parties disent dans leur accord si le contrat se réfère au « droit vivant et changeant », ou au droit tel qu'il existe au moment où le contrat est conclu. Cela est particulièrement important en matière de droit fiscal [30]. En l'absence d'un accord prévoyant le contraire, un investisseur peut très bien se trouver lui-même victime de pertes causées *bona fide* « par l'exécution de lois fiscales ; par un changement général dans la valeur de la monnaie ; par l'action des autorités compétentes de l'Etat dans le maintien de l'ordre public, de la santé, ou de la moralité... » [31].

Le point n° 3 de la déclaration de l'Assemblée générale sur la souveraineté permanente continue comme suit :

« Les bénéfices obtenus devront être répartis dans la proportion librement convenue, dans chaque cas, entre les investisseurs et l'Etat où ils investissent, étant entendu qu'on veillera à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté dudit Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles. »

Celui qui peut le mieux empêcher que l'on porte atteinte à sa souveraineté sur ses ressources est évidemment l'Etat lui-même. L'inégalité de capacité ne doit pas, bien entendu, être présumée en droit international, moins encore parmi les Etats membres des Nations Unies, organisation fondée sur « le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ». (Article 2 (1) de la Charte.)

[30] *Wortley*, « Expropriation in International Law », Cambridge University Press, 1959.

[31] *Harvard Draft on Responsibility of States*. Art. 10 (5). Voir plus loin, les causes de pertes indirectes.

Le point n° 4 de la déclaration dit :

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. »

Tout investissement, en l'absence d'un accord contraire, est sujet au droit du domaine éminent et à l'imposition normale par l'Etat du siège, y inclus *a)* l'expropriation pour cause d'utilité publique contre indemnisation adéquate versée à l'avance ; *b)* la réquisition contre indemnisation équitable (versée après l'acte si cela est nécessaire) en temps de guerre ou de nécessité nationale, et *c)* la confiscation pour cause de délits commis par les propriétaires des biens investis, délits généralement acceptés comme tels [32] et non inventés après coup pour faire pression sur l'investisseur et rendre sa position intenable.

M. *Fawcett* pense que « la confiscation de l'entreprise entière devrait être limitée aux infractions les plus graves commises dans la conduite de l'entreprise ou aux infractions qui affectent l'économie du pays : ce serait probablement le cas d'une évasion fiscale persistante ».

M. *Singh* fait remarquer que si un changement dans la *lex situs* rend un contrat non valable, ce contrat ne sera pas rendu exécutoire par les tribunaux du siège. Cependant, cela n'affectera pas *nécessairement* les réclamations faites par les voies internationales.

La déclaration, dans son point n° 4, continue :

« Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. »

[32] *Wortley*, « Expropriation... », p. 38

Les parties feraient bien de dire clairement si elles veulent être gouvernées par le droit du domaine éminent tel qu'il est à la date du contrat, ou par le « droit vivant et changeant ». Cependant, on doit noter que, dans la déclaration, les mesures prises doivent être « en conformité du droit international ». La question des indemnisations en droit international touche de très près les investisseurs.

Le point n° 4 de la déclaration conclut :

« Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international. »

Cela est raisonnable.

Cependant, votre rapporteur, avec beaucoup d'autres [33], a toujours soutenu que le droit international avait ses propres standards objectifs. En l'absence d'un accord contraire, un investisseur ne sera pas censé avoir accepté un standard purement interne d'indemnisation pour un dommage qui tombe en dessous de celui que prévoit le droit international lui-même.

En général, la Commission semblait favorable à ce que soit précisé dans le contrat lui-même le standard d'indemnisation, bien que le professeur *van Hecke* eût préféré que ce standard confirme le standard international coutumier [34], comme nous l'avons vu, un traité multilatéral ou un traité entre le pays hôte et le pays qui investit serait d'une grande utilité en ce domaine.

Lorsqu'il n'existe pas de traité entre l'Etat de l'investisseur et le pays hôte, traité qui règle la matière des investissements, M. *Singh* suggère que s'appliquent les recours prévus par le

[33] *Wortley*, « Expropriation... », p. 33.

[34] Voir exposé préliminaire, p. 59 ci-dessous.

droit du pays hôte ou par les deux parties au contrat lorsque l'investissement est approuvé par le gouvernement du pays hôte.

Mais sûrement, l'exigence d'approbation par le pays hôte ne semble pas nécessaire à moins que le droit de ce pays ou le traité ne le demande. Les recours prévus dans le contrat peuvent, comme nous l'avons vu, être ceux qu'offrent d'autres systèmes juridiques que celui du pays hôte ou *lex situs*.

Le *Restatement* déclare que c'est une règle établie du droit international que la saisie de biens par un Etat est illégale :

« *a)* si ce n'est pas dans un but d'intérêt public reconnu comme tel par le droit de l'Etat, en vigueur au moment de la saisie ;

» *b)* si la saisie ne s'accompagne pas du versement d'une indemnité équitable ou si, d'après le droit et la pratique en vigueur au moment de la saisie, il n'existe pas de disposition raisonnable pour la détermination et le paiement de l'indemnité équitable ; ou

» *c)* si les biens ne sont qu'en transit à travers le territoire de l'Etat, ou sur un territoire soumis à sa juridiction, et ne sont pas exigibles par lui en raison de circonstances exceptionnelles [35]. »

J. M. Sweeney fait, à ce sujet, les commentaires suivants :

« Ce serait une erreur, à mon avis, d'attacher trop d'importance aux hésitations de la Cour suprême à suivre le *Restatement*. Le *Restatement* lui-même reconnaît que les règles du droit international concernant la responsabilité des Etats ne sont pas universellement acceptées et que pour certains Etats d'Amérique latine ou communistes le droit international n'oblige pas nécessairement à accorder une indemnité. »

Un standard exigeant pourrait demander cependant la restitution, ou si cela n'était pas possible, des dommages-intérêts intégraux, y compris le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* [36].

---

[35] *Restatement, Foreign Relations Law of the United States, Section 190 (Proposed Official Draft, 1962).* Cité par *J. M. Sweeney* dans « Syracuse Law Review », vol. 16 (1965), p. 769.

[36] *Wortley*, « Expropriation... », pp. 33 et s. et p. 136.

On ne peut pas dire que les publications récentes soient unanimes sur le sujet de l'indemnisation. *Foighel* [37] semble penser que les mesures prises en vue d'un règlement globa montrent qu'une compensation intégrale n'est pas toujours obtenue ; mais bien entendu elle l'est encore moins en cas de liquidation forcée d'une entreprise insolvable, même en droit interne. *Katzarov* [38] semble réclamer un privilège pour toute saisie que l'Etat saisissant qualifie de nationalisation. Nous avons déjà cité le récent projet américain de *Restatement of the Foreign Relations Law* (*supra* p. 22).

La *Harvard Draft Convention on the Responsibility of States for Injuries to Aliens* prévoit, en général, un standard élevé [39] :

« *Article 10* (Saisie et privation d'usage ou de jouissance de biens), paragraphe 2.

» La saisie, sous l'autorité de l'Etat, de tout bien d'un étranger, ou de son usage, pour une fin d'intérêt public clairement reconnue en tant que telle par une loi d'application générale en vigueur au moment de la saisie est illégale si elle n'est pas accompagnée du prompt versement d'une indemnité, selon les standards les plus élevés parmi les suivants :

» *a)* indemnité qui n'est pas moins favorable que celle qui est accordée aux nationaux de l'Etat ; ou

» *b)* une indemnité fixée équitablement à la valeur marchande du bien ou de son usage sans tenir compte de la ou d'autres saisies ou de la conduite imputable à l'Etat destinée à déprécier la valeur du bien en prévision de la saisie ; ou

» *c)* s'il n'existe pas de marché, une indemnité fixée équitablement à la valeur exacte du bien ou de son usage. Si un traité requiert une évaluation spéciale de l'indemnité, celle-ci devra être payée selon les termes du traité. »

---

[37] « Nationalisation and Compensation », 1964, p. 305 ; voir aussi *J. M. Sweeney* dans « Syracuse Law Review », vol. 16 (1965), p. 769.

[38] « Théorie de la nationalisation », Neuchâtel, 1960.

[39] *A.J.I.L.*, vol. 51 (1961), p. 553.

Est-ce à l'investisseur ou à l'Etat où est fait l'investissement de décider lequel des trois critères devra s'appliquer ? Avec une telle formule, il est clair qu'une évaluation objective serait désirable.

D'un autre côté, le paragraphe 4 de l'article 10, concernant la nationalisation, est peut-être moins rigoureux :

« Si les biens sont saisis par un Etat pour faciliter l'exécution d'un programme général de réformes économiques et sociales, le paiement de l'indemnité équitable prévue par cet article peut s'étendre sur une période d'années raisonnable, pourvu que :

» *a)* la méthode et les modalités du paiement aux étrangers ne soient pas moins favorables que celles qui s'appliquent aux nationaux ;

» *b)* une part raisonnable de l'indemnité due soit versée rapidement ;

» *c)* des bons égaux à la valeur marchande du restant de l'indemnité et portant un intérêt raisonnable soient remis à l'étranger et que l'intérêt soit payé rapidement ; et

d) la saisie ne soit pas en violation d'un engagement exprès de l'Etat sur lequel l'étranger s'est appuyé pour acquérir ou importer des biens.»

Le paragraphe 10 (4) du *Harvard Draft* donne-t-il aux Etats la possibilité de s'approprier le crédit à leur discrétion aux dépens des investisseurs étrangers ? Tout ce qui peut faire penser qu'un standard local de compensation sera accepté après une nationalisation peut très bien empêcher le courant des capitaux de se diriger vers les pays en voie de développement. Même l'Association internationale de développement, qui peut n'avoir pas le profit comme motif, exige le remboursement du capital en plus d'un intérêt modique.

La nationalisation, les troubles civils ou militaires sont des risques politiques, mais, comme nous le dirons plus tard, ils peuvent faire l'objet d'une assurance.

Bien entendu, si un investisseur est prêt à faire des investissements à des conditions favorables, ou même à les perdre, en vue de ce que M. *Fawcett* appelle « des bénéfices impon-

dérables dans le domaine de la politique étrangère », c'est une affaire à décider par lui quand il investit. Les parties doivent envisager beaucoup d'éventualités quand elles contractent ; des événements imprévisibles peuvent aboutir à l'éventualité d'une impossibilité d'exécution (« frustration ») (voir *infra* p. 30).

L'élaboration des contrats d'investissement dans les pays en voie de développement n'est pas facile, surtout parce que la capacité d'un pays de payer peut se trouver affectée par des circonstances imprévues qui mettent en danger un programme économique et social essentiel.

Une chose est évidente : *l'indemnisation pour perte ou saisie de biens, ou pour atteinte à un investissement licite devrait être prévue et définie dans le contrat lui-même au moment de sa conclusion.* Si on peut s'appuyer, pour ce faire, sur un traité entre l'Etat de l'investisseur et l'Etat où est fait l'investissement, alors c'est tant mieux.

Enfin, nous pouvons citer le point n° 7 de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles :

« La violation des droits souverains des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles va à l'encontre de l'esprit et des principes de la Charte des Nations Unies et gêne le développement de la coopération internationale et le maintien de la paix. »

Cette règle peut s'appliquer aussi bien aux Etats investisseurs, dont les ressources naturelles ou les produits de celles-ci sont prêtés ou investis à l'étranger, qu'aux Etats dans lesquels sont faits les investissements.

Selon les termes du point n° 5 de la déclaration :

« L'exercice libre et profitable de la souveraineté des peuples et des nations sur leurs ressources naturelles doit être encouragé par le respect mutuel des Etats, fondé sur leur égalité souveraine. »

Quelles que soient les règles du droit international public en cette matière, quelles que soient les exigences de ce droit en matière de contrat, il n'y a rien qui empêche les parties d'établir une base d'indemnisation à la date du contrat, en cas de résolution du contrat pour cause d'impossibilité d'exécution, de réquisition, d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou de nationalisation.

2. *Indemnisation pour pertes indirectes.*

L'indemnisation pour pertes indirectes peut être également prévue par des clauses qui interdisent une conduite déterminée ou qui en font au moins l'objet d'une indemnisation, soit que celle-ci soit déterminée à l'avance, ou qu'elle doive être fixée par une tierce partie.

Chaque partie à un investissement est intéressée à empêcher que l'autre partie ne lui occasionne des pertes en portant atteinte indirectement à ses intérêts [40].

Des pertes indirectes peuvent résulter des causes suivantes :

i) le retard dans le transfert ou le refus de transférer des fonds vers l'Etat où est fait l'investissement ou de cet Etat ;

ii) le retard à accorder ou le refus d'accorder des permis de séjour ou de travail ou les autres empêchements visant l'investisseur ou ses employés [41] ;

iii) l'établissement d'embargos, de quotas, de droits de douane ou d'impôts ;

iv) le retrait de la reconnaissance de la personnalité juridique ;

v) le refus par les tribunaux du siège d'accorder une voie de recours contre des employés corrompus et malhonnêtes ;

[40] *Wortley*, « Expropriation... », p. 50.

[41] Voir *Nwogugu*, « Legal Problems of Foreign Investment in Developing States », Manchester University Press, 1965, p. 69.

vi) la provocation à des grèves ou à des lock-outs par des agents du gouvernement ;

vii) la dévaluation brusque de la monnaie sans que l'Etat puisse invoquer une justification raisonnable telle que la protection globale de son économie.

Des dispositions expresses, destinées à se prémunir contre des pertes indirectes résultant des causes énumérées ci-dessus, peuvent rendre plus facile la preuve de la rupture du contrat que les professeurs van Hecke et Erim aimeraient voir faite avant que des recours diplomatiques ou autres soient entrepris une fois les recours internes épuisés.

Sur la question des restrictions apportées au transfert (point n° 1 ci-dessus) et sur la question de la dévaluation (point n° 7 ci-dessus), M. *Fawcett*, parlant sans nul doute d'après son expérience professionnelle, suggère que ces matières « soient soumises à la réglementation du Fonds monétaire international » [42] qui est l'organisme compétent en ce domaine. Si les mesures ont été acceptées par le Fonds « ou sont compatibles avec la constitution du Fonds, alors, je suggérerais que l'investisseur accepte la situation... » Le Fonds n'approuverait certainement pas des actes qui n'aient pour but que de frustrer l'investisseur. Là également, tout différend viendrait à couvert du traité de 1965 sur le règlement des différends.

L'option de change, comme nous l'avons vu (ci-dessus) peut servir de garantie contre une dévaluation. M. *Rosenne* voudrait permettre des restrictions à l'octroi de permis de travail (point n° 2 ci-dessus) pour des raisons de sécurité nationale.

---

[42] Les membres du Fonds peuvent, dans leurs contrats, se référer à la Constitution du Fonds. Le *Harvard Draft on the Responsibility of States*, art. 39, demande au Fonds d'intervenir pour aider à la solution des problèmes que soulève le règlement monétaire des dommages, A.J.I.L., vol. 55 (1961), p. 583.

M. *Singh* et le professeur *Erim* sont plutôt d'avis que les causes de pertes indirectes mentionnées ci-dessus ne veulent pas toujours dire expropriation indirecte. Elles peuvent, cependant, être envisagées comme telle par toute partie à un contrat, contrat qui peut aussi prévoir quelle sera la charge de la preuve dans chaque cas.

Il semble qu'on soit en général d'accord que des mesures occasionnant des pertes et qui sont contraires aux dispositions du contrat pourraient aboutir à ce que l'Etat de l'investisseur prenne de semblables mesures sur la base de la rétorsion, ou fasse des protestations diplomatiques.

Bien entendu, si une mesure est considérée comme illégale, elle peut donner lieu à des représailles (voir ci-dessous, paragraphe n° 10, p. 31).

En général, on semble d'accord que hors des cas particuliers mentionnés, on ne peut soumettre un investissement étranger, fait légalement et de bonne foi, à une mesure quelconque de nationalisation ou de saisie, et on ne peut y mettre fin prématurément sans courir le risque d'une action défensive de même nature de la part de l'Etat de l'autre partie. Le professeur *van Hecke* et M. *Rosenne* soulignent à juste titre que toute action défensive doit être raisonnable et proportionnée au tort subi.

Enfin, pour empêcher que des réclamations pour dommages directs ou indirects ne soient excessives ou insuffisantes, des méthodes objectives de comptabilité pour les entreprises, et d'évaluation des avoirs et des créances, devraient être prévues dans le contrat [43].

[43] Il vaut mieux choisir des entreprises de comptabilité ou d'experts que des comptables ou experts particuliers qui peuvent ne pas être disponibles quand on en a besoin.

On devrait également établir si les dommages comprendront le *damnum emergens* et (ou) le *lucrum cessans*; on devrait spécifier quels avoirs doivent être restitués si le contrat vient à expiration, pour une raison quelconque.

En considération de l'affaire Oscar Chinn [44], un investisseur devrait aussi demander au pays en voie de développement, avant que ne soient rédigés la concession ou le contrat, s'il se réserve, ou non, le droit de s'engager dans des activités concurrentes.

9. *Dispositions ayant pour but de faire face aux événements*

Le projet d'articles sur le droit des traités adopté en 1966 par la Commission du droit international contient deux excellents articles [45] sur la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible et sur le changement fondamental de circonstances. Ces articles montrent la nécessité qu'ont les auteurs de projets d'établir quel est « l'indispensable objet » d'un accord d'investissement et la portée des obligations à exécuter.

---

[44] *P.C.I.J.* 1934 A/B 63.

[45] Nations Unies, Document A/CN. 4/190, 22 juillet 1966 :

Article 58

Survenance d'une situation rendant l'exécution impossible

Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction permanente d'un objet indispensable à l'exécution du traité. Si cette impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité.

Article 59

Changement fondamental de circonstances

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'a pas été envisagé par les parties ne peut pas être

Il est certainement difficile de tout prévoir ; mais les auteurs de projets doivent se prémunir contre des événements tels que le risque ou saisie des avoirs. Ils peuvent le faire au moyen d'une assurance ou d'une garantie (voir plus loin, paragraphe 12) ou par des clauses contractuelles. L'argument des *rebus sic stantibus* a rarement réussi. Il ne sera pas nécessaire d'y recourir si les auteurs du projet envisagent les éventualités qui sont courantes dans la vie internationale — grèves, famines et désastres naturels. Une intéressante tendance actuelle est, comme nous le verrons, que les investisseurs demandent à l'assurance une protection contre les risques *politiques*.

Ne serait-il pas désirable que les auteurs de projets énumèrent les circonstances qui rendraient l'exécution impossible ? D'y inclure *(inter alia)* ce qu'on appelle les cas de force majeure ? Ils pourraient faire savoir que la liste n'est pas nécessairement définitive, mais ils pourraient décider des conséquences de l'inexécution quant aux sommes ou bénéfices reçus ou dus.

En cas d'extinction de la personnalité, internationale, morale ou physique, il faudrait s'occuper des problèmes de la succession.

La force majeure est certainement un concept qui, comme d'autres matières d'assurance, a besoin d'être définie soigneusement. Il est clair que la force majeure envisagée seulement par la législation indépendante d'un Etat contractant (et non justifiée, par exemple par un désastre naturel) et la force

---

invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer,

a) à moins que l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et

b) que ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

majeure qui résulte d'un acte de cet Etat, acte internationalement illicite, ne peuvent, comme nous l'avons vu (art. 59 (1) *b)* du projet d'articles sur le droit des traités de la C.D.I. (voir p. 29), constituer de bons moyens de se libérer de sa responsabilité internationale.

10. *La conséquence éventuelle des atteintes — la rétorsion et les représailles*

Toute demande de restitution de biens, saisis illégalement, ou d'indemnisation pour des droits accordés à l'investisseur par la *lex situs* peut se fonder sur le fait que ces droits existaient, étaient reconnus et protégés par cette *lex situs* comme étant partie de l'investissement dans le pays en voie de développement, et qu'une législation nouvelle ne peut pas les affaiblir ou les laisser sans protection, sans qu'elle donne lieu à d'éventuelles protestations et rétorsions au moyen de semblables mesures ou saisies de la part de l'Etat de l'investisseur.

M. *Singh* pense que des modifications de la législation ne devraient pas donner lieu à des mesures de rétorsion, et M. *Yasseen* voudrait qu'on examine soigneusement ces mesures. Quelque néfastes que soient les représailles économiques, elles sont probablement du ressort de chaque Etat souverain.

M. *Rosenne* fait cette observation : « Suivant en cela M. Kaeckenbeeck [46], je pense que la théorie dite de la protection des droits acquis n'est que relative et non pas absolue, surtout après un changement social fondamental. »

Le boycottage, le refus de transport ou de facilités commerciales peuvent être des moyens d'exercer une pression sur la partie défaillante, selon un code de conduite accepté par les deux parties à un contrat d'investissement. Et les institutions internationales peuvent, elles aussi, se servir de

[46] Voir *Wortley*, « Expropriation... », p. 125.

ces moyens ; elles peuvent exclure un Etat, qui a manqué à ses obligations, des bénéfices économiques ou autres découlant de son état de membre [47], mais les mesures de rétorsion (telles que le boycottage revenant à un refus de faire de nouveaux contrats de commerce) ou de représailles (telles que le boycottage impliquant des ruptures de contrat en réponse à d'autres actes illégaux) ne présentent pas seulement un intérêt pour les institutions internationales.

M. *Rosenne* est opposé à l'emploi du boycottage et M. *Yasseen* observe qu'il présente un danger pour les procédures de conciliation.

En l'absence d'un accord contraire, les moyens diplomatiques, protestations, rétorsion ou représailles seront immédiatement possibles pour l'Etat qui est directement lésé dans son investissement sans qu'il ait besoin d'épuiser les recours internes [48]. La plupart des membres semblent accepter cela. M. Rosenne cite Meron dans le *British Year Book of International Law*, 1959, p. 83, mais M. *Fawcett* n'est pas d'accord ; il déclare qu'un investisseur qui est un Etat ne doit pas avoir de privilège. Cependant, aucun Etat ne peut être forcé d'agir devant des tribunaux d'un autre Etat. Le professeur *Jennings* pense que l'action directe ne devrait convenir qu'aux préjudices directs. Le professeur *Reuter* demande quand un Etat peut être considéré comme ayant investi *jure imperii* et non *jure gestionis*. Peut-être que des prêts en espèces ou en nature de gouvernement à gouvernement, par exemple à un allié, ou l'envoi de fonctionnaires pourraient être considérés comme *jure imperii*, et le préjudice causé par la défaillance à rembourser les prêts ou à renvoyer le personnel serait un

[47] Constitution du Fonds monétaire international, article 15, par. 2.

[48] Le professeur *Erim* et M. *Singh* sont d'un avis contraire, mais ne disent pas pourquoi.

préjudice direct ? De telles matières ne seraient pas du ressort de tribunaux internes.

Les sociétés commerciales d'Etat sont gérées par l'Etat *jure gestionis*. En conséquence, on peut soutenir que le recours direct ne s'applique pas aux sociétés d'Etat ou aux entreprises assimilées à des sociétés commerciales ou en ayant la forme.

Sauf donc pour des investissements faits *jure imperii*, aucun investisseur ne pourrait obtenir de protection diplomatique sans avoir d'abord épuisé tous les recours internes [49] prévus par la *lex situs* du pays où est fait l'investissement, à moins que le contrat d'investissement ne lui donne la possibilité de ne pas le faire s'il le désire.

Un contrat peut permettre à une partie qui contracte avec un Etat A de ne pas épuiser les recours internes de cet Etat A, si l'Etat A le désire. Le professeur *Erim* et M. *Rosenne* se sont demandé, cependant, si les recours internes pouvaient être exclus de cette façon, et le professeur *Jennings* a indiqué que la question mérite considération. Une telle exclusion ne lierait certainement pas l'Etat protecteur B, mais elle pourrait empêcher en droit l'Etat A d'objecter au non-épuisement des recours internes.

Etant donné que tout investissement fait sur leur territoire est soumis à leur pouvoir souverain, les pays en voie de développement devraient participer à l'élaboration d'un traité multilatéral destiné à protéger les investisseurs.

C'est, cependant, aux investisseurs à se protéger eux-mêmes avant de se séparer de leurs biens en investissant. Chaque investissement est, en quelque sorte, *intuitus personae* du destinataire.

---

[49] Voir le *Harvard Draft on Responsibility of States*, art. 19, A.J.I.L., vol. 55 (1961), p. 577.

Il serait bon parfois, comme le pense le professeur *Yasseen*, de faire des traités bilatéraux de protection.

Il y a maintenant un précédent de valeur pour un traité multilatéral pour le règlement des différends relatifs aux investissements dans la Convention de la Banque mondiale de 1965, qui prévoit largement des procédures de conciliation et d'arbitrage.

Les tentatives d'énoncer dans des traités multilatéraux les principes positifs de droit applicables aux investissements sont dignes d'intérêt, même si un accord sur ces principes n'est pas aisé. Entre-temps, le principe général *pacta sunt servanda* est essentiel et la chose importante est de veiller à ce que les *pacta* soient aussi clairs et judicieux que la science du droit international et l'expérience le permettent.

Les parties à un investissement, qui ne sont pas des Etats mais des sujets d'Etats, peuvent réclamer la protection diplomatique de leur Etat. Comme le dit le professeur *Jennings*, ils n'ont à celle-là, bien entendu, aucun droit, au moins en l'absence d'un traité bilatéral ou multilatéral régissant l'investissement et leur donnant un tel droit [50].

L'habitude de conclure des traités d'amitié et de commerce avec les pays en voie de développement, pour protéger les investisseurs, peut clarifier les rapports des parties intéressées ; mais il ne faut pas penser que l'absence de traité signifie que l'investisseur n'a pas de droits ou d'intérêts susceptibles d'être protégés par un Etat en droit international public, ni que le droit international privé ne peut lui fournir de recours.

La souveraineté est un concept qui peut être invoqué par tout Etat, investisseur ou destinataire de l'investissement, pour soutenir ses intérêts ou ceux d'un sujet auquel il s'intéresse.

[50] Voir la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et le Protocole de 1952.

Si la souveraineté sur les ressources naturelles donne à l'Etat du siège des droits particuliers sur les possessions qui sont dans, ou sur son territoire, de même, comme nous l'avons vu, l'Etat qui investit, ou dont les sujets investissent à l'étranger, a le droit de prendre des mesures licites destinées à protéger parmi ses ressources celles qui ont été prêtées ou cédées à l'étranger et qui ne sont plus situées dans l'Etat de leur *situs* original.

Pour nous résumer : — Tout souverain peut prendre de légitimes et raisonnables mesures de rétorsion ou de représailles sur les choses qui sont sous son autorité et qui appartiennent à un Etat étranger ou à ses sujets, par exemple, pour indemniser, lui ou ses sujets, de pertes causées par des actes de souveraineté d'un autre Etat. Parce que de telles mesures, cependant, tendent à miner la confiance mutuelle et pour éviter des différends, les investisseurs feraient bien de se mettre d'accord avec l'Etat de l'investissement sur les moyens pacifiques et objectifs de règlement.

11. *L'arbitrage et les autres moyens pacifiques de régler les différends*

Une clause permettant aux parties, si elles ont la capacité juridique pour cela, d'aller devant la Cour internationale de Justice, devant la Cour permanente d'Arbitrage ou devant d'autres organismes tels que la Cour d'arbitrage de la Chambre internationale de commerce, pour résoudre des problèmes d'interprétation ou de responsabilité, est une clause d'une valeur inestimable ; mais il serait bon qu'un délai soit prévu pour le faire.

La Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 ; les Etats-Unis, la Hol-

lande et dix-huit pays en voie de développement ont ratifié cette convention, qui prévoit la conciliation (article 28), l'arbitrage (article 36), et l'interprétation de la sentence (article 50). Cette convention devrait se montrer très utile.

Quand un pays a soumis un différend à l'arbitrage, il est bon de prévoir que l'autre partie peut procéder à la convocation des arbitres et à engager la procédure d'arbitrage, même si l'autre partie demeure passive [51].

M. *Rosenne* cite l'affaire des Traités de paix [52] :

« Selon l'avis consultatif de la Cour internationale dans la seconde phase de l'affaire des Traités de paix, cela devrait relever de l'intention des parties. Je pense que nous pouvons présumer que les clauses actuelles d'arbitrage sont rédigées en tenant compte de cette opinion. C'est certainement mon expérience. D'un autre côté, si le contrat d'investissement est relié à un système juridique donné, ce système juridique fournira la réponse, à la fois quant à la procédure et quant au fond. »

Une telle clause dans un contrat, au contraire d'un traité, peut ne pas être décisive, comme le souligne le professeur *Jennings*, mais dans quelques cas la clause acceptée par le pays hôte peut lui être opposée si l'investisseur ou l'Etat de celui-ci peut présumer que l'Etat hôte a pris cette attitude.

Le professeur *Reuter* remarque, cependant, que la nationalité de l'investisseur peut plus tard changer (voir l'article premier de la Résolution de l'Institut du 10 septembre 1965).

La soumission à l'arbitrage exclut les recours locaux, sauf lorsqu'ils sont liés au déroulement même de l'arbitrage [53] ; là,

---

[51] *Lena Goldfield's Arbitration, Am. Digest I.L.C.* (1929-30), affaires n[os] 1 et 2 ; voir aussi *Domke*, dans A.J.I.L., vol. 53 (1959), p. 798 ; voir aussi l'article 38 de la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements.

[52] *I.C.J. Reports*, July 1966, p. 499.

[53] Voir *Schwebel and Wetter*, dans A.J.I.L., vol. 60 (1966).

de nouveau, le professeur *Yasseen* voudrait que cet arrangement soit connu du pays hôte.

L'article 26 de la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements se lit comme suit :

« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. »

Ainsi les Etats doivent d'après ce traité faire acte s'ils souhaitent maintenir les recours locaux.

Sur ces points *Schwebel* et *Wetter* font les remarques suivantes :

« ... Tandis que la procédure découlant d'une clause d'arbitrage, telle que la clause caractéristique résumée ci-dessus, ne semble pas être soumise au droit interne de l'Etat contractant, les clauses d'arbitrage de certains accords entre Etats et étrangers stipulent que tout arbitrage sera régi par le droit concernant l'arbitrage de l'Etat contractant ; dans d'autres accords, cette intention peut être implicite. Dans un tel cas, la règle raisonnable semblerait être que l'étranger épuise les recours qui regardent la mise en vigueur ou l'interprétation de la sentence elle-même. Les autres recours qui ne sont pas liés au procès arbitral n'ont pas besoin d'être épuisés.

» Réciproquement, lorsque le procès arbitral n'est pas régi par le droit interne de l'Etat contractant, les recours internes du pays contractant n'ont pas besoin d'être épuisés ; l'arbitrage limité à l'accord qui le prévoit est le seul recours que l'étranger doit épuiser. » [54]

Il est manifeste qu'il vaut mieux se référer au droit international ou aux principes généraux plutôt qu'au droit interne.

Il sera toujours sage de s'enquérir avant un investissement si les immunités de l'Etat seront invoquées contre un plaideur qui désire :

[54] A.J.I.L., Juillet 1966, p. 499.

1. Actionner un Etat en voie de développement devant ses propres tribunaux ;

2. Exécuter un jugement ou une sentence sur des biens de l'Etat en voie de développement situés :

a) sur le territoire de cet Etat (sauf, bien entendu, choses du domaine public telles que bateaux de guerre, ambassades, etc.), ou

b) dans des Etats tiers.

12. *La valeur des garanties d'Etats tiers*

En général, on semble être d'accord que des garanties individuelles accordées aux investisseurs par des Etats tiers ou des assureurs sont utiles ; parfois un Etat tiers peut, à l'avantage de l'investisseur, accepter une responsabilité primaire en cas de manquement du pays en voie de développement ou d'un débiteur de cet Etat. Les contrats de garantie, de gage ou d'assurance n'ont pas besoin d'être soumis au même droit que celui qui régit l'investissement principal, mais peuvent bien fonctionner d'après les systèmes du pays de l'assureur.

M. *Singh* craint que les garanties n'aient pour résultat de créer des complications politiques et économiques : il n'y a pas de doute que c'est un risque que les Etats doivent peser quand ils envisagent un investissement [55].

Il n'y a probablement pas encore assez de données qui permettent de voir dans quelle mesure les différents types d'assurance pour des investissements privés [56] et contre les risques

[55] Voir *Nwogugu*, « Legal Problems... », p. 66.

[56] *Ibid*, pp. 65 et s. Voir *M. Brandon* dans « The Encouragement and Protection of Investment in Developing Countries ». International and Comparative Law Quarterly. Supplementary Publication, n° 3 (1962), p. 6.

non commerciaux (pour lesquels une estimation actuarielle doit être très difficile) sont en usage aux Etats-Unis, en Allemagne et au Japon [57].

Les investisseurs dont les risques sont ainsi couverts obtiennent-ils un avantage sur les pays qui n'ont pas de tels systèmes? Les sommes versées au titre de l'assurance devront provenir de l'impôt ou des primes.

Quelques membres de la Commission semblent penser qu'une assurance multilatérale contre les risques « non commerciaux » encouragerait ceux d'entre les pays en voie de développement qui sont le moins responsables à confisquer les biens étrangers avec encore plus de liberté, du moins lorsque c'est un traité entre l'Etat protecteur et l'Etat de l'investissement qui la prévoit.

Il se peut que tout système d'assurance multilatérale, pour être efficace *du point de vue économique,* doive impliquer, tôt ou tard, qu'on évalue le crédit des pays en voie de développement, de telle façon que le plus digne de confiance soit assuré moins cher que celui qui l'est le moins. Un tel système d'évaluation serait difficile politiquement, comme le montre le rapport de la Banque mondiale (*op. cit.*, p. 18) ; le fait que la Banque ne fasse pas varier ses taux d'intérêt en fonction du comportement de l'emprunteur concerne-t-il vraiment la question d'évaluation du crédit ? La Banque peut se faire une opinion propre sur la valeur d'un investissement proposé et peut également demander une garantie du gouvernement ou de la Banque centrale du pays en voie de développement [58].

---

[57] I.B.R.D. Washington, 1962, *Staff Report on Multilateral Investment Insurance* ; Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, Document 1419 *(op. cit.)*, p. 9-12.

[58] *Mars, op. cit.*, p. 165.

Il pourrait être utile que les pays où les investissements sont soumis à un système d'assurance multilatérale acceptent un code de conduite relatif aux investissements et établi conjointement par les Etats qui investissent et ceux qui reçoivent les investissements. Entre-temps, M. *Fawcett* souligne que les rapports annuels du F.M.I. sur ses consultations avec ses membres concernant leur situation et leur politique économiques sont ici d'un grand intérêt. Non seulement la B.I.R.D. mais aussi les banques commerciales en ont tenu le plus grand compte.

Quand un garant privé ou un investisseur a indemnisé son client pour la perte assurée, il est subrogé à tous les droits de son client. Si les droits auxquels il est subrogé sont infructueux, on peut soutenir qu'il peut réclamer la protection diplomatique de son propre Etat, du moins lorsque l'assurance ou la garantie étaient connues à l'époque du contrat par l'Etat où est fait l'investissement.

De telles garanties privées sont du ressort du droit international privé, MM. *Erim, van Hecke* et *Yasseen* sont d'avis que le pays hôte devrait connaître à l'avance *toutes* les garanties et ne devrait pas les avoir interdites. M. *Singh* n'aime pas l'idée qu'une personne subrogée reçoive la protection diplomatique de son Etat, mais c'est une matière à régler par cet Etat.

Il est certain qu'en matière de garantie par les Etats, la subrogation peut être prévue par les traités de garantie [59].

M. *Rosenne* rappelle que dans l'affaire de l'Incident aérien [60] « une question semblable fut débattue entre les parties, mais la Cour ne s'en est pas occupée ».

Les garanties ne sont que des formes supplémentaires au sens du point n° 6 de la déclaration des Nations Unies :

---

[59] *Nwogugu*, « Legal Problems... », p. 68.

[60] *I.C.J.* Reports, 1959, p. 127.

« La coopération internationale en vue du développement économique des pays en voie de développement, qu'elle prenne la forme d'investissements de capitaux, publics ou privés, d'échanges de marchandises ou de services, d'assistance technique ou d'échanges de données scientifiques, doit favoriser le développement national indépendant de ces pays et se fonder sur le respect de leur souveraineté, sur leurs richesses et leurs ressources naturelles. »

En conclusion, dans tout accord d'assurance ou de garantie, les risques assurés doivent être clairement définis. Il en est de même des droits que les assureurs ou les garants subrogés peuvent faire valoir quant aux pertes qu'ils ont subies.

Université de Manchester, janvier 1967.

Projet de Résolution

I

Considérant la nécessité de résoudre « les problèmes internationaux d'ordre économique... » « ... en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *l'Institut approuve* les accords équitables qui permettent aux populations des pays en voie de développement d'avoir accès aux biens d'investissements.

II

Considérant la nécessité « de développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples » et la nécessité de régler les différends internationaux « par des moyens pacifiques », *l'Institut approuve* la création d'organes internationaux compétents pour le règlement des différends internationaux, conformément aux principes de la justice et du droit international, et pour éviter les mesures de rétorsion ou de représailles auxquelles ces différends pourraient autrement donner lieu.

III

Enfin, *l'Institut suggère* que les principes de justice suivants soient applicables aux accords relatifs aux investissements dans les pays en voie de développement :

1. Le contrat d'investissement devrait maintenir un juste équilibre entre les intérêts de l'investisseur et de l'Etat où est fait l'investissement ;

2. Chaque partie devrait avoir un intérêt commun au succès de l'entreprise ;

3. D'une part, les personnes qualifiées et le capital fourni devraient bénéficier d'une protection juridique raisonnable et, d'autre part, les aspirations sociales et politiques, aussi bien que les droits de l'homme, des populations des pays en voie de développement devraient être sauvegardés ;

4. Les meilleures protections mutuelles seront habituellement celles d'un accord soigneusement rédigé et (ou) d'un traité qui envisage les problèmes qui pourraient survenir (y compris celui de l'indemnisation par l'une ou l'autre des parties) et qui s'efforce d'en prévoir la solution juridique ;

5. L'égalité souveraine des Etats est un fait fondamental du droit international d'aujourd'hui. On ne peut présumer, dans le domaine des investissements, qu'un Etat n'est pas égal à un autre ni n'est moins civilisé, ni n'est moins digne de confiance.

ANNEXE I

Exposé préliminaire

présenté par

M. *Ben Atkinson Wortley*

(Traduit de l'anglais)

L'ONU, suivant la tradition humanitaire de la Société des Nations, a beaucoup contribué à alléger les malheurs des populations croissantes des nations appauvries, en encourageant l'envoi à ces pays d'experts et d'une partie du capital nécessaire pour assurer leur développement économique et social et prévenir la pauvreté et la faim.

Les dons, en argent ou en matériel, faits *bona fide* ne soulèvent d'ordinaire pas de problème juridique, mais il y a des limites à la capacité et à la bonne volonté des pays et des individus les plus généreux, et l'amour-propre des pays récipiendaires demande un type d'assistance qui leur permette de créer une base économique solide par leurs propres moyens. Cet amour-propre tend aussi à rendre le récipiendaire soupçonneux et méfiant à l'égard de tout ce qui a l'air de le traiter d'une manière condescendante ou qui pourrait aboutir à un contrôle étranger indirect. Cette suspicion et cette méfiance, ressenties à tort ou à raison, expliquent souvent les obstacles psychologiques qui barrent la voie aux investissements nécessaires, quand bien même les capitaux sont disponibles. C'est pour-

quoi, afin d'éviter toute idée de condescendance à leur égard, on appelle aujourd'hui ces pays, connus autrefois sous le nom de « pays pauvres » et plus récemment de « pays sous-développés », « pays en voie de développement ».

Les obstacles psychologiques aux nouveaux investissements se sont fait jour assez couramment dans les territoires ex-coloniaux, et dans les territoires anciennement sous mandat ou sous tutelle. De tels pays redoutent en effet tout renouvellement d'un contrôle extérieur et toute limitation à leur statut d'égalité souveraine en tant que membres de l'ONU.

Une des caractéristiques les plus curieuses de la vie internationale, difficile à expliquer de manière rationnelle, c'est la méfiance des pays en voie de développement à l'égard des investissements traditionnels effectués *à titre privé* par des ressortissants étrangers, alors qu'ils acceptent des investissements directs effectués par des Etats étrangers. Un placeur de fonds individuel, avant de pouvoir demander la protection diplomatique de l'Etat dont il est le ressortissant — protection que cet Etat n'a aucune obligation de lui accorder — doit préalablement épuiser les voies de recours internes, s'il veut protéger son investissement, procédé qui peut exiger de longs délais (affaire *Interhandel* [61]). De plus, un individu risque de se voir refuser la protection diplomatique d'un Etat pour de simples raisons techniques de nationalité (affaire *Nottebohm* [62]). Comparé à un Etat étranger, le placeur de fonds privé est souvent désavantagé lorsqu'il entreprend un investissement, car l'Etat qui investit se trouve souvent muni des moyens d'exercer une pression directe sur le pays en voie de développement.

Dans certains cas, on a trouvé une *via media* en opérant l'investissement par l'intermédiaire d'institutions internationales

[61] CIJ, *Recueil*, 1959, p. 6.

[62] CIJ, *Recueil*, 1955, p. 4.

telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, la Société financière internationale, l'Association internationale de développement, le Fonds spécial des Nations Unies et la Banque interaméricaine de développement, etc.

Le Plan de Colombo de 1951 pour l'assistance technique à l'Asie du Sud et du Sud-Est (voir les *Peaslee International Governmental Organisations Constitutional Documents*, volume I, 1956, page 131) était, bien entendu, une mesure gouvernementale. Il y a lieu de penser que l'URSS a envoyé des experts et des capitaux à ses satellites.

Les besoins en investissements privés dans les pays en voie de développement ont été récemment reconnus par l'Assemblée consultative de l'Europe occidentale, et un projet de convention est en cours.

Le problème de l'assistance aux pays en voie de développement revêt une urgence toute spéciale pour les pays agricoles, et particulièrement pour ceux qui ne produisent qu'un type de récolte, car les fluctuations des prix mondiaux risquent d'affecter de manière désastreuse leur situation économique, sans qu'aucune faute ne leur soit imputable. Une baisse dans les prix mondiaux peut les placer à peu près dans l'impossibilité de trouver l'argent requis pour rembourser le capital ou payer les intérêts à l'investisseur. La situation est relativement plus aisée dans les pays qui bénéficient de la production de minéraux, tels que le pétrole, dans la mesure où il existe des accords de marché (marketing) pour ces produits et où le marché demeure ferme ; mais dans tout pays en voie de développement, le respect des droits inaliénables de l'homme, tels qu'ils sont reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la Déclaration des Nations Unies, exige que les habitants de ces pays se voient accorder la possibilité de développer leur personnalité dans des conditions suffisamment favorables.

Le problème de l'aide est donc urgent, et la tâche de notre Commission est d'apporter une attention toute particulière aux aspirations des pays en voie de développement. Nous dirigerons notre intérêt non pas vers les dons, mais vers les transactions commerciales. En fait, le placeur de fonds, ayant le choix entre un investissement dans un pays déjà développé ou dans un pays en voie de développement, investissement censé produire dans les deux cas le même revenu, se décidera probablement à investir dans le pays le plus développé, comme comportant le moindre risque, si tant est qu'il est mû par la seule recherche du profit et non par des idéaux politiques et sociaux. En effet, même s'il attend d'un pays en voie de développement un taux d'intérêt ou un profit équivalent à celui qu'il attend d'un pays développé, il se peut qu'il y perde tout de même, dans la mesure où il doit payer, une prime de police d'assurance ou autre, pour se protéger contre les risques politiques.

Le problème est donc de s'assurer que l'argent soit versé là où on en a le plus grand besoin, dans des conditions de confiance mutuelle qui sauvegardent à la fois les aspirations des pays en voie de développement et le désir raisonnable de sécurité que manifeste le pays qui investit. C'est la raison pour laquelle il conviendrait qu'en plus des traités conclus entre des Etats ou des institutions internationales et des pays en voie de développement, il y ait des arrangements grâce auxquels des Etats, des institutions internationales ou des individus pourraient entreprendre des investissements directement auprès d'individus ou de groupements auxquels ils peuvent se fier dans les pays en voie de développement. Nous sommes loin du temps où quelque puissance colonisatrice pouvait imposer à une colonie la construction de routes, pour le bénéfice de cette colonie, sans qu'aucune obligation internationale ne soit évoquée parce que le travail s'accomplissait grâce au travail local forcé. Pourtant, dans la mesure où les pays en voie de déve-

loppement ne possèdent pas une infrastructure économique saine dans le domaine des communications et dans d'autres domaines, il sera nécessaire de conclure des accords pour les créer avec l'aide étrangère, c'est-à-dire avec une aide financière et technique. Le peu de travail que l'on peut obtenir dans le cadre d'entreprises spéciales de bienfaisance n'est pas d'une grande aide — c'est une espèce de don en services.

Dès lors, tout ce qui contribuera à clarifier la situation actuelle et à favoriser la rédaction de traités et d'accords solides qui viennent soutenir les investissements dans les pays en voie de développement, représente un effort constructif vers cette paix véritable qui prend ses racines dans la confiance et la tranquillité d'un ordre juridique bien établi.

Deux autres Commissions sont en train de discuter deux problèmes connexes : la Première Commission (sous la présidence du professeur Briggs) étudie le problème de la protection diplomatique de l'individu ; la Huitième Commission (sous la présidence du professeur Ago) étudie celui de la protection diplomatique des entreprises. Dans la discussion des problèmes spéciaux qui sont ceux de notre Commission, nous essaierons de ne pas empiéter sur le travail de ces deux Commissions, mais nous espérons traiter de problèmes de droit international public et privé qui se rapportent à notre sujet, comme par exemple :

1. Traités bilatéraux et multilatéraux de protection ;
2. Accords autres que les traités ;
3. Valeur des polices d'assurance pour les placeurs de fonds.

Université de Manchester, janvier 1963.

QUESTIONNAIRE

1. Seriez-vous d'accord de considérer qu'un pays est sous-développé quand :

> « Vu la quantité de terre productrice, de force motrice et de ressources minérales par tête de la population actuelle, on constate, pour parler de manière toute relative, un grand manque d'autres facteurs de production, tels que biens de production manufacturés, entrepreneurs, techniciens possédant une connaissance spécialisée des conditions locales, et le manque des importations nécessaires à l'augmentation du revenu national et du revenu par tête. » [63]

C'est à partir du moment où débute cette augmentation qu'un pays peut être qualifié de pays en voie de développement.

2. Si vous n'êtes pas d'accord avec la définition d'un pays en voie de développement, telle qu'elle est donnée dans la première question, veuillez suggérer des améliorations.

3. Etes-vous d'accord qu'un investissement dans un pays en voie de développement (investissement étant un terme qui désigne n'importe quelle sorte de contrat, de concession ou de traité) est constitué par le transfert à ce pays, en vue d'y être

---

[63] *Mars,* dans « The United Nations, the First Ten Years » (1957), p. 160, Manchester University Press.

Voir aussi *Higgins :* «Economic Development (1959)», pp. 6 et 11-13, *sed quaere* si un pays en voie de développement doit avoir une population à prédominance agricole.

employés, de l'argent, des biens de propriété [64], des techniciens ou des entreprises, dans l'espoir ou l'attente d'en retirer quelque bénéfice ?

4. Etes-vous d'accord qu'un investissement ne peut pas être assimilé à un don inconditionné, et que ces dons n'entrent pas dans le cadre de notre étude ? [65]

5. Au cas où vous accepteriez la proposition formulée dans la question précédente, seriez-vous également d'accord que, lorsqu'un Etat fait ce qu'il appelle un « don » à un pays en voie de développement et qu'il reçoit en échange, de ce pays, un « don » soit en matières premières, soit en autres produits, il s'agit là en fait d'une transaction qui revient à un investissement ?

6. Seriez-vous d'accord d'énoncer comme suit les principes qui régissent un investissement dans un pays en voie de développement ?

1. Assurer, par le droit, un juste équilibre d'intérêts entre le placeur et l'autre partie ;

2. Que chaque partie à l'investissement a un intérêt commun à sa réussite ;

3. Qu'il conviendrait, d'une part, que les connaissances spécialisées et les capitaux fournis bénéficient d'une protection légale raisonnable, et d'autre part que les aspirations politiques et sociales, de même que les droits de l'homme, des habitants du pays en voie de développement soient sauvegardés ;

---

[64] Voir explications dans *Wortley :* « Expropriation in Public International Law », Cambridge University Press, 1959, p. 8.

[65] Voir *Benham F.,* « Economic Aid to underdeveloped Countries, 1962 », Oxford University Press, p. 24.

4. Que la meilleure des sauvegardes consisterait en un accord, soigneusement élaboré, qui établirait une prévision des problèmes futurs et qui envisagerait leur solution juridique.

7. Etes-vous d'accord que, pour qu'un investissement puisse être constitué dans un pays en voie de développement, il est souhaitable

1. Que ce pays ait un ordre juridique à la fois élaboré et moderne ;

et que

2. Si tel n'est pas le cas, son ordre juridique devrait tout au moins autoriser qu'un ou plusieurs systèmes juridiques étrangers, d'un caractère plus élaboré, s'appliquent à l'investissement.

8. Etes-vous d'accord que, pour de bonnes raisons, plus d'un système juridique peut s'appliquer au même contrat d'investissement, par exemple, une option de change, ou un droit de payer selon l'un des systèmes juridiques de plusieurs pays différents, au choix de l'une ou de l'autre des parties ?

9. Etes-vous d'accord que chaque fois qu'un Etat ou une entité juridique internationale est partie à un investissement, comme créancier ou comme débiteur, le droit international public [66], ou une partie de ce droit [67], comme ses principes généraux [68], peut en règle générale s'appliquer ?

---

[66] *Jenks :* « The Proper Law of International Organisation », 1962, p. 150.

[67] The Aramco Arbitration and Jenks, p. 152.

[68] Voir *Bing Cheng :* « General Principles of Law » (1953).

10. Etes-vous d'accord :

1. Qu'il est désirable, de manière générale, que tout contrat d'investissement soit rédigé dans une langue élaborée, susceptible d'expliquer les expressions techniques, afin qu'elles soient compréhensibles aux conseillers des parties ;

2. Que, de préférence, le texte en cette langue devrait constituer le texte authentique ;

3. Que toute traduction ne devrait être que secondaire par rapport au texte authentique ;

4. Qu'une liste de tous les travaux préparatoires utilisables pour l'interprétation du texte devrait, si possible, être acceptée d'avance par les parties ;

5. Qu'il est utile d'inclure une clause qui permettra aux parties — si elles en ont la capacité juridique — de s'adresser, pour des questions d'interprétation, à la Cour internationale de Justice, où à la Cour permanente d'Arbitrage, ou à quelque autre organisme telle la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Si une partie n'est pas reconnue comme possédant la personnalité juridique internationale, et ne peut par conséquent pas se soumettre à un tribunal international, ne serait-il pas désirable, afin d'éviter la difficulté rencontrée dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian* (1952) CIJ, de se mettre d'accord que si un Etat déterminé est prêt à soutenir sa cause, alors l'autre partie, qui, elle, possède la capacité, soumettra tout différend à un tribunal international donné ?

6. Que les termes et la durée de tout contrat d'investissement devraient être clairement définis dans ce contrat ;

7. Que les parties devraient se mettre d'accord sur l'emploi de comptables indépendants et sur un système de comptabilité ;

8. Qu'une fois permise par un Etat, aucune création c société ou concession ne devrait être déclarée *ultra vires* pa l'Etat qui en a permis la création ;

9. Qu'étant donné l'arrêt rendu dans l'affaire *Oscar Chin* (CPJI, 1934, A/B 63), l'Etat qui reçoit l'investissement do déclarer s'il se réserve ou non le droit d'entreprendre de activités concurrentes de celles de l'investisseur ?

11. Etes-vous d'accord qu'une soumission à un systèm de droit étatique implique une soumission à ce type de droit public ou privé, qui s'applique normalement à un investisse ment particulier, c'est-à-dire que le droit auquel la soumissior est faite décidera si l'investissement tombe dans le secteu public ou le secteur privé et si ce sont les tribunaux adminis tratifs ou civils qui régleront les litiges qu'il soulèvera ? Etes vous d'accord qu'en l'absence d'une soumission expresse à ur autre système, les employés d'une organisation internationale dans les pays en voie de développement doivent, *prima facie* être considérés comme liés par le droit interne de cette orga nisation plutôt que par la propre loi du contrat, telle qu'elle aurait pu être déterminée selon les règles du droit inter national ? [69]

12. Etes-vous d'accord que tout investissement, faute de convention contraire, est soumis au droit d'expropriation de l'Etat (« eminent domain », c'est-à-dire le droit souverain de l'Etat d'exproprier pour cause d'utilité publique) et à l'impo sition normale par l'Etat du siège, cela comprenant :

1. L'expropriation pour cause d'utilité publique contre une compensation adéquate préalablement payée ;

---

[69] *Jenks, op. cit.*, p. 44, citant le cas Waghorn, ILO, Off. Bulletin, vol. XL, No. 8 (1957), pp. 412-416.

2. La réquisition contre compensation en temps de guerre ou d'état d'urgence nationale ;

et

3. La confiscation au cas où les propriétaires de l'investissement commettraient un crime généralement accepté comme tel ?

13. Etes-vous d'accord :

1. Qu'un investissement ne doit pas être illégal, selon la *lex situs,* au moment où il est fait ?

2. Que lorsque l'investisseur a connaissance dès le début qu'une entreprise a été constituée d'une façon non conforme à la *lex situs,* il ne peut réclamer aucune compensation ;

3. Que nul moyen de droit international ne peut être donné à une entreprise dont le but est contraire au droit international public ;

4. Que toute règle au sujet de l'examen de la licéité (screening) d'un investissement par l'Etat qui le reçoit doit être appliquée sans aucun délai et *bona fide,* et que si un Etat accepte sans conteste un investissement qui, selon ses lois, pourrait être interdit, il doit désormais être forclos en droit de nier cette acceptation ?

14. 1. Etes-vous d'accord qu'il est désirable de stipuler, dans un contrat d'investissement avec un pays en voie de développement, qu'aucune disposition législative ou constitutionnelle de ce pays, qui vise à protéger l'investisseur, ne peut être modifiée au détriment de ce dernier ?

2. Si une telle disposition n'est pas observée par ce pays au détriment de l'investisseur, êtes-vous d'accord que, à condition que les voies de recours internes disponibles et

nécessaires aient été épuisées, des mesures diplomatiques peuvent être prises immédiatement par l'autre partie, contre ce pays, pour n'avoir pas observé cette disposition ?

3. Si un pays en voie de développement introduit dans sa constitution une disposition ayant pour but de protéger les investisseurs, une violation de cette obligation doit-elle être considérée comme une violation de tout contrat d'investissement conclu sur la base de cette constitution, de telle sorte que les mesures définies sous chiffre 2 sont également applicables ?

4. Etes-vous d'accord qu'un changement de gouvernement dans un pays en voie de développement n'affecte pas les droits des parties à un contrat d'investissement en ce qui concerne les moyens que leur donne le droit international public ?

15. Etes-vous d'accord que, sauf pour les cas spéciaux mentionnés à la douzième question, aucun investissement étranger, effectué légalement et de bonne foi, ne peut être assujetti à une forme quelconque de nationalisation, qu'il ne peut y être mis fin avant terme et qu'il ne peut être l'objet d'une saisie, sans que l'Etat qui prend de telles mesures n'encoure le risque d'une action défensive semblable par l'Etat de l'autre partie ?

16. Etes-vous d'accord que la bonne foi et le respect du droit international exigent qu'un pays en voie de développement, recevant des biens destinés à un investissement conforme à la loi, ne peut user de sa souveraineté pour affecter ces biens à d'autres buts (sauf les cas mentionnés à la question 12) sans commettre un détournement de pouvoir dont il doit être tenu pour responsable sur le plan international ?

17. Etes-vous d'accord qu'une expropriation indirecte peut résulter de chacune des mesures suivantes ? [70]

1. Le retard apporté au transfert de capitaux ou de revenus, ou le refus de transférer des capitaux ou revenus ;

2. Le retard apporté à l'octroi d'un permis de résidence ou de travail, ou le refus d'un tel octroi, ou autres empêchements visant l'investisseur ou ses employés ;

3. L'établissement d'embargos, de quotas, de droits de douane ou d'impôts visant l'investisseur ;

4. Le retrait de la personnalité juridique à la société d'un investisseur établie dans un pays en voie de développement ;

5. Le refus par les tribunaux locaux du siège d'accorder une voie de recours contre les employés malhonnêtes ou corrompus ;

6. L'action, fomentée par le pays en voie de développement, de provoquer des grèves ou des *lock-out ;*

7. La brusque dévaluation de sa monnaie par un pays en voie de développement, à moins qu'il ne la justifie, par exemple par la nécessité de protéger son économie ;

Ne serait-il pas *a)* désirable ou *b)* nécessaire de prévoir ces éventualités *expressis verbis* dans le contrat d'investissement ?

18. Etes-vous d'accord que toute forme d'expropriation directe ou indirecte (sauf celles mentionnées à la question 12) donne lieu valablement à une plainte diplomatique ou à une mesure de rétorsion ?

19. Etes-vous d'accord :

1. Qu'en l'absence de convention contraire, des voies de recours diplomatiques seront immédiatement disponibles

[70] *Wortley,* « Expropriation in Public International Law », Cambridge University Press, 1954, p. 50.

pour un Etat qui se sent directement lésé dans son investissement dans un pays en voie de développement, sans qu'il lui soit nécessaire d'épuiser préalablement les voies de recours locales ;

2. Que ce recours direct ne s'applique pas aux sociétés commerciales étatiques, ni aux entreprises qui sont assimilées à des sociétés commerciales ou qui en ont la forme ?

20. Sauf pour les cas considérés à la question *19*, 1, êtes-vous d'accord que nul investisseur ne peut demander la protection diplomatique sans avoir préalablement épuisé les voies de recours internes selon la loi du siège de l'investissement dans le pays en voie de développement, à moins que le contrat d'investissement lui-même ne lui accorde le choix d'utiliser ou non les voies de recours internes ?

21. Etes-vous d'accord :

1. Que le droit international possède ses propres standards objectifs, et que, sauf convention contraire, aucun investisseur n'est tenu d'accepter un standard de compensation purement local qui tomberait au-dessous de celui fixé par le droit international ? Sinon, pensez-vous qu'il conviendrait d'énoncer un standard de compensation dans le contrat d'investissement lui-même ?

2. Que ce standard demande une restitution par rapport au *statu quo ante*, ou une indemnité équivalente comprenant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* ;

3. Que la suggestion du douzième *Harvard Draft Convention* sur la responsabilité internationale des Etats pour les dommages subis par les étrangers (Harvard 12th Draft Convention on the International Responsibility of States for injuries to aliens), qui se contenterait d'une « compensation qui n'est pas moins favorable pour les étrangers que

pour les nationaux... », n'est en aucune façon représentative du droit international général et ne convient en tout cas pas pour les investissements dans les pays en voie de développement, en ce sens que le standard local pourrait se trouver au-dessous d'un standard objectif et que l'accepter serait accepter un standard trop vague et subjectif ;

4. Que la suggestion tendant à faire accepter un standard local de compensation risquerait d'empêcher l'apport de capitaux aux pays en voie de développement, étant donné que même l'Association internationale de développement demande le remboursement de ses capitaux ainsi qu'une petite commision ?

22. Etes-vous d'accord :

1. Que tout investisseur légitime peut demander que l'investissement soit protégé par la *lex situs* et sans qu'il lui soit nécessaire de prouver une intention malhonnête de la part du pays en voie de développement ;

2. Qu'une demande en restitution de propriété, et autres droits qui lui auraient été accordés en vertu de la *lex situs,* peut être fondée sur le fait que ces droits ont existé, et qu'ils ont été reconnus et protégés par cette même *lex situs* en tant que faisant partie de l'investissement dans le pays en voie de développement, et qu'ils ne sauraient être restreints ou laissés sans protection en raison de la promulgation d'une nouvelle législation, sans donner lieu à une protestation et, éventuellement, à des mesures de rétorsion similaires ou à des saisies de la part de l'Etat de l'investisseur ?

23. Etes-vous d'accord :

1. Que les parties à un investissement peuvent demander la protection diplomatique de leur Etat même en l'absence d'un traité bilatéral ou multilatéral réglant l'investissement ;

2. Que l'habitude de conclure des traités d'amitié et de commerce avec les pays en voie de développement est utile, parce qu'elle permet de rendre plus nets les rapports entre ces pays et les investisseurs, mais que l'on ne doit pas tirer, du fait de l'absence d'une disposition conventionnelle, la conséquence de la non-existence d'un intérêt digne de protection légale dans le cadre du droit international public et du droit international privé ?

24. L'expérience des tentatives passées en vue de conclure un traité international pour la protection des investisseurs — par exemple celles de la Société des Nations ; de l'« International Trade Organization » en 1947 et 1948, et à Buenos Aires [71] en 1957 ; de la Chambre internationale de commerce en 1947 ; et plus récemment du projet Abs-Shawcross de 1959 ; du projet suisse de 1957 ; du rapport de la Commission économique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe sur un statut des investissements et un fonds de garantie contre les risques politiques, 1959 (Document 1027, Recommandation 211), du Groupe parlementaire (britannique) pour un gouvernement mondial sur un Code mondial des investissements, publié en juillet 1959, de la résolution de l'Association internationale d'études pour la promotion et la protection des investissements privés en territoires étrangers (APPI) d'octobre 1959, de la résolution de 1958 de l'ILA et des suggestions énoncées dans le document 1419 (p. 15) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe en 1962 — n'a-t-elle pas montré que l'élaboration d'un tel code pour la protection des investissements

[71] *Staff Report on Multilateral Investment Insurance of International Bank for Reconstruction and Development,* Washington, D.C., March 1962, p. 6. — *Projet du Code international pour le traitement équitable des placements à l'étranger,* Paris 1949. — Voir aussi, le rapport et le projet de Résolution d'*Albert de La Pradelle,* Annuaire de l'Institut, session de Bath, 1950, vol. 43, t. I, pp. 42 et s.

dans les pays en voie de développement risque de se heurter à un refus de la part de ces pays, à moins qu'il ne représente le dénominateur de conduite le plus bas possible ?

25. Attendu que tout investissement dans leur territoire est soumis à leur pouvoir souverain, doit-on demander aux pays en voie de développement de participer à l'élaboration d'un document multilatéral pour protéger les investisseurs, étant donné que c'est à l'investisseur de se protéger avant de transférer ses biens dans chaque cas d'investissement lequel, après tout, est *intuitus personae* de celui qui le reçoit ?

26. Les divers types d'assurance en vue de protéger les investissements contre les risques « non commerciaux », pour lesquels il n'y a pratiquement pas d'estimation actuarielle possible, tels qu'ils existent aux Etats-Unis, en Allemagne et au Japon [72], ou dans le système d'*Export-Credit* britannique, ont-ils pour conséquence d'accorder des subsides aux investisseurs qu'ils protègent contre des risques d'autres pays ?

27. Un système multilatéral d'assurance contre les risques « non commerciaux » n'encouragerait-il pas ceux d'entre les pays en voie de développement qui sont le moins responsables à confisquer les biens étrangers avec plus d'insouciance ?

28. Tout système multilatéral d'assurance, pour être plus efficace du point de vue économique, ne devrait-il pas impliquer, tôt ou tard, un système d'évaluation du crédit des pays en voie de développement, de telle sorte que les plus dignes de confiance puissent être assurés à un coût moins élevé que les pays moins sûrs ?

---

[72] IBRD, Washington, 1962, *Staff Report on Multilateral Investment Insurance* ; Consultative Assembly Documents 1419 *(op. cit.)* pp. 9-12.

2. Un tel système d'évaluation du crédit des pays ne comporterait-il pas des difficultés d'ordre politique, comme le constate le rapport de la Banque internationale (*op. cit.* p. 18) ?

3. Le fait que la Banque internationale ne fait pas varier ses taux d'intérêt en fonction de l'emprunteur est-il vraiment *ad rem* ici ? La Banque, en effet, peut non seulement tirer ses propres conclusions sur la valeur de tout investissement proposé, mais elle peut aussi demander une garantie de la part du gouvernement ou de la Banque centrale des pays en voie de développement. [73]

4. Ne serait-ce pas une entrée en matière indispensable que les pays dans lesquels les investissements sont soumis à une assurance multilatérale acceptent un code de conduite défini par les pays des investisseurs ?

5. Si au départ toutes les primes doivent porter le même taux d'intérêt, ne serait-il pas possible de prévoir des rabais annuels en faveur des investisseurs qui n'ont pas présenté de réclamation dans le cadre de leur assurance ?

29. Considérez-vous :

1. Que les garanties individuelles faites par des Etats tiers investisseurs dans les pays en voie de développement sont utiles ;

2. Qu'un Etat tiers peut accepter en faveur de l'investisseur une responsabilité primaire en cas de manquement du pays en voie de développement ou du débiteur qui y réside ;

3. Que les contrats subsidiaires de garantie, de gage ou d'assurance ne doivent pas être nécessairement soumis au droit qui régit l'investissement principal, mais qu'ils peuvent

[73] *Mars, op. cit.* p. 165.

fort bien déployer leurs effets en vertu d'autres systèmes en vigueur dans le pays de l'assureur ?

30. Etes-vous d'accord :

1. Que lorsqu'un garant ou un assureur a indemnisé son client pour la perte assurée, il est subrogé à tous les droits de son client ?

2. Qu'un tel garant ou assureur peut demander la protection diplomatique de son propre Etat, au cas où les droits auxquels il est subrogé ne lui sont d'aucune utilité ?

31. Etes-vous d'accord :

1. Que la soumission à l'arbitrage ou au pouvoir juridictionnel des cours de justice d'Etats tiers, ou dans l'éventualité où la partie est un Etat ou une entité internationale, à un tribunal international, est utile ;

2. Que la soumission à l'arbitrage exclut la nécessité d'épuiser les voies de recours internes, excepté en ce qui concerne le fonctionnement propre de l'arbitrage ?

32. Etes-vous d'accord que même lorsqu'une partie, qui a soumis un différend à l'arbitrage demeure passive, l'autre partie a le droit de nommer des arbitres et de commencer la procédure arbitrale ? [74]

33. Devrait-on considérer qu'il est permis de plaider l'immunité de l'Etat à l'encontre d'une partie litigante qui a l'intention :

1. D'actionner un Etat en voie de développement devant ses propres tribunaux ;

2. De faire exécuter un jugement ou une sentence arbitrale contre des biens des pays en voie de développement situés :

[74] *Lena Goldfield*, « Arbitration », *Annual Digest of International Law Cases*, 1929-30. Cases No. 1 and 158.

a) dans le pays de l'investisseur (abstraction faite des biens publics tels que navires de guerre et ambassades) ;

ou

b) dans des pays tiers ?

34. Les pays en voie de développement ne possèdent en général que peu de biens situés à l'étranger et susceptibles d'être saisis en cas de manquement. Ne serait-il pas dès lors plus prudent de prévoir que les investisseurs amortiront leur capital dans une période relativement courte, et que la remise complète du contrôle de l'investissement au pays en voie de développement n'interviendra (comme dans la Charte de la compagnie du canal de Suez) que lorsque le capital aura été remboursé ou que la concession aura légalement pris fin ?

35. Le boycottage, le refus d'accorder des facilités de transport ou de vente, ne constitueraient-ils pas un moyen de pression effectif à l'encontre d'une partie qui manquerait à ses obligations, conformément aux règles de conduite acceptées par les deux parties ?

36. Seriez-vous d'accord que les actionnaires sont en droit de demander la protection diplomatique de leur Etat au cas où la société dans laquelle ils ont investi ne peut ou ne veut pas la demander elle-même à l'encontre du pays en voie de développement ? [75]

La protection diplomatique ne devrait-elle pas être accordée à ces actionnaires eu égard à leur nationalité respective ?

37. Etes-vous d'accord que la règle dégagée par l'affaire *Nottebohm* montre l'insuffisance des règles qui régissent le

[75] *Wortley*, « The Mexican Oil Dispute ». Trans. of the Grotius Society, 1959, p. 15.

droit à la protection diplomatique [76] et qu'il serait opportun, dans tout contrat d'investissement, de se mettre d'accord à l'avance sur la nationalité de toute partie, dont la nationalité pourrait être mise en doute ?

Université de Manchester, janvier 1963.

[76] *Wortley*, « Note on Nottebohm ».

ANNEXE II

Observations de membres de la Neuvième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. B. A. Wortley de janvier 1963 [77]

1. Réponses de M. C. John Colombos

Londres, le 29 novembre 1963.

Mon cher Confrère,

Voici mes réponses à votre questionnaire :

1. Oui.

2. Ne s'applique pas, vu ma réponse sous *1*.

3. Oui.

4. Oui.

5. Oui.

6. 1, 2, 3 et 4. Oui.

7. 1. Il faut définir ici ce qu'on entend par « ordre juridique moderne ».

2. Je suis contre cet alinéa. Quel est ce système juridique ?

[77] Les numéros figurant dans les réponses correspondent à la numérotation du questionnaire.

8. Non, il y aurait une trop grande confusion.

9. Oui.

10. 1, 2, 3. Oui.
4. Non, je suis contre ces travaux préparatoires.
5, 6, 7, 8, 9. Oui.

11. Oui.

12. 1, 2, 3. Oui.

13. 1. Oui.

14. 1, 2, 3, 4. Oui.

15. Oui.

16. Oui.

17. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7. Oui.

18. Oui.

19. 1. Oui.
2. Cet article est très vague. Il faut définir ce qu'on entend par : *a)* assimilation ; *b)* forme.

20. Cette question me semble en contradiction avec la question *19*, 1.

21. 1. A mon avis, il serait préférable d'énoncer un standard de compensation dans le contrat lui-même.
2. Oui.
3. D'accord. La Harvard Convention ne représente pas, à mon avis, le droit international général.
4. D'accord.

22. 1, 2. Oui.

23. 1, 2. Oui.

24. Cet article est trop compliqué et ne se prête pas à une définition exacte. Quel est le dénominateur de conduite le plus bas possible ?

25. Oui.

26. Je suis contre.

27. Je suis contre.

28. 1, 2. Oui.

3. Non *ad rem* ici.

4. Cette question me semble contraire à l'équité. Il faut laisser le droit aux pays en question d'examiner le code de conduite pour s'assurer qu'il n'est pas contraire à l'équité.

5. Non.

29. 1, 2, 3. Oui.

30. 1, 2. Oui.

31. 1, 2. Oui.

32. Oui.

33. 1, 2, *a)* non ; *b)* non.

34. Cela dépend des circonstances particulières de chaque cas.

35. Oui.

36. Oui.

37. Oui.

C. John Colombos.

2. Réponses de M. Nihat Erim

Ankara, le 18 février 1966.

1. Oui.

2. Il faut ajouter à la définition *1*, le pourcentage élevé de l'analphabétisme.

3 et *4.* Oui.

5. Non. Le don doit rester en dehors d'un investissement à but lucratif. Les conditions d'un don doivent être fixées pour chaque cas spécial.

6. 1. Ma réponse est positive dans la mesure où l'expression « juste équilibre d'intérêts » est entendue dans le cadre des numéros *3* et *4*.
2. Même réponse qu'au numéro 1.
3 et 4. Oui.

7. Je suis contre l'imposition d'un système juridique. Il est sans doute souhaitable que le pays receveur se donne un tel système. Dans le cas où il ne le fait pas, on peut signer un contrat détaillé et surtout désigner une juridiction spéciale.

8. Il est préférable de fixer d'avance la mesure de change, voire un étalon.

9. Oui.

10. 1, 2, 3, 4. Oui.
5. Oui pour la première partie, non pour la seconde.
6, 7, 8, 9. Oui.

11. Oui.

12. Oui.

13. 1, 2, 3. 4. Oui.

14. 1. Non. La protection de l'investisseur doit être assurée par le contrat. Les mesures législatives qui ne seront pas en contradiction avec le contrat, doivent être régies par le droit international.
2, 3. Non.
4. Oui.

15. Oui.

16. Oui.

17. Non. Pour chaque cas il faut étudier la situation et chercher s'il y a ou non mauvaise foi de la part du gouvernement.

2. Chaque cas doit être étudié et on devra agir selon l'absence ou l'existence de la mauvaise foi.
3. Chaque cas doit être étudié.
4. Chaque cas doit être étudié.
5. Oui.
6. Oui.
7. Oui. Désirable.

18. Oui.

19. Non.

20. L'épuisement des voies de recours internes doit être nécessaire dans tous les cas.

21. 1. Oui. Mais, si l'on stipule un standard de compensation dans le contrat il faut appliquer cette clause.

2. Les règles existantes du Droit international doivent être appliquées dans chaque cas selon une évaluation par le tribunal international.

3 et 4. Oui.

22. 1. Non.

2. Dans chaque cas, les règles existantes du Droit international devraient être appliquées. Il n'est pas nécessaire d'adopter de nouvelles règles spécialement pour les pays en voie de développement.

23. 1. Ne rien ajouter à des règles existantes du Droit international.

2. Oui.

24. Je n'ai pas une opinion concluante à ce sujet.

25. Oui.
26. Je n'ai pas une opinion concluante à ce sujet.
27. Non. Parce que les responsabilités internationales de tels pays devraient subsister.
28. 1. Oui.
2. Possible.
3. Je n'ai pas étudié la question.
4. Non.
5. Oui.
29. 1, 2, 3. Oui.
30. 1. Oui.
2. Oui, à condition que le pays en voie de développement connaisse d'avance l'existence du contrat d'assurance.
31. 1. Oui.
2. Oui, s'il est ainsi stipulé dans le contrat d'investissement.
32. Oui, s'il est ainsi stipulé.
33. 1. Oui.
2. *a)* oui ; *b)* non.
34 et *35.* Oui.
36. Non.
37. Oui.

Nihat Erim.

3. Réponses de M. James E. Fawcett

London, September 1965.

These answers are offered with humility to very difficult questions. I hope they may be of some use.

1 and *2.* The definitions of an underdeveloped country, and of a developing country, appear to exclude countries

like Bolivia and Iran, where one or two natural resources are well developed and produce a good revenue but where there is an urgent need to diversify the economy. Countries with this need should, I think, count as " underdeveloped " for the purpose of the study.

3. Agree.

4. Agree.

5. If the " gift " is to be directed to the production of the primary or manufactured products to be " given " in return, yes, even if there are no other conditions, e.g. as to dates of delivery, quantities, etc. But if the " gift " can be used as the donee pleases, provided it " gives " some products sometime in return, I should not think there was an investment.

6. Agree.

7, 8 and *9.* Agree, but I think the legal rules governing each part of the contract of investment should be selected and written in by the parties, as far as that is possible.

10. 1, 2, 3, 4. Agree.

5. The procedural device by which a State might espouse the cause of an investor, *ex hypothesi* not its national, might, it seems, run into two difficulties :

i. The *Nottebohm* principle as to nationality (see answer on 37) ;

ii. The general principle, that a litigant should be a genuine party in interest, expressed for example in *Adams v. Naylor.*

6, 7, 8, 9. Agree.

11. I agree with the first proposition. I would qualify the second by limiting it to questions of the immunity from process, and authority as agents, of servants, of an international organization. I do not see why on other matters they should not be bound by the terms of the contract, as interpreted by its proper law.

12. 1 and 2. Agree.

3. I think that some limitation would be necessary of the kinds of crime which would justify confiscation of the whole enterprise, e.g. to major offences in the conduct of the enterprise or offences affecting the economy of the country : persistent large tax evasion would presumably be one such.

13. Agree with the whole.

14. 1 and 2. Agree.

3. If I understand the question rightly, I would think it would have to be settled in terms of the proper law of the contract.

4. Agree.

15. Agree.

16. Agree.

17. 2, 3, 4, 5, 6. Agree. Agree also that it would be desirable, and I think necessary, to cover all the eventualities in *17* by terms of the contract.

1 and 7. These are to some extent connected and present tricky problems. I think that both propositions need qualification. I would tentatively suggest that

i. Where the restriction on transfer of capital or income, or devaluation, is aimed solely at cheating

the investor or getting control of the investment enterprise, there can be no doubt that it would amount to a wrongful expropriation ; but

ii. The difficulty is that i. is often very hard to prove, since in an underdeveloped country, with *ex hypothesi* a weak economy, there will be always some arguments, at least plausible and often genuine, for restriction on transfers or devaluation ;

iii. Restriction on transfers and devaluation should in this context be made subject to the governance of the International Monetary Fund, which is the competent body in these matters. If either has been approved by the Fund or is consistent with the Fund Agreement, then I would suggest, the investor must accept the position. The Fund would not, of course, approve any action clearly falling under i. above. Reference to the Fund Agreement could be embodied in a contract with a Fund Member.

18. Agree.

19. Not agreed. I do not think that a State, acting as an investor, should be in a privileged position.

20. Agree.

21. 1. I think the standard of compensation should be incorporated in the contract.

2, 3, 4. See answer to 24.

22. Agree.

23. Agree.

24. I agree. But I think that the reason has been that many of these studies and resolutions have made the psycho-

logical mistake, not only of considering too tenderly the interests of the investor to the exclusion of the interests of the country where the investment takes place, but of not sufficiently consulting the principal underdeveloped countries themselves. I think it is very important that the Institute Report does not make the same mistake. The emergence of " Opec " shows that the underdeveloped countries are beginning to unite and work towards a common policy towards investors and the going for investors is likely to be less easy and less profitable than it used to be. Questions *6* (3) and *12* of the questionnaire recognise the interests of the underdeveloped countries, but I think it is necessary to go further, for example :

i. Some general rules acceptable to investing and underdeveloped countries must be worked out under *17* (1) and as to what restrictions on transfer are permissible. Obviously investors cannot recall a large capital sum at short notice in convertible currency : even moderate withdrawals may, if abrupt, disturb the economy of a poor country. The IMF might help here.

ii. The standard of compensation must have *some* regard to the capacity of a country to pay. A social or economic programme under *12* (1) may founder if the country is burdened by too heavy compensation. Commercial standards of industrialised countries cannot, I think, be applied without some adjustment to these investments which in any case can often add imponderable benefits in the field of foreign policy to investing countries.

iii. It is, I think, desirable that future investments in underdeveloped countries should become to as great

a degree as possible the responsibility of *international* funding institutions. This has at least two advantages : first the broad political neutrality of the IBRD and its auxiliaries, the IFC and IDA, avoids the danger that investments become solely instruments of foreign policy and correspondingly enhances the confidence of the receiving country. Secondly, the international institutions have broader shoulders and can make easier terms, e.g. low rate of interest, repayment in " soft " currencies, than the ordinary investor, even when it is a State. The IFC and IDA have made headway here.

25. I doubt whether this would add much to other proposals suggested in the Questionnaire above.

26 and *27.* I cannot express any useful opinion here.

28. 1 and 2. There is already a kind of system for estimation of creditworthiness in existence, namely, the annual reports by the IMF of its consultations with individual members of the Fund on their current economic position and policies. These have come to be increasingly relied on not only by the IBRD, but also by commercial banks acting alongside it, in deciding creditworthiness and also particular conditions of the contracts of loan.

29. Agree.

30. Agree.

31. Agree.

32. Agree.

33. 1. While I think in general that State immunity should be reduced I do not think that they should be in

the case proposed. I cannot imagine a worse scene than underdeveloped countries being sued against their will in the Southern District Court of NY.

2. If the judgment was that of an international tribunal, whose jurisdiction the country concerned had recognised, I think 2) a) might be permissible. Attempts to distrain under 2) b) would, I should have thought, face legal obstacles which would turn the procedure back to 1) above.

34. See on 24 above.

35. Agree.

36. Agree.

37. Agree.

James E. Fawcett.

4. Observations de M. Emile Giraud

Chapois, le 20 septembre 1963.

Mon cher Collègue,

J'ai répondu à votre questionnaire détaillé, mais je voudrais vous présenter quelques observations sur des points qui me paraissent particulièrement importants et qui, à mon avis, peuvent donner la clef du problème.

Si les investissements privés sont jugés profitables par des pays sous-développés, il faut pour qu'ils se multiplient qu'ils soient pratiqués dans des conditions équitables pour les deux parties, c'est-à-dire l'investisseur et le pays où s'opèrent les investissements.

Il faut que les étrangers qui investissent soient assurés que les engagements pris vis-à-vis d'eux seront tenus et qu'ils ne seront pas, après avoir fourni le principal de leurs prestations, l'objet d'une spoliation totale ou partielle par suite de mesures d'expropriation, de socialisation, de dévaluation de la monnaie ou de confiscation motivée par un conflit entre l'Etat où l'investissement a eu lieu et l'Etat dont les investisseurs sont les ressortissants. Je signale cette dernière cause de spoliation tout à fait injustifiée dont la pratique récente a fourni maints exemples.

Mais il faut d'autre part que le respect des droits des investisseurs étrangers ne mette pas en échec ou ne paraisse pas mettre en échec la souveraineté de l'Etat qui a bénéficié des investissements, ni l'empêcher d'opérer les changements politiques, économiques et sociaux qu'il veut réaliser.

Ce double résultat, difficile à obtenir, ne peut l'être, à mon avis, qu'en s'engageant dans des voies nouvelles.

Dans cet ordre d'idées, je vois trois moyens à employer :

1. Il faudrait que le régime des investissements privés soit examiné en commun par les Etats donnant et recevant les investissements. De cette confrontation des intérêts respectifs pourrait sortir une convention ou une sorte de code des investissements simplement approuvé.

Quand un accord d'investissement serait conclu, les parties pourraient dans cet accord se référer à la convention ou au code modèle ou seulement à certaines de leurs dispositions. On saurait ainsi exactement ce que l'Etat bénéficiant de l'investissement peut faire ou ne pas faire.

2. Cependant étant donné l'opposition des régimes économiques et sociaux et les évolutions rapides des Etats, ce serait une illusion de croire que le procédé indiqué sous 1 suffirait à assurer le respect des accords conclus.

Il conviendrait d'envisager des accords d'investissement dont la durée serait relativement brève de telle sorte que le créancier serait assez rapidement remboursé et que le débiteur retrouverait sa liberté sans avoir à compter avec des droits acquis. On tend en fait à s'orienter dans cette direction. Les contrats de type ancien, tels que le contrat de concession, appelés à durer cinquante voire cent ans ne conviennent plus.

3. Une autre garantie est nécessaire. Il faut que les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de l'accord d'investissement puissent à la requête d'une seule partie être soumis à un règlement judiciaire ou arbitral.

Les modalités de ce système demandent à être étudiées. En effet il s'agira le plus souvent d'un accord conclu entre un particulier et un Etat. L'arbitrage devrait donc être préféré au règlement judiciaire, mais il ne faut pas que la mauvaise volonté d'une partie qui refuse de participer à la désignation des arbitres ou à la rédaction d'un compromis rende l'arbitrage impossible.

Voici, mon cher Collègue, ce que j'ai cru utile de dire d'une façon très succincte.

Je vous prie de croire à mes sentiments dévoués et les meilleurs.

Emile Giraud.

Réponses de M. Emile Giraud au questionnaire

1. Oui.
2. Oui.
3. Oui.
4. Oui.

5. Non. Je pense que si l'on emploie le terme « don », i ne doit pas être question d'investissement, un don étan en principe inconditionnel.

6. 1. Oui.

3 et 4. Oui.

7. 2. L'investissement peut être fait en vertu d'une convention qui en principe règle tout.

9. Oui.

10. 1 et 3. Oui.

4. Le texte devrait, autant que possible, être « self-explanatory ».

5. Oui. Je considère la prévision d'un recours judiciaire ou arbitral comme une chose essentielle.

9. Oui.

11. Oui.

12. 1. Oui.

3. Je crois qu'il faut distinguer la responsabilité pénale du propriétaire ou concessionnaire et sa responsabilité civile.

13. 1, 3 et 4. Oui.

14. 1. Oui, mais ceci soulève de difficiles questions.

2. J'envisage d'abord le recours à un juge ou arbitre international après l'épuisement des recours de droit interne.

4. Oui.

15. Je ne crois pas qu'on puisse interdire les nationalisations, sauf pour une période de temps limitée.

16. Oui.

17. 1. Oui, sauf s'il y a une raison ... momentanée de suspendre le titre de transfert (guerre, catastrophe, crise monétaire).

2. Oui.

3. Il faudrait faire des distinctions.

4 et 5. Oui.

6. Oui, mais le droit de grève doit être sauvegardé.

7. On ne peut empêcher un pays de dévaluer sa monnaie, mais c'est à l'investisseur de stipuler une garantie de change.

19. 1. Le principe de l'épuisement des voies de recours locales doit être maintenu.

20. Oui.

21. 1 et 2. Oui.

3. Oui, mais c'est une question controversée.

4. Oui.

23. 1 et 2. Oui.

25. Oui, je pense que les institutions internationales à défaut de conventions pourraient adopter un règlement modèle, auquel les intéressés pourraient se référer dans l'accord d'investissement.

27. Oui.

28. 1. Très difficile.

2. Oui.

4. Un code établi par un accord général des investisseurs et des bénéficiaires des investissements.

5. Oui.

30. 1 et 2. Oui.

31. 2. Non, sauf s'il y a abus.

32. Il faut prévoir un arbitrage que la mauvaise volonté d'une partie ne pourrait pas bloquer.

34. Oui.

37. Oui.

5. Réponses de M. George A. van Hecke

Bruxelles, le 20 mars 1964.

1 et *2.* Je ne crois pas qu'il soit nécessaire à l'étude entreprise de rechercher une définition rigoureuse du sous-développement. La définition proposée me paraît pouvoir convenir.

3. Il faut admettre un concept très large de l'investissement de manière à y inclure par exemple des contrats permettant à la partie adverse de faire usage pendant un certain temps de connaissances contre le paiement de redevances. Un contrat d'*engineering* pour la construction d'une usine avec paiement différé devrait aussi tomber dans le champ de l'étude.

4. La distinction entre un investissement et un don inconditionné n'est peut-être pas aussi facile qu'on le pense à première vue. Que faut-il penser des dons d'argent assortis de conditions quant à l'utilisation des sommes données ? Ce phénomène assez fréquent devrait également entrer dans le cadre de l'étude.

5. Oui.

6. Il me paraît utile de préciser, quant au 3, que des techniciens locaux doivent être formés de manière à pouvoir

les associer à l'entreprise autrement que dans des fonctions inférieures.

7. L'exigence d'un ordre juridique « à la fois élaboré et moderne » me paraît justifiée et je voudrais la préciser comme suit. Par suite du très petit nombre d'investisseurs locaux, les pays en voie de développement sont souvent caractérisés par l'absence, dans leur ordre juridique, des garanties nécessaires aux investissements. Cette lacune s'explique précisément par le fait qu'en raison de l'absence ou de la rareté relative des investissements locaux, les juristes locaux n'ont pas, dans le passé, suffisamment pris conscience du problème. De là, la nécessité du recours à un ordre juridique plus élaboré.

8. En principe, il me paraît nécessaire qu'un contrat soit soumis à un seul ordre juridique. Il faut une seule *lex contractus*. Seules des questions spéciales et accessoires peuvent être soumises à un système différent de celui qui régit le contrat dans son ensemble. Les questions monétaires me paraissent trop essentielles pour être détachées du statut contractuel.

9. Le droit des gens peut s'appliquer dès qu'une des parties a la qualité de sujet du droit des gens.

10. 1, 2, 3. En principe il est désirable que la langue du contrat soit celle du système juridique qui régit le contrat et du for compétent. La rédaction d'un contrat en deux textes d'égale valeur ne doit toutefois pas être exclue, mais il faudra dans ce cas veiller à l'équivalence des textes. Voir sur ce problème l'étude de *Dölle* dans la « Rabels Zeitschrift » de 1961.

4. Un accord sur les travaux préparatoires susceptibles d'être utilisés dans l'interprétation est à recommander.

5. La clause arbitrale me paraît essentielle.

6. Je ne crois pas qu'il faille nécessairement exclure les contrats de durée indéterminée.
7. Oui.
8. On ne pourra pas éviter le problème de la compétence des organes étatiques qui ont conclu le contrat.
9. Je crois au contraire que le monopole ne se présume pas. Le principe est la possibilité de concurrence, même de la part de l'Etat concédant, à moins que la concession ne spécifie qu'il s'agit d'un monopole.

11. Il ne me paraît pas possible de soumettre un contrat d'un Etat A au droit administratif d'un Etat B. Le droit administratif est trop intimement lié à une organisation administrative et judiciaire donnée pour être susceptible d'application à des situations étrangères.

12. Oui.

13. Les principes énoncés me paraissent trop absolus, spécialement *ad* 2. Un défaut relatif à des formalités sans importance, une erreur commise de bonne foi dans une évaluation ou un pronostic ne devraient pas entraîner la perte de la protection.

14. 1. Oui.
2. Oui. Ce comportement doit être considéré comme illicite. Voir l'étude de *Jennings* dans le « British Year Book », 1961.
3. Oui, mais seulement si le contrat contient une référence à cette disposition.
4. Oui.

15. Oui. La théorie des représailles s'appliquera.

16. La notion de détournement de pouvoir ne me paraît pas adéquate. Je préférerais dire que le comportement de cet

Etat est illicite s'il a une des trois caractéristiques suivantes : *a)* ne pas être assorti d'indemnisation, *b)* être discriminatoire, ou *c)* être contraire à un engagement contractuel.

17. Ceci est une question difficile. Les limites du pouvoir réglementaire de l'Etat ne sont pas faciles à tracer. On peut s'inspirer de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la notion d'expropriation ainsi que de la jurisprudence fédérale suisse sur la liberté du commerce et de l'industrie. En principe, les mesures citées ne me paraissent illicites que lorsqu'elles sont contraires à un engagement contractuel.

18. Oui.

19. Oui.

20. Oui.

21. 1. Oui. Il me paraît important de fermement maintenir le principe du standard international. Un standard énoncé dans le contrat peut toutefois être utile comme confirmation et précision du standard établi par le droit des gens coutumier.

2. Oui.

3. Telle que la suggestion est présentée, je crois effectivement qu'elle n'est pas représentative du droit international général. Mais je pense d'autre part que le questionnaire déforme la pensée des auteurs du « Harvard Draft » telle qu'elle est exprimée dans l'« American Journal », 1961, p. 553.

4. Oui. Cette suggestion serait inévitablement suspecte aux yeux des investisseurs.

22. 1. Oui. La *lex situs* est évidemment compétente si elle n'a pas été écartée de façon expresse.

2. Je pense que l'Etat garde sa liberté législative et que l'usage qu'il en fait n'est pas illicite en l'absence d'un engagement contractuel ou d'une « expropriation indirecte ». Mais des protestations et rétorsions sont évidemment toujours possibles.

23. 1. Oui. Le droit des gens coutumier est établi en ce sens.
2. Oui.

24. Cette appréciation me paraît trop pessimiste.

25. Les pays en voie de développement ont intérêt à souscrire des engagements internationaux de manière soit multilatérale, soit bilatérale car, *ceteris paribus,* les investisseurs donneront la préférence aux pays qui ont souscrit de tels engagements.

26. La pratique de l'assurance dans ces matières en est encore à ses débuts et je ne crois pas qu'on puisse déjà conclure qu'il s'agit d'un subside.

27. Ce danger existe certainement si l'assurance n'est pas combinée avec un engagement international du pays qui reçoit l'investissement.

28. 1. Cette suggestion paraît raisonnable.
2. Oui, mais cela n'est pas une raison suffisante pour y renoncer.
3. La réponse donnée par le questionnaire me paraît justifiée.
4. Oui. Ceci est important.
5. Je ne le crois pas. L'absence de réclamation ne constitue pas une preuve suffisante de ce que le risque est moins grand.

29. 1. Oui. Elles constituent un stimulant.
2. Oui. Ceci me paraît un usage normal de la souveraineté.
3. D'accord.

30. 1. Cette subrogation sera une conséquence du contrat entre le client et le garant ou assureur, mais elle ne pourra déployer ses effets que si elle n'a pas été expressément exclue par le pays qui a reçu l'investissement.

2. Oui, sous la même réserve.

31. 1. Oui. Même si l'investisseur est un particulier, un arbitrage international doit être possible. (Voir le rapport de *Garcia Amador*, « International Law Commission Yearbook », 1956.)

2. Oui, dans le cas d'un arbitrage avec un particulier. Non dans le cas d'un arbitrage entre Etats.

32. Ceci est nécessaire pour assurer l'efficacité de la clause arbitrale et le respect de la bonne foi.

33. 1. Oui, sauf s'il y a eu renonciation à l'immunité.

2. Même réponse. La renonciation à l'immunité est évidemment souhaitable.

34. L'engagement contractuel devrait avoir une durée suffisamment longue pour que l'amortissement ne soit pas exagérément rapide.

35. La rétorsion est licite mais l'arbitrage est préférable.

36. En principe la réponse me paraît devoir être négative aussi longtemps que la société existe régulièrement et que la majorité n'y opprime pas indûment la minorité. La protection des actionnaires individuels devrait toutefois être admissible si la société ne peut pas obtenir de protection diplomatique, soit parce qu'elle dépend de l'Etat défendeur, soit parce qu'elle n'a pas de lien effectif avec l'Etat dont elle dépend.

37. Oui.

George A. van Hecke.

6. Réponses de M. Robert Y. Jennings

Cambridge, February 1966.

Dear Colleague,

Thank you very much for your very thorough and most stimulating preliminary report. Such comments as I am able to make refer in the main to questions of detail and are best dealt with by the reference to particular questions set out in your questionnaire. There is, however, one point of general principle that I would like to make at the outset. Although the task of this Commission is limited to problems of investment in developing countries, I would submit that it is important not in any way to convey any impression that developing countries are in law a special class of country. I am sure that we would all agree that the rules concerning foreign investments, insofar as they are rules of international law, apply equally to every debtor country or creditor country as the case may be, irrespective of whether they are developed or developing or something between. If this point is accepted it would entail omitting the reference to developing countries in several of the questions in the questionnaire.

My comments on particular questions are as follows. For the sake of brevity I have listed only those upon which I have some comment to make. With regard to the rest it may be assumed that I either agree with the implication of the question or have no useful comment to make.

1 and *2*. It seems to me that the question what is a developing country is a question of economics rather than law and can in any case receive only an arbitrary answer useful only for a particular purpose. Most countries of the world are more

or less underdeveloped and many countries have within themselves both developed and underdeveloped regions. I wonder how far it is either necessary or possible for this Commission to begin with a definition ? The legal problems of investment do not arise from the fact of the degree of underdevelopment but from quite other factors. I myself would prefer to begin on the contrary with a statement of the principle that the law is the same whether the debtor country is developed or underdeveloped, rich or poor.

3. Again I am a little shy of attempting too tight a definition. I think there can be an investment without any kind of contractual relationship, whether by concession or treaty ; indeed they are surely not uncommon. And I am not sure of the exact meaning in this context of " bénéfice ". There certainly may be investments without expectation of profit and even with a confident expectation of loss. The motives that persuade a ramified concern to invest in a particular area are plainly undefinable and unpredictable. And surely the motives are both undiscoverable and irrelevant to the legal position ?

4. No comment.

5. One would have to examine each situation on its merits and I wonder whether it is useful to attempt to state a simple general rule for what might be an immensely complicated series of transactions, probably *sui generis* ? The legal status of a gift is obviously a separate concept, quite different from an investment, in any legal language : but I am doubtful how far one can lay down a general rule for classifying situations of fact, which may or may not fall one side of the line or the other, depending upon more factors than can be accommodated in one question.

6. In the first place I suggest that the qualification referring to developing countries be struck out ; for the answer to these questions must be the same whether the country is developing, developed, or just stagnant.

1. I am not sure what this means. If it means legally recognized interests it begs the question. If it means economic interests then it is not a legal matter. In any case I do not see how a true equality can be attained in any real situation.
2. Yes, but it is not the *same* interest, and this is precisely where the problem lies : for the parties have a common interest only so long as their respective interests are complementary and not opposed. But it is only in the latter case that the law is likely to have a real problem to solve ; and at that point it does not help to say that the parties have a common interest, for the simple reason that it is untrue.

   I am a little unsure of the propriety of using the word " partie " in this context : it seems to assume that there must have been a contract ; but this is not necessarily so.

3 and 4. No comment.

7. In general I agree : but the form of the question seems to suggest that a foreign system of law is only appropriate where the law of one of the parties is not " élaborée et moderne " ; but surely there are other situations where this may be a good thing ? In any case it is very much a matter for the parties to decide for themselves.

8. Yes.

9. I have a great deal of sympathy with this idea, but I wonder whether it can be sustained as a general proposition in contemporary international law ? It seems to need

some adjustement with the *Serbian Loan* Case. And I am not entirely clear that general principles are part of international law. Perhaps the thought behind this question requires more elaboration.

10. 1. This is eminently a matter for the parties to decide.

2, 3, 4. All in general desirable, but again it is a matter for the parties to see what agreement they can get.

5. This needs redrafting now to take cognizance of the World Bank scheme. Normally, of course, the parties would not be able to take a question to the International Court of Justice because of Article 34.

6, 7, 8. In general yes. No comment.

9. This is a matter that varies a great deal from case to case and I doubt whether it can be dealt with satisfactorily in a simple general rule. To some extent, of course, the question is dealt with in local investment laws. But it also includes in any case very important questions of policy that must vary from country to country and from subject matter to subject matter. I feel that a developing country would be most unwise to subscribe to a general rule in these unqualified terms.

11. No comment.

12. Yes, but

1. I suggest that " préalablement payée " is asking too much. " Fixée " perhaps : but the most the law has ever asked is that payment shall not be unduly delayed.

3. I think this needs qualification : presumably it is not intended to cover a technical or relatively trivial offence and this should be made clear.

13. 2. Should not this be qualified in some way; otherwise a purely technical breach of the law may have radical consequences?

14. 1. Yes, but is there not some danger that tactical considerations may be mistaken for legal principle? No doubt it is in general a good thing if a contract can be specific on a number of points; but there are many possible reasons why in a particular negotiation this cannot be achieved or may even be undesirable. After all most negotiations of this kind take place in a strongly political context; and I would have thought it best accordingly to leave this sort of thing to the parties to decide.

2. This does not seem to leave room for the case where the contract lays down a specific agreed remedy or procedure in case of disagreement.

4. I suggest the limitation of this observation to developing countries should be struck out: if this is true it must be true for all governments of all countries.

15. I suggest that this question and question *12* need to be considered together as part of the same concept. Both raise some difficult questions of the relationship of municipal and international law. For example, I would have supposed that "eminent domain" is essentially a municipal law concept and in this case I am not sure that one can say that it is limited in its operation as stated in *12.*

16. Again the reference specifically to developing countries should surely come out?

I do not find it easy to imagine any likely purpose for an expropriation that would not be covered by the purposes set out in question *12.* Are not all expropriations said to

be for public purposes ? Of course, question *12* limits the right by reference to the obligation to provide compensation : but the provision of compensation is not a purpose. Thus the provision in question *16*, as at present drafted, does not seem to achieve its purpose.

17. Perhaps a reference might here be made to the wording of the corresponding clause in the World Bank's multilateral guarantee scheme :

> Any governmental action which, while it does not formally divest the investor of ownership, deprives him effectively and substantially of the benefit of his property or control thereof by measures such as . . .

It is, of course, true that indirect expropriation could result from the measures you list ; but this would not necessarily be the result. To attempt to make an exhaustive list of such measures would, I feel, be self-defeating : for each case depends upon its factual circumstances rather than upon the legal nature of the measures taken. Indeed it is at bottom a question of fact.

18. Perhaps diplomatic representations and retorsion should be considered separately. After all, a perfectly lawful measure may quite justifiably give rise to proper diplomatic representations.

19. 1. This rather begs the question it asks. If the injury is direct then of course there is no need to exhaust local remedies : but the only difficult question is to say *when* the injury is direct.

20. The case where the contract provides agreed remedies or procedures requires consideration : I am not sure that the last clause of this question covers this case clearly and adequately.

21. 1 and 2. Fail to distinguish between compensation for a lawful expropriation and damages for an unlawful seizure.

3. The Harvard Draft has surely been misread here: Article 10 provides:

> ... in accordance with *the higher of the following standards*:
>
> (*a*) compensation which is no less favorable than that granted to nationals of such State; or
>
> (*b*) just compensation in terms of the fair market value of the property unaffected by this or other takings or, if no market value exists, in terms of the fair value of such property....

22. I think I probably do not fully understand this question: but in any case I would like to see the reference to developing countries struck out in both 1 and 2.

23. 1. Is not this question put the wrong way round? The supposedly injured party can always ask, though it can never require, the diplomatic protection of his State. The question is when that State has a good case against the other?

2. Would it not be useful to draw attention to the very large number of bilateral treaties that lay down the international standard of compensation? There are, I believe, now something over sixty of them. This is in itself impressive evidence of the status of the international standard.

24. Should not this be looked at again in the light of the World Bank Convention of 31 October, 1965?

25. No comment.

26 et *27*. I suggest, with respect, that these questions risk the danger of seeming to over-simplify a complicated question of policy ; a question moreover which manifestly differs from one capital exporting country to another. I doubt in any case whether this question of policy is one that can usefully be considered by our Commission. After all, though admittedly it is very possible to criticize such insurance schemes on a number of grounds, there is basically a situation that has the approval in any given case of the capital exporting country, the capital importing country and the investor himself : would it not appear somewhat gratuitously doctrinaire if the Institut were to express its disapproval on somewhat theoretical grounds ?

28. I understand that the World Bank has been studying the question of multilateral insurance and has or will have a new draft convention. Perhaps one should await this before going further with this question ?

29. No comment.

30. No comment.

31. Perhaps there should be a reference to the World Bank scheme.

32. I would hesitate to answer this in the affirmative in general terms. One would wish to know, for example, exactly what the phrase " qui a soumis un différend à l'arbitrage " amounts to in the particular circumstances. Much depends also upon the precise terms according to which the court was to be constituted. This question raises very difficult and delicate issues : and I would not wish to answer a simple yes or even a simple no.

33. This seems to me to be principally a question of municipal law. In any case it would surely be wrong to give

a simple answer ; for so much would depend upon the facts of the particular case. In any case the answer would in no way depend upon whether the State concerned was developing or not.

34. Again I feel this a question of policy rather than of law ; but in any case it is looking at the matter simply from the point of view of a remedy against disaster rather than from the point of view of an investment that is intended to set about and accomplish some task. One wonders whether a crash programme of amortization is likely to appeal to either the investor or the host State at the time when the arrangement is negotiated ?

35. Yes, no doubt : but who are " les deux parties " referred to ?

36. Reference might here be made to the answer contained in Article 9 (*c*) of the OECD draft convention.

37. I do not quite see how a term of the contract could be decisive of either the nationality of a party or of his qualification for diplomatic protection under the *Nottebohm* rule.

Robert Y. Jennings.

7. Réponses de M. Paul Reuter

Paris, mars 1964.

Mon cher collègue,

J'ai bien reçu l'*exposé préliminaire et le questionnaire* relatifs aux travaux de la Neuvième Commission que vous avez eu la bonté de m'envoyer.

Je n'ai moi-même aucune expérience des travaux de l'Institut et j'ignore en particulier les objectifs précis qui ont été assignés aux travaux de cette Commission. Je suis donc embarrassé pour répondre à certains des problèmes que vous posez et qui, en raison de leur ampleur, semblent commandés par une conception d'ensemble dont il m'est difficile de me faire juge.

Néanmoins, pour marquer l'intérêt très vif qu'a suscité la lecture du document que vous m'avez adressé, je me permettrai de présenter quelques remarques *tentatively* en vous priant de n'y attacher qu'une importance toute secondaire.

Le cœur du sujet est dominé à mon avis par les paragraphes *24* et *25* de votre questionnaire. Il me semble que notre tâche pourrait être de dégager quelques suggestions avec les différentes alternatives qu'elles peuvent comporter; c'est aux pays intéressés par l'investissement étranger de préciser les propositions qu'ils doivent faire et non aux pays investisseurs à prétendre imposer des conditions ; la méfiance des premiers est trop grande pour qu'ils ne se méfient pas *a priori* de toute autre méthode. Quant à la voie qui est la plus indiquée, c'est assurément celle qui aura le plus de chances d'être mise en pratique ; je suis donc très réservé sur un traité multilatéral ; ce serait déjà beaucoup d'arriver à un traité modèle de type bilatéral, ou mieux encore à des conditions type pour une affaire déterminée ou à des recommandations à proposer par une banque internationale.

C'est dans cet esprit que j'examinerai votre questionnaire, en m'efforçant de me tenir étroitement aux diverses options juridiques qui sont offertes aux intéressés et en évitant les discussions proprement économiques qui me semblent échapper à la compétence de notre Commission.

1 et *2*. Je ne vois pas d'inconvénient spécial aux définitions proposées, mais j'éviterais le problème; je préférerais parler

d'« investissements de développement », de tels investissements pouvant trouver place dans n'importe quel pays, quelle que soit la catégorie dans laquelle il se range ou on le range.

3, 4, 5 et *6*. Je suis d'accord en général avec ce que vous dites ; cependant, je crois que la question *3* appelle une définition plus précise, comme celle qui a été proposée dans le projet de convention de l'OCDE, de manière à ne retenir que les investissements créateurs et non les investissements-refuges.

7, 8 et *9*. Vous touchez ici la question essentielle, à savoir le choix du droit applicable. Ce point est le plus important de tous et si je crois qu'il ne faut pas émettre des doutes sur la valeur du système juridique d'un pays quelconque, il est cependant certain que ni le droit de l'investisseur, ni celui de la *lex situs* ne sont en fait satisfaisants, au moins comme solution générale. Toutes les autres questions qui suivent sont commandées directement par la position que l'on prend au regard des questions *8* et *9*. Il faudrait donc distinguer avec rigueur un certain nombre d'hypothèses, avec leurs conditions de mise en œuvre respectives, ainsi que leurs avantages et inconvénients :

a) droit du pays où l'on investit ;

b) droit du pays où l'on investit, mais avec, sur certains points, droit de l'investisseur ou d'un pays tiers ;

c) droit d'un pays tiers ;

d) droit d'un pays tiers, « gelé » à une date déterminée ;

e) principes généraux du droit ;

f) droit international public.

Chacune de ces combinaisons, que l'on peut d'ailleurs diversifier, n'est pas compatible avec n'importe quel engage-

ment conventionnel ; mais l'on peut aménager plusieurs engagements conventionnels dont l'*ensemble* pourrait appliquer chaque combinaison à un problème déterminé. Ainsi, si l'on considère que l'« internationalisation du contrat » n'est pas acceptable entre parties privées, on peut doubler le contrat privé d'un accord international qui, par subrogation des parties, permette de résoudre le problème en le transportant sur le plan du droit international. Ce qu'il conviendrait d'étudier ce sont des modèles types qui permettent de mettre en œuvre ces diverses solutions ; ensuite on pourrait seulement étudier utilement les garanties juridictionnelles dont on peut les assortir.

10. Je réponds d'une manière générale positivement ; mais je renvoie pour les sous-questions 5 et 8 à ce que l'on vient de dire ; il est impossible de répondre à ces sous-questions hors d'un cadre juridique rigoureux.

11. Pour la première question la réponse est évidente si c'est la loi de la *lex situs* qui est applicable ; dans une autre hypothèse le problème change d'aspect. La deuxième question me semble vraiment d'un intérêt limité, mais elle en soulève une autre beaucoup plus importante : peut-on concevoir qu'une organisation internationale crée un droit propre auquel soient soumis, au moins pour partie, les actes conventionnels qui fixent le statut d'un investissement déterminé ? Je répondrais quant à moi affirmativement, en songeant notamment à certains prêts de la BIRD.

12 et *13.* Je suis d'accord sur la ligne générale qui, en réalité, ne fait que tirer des conséquences de la souveraineté territoriale ; mais je crois que la présentation appellerait un approfondissement, notamment en ce qui concerne les problèmes fiscaux, le principe plus ou moins évoqué des *clean hands*, celui des actes propres (13, § 4) ; il faudrait

préciser la question *13*, paragraphe 3, qui me semble un peu théorique.

14, *15* et *16*. Je ne suis pas d'accord sur la manière de poser ces questions ni, pour une part, sur la réponse qui leur est donnée. Il me semble qu'elles partent de l'hypothèse que l'engagement conventionnel est uniquement soumis à des règles de droit national. S'il en est ainsi, le respect du contrat est soumis aux seules règles que le droit international établit en cas de *breach of contract* ; l'Institut devrait discuter et préciser ces règles. En tout état de cause l'Etat est souverain ; il peut modifier sa législation, quitte à accorder des dommages-intérêts. La seule question qui se pose est de savoir si l'on veut élargir une conception du *breach of contract* dans le cas où l'Etat a fait disparaître des garanties de droit interne au vu desquelles le particulier étranger avait procédé à un investissement. Mais je réponds négativement à la question *15*, de même qu'à la question *16*.

17. L'énumération de cet article devrait être précisée ; je ne crois pas que les actes qu'il énumère constituent des délits internationaux *en soi* ; il faudrait y ajouter un caractère discriminatoire ou intentionnel. La question du paragraphe 7 est susceptible d'une réponse dans la mesure où l'on soutient que les clauses monétaires d'un contrat peuvent échapper au droit international.

18. Elle est mal posée ; toute violation du droit international peut donner lieu à une réclamation diplomatique *(claim)* ou, bien entendu, à une simple mesure de rétorsion ; en revanche il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation du droit international pour procéder à une simple rétorsion.

19. Il faudrait préciser la portée concrète de la question (§ 1) qui m'a échappé : dans quelles conditions un Etat pour-

rait-il investir *jure imperii ?* et s'il investit *jure gestionis* c'est la règle du paragraphe 2 qui doit s'appliquer.

20 et *21*. D'accord.

22. Je n'ai pas compris la question du paragraphe 1 ; sur le paragraphe 2 voir mes observations aux questions *14*, *15* et *16*.

23. L'expression « *les parties* à un investissement » me semble obscure et mettre en cause la question 36.

26 à *30*. Parmi les très intéressantes questions soulevées, je serais enclin à donner la première place à celle de la subrogation, qui me semble la plus juridique et la plus pertinente, car la subrogation conduit à transformer le jeu de la protection diplomatique ; si elle est admise, elle répond d'autre part à la question *26* ainsi qu'à la question *27*. J'attire une fois de plus l'attention sur les grands dangers politiques qu'il y a à rédiger unilatéralement un code de bonne conduite ; j'accepte avec enthousiasme l'idée, mais il doit être établi en commun par les sujets actifs et par les sujets passifs des investissements. Je crois également qu'il faut se limiter à l'hypothèse de garantie *publique* et laisser de côté les problèmes d'assurance privée.

31 et *32*. Si l'on veut vraiment aborder le problème de l'arbitrage, il faudrait évidemment développer beaucoup les questions ; *a priori* je ne crois pas que l'on devrait l'étudier d'une manière théorique mais simplement à propos de diverses solutions types que ce serait notre tâche de proposer.

33. Ce sont des questions purement juridiques pour lesquelles il est inutile de considérer qu'il s'agit d'un pays en voie de développement.

34. Problème fondamental. Il n'y aura probablement plus que des investissements à durée limitée, remboursables par des fournitures en nature. Ce serait ce cas-là qu'il conviendrait d'étudier à fond ; le reste me semble théorique.

35. Cette question n'a d'intérêt que si on la place dans le cadre d'une institution internationale (banque internationale, organisation internationale).

36. Cette question ne doit pas être examinée par notre Commission mais par une autre ; il n'est pas facile de démontrer que le droit international organise toujours au moins *une* protection diplomatique ; en revanche, il me semble plus facile de démontrer qu'il n'en admet pas le cumul, ni le choix entre plusieurs.

37. Oui, à la condition que cette nationalité soit fixe et ne dépende pas d'une nouvelle répartition des actions ou d'une modification des contrôles.

Paul Reuter.

8. Réponses de M. Shabtai Rosenne

Jerusalem, 29 April 1964.

My dear Friend and Colleague,

I have read with great interest and admiration your Exposé Préliminaire and Questionnaire which you have prepared for the Ninth Commission, and wish to congratulate you on the excellent way in which you have indicated the major problems which have to be faced.

I have one general observation to make. I realize that the matter, taken as a whole, lies in principle on one of two levels,

that of public international law and that of private international law, but that in some respects a given situation may fall in an interstitial area somewhere between the two. Nevertheless, I feel that an attempt should be made to keep the two levels as distinct as possible, even if it means proposing two draft resolutions, or a resolution in two distinct parts, and only if this should be found to be quite impossible, to probe gently into Judge Jessup's *Transnational Law*. I am mentioning this at the present stage because I felt the possibility of confusion in trying to reply to the detailed questions.

The following are my replies to your questions.

1. I have grave doubts whether it is either possible or wise to attempt to define an under-developed State. It seems to me that the question is very much one of degree and of context, and that a State may be under-developed for some purposes and not for others. A more serious issue, as I see it, is on what types of countries, and what types of transactions, do we wish to concentrate our attention. For example, would not a careful examination show that between the developed and the developing countries (the latter being largely dependent on international aid on a grand scale) there exists a vast intermediate range of countries, in various stages of " development ", not necessarily poor, not necessarily backward, but for many divergent reasons suffering from some structural deficiency in their financial and economic system ? Is it not also advisable to recognize that in many cases, especially of States coming within this intermediate group, the availability of foreign private investment capital is, partly at least, dependent both upon the general degree of development of a country's legal system and upon the confidence in the probity of the administration of the law ? I doubt

if purely economic factors are the only ones by which a potential investor, at all events if he is investing exclusively from profit motives, will be influenced. I mention this because it seems that, without necessarily approaching the subject in terms of " definitions ", you should consider an alternative approach which would not exclude different solutions for the different stages of " development " or of " developingment " (if I may be forgiven this ugly neologism) encountered in different States, and would also make some differentiation between the different types of transactions.

2. For me, this question does not therefore arise.

3. Generally, Yes, with, however, some doubts as regards persons (technicians) (see answer to Question *11*).

4. Generally, Yes, but depending on the purpose for which the " unconditional gift " was made.

5. Yes.

6. 1. Yes, on the understanding that the expression " juste équilibre d'intérêts " does not imply *a priori* a conflict of interests, since the initial transaction will presumably be based on a community of interests.

2. Therefore, Yes.

3. Yes.

4. Yes, subject to the reservation that there may be limits on the extent to which one can anticipate future problems. May I, in this respect, draw your attention to Article 44 of the Draft Articles on the Law of Treaties prepared by the International Law Commission in 1963 (Doc. A/5509), and the Commission's discussions on the Special Rapporteur's Draft Article 22

at the 694th-697th, 710th and 711th, 717-720th meetings of the Commission.

7. I think we should be careful to avoid any value-judgment on a State's internal legal system. On the other hand, I see no objection in principle (i) to an international negotiation having as its object a formal agreement regarding the introduction of specific rules into a country's legal system, where these do not already exist, and (ii) that an investment contract should contain a *professio juris* or other relevant indications.

8. In principle, and in the absence of contrary stipulation, a single legal system ought to govern a contract of investment, subject to the general principles of private international law.

9. I am not clear as to the meaning given either to the expression " Etat " or to " entité juridique internationale ", but assuming the former is limited to States as such, and not to State concerns, and assuming that the latter means public international organization in the sense of Article 34 of the Statute of the International Court, then, in principle, my answers to your question are as follows : Public international law *as such* can only apply if the compact is concluded between two or more States or other subjects of international law. If this condition is not fulfilled, public international law can only be applied by operation of a relevant choice of law provision in the contract, or by operation of other indications contained in the contract (arbitral award of 15 March 1963, *Sapphire International Petroleums Ltd. v National Iranian Oil Company*). By public international law, I understand the relevant elements designated in Article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court, including Article 38 (1) (c).

10. 1, 2, 3. I wonder if these matters, which to some extent go without saying, ought to be included in any draft resolution to be submitted by the Ninth Commission to the Institut. It might be sufficient if you were to mention them as *desiderata* in your Report.

4. I have certain doubts as to whether this would be practicable. This could also be dealt with in your Report.

5. In general, I think a properly drawn investment contract ought to contain provision for the settlement of disputes between the parties to the contract, but I am not convinced that at this stage we should be too restrictive with regard to a list of organs which could properly be invited to settle such disputes, or to conceive of the settlement only in terms of judicial settlement. There may be room for a certain flexibility, by introducing appropriate financial organs, including, for instance (if it materializes) the Centre for Conciliation and Arbitration proposed by the International Bank for Reconstruction and Development, and the like. Of course, any clause conferring jurisdiction on the International Court itself must not be construed *a priori* as excluding the right of the respondent State to raise appropriate preliminary objections, provided there is no abuse of the Court's procedure.

6. In principle, Yes; but here, again, some flexibility would appear to be desirable.

7. I have doubts whether this should be a matter of *a priori* principle, but believe the topic might well form the subject of a *vœu*.

8. I would have difficulty in accepting this proposition in the categoric form in which you have announced it.

I think the proposition could be rightly limited to the Government, rather than to the State which established the incorporated body or which granted the concession.

9. This ought to be a matter of negotiation rather than of *a priori* principle. It seems that the *Oscar Chinn* case dealt with quite a different situation from that with which we are faced, since it concerned the international obligations of the Belgian Government towards the British Government (*cf.* Article 1 of the Special Agreement of 13 April 1934).

11. To the first part of the question, Yes.

With regard to the second part of the question, full-time officials of an international organization ought *prima facie* to be considered as subject to the internal law of the organization in the sense used by the ILO Administrative Tribunal in the *Waghorn* case. But not all technical assistance personnel will come within this category, either because they are not *full-time* officials of an organization, or because their contracts of service are with a Government—whether the recipient Government or the assisting Government. Prof. *Bartoš*, as Special Rapporteur of the International Law Commission on Special Missions, has recently drawn attention to the lack of clarity in the status of Technical Assistance Missions (Doc. A/CN. 4/166, § 188). But I am asking myself whether the status of individual employees is a matter for consideration at this stage ? I would be hesitant to increase the categories of persons entitled to immunity.

12. Yes, subject to the Resolutions of the General Assembly of the United Nations on the question of permanent sovereignty over natural resources, especially Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962.

13. 1. On the assumption that the question refers to illegality according to the *lex situs*, Yes.

2. Yes, but care must be taken against arbitrariness and excessive formalism, and there is probably room for admitting the good faith of both parties as a relevant factor.

3. Yes: this would now appear to be covered by Article 37 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties, and the principle should be broadened so as to embrace transactions which are not directly governed by public international law.

4. Yes.

14. May I first draw attention to two terminological difficulties? Firstly: Question *14* (1) refers to " disposition législative ou constitutionnelle ", question *14* (2) to " une telle disposition " and question *14* (3) to the "constitution ". I do not think it will be easy to maintain a clear distinction between a constitutional and a legislative disposition, nor will it be practical. Secondly: Questions *14* (2), *15*, *18* *19* and *23* use expressions such as " mesures diplomatiques ", " action défensive ", " voies de recours diplomatiques ", and " protection diplomatique ", but I am not clear whether you attach any significance to these distinctions.

1. I would have doubts as to the real value of any such contractual stipulation. Furthermore, one might anticipate that such a stipulation could come to constitute an obstacle to further development of a country. Here, again, the principles established by the General Assembly in its Resolution on permanent sovereignty over natural resources, and in other Resolutions, would seem to come into play.

2. If such a stipulation is made, the answer to the question must be Yes, but provided the object of the diplomatic measures is legitimate.
3. Can an intervenient change in the Constitution be regarded, in itself, as constituting an *obligation* ? Therefore I would answer No, unless a specific term appears either in a relevant international treaty, or in the investment contract itself, or unless *mala fides* can be established.
4. I think we should avoid being categoric over this aspect, which could be one of exceptional delicacy.

15. Yes, subject to my answer to question *12*, and provided that the " action défensive semblable " is not itself in violation of international law.

16. Yes, subject to my answer to question *12*.

17. My answer to all your sub-questions would be Yes, subject, however, to the so-called doctrine of *rebus sic stantibus*. Too much rigidity and too much detail could create serious obstacles to future development. But should the emphasis not be placed more on the possibility of continuing with the investment on reasonably rentable terms ? I would also repeat here my general reservation to dealing, for the time being, in too much detail with personnel questions. The answer to sub-question 2 should also reflect the requirements of national security.

18. Yes, subject to my answer to questions *12* and *17*, and, of course, provided that any measure of retorsion should not be contrary to peremptory norms of international law, and particularly the Charter of the United Nations.

19. 1. Yes. I do not think that a State itself can be obliged by the exhaustion of local remedies rule. See the

article by *Meron*, at p. 83 of the 1959 Volume of the British Year Book of International Law.

2. Yes in principle, but I am not clear what is meant by " sociétés commerciales étatiques ".

20. Yes. But can private-law contract exclude the public-law rule of exhaustion of local remedies ?

21. On the whole question of compensation, I am not sure that contemporary international law is quite so clear-cut as these questions seem to presuppose. May I draw attention to the important Working Paper submitted by Mr. *Jiménez de Aréchaga* to the ILC's Subcommittee on State Responsibility (UN doc. A/CN. 4/152).

22. In principle, Yes ; but following Mr. *Kaeckenbeeck*, I think that the so-called theory of the protection of acquired rights is only a relative, and not an absolute, one, especially after fundamental social change. See his article in the 1936 Volume of the British Year Book, at p. 15.

23. 1. Only in accordance with the general rules of international law governing diplomatic protection.

2. Yes, but I do not think that private international law requires special mention.

24. Yes.

25. Yes.

26. I find it difficult to answer this question in the absence of detailed experience of how these insurances work.

27. I have doubts about any multilateral system of insurance.

28. Following my answers to questions *26* and *27*, I would refrain for the time being from answering question *28*.

29. Yes, to all three questions.

30. I am not clear how subrogation would work on the international level, having regard to the impact of the nationality of claims rule. May I draw your attention to the fact that a similar question was argued between the parties, but not passed upon by the Court, in connection with the third Bulgarian preliminary objection in the *Aerial Incident of 27 July 1955* case (Israel v. Bulgaria).

31. I would not encourage the bringing of disputes before the *Courts* of third States (assuming them to have jurisdiction), but arbitration is another matter. I do not think that the exhaustion of local remedies rule ought to be excluded *a priori* in appropriate cases. Much would depend upon the tribunal before which the arbitration is brought. as well as the parties.

32. Following the advisory opinion of the International Court in the second phase of the *Peace Treaties* case, this ought to be a matter dependent upon the intentions of the parties. I think we could assume that modern arbitration clauses are drawn up having regard to that opinion. That certainly is my experience. On the other hand, if the investment contract can be related to a given system of law, both as to procedure and as to substance, that system of law would supply the answer.

33. 1. The local law will be controlling, subject to binding international stipulation, but *de lege ferenda* (internationally and otherwise) I would be favourable to a relaxation of the strict concepts of State immunity in appropriate cases, of which this would be one.

2. With respect, I think the question may be too general, and should distinguish between an international judgment or arbitral award (*cf.* the *Socobel* case, " Inter-

national Law Reports", 18 (1951), p. 5), and a domestic judgment or arbitral award. I would be favourable to a proposal to strengthen the enforceability of this type of international judgment or arbitral award by direct action of the individual concerned in both contingencies envisaged in the question, though how this would be done would require careful consideration. With regard to private judgments and awards, the position is, I feel, more complicated, because of the existence of multilateral and bilateral treaties governing the matter, but it is worth exploring solutions on the lines you have indicated.

34. I doubt if it would be prudent to generalize on this aspect.

35. Boycott and refusal of facilities ought not to be encouraged even as a measure of retorsion. You refer to "rules of conduct accepted by the two parties": I am not clear to what this refers, but at all events it seems that these rules of conduct ought not to derogate from overriding peremptory norms of general international law, including the provisions of the Charter of the United Nations and of the constituent instruments of other international organizations dealing with these matters.

36. I wonder if this topic comes within the scope of our Commission.

37. No. I do not share the criticism of the *Nottebohm* case, which, as I see it, turned on very particular facts related to the conduct of economic warfare during the Second World War.

With warmest personal regards,

Yours very sincerely,
Shabtai Rosenne.

9. Réponses de M. Nagendra Singh

New Delhi, the 24th November 1964.

1. Yes. The word "real" should be inserted before "National Income" and "National Income per head".

2. Does not arise.

3. Yes.

4. Yes.

5. No. Even if there is exchange of gifts, they, no doubt, remain gifts only. After the exchange of gifts neither party has anything to do with or to expect anything from such respective gifts. Therefore, the transaction should not amount to an investment. An investment entails returns of some kind and ultimately the repayment of the investment itself.

6. 1. Yes. The words " by law " are assumed to mean the law of the host country and also to include the Governmental policies and procedures, if any, with regard to foreign investments.

2. Yes.

3. Yes. To safeguard the political-economic-social interests and aspirations of the developing country, such country may like to regulate foreign investments and for that matter require the investments to be approved by the Government.

4. Yes.

7. 1. Yes.

2. No. Instead, such a country should evolve a legal system of its own.

8. No. There should be only one system of law which may be applied to the same contract of investment. If more

than one system or systems of more than one country is made applicable, there may arise possibilities of confusion in so far as there may be conflicting approaches in the different systems. People of one country, more particularly those of a developing country, may not be expected to know the legal system of other countries. The legal maxim—*Ignorantia legis non excusat*—should not be of universal application so long as the people of each country can be expected to know the laws of the other countries of the world.

9. Yes. Subject, however, that the investment contract should contain a provision to that effect (applicability of International law or part thereof) and such contract should be appropriately approved by the Government concerned.

10. 1. Yes.
2. Yes.
3. Yes.
4. Yes.
5. First Part—Yes. Already parties approach Internationa Chamber of Commerce for settling their disputes.
Second Part—Yes. Provided the words " Particular State " mean the State to which the " Party not recognised as a legal person " belongs.
6. Yes.
7. Yes.
8. Yes. Otherwise the State should not grant such concession at all or should grant it with reservations.
9. Yes. If the agreement is between two private parties the question of the State's saying or not " whethe it reserves the right to engage in competing activitie

with the investor " does not arise. But if the investor insists on a monopoly business for him, it is for the State to consider whether such contract be approved or not.

11. First Part—Yes.
Second Part— ?

12. Yes.

1. Yes.
2. Yes.
3. Yes.

13. 1. Yes.

2. Yes.
3. Yes. Equity demands equity.
4. Yes. The State may be estopped from denying the acceptance of the investment but what about the *validity* of such investment contract ? If the contract becomes void according to the laws, the contract can't be enforceable under the laws of the country, whether the State denies the acceptance or not.

14. 1. Yes.

2. Does not arise.
3. Yes.
4. Yes.

15. Yes.

16. Yes. But such answerability cannot have significant meaning unless there is a well defined code of international sanctions which has been acceptable to all the free nations of the world.

17. 1. No. If the delay is as a result of some unavoidable or some strategic internal policy reasons of reasonably temporary duration, it cannot be construed as expropriation.

2. No.

3. No. The country's economic policy may sometimes have to resort to such impositions provided however that such impositions are of universal application.

4. No. In those cases where the investor himself has done or caused to be done such acts which are the reasons, according to the law of the country, for such withdrawal.

5. No. If the local courts have administered justice according to the prevailing laws of the country.

6. No. Strikes and lockouts cannot be resorted to if they are in violation of the law of the country.

7. No. The devaluation of currency affects the people of the country and the foreigners alike.

(*a*) No. Same reason as above.

(*b*) No. —do—

18. Yes. Subject however to international code of conduct and international sanctions, if any, acceptable to all the free nations of the world.

19. 1. No. First the local remedies should be exhausted.

2. No. In case of such State Corporations also the investor should first exhaust the local remedies. In India, if the Government is a party to any contract and if it commits any breach of contract then it is open to the aggrieved party to sue the Government in a court of law.

Cet amendement est adopté par 24 voix contre 7 et 22 abstentions.

M. MAKAROV pense que cette suppression étant adoptée, on pourrait peut-être parler de *loi du lieu de son exécution.*

Cet amendement est adopté par 48 voix et 5 abstentions.

La discussion est de nouveau ouverte sur le paragraphe 4.

Le PRÉSIDENT lit l'amendement de M. Graveson. Le paragraphe 4 serait ainsi conçu:

> que les solutions du paragraphe précédent s'appliquent aussi à la validité quant à la forme de la révocation *par disposition testamentaire* d'un testament.

LE RAPPORTEUR pense que l'on peut accepter cette adjonction, car lorsqu'on parle d'une révocation du testament dans ce paragraphe on pense à un acte de volonté du testateur, il n'est pas mauvais que l'accent soit mis sur ce caractère.

M. MORELLI estime que si une révocation s'opère *ope legis*, la question de forme d'une telle révocation n'a pas à entrer en ligne de compte, or le paragraphe 4 ne vise que la forme.

M. GRAVESON pense qu'une précision serait néanmoins utile pour le droit anglais.

M. WENGLER soutient la position de M. Graveson, car à côté des révocations par mariage ou naissance d'enfant, signalées par son collègue, il peut exister des cas de destruction du testament. Des doutes peuvent s'élever sur le point de savoir si une telle destruction constitue un acte juridique du testateur soumis à une certaine forme ou non.

L'amendement de M. Graveson est adopté par 47 voix contre 4 et 6 abstentions.

M. ROLIN prend la parole pour déclarer que tous les paragraphes de la Résolution ont été adoptés à une très grande majorité sauf la deuxième phrase du second paragraphe. Il pense que cela provient du fait qu'il n'y a pas eu d'amendement proposé mais si un membre en avait suggéré un, le résultat du vote eût été vraisemblablement différent. C'est pourquoi il revient sur la proposition qu'il avait antérieurement faite tendant à remplacer les derniers mots de ce numéro par la phrase suivante:

> sous réserve pour les immeubles des dispositions impératives éventuelles de la loi de leur situation.

M. CHARLES DE VISSCHER, Président d'honneur, estime que MM. Koretsky et Rolin ont soulevé un problème très grave, celui de la difficulté d'accepter une option de législation en matière immobilière. C'est pourquoi il serait favorable à une réouverture de la discussion sur ce point.

M. LALIVE se range à l'opinion de M. Rolin pour ce qui est de la réouverture de la discussion.

M. DE YANGUAS MESSÍA émet un avis identique. Il estime que l'on doit pouvoir en tout cas réserver, en matière immobilière, les règles impératives de la loi du lieu de situation, en matière de forme et de publicité.

LE RAPPORTEUR reconnaît la difficulté qui se pose et qui le fait hésiter entre la solution de la Commission et celle de M. Rolin. Retenir cette dernière reviendrait cependant à réintroduire la référence aux lois impératives que l'on a précisément voulu éviter. Elle ne paraît d'autre part pas, quant au fond, correspondre aux intentions de la Commission. Et l'orateur de donner l'exemple suivant: à supposer qu'il soit domicilié à Nice et qu'il possède un immeuble à New York, des dispositions faites selon la loi française devraient être valables également

35. Yes.

36. 1. No.
2. No.

37. ?

Nagendra Singh.

10. Réponses de M. Mustafa Kamil Yasseen

Bagdad, le 27 février 1966.

1. A. La définition donnée est basée sur la distinction entre un pays sous-développé et un pays en voie de développement, or cette distinction n'est pas reflétée par la terminologie employée aux Nations Unies et dans les autres organisations internationales.
Quand un pays manifeste une tendance vers un taux suffisamment rapide d'augmentation du revenu par tête d'individu, il est dit que ce pays est dans le « take-off stage ». Pour éviter une confusion qui ne semble pas nécessaire, il est préférable de maintenir l'expression « en voie de développement » pour désigner également les pays sous-développés.

B. Une définition universellement acceptée du pays en voie de développement n'existe pas. Cependant la définition généralement employée considère le revenu par tête d'individu comme le facteur essentiel ; quand le revenu par tête d'individu est bas, le pays est en voie de développement ; quand au contraire ce revenu est haut le pays est développé. La ligne de démarcation entre un bas et

un haut revenu par tête d'individu est néanmoins arbitrairement fixée. La définition suggérée ne souligne pas suffisamment ce point

2. La définition ci-après peut être proposée :
Un pays en voie de développement est celui où le revenu par tête d'individu est au-dessous d'un minimum donné et n'augmente pas suffisamment avec l'augmentation de la population. Cela est dû au manque de ressources naturelles, de capital, d'entrepreneurs et de main-d'œuvre qualifiée, ou au manque de certains de ces éléments.

3. Je propose *a)* d'exclure le transfert des techniciens de la définition de l'investissement et *b)* de lier plus étroitement le transfert des ressources (argent, biens) à l'amélioration du « capital endowment of the receiving country ».

4. Oui.

5. Un échange de dons est en fait une transaction ; la qualification de l'opération ne peut être déterminée uniquement par le nom qu'on lui donne ; mais que cette opération soit un investissement ou non dépend de sa nature. Sûrement, tout échange de dons n'est pas nécessairement un investissement.

6. Oui.

7. 1. Oui.
   2. La solution mentionnée pourrait donner lieu à des difficultés voire même à des complications. Il est préférable dans ces cas de recourir à un accord bilatéral soigneusement élaboré.

8. C'est possible à condition d'être prévu par les règles de conflit ou l'accord des parties.

9. En principe, le droit applicable est celui que désignent les règles de conflit ou l'accord des parties. Le droit international public n'intervient qu'indirectement comme base des règles de conflit ou pour régler les problèmes entre Etats qu'entraîne l'investissement.

10. 1. Cette question pose un problème de traduction. En général, les expressions techniques consacrées par l'usage peuvent être traduites dans les autres langues, peu importe que cela aboutisse quelquefois à traduire un mot par une phrase. Ce qui est vraiment important c'est que la volonté des parties soit fidèlement exprimée et que les langues employées soient compréhensibles aux parties elles-mêmes avant de l'être à leurs conseillers.

2 et 3. Cela dépend des circonstances, des parties et de leur accord.

4. Oui.

5. Oui, mais à condition que dans tous les cas la possibilité de recours à un tribunal arbitral *ad hoc* soit incluse, et que dans le deuxième cas les règles internationales concernant la protection diplomatique soient respectées.

6. Oui.

7. Oui.

9. Oui, mais le principe est la liberté.

11. Oui en ce qui concerne la première partie ; la soumission à un système signifie, en principe, la soumission à ce système en sa totalité. En ce qui concerne la deuxième partie, en principe toute distinction à cet égard entre les pays en voie de développement et les autres ne me paraît pas acceptable.

12. Ici, il faut prendre en considération la nationalisation. Les investissements peuvent être sujets à nationalisation, ils sont alors soumis au droit sur la nationalisation qui prend une certaine autonomie et qui diffère dans une certaine mesure du droit sur l'expropriation.

13. 1. Oui.
2. Oui.
3. Oui.
4. Oui, mais de toute façon l'Etat ne peut ici être forclos de revenir à la légalité, pourtant cela n'empêche pas que sa conduite engage sa responsabilité vis-à-vis de l'investisseur.

14. 1. Techniquement, je ne vois pas comment par un contrat d'investissement l'Etat peut limiter la liberté de son organe législatif ou constituant ?
2. Il faut savoir de quelles mesures diplomatiques il est question. Oui, s'il s'agit d'engager une négociation ou de suggérer des pourparlers ou de toute autre mesure de règlement de différends.
3. Non, il est préférable que l'Etat n'intervienne à cet égard que pour remédier à une situation particulière touchant effectivement ses intérêts. Les mesures mentionnées, que je pourrais qualifier de préventives, pourraient créer des difficultés, et la crainte de l'Etat investisseur pourrait se révéler imaginaire.
4. Oui.

15. Pas toujours. Le droit de nationaliser est reconnu ; certes, la nationalisation peut donner lieu à certaines difficultés entre Etats, mais ces difficultés, comme toutes les autres, sont susceptibles d'être résolues par l'un ou l'autre des moyens pacifiques de règlement de différends.

16. Non, et surtout il ne convient pas ici de présumer la mauvaise foi pour parler en principe de détournement de pouvoir. Affecter ces biens à d'autres buts peut être commandé par des raisons plausibles. Toutefois cela n'exclut pas la responsabilité de l'Etat envers l'investisseur si le changement nuit aux intérêts de celui-ci.

17. 1, 2, 3 et 4. Toutes ces mesures peuvent être justifiées, étant commandées par l'exigence d'un intérêt légitime de l'Etat ; elles ne peuvent donc pas être d'emblée et toujours considérées comme donnant lieu à une expropriation indirecte.

5 et 6. Ces cas sont reprochables, ils justifient la responsabilité de l'Etat.

7. Il est peu probable qu'un Etat décide la dévaluation de sa monnaie précisément pour nuire à un investisseur ; la présomption ne me semble pas acceptable, elle doit être renversée.

Le contrat d'investisseur devrait être soigneusement élaboré mais sans qu'il soit alourdi par la prévision des éventualités qui peuvent être qualifiées de lointaines. L'excès dans ce sens, comme c'est le cas dans les paragraphes 5, 6, 7, peut blesser la susceptibilité et nuire à la possibilité d'une entente.

18. Ces mesures peuvent être justifiées ; toutefois elles pourraient être la cause de différends, lesquels pourraient donner lieu à une plainte diplomatique. Quant à la rétorsion, il ne semble pas juste de la tolérer avant qu'il ne soit clairement établi que les mesures prises ne sont pas légitimes ou en quelque sorte justifiées.

19. 1 et 2. Non, dans le sens qu'en l'absence de convention contraire, l'Etat en voie de développement peut tou-

jours opposer que les mesures prises sont légitimes ou justifiées et que, s'il en était autrement, les voies de recours locales pourraient y remédier.

20. Oui, en tenant compte de la réponse à la question *19*.

21. 1. Non, il est difficile de prétendre que le droit international possède ses propres standards objectifs.

2. Un standard juste ne demande pas nécessairement une restitution par rapport au *statu quo ante* ou une indemnité équivalente comprenant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Quand il s'agit de nationalisation il est raisonnable que les bénéfices excessifs que l'entreprise a déjà réalisés soient pris en considération. Toute l'histoire économique de l'entreprise devrait à cette fin entrer en ligne de compte.

3. Je crois qu'en général il n'est ni raisonnable ni possible d'exiger plus que n'exige la suggestion de la 12^{me} Harvard Draft Convention. Les autres solutions qui se basent sur un prétendu standard international objectif sont plus vagues et ne sont pas représentatives du droit international général.

4. Pas toujours, et de toute façon, rien n'empêche que ce problème soit, dans certains cas, l'objet d'un accord particulier entre les parties.

22. 1. Oui.

2. Oui, la promulgation d'une nouvelle législation qui restreint les droits de l'investisseur ou les laisse sans protection peut donner lieu à un différend international et ce différend peut, en fait, donner lieu à des mesures de rétorsion où à des saisies, mais rien ne permet, sans l'examen de chaque cas particulier, de se pro-

noncer sur la légitimité en droit international de ces mesures de rétorsion ou de saisie.

23. 1. Oui.
2. Oui.

24. Si.

25. Rien n'empêche de la demander, mais il vaut mieux que cela soit l'objet d'accords particuliers entre les parties intéressées.

26. Je ne suis pas pour le moment suffisamment informé pour répondre à cette question ; je peux peut-être envoyer plus tard ma réponse.

27. Peut-être, mais à mon avis cette hypothèse de pays peu responsable se rencontre de moins en moins ; les investissements raisonnables conclus d'une manière honnête sont en général respectés.

28. 1. Si.
2. Si.
3. Non.
4. Non.
5. Si.

29. 1. Oui.
2. Oui, si toutes les parties sont d'accord.
3. Cela dépend des règles de conflits ou de l'accord des parties.

30. 1 et 2. Il est douteux que ce soit une règle de droit international positif ; cette solution, même si elle était acceptée par les droits internes, poserait des problèmes

différents en droit international. De toute façon, elle ne peut être acceptée que si toutes les parties y consentent y compris surtout l'Etat contre lequel le système de protection diplomatique peut être mis en œuvre.

31. 1. Oui, à l'exception de la soumission au pouvoir juridictionnel des cours de justice des Etats tiers.

2. Non, à moins que cela ne soit convenu.

32. Cela dépend de l'accord des parties qui prévoit l'arbitrage et du droit commun qui concerne l'arbitrage en droit international.

33. 1. Non.

2. *A.* Non.

2. *B.* Non.

Mais cette réponse suppose que les règles internationales sur la compétence judiciaire sont respectées et que le jugement ou la sentence arbitrale est valable selon les accords des parties et le droit international.

34. Cette prudence me paraît excessive ; elle ne s'impose pas en règle générale ; elle pourrait même être nuisible à l'équilibre de l'opération économique. De toute façon, une telle prévision ne doit pas empêcher l'exercice du droit à nationaliser.

35. Le recours aux procédés pacifiques et normaux de règlement de différends est à mon avis plus efficace que les mesures mentionnées ; celles-ci pourraient même créer une atmosphère défavorable à la conciliation.

36. Non. La société seule, à mon avis, peut demander la protection diplomatique. Cette réponse est basée sur la nature même de la société et de l'intérêt du pays en voie de

développement, l'intérêt que ce pays évite la surprise de se voir opposer une série de protections diplomatiques de la part des Etats avec lesquels il n'a pas traité et avec lesquels éventuellement il ne voulait à cet égard avoir aucune difficulté.

Permettre la solution contraire entraînerait tôt ou tard un contrôle sur la nationalité des actionnaires et pourrait par conséquent nuire à la facilité caractéristique des transactions concernant les actions.

37. La nationalité dépend de la loi qui la régit et non pas d'une clause d'un contrat d'investissement. Techniquement la solution suggérée ne me paraît pas efficace.

Mustafa Kamil Yasseen.

III. La succession testamentaire en droit international privé

(Dixième Commission)

Rapport provisoire et projet de Résolution

présentés par

M. Riccardo Monaco

1. En juillet 1965, le rapporteur a remis au Secrétaire général de l'Institut son exposé préliminaire aux fins de communication aux membres de la Dixième Commission [1]. Etait annexé à cet exposé un questionnaire résumant les principales questions qui pouvaient se poser en ce qui concerne les règles de droit international privé s'appliquant à la succession testamentaire.

Au cours de la Session de Varsovie de l'Institut, la Dixième Commission a tenu sa première réunion, et fait un tour d'horizon sur la matière, en tenant compte aussi des questions évoquées par l'exposé préliminaire.

La Commission a tout d'abord discuté la question de savoir s'il était possible de traiter des successions testamentaires sans s'occuper simultanément de la succession *ab intestat*. Etant donné la diversité des opinions sur les questions de l'unité de la loi successorale d'une part, et sur le choix entre les rattachements au domicile et à la nationalité, d'autre part, il est apparu qu'un accord sur la détermination de la loi succes-

[1] Cette Commission est ainsi composée: M. Monaco, *rapporteur*, MM. Batiffol, Fragistas, Gutzwiller, Lalive, Makarov, Miaja de la Muela, De Nova, Salvioli, Valladão, Wortley, Yasseen, *membres*.

sorale serait difficile à obtenir. Cela a amené la Commission à penser qu'il serait vraisemblablement préférable de ne pas se prononcer sur le rattachement déterminant la loi successorale, mais d'étudier les questions spécifiques aux successions testamentaires, et en particulier celles concernant les limites du champ d'application de la loi successorale, d'une part, et des lois régissant la capacité du testateur, la forme du testament et d'autres points encore, d'autre part.

La Commission a également signalé à l'attention du rapporteur une série de nouvelles questions à étudier ; celui-ci a, par conséquent, rédigé un nouveau questionnaire comprenant lesdites questions additionnelles (p. 599 ci-dessous).

Ce questionnaire a été aussitôt transmis aux membres de la Commission. Le rapporteur a reçu huit réponses : celles de MM. Batiffol, Fragistas [1], Makarov, Miaja de la Muela, De Nova [1], Salvioli, Valladão et Wortley (pp. 601-640 ci-dessous).

C'est surtout sur la base de ces réponses que le rapporteur s'efforcera d'approfondir le sujet très complexe qui a été confié à la Dixième Commission.

2. La première et la deuxième question peuvent être examinées conjointement, étant donné qu'elles portent sur des problèmes qui sont strictement connexes.

Le rapporteur s'était demandé s'il fallait chercher des solutions générales valables pour tous les problèmes relatifs aux successions tant *ab intestat* que testamentaires, ou si, au contraire, il était préférable de considérer séparément les successions testamentaires.

Ayant reconnu comme plus opportune la première alternative, le rapporteur a, dans son exposé préliminaire, consa-

[1] Les réponses de MM. Ch. Fragistas et Rodolfo De Nova lui sont parvenues après la rédaction de ce rapport et il regrette de n'avoir pas eu la possibilité d'en tenir compte à ce stade des travaux.

cré la partie initiale de son examen aux problèmes généraux du droit international privé des successions. Ainsi, avant d'arriver aux questions propres au régime de droit international privé des successions testamentaires, il a essayé de dessiner le cadre général des successions tant *ab intestat* que testamentaires. Cependant, sur ce point les avis des membres de la Commission sont partagés.

M. Makarov se prononce nettement pour la solution négative, tout en reconnaissant l'intérêt que présenterait un examen très élargi de la matière. En effet, à son avis, la loi successorale, c'est-à-dire la loi compétente pour régler les successions *ab intestat*, a une certaine importance aussi pour les successions testamentaires. Mais, ajoute M. Makarov, la tâche de la Commission est limitée, dans l'étude du problème, aux investigations qui sont propres au sujet qui lui a été assigné, c'est-à-dire les successions testamentaires.

M. Batiffol adopte également une attitude négative, tout en admettant qu'une telle solution laisse subsister quelques doutes. En réalité, de l'avis de M. Batiffol, il pourrait paraître paradoxal de résoudre une question se présentant comme spéciale avant d'avoir pris parti sur le problème général. Mais l'expérience montre que la voie est praticable ; et c'est souvent un bon procédé de commencer par résoudre des questions relativement particulières : le travail en commun peut amener les esprits à aborder les chemins du rapprochement sur des problèmes plus généraux.

M. Batiffol invoque en outre, à l'appui de la solution susdite, une raison d'utilité positive : même si l'accord n'est pas réalisé sur la loi applicable aux successions en général, un progrès dans la certitude du droit peut être obtenu par l'étude de la succession testamentaire, qui pose un problème spécifique au droit international privé.

M. Miaja de la Muela exprime le même avis ; il formule toutefois une certaine réserve, dont les limites sont difficilement appréciables. En effet, il affirme qu'il est préférable d'étudier seulement les successions testamentaires, dans la mesure où il sera possible de les séparer des questions propres aux successions *ab intestat*. Cela signifie que certaines matières communes aux deux formes de succession doivent être incluses dans notre examen.

La réponse de *M. Wortley* se place sous un angle particulier : il est d'avis que pour le moment la considération de la succession *ab intestat* peut suffire. Peut-être cette réponse, qui impliquerait pour la Commission la renonciation à sa tâche, dépend-elle de la vision particulière de la matière, imposée par le droit anglo-saxon.

M. Valladão se prononce très nettement en faveur de la recherche d'une règle générale applicable aux deux espèces de succession, légale et testamentaire. Il estime que cela devrait être clairement énoncé dans le projet de Résolution, lequel devrait, en premier lieu, proclamer la règle générale qui gouvernera les successions et, ensuite, les règles particulières devant être adoptées pour la succession testamentaire.

M. Salvioli observe enfin que la matière des successions se présente comme une unité, de sorte que les problèmes relatifs aux successions testamentaires constituent une spécification de certaines prémisses de caractère général.

Telles sont les différentes positions résultant des réponses des membres de la Commission. Il faut admettre que les arguments à l'appui de la thèse négative, c'est-à-dire de l'opinion selon laquelle on devrait limiter notre examen aux seuls problèmes relatifs aux successions testamentaires, sont très

valables. Il y a là certes un certain contraste avec les exigences de la logique qui voudrait que toute analyse d'espèce soit précédée de la solution des questions préalables de caractère général. Mais il faut d'autre part reconnaître que la matière des successions testamentaires a sa propre autonomie et qu'elle présente, en outre, une quantité considérable de problèmes indépendants, ce qui nous amène à suivre l'opinion négative et à aborder les questions propres aux successions testamentaires.

3. La troisième question aborde d'une façon substantielle l'ensemble de la matière propre aux successions testamentaires. Elle vise à résoudre un problème qui est à la fois de fond et de méthode. La réglementation de droit international privé des successions testamentaires doit-elle être ramenée à une loi unique ou bien à une pluralité de lois ? Si la solution de la loi unique est retenue, doit-on donner compétence à la loi nationale du défunt ou à la loi du domicile du défunt au moment de son décès ?

Le rapporteur a cru opportun de poser ladite question parce que, dans la doctrine et même dans la jurisprudence de plusieurs pays, on a beaucoup discuté l'utilité qu'il y aurait à assurer au régime de droit international privé des successions testamentaires une certaine unité — sinon une unité absolue — qui s'étendrait au moins au plus grand nombre possible des éléments juridiques entrant en ligne de compte dans une telle succession. Ce point a été traité d'une façon assez approfondie par les membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire.

M. Batiffol déclare tout d'abord qu'il ne considère pas comme possible de soumettre toutes les questions soulevées par une succession testamentaire à une loi unique. Il s'agit plutôt de

savoir quels sont les domaines respectifs des différentes lois dont l'applicabilité apparaît comme nécessaire ou utile.

D'après M. Batiffol, certaines lignes directrices ont déjà été tracées pour résoudre des problèmes analogues dans le domaine du contrat. En effet, l'acte juridique dont le testament se rapproche le plus est le contrat : en matière de réglementation de droit international privé du contrat on peut constater que la loi n'est pas unique, mais qu'il y a des solutions différentes, eu égard à trois éléments principaux de la réglementation : la capacité, la forme et la substance.

Il n'y a pas lieu pour le moment de reproduire les observations de M. Batiffol en matière de capacité de tester ; il suffit de signaler ce qu'il rappelle à propos des Résolutions de l'Institut : celles-ci ne peuvent pas prétendre proposer des systèmes complets de solutions, mais seulement présenter un certain nombre de points sur lesquels un accord s'est révélé possible.

M. Makarov ne repousse pas absolument la possibilité d'envisager une loi unique régissant les successions testamentaires. Mais sa référence à la loi successorale comme telle doit être comprise selon l'interprétation qu'il propose. L'idée de M. Makarov est de considérer comme loi successorale la loi personnelle du testateur, sans préciser si cette loi doit être la loi nationale du *de cujus* ou celle de son dernier domicile. Cette solution est basée sur le principe de l'unité de succession qui adopte une seule règle de conflit s'appliquant aux successions mobilières et immobilières.

Si on adoptait ce système dans le projet de Résolution, le résultat en serait que chaque Etat pourrait préciser par sa loi interne s'il préfère considérer comme loi successorale la loi nationale du *de cujus* ou bien la loi de son dernier domicile.

M. Makarov, qui se soucie à juste titre d'être aussi complet que possible dans sa proposition, craint toutefois que ce point puisse faire naître une question de renvoi très difficile à résoudre.

A part cela, il faut retenir l'idée principale de l'unité des successions, qui est la substance des propositions faites par M. Makarov.

M. Valladão rattache les solutions possibles en ce qui concerne la loi compétente pour régler les successions testamentaires à une idée primordiale, à savoir celle de poser tout d'abord un principe qui soit valable pour toutes les espèces de successions : il s'agirait de soumettre la succession à la loi du domicile du *de cujus* à la date du décès, sauf pour les biens immobiliers qui seraient régis par la loi du lieu de leur situation à la même date. Une fois retenue cette solution générale, M. Valladão suggère qu'on tienne compte surtout de la volonté du testateur et que, par conséquent, on soumette la succession testamentaire à la loi désignée par lui parmi celles qui seraient admises par la règle générale, c'est-à-dire la loi du domicile et la loi nationale. Bien entendu, on pourrait toujours faire valoir contre ce choix du testateur la réserve de l'ordre public, de l'abus de droit et du prélèvement.

M. Miaja de la Muela partage les doutes de M. Batiffol en ce qui concerne la possibilité de parvenir à un accord sur une loi unique régissant dans leurs différents éléments les successions testamentaires. En outre, il fait une remarque qui a sans doute sa valeur : il ne s'agit pas en réalité de faire une simple option entre la loi nationale et celle du domicile, car bien souvent il faudrait prendre position à l'égard d'une pluralité de lois applicables, notamment dans les cas de biens immobiliers situés dans plusieurs Etats.

M. Miaja de la Muela ne méconnaît pas l'utilité d'une loi unique, mais il est convaincu qu'une pareille solution ne serait pas acceptée par de nombreux membres de l'Institut.

Pour sa part, *M. Wortley* expose la situation en droit anglais, en faisant remarquer que la loi nationale est sans valeur dans les pays fédéraux et même au Royaume-Uni, où la nationalité est unique, mais où le domicile peut être différent pour les personnes de même nationalité.

Si on doit maintenant tirer des conclusions de l'analyse du problème, telle qu'elle est développée dans les différentes réponses, on est obligé de constater qu'il faut renoncer à l'idée de la loi unique régissant, dans leur ensemble, les éléments de la succession testamentaire.

Il ne reste donc qu'à confronter entre elles les autres solutions qui ont été proposées. D'une part, M. Makarov voudrait sauvegarder, d'un point de vue formel, le critère de la loi unique, qui serait alors la loi successorale, sans aucune spécification ultérieure. On laisserait au législateur interne le soin de choisir entre les différentes lois. Ce système, qui serait peut-être susceptible de réunir le maximum d'adhésions, équivaudrait, en réalité, à renoncer à une réglementation directe de droit international privé.

On doit toutefois reconnaître que la référence à la loi personnelle du testateur, sans aucune autre spécification, pourrait être le seul système pour concevoir une règle suffisamment flexible. Tout en étant incomplète, elle pourrait très bien remplir la fonction d'élément catalyseur pour une telle réglementation.

Dans les limites de ses possibilités, il faut d'autre part que l'Institut se prononce clairement sur la loi applicable aux éléments présentant une individualité spéciale, ce qui nous amène à tenir compte également du système préconisé par M. Batiffol.

Il faut en réalité revenir à l'idée qu'il s'agit ici d'établir le régime de droit international privé d'un acte juridique, tel que le testament, plutôt que de régler, dans son ensemble, le phénomène de la succession testamentaire. Dans ces conditions, on peut très bien s'inspirer du schéma du contrat, c'est-à-dire considérer qu'il y a, dans un testament qui se rattache d'une façon quelconque à plusieurs systèmes juridiques, au moins trois éléments qu'il faut examiner séparément en vue d'établir les règles de droit international privé qui doivent régler l'acte. Tout d'abord, la capacité, non seulement du disposant, mais aussi des autres sujets qui sont intéressés à la succession; deuxièmement, la forme du testament, et enfin, en troisième lieu, les conditions de fond et le contenu du testament.

Avant d'esquisser les lignes des solutions à inclure dans le projet de Résolution, il apparaît indispensable de procéder à l'examen des autres problèmes posés par le questionnaire.

4. La quatrième question se réfère à l'autonomie du testateur, c'est-à-dire au pouvoir qu'on pourrait reconnaître à celui-ci d'indiquer lui-même dans le testament la loi applicable à la succession.

Le rapporteur a cru qu'il était de son devoir de poser ce problème; mais l'énoncé de la question mettait déjà en lumière les limites dans lesquelles l'autonomie serait concevable. En réalité, on ne peut pas contester que le testateur, dans certaines hypothèses, puisse exprimer sa volonté quant au choix de la loi applicable. Mais on doit tout de suite considérer que la loi d'autonomie ainsi indiquée ne pourra jouer que dans les matières abandonnées à la liberté du testateur par la loi successorale. Cela dit, on pourrait même arriver à la conclusion que la volonté du testateur ne constitue pas un critère de rattachement, qu'il s'agit tout simplement de sa liberté de disposition, qui doit être réglée par la loi successorale.

D'autre part, une certaine confusion se manifeste parfois, même dans la jurisprudence, entre le problème de l'autonomie de la volonté du testateur et celui de l'interprétation du testament lui-même (voir, par exemple, la décision du 6 juillet 1945 de la Chancery Division, in Re Allen's Estate, Prescott v. Allen and Beaumont (1945) 2 All. E. R., 264).

Ces prémisses nous amènent à consacrer toute notre attention aux observations faites par les membres de la Commission.

M. Batiffol remarque que l'autonomie de la volonté du testateur n'est pas acceptable pour un acte dont l'objet est de régler la dévolution d'une succession, étant donné que les successions sont soumises à une loi impérativement déterminée par les règles de conflit de lois. Cette difficulté est particulièrement évidente pour les systèmes, nombreux, qui connaissent une réserve au profit de certains héritiers. Il ne saurait appartenir au testateur d'éluder la réserve en se plaçant volontairement sous l'empire d'une loi qui l'ignore ou l'aménage différemment.

M. Batiffol conclut en reconnaissant qu'il est inéluctable, pour respecter la coexistence des législations en vigueur, que le testateur ne puisse se référer à une loi autre que celle qui régira sa succession sinon dans les domaines où cette loi ne porte pas de prescription impérative.

M. Makarov, après avoir rappelé certaines dispositions législatives et certains projets de réforme de règles de droit international privé, reconnaît qu'il y a en réalité des cas où le principe du choix de la loi à appliquer aux successions testamentaires par le testateur peut contribuer à des solutions justes. Toutefois, il estime que la Résolution de l'Institut devrait éviter de poser une règle dont l'importance pratique serait minime.

M. Makarov fait observer qu'en règle générale le testateur, en rédigeant son testament, nomme des personnes concrètes qu'il institue comme ses héritiers, sans utiliser le détour de

l'indication d'une loi qui doit être appliquée comme loi successorale.

En tout état de cause, si on décidait en faveur du pouvoir d'autonomie du testateur, il serait opportun de s'inspirer du projet de Code civil français qui accorde au testateur le droit de se référer à une loi autre que celle qui régit la succession *ab intestat*, sous réserve toutefois des règles impératives de la loi régissant la succession.

L'attitude de *M. Valladão* à l'égard de ce problème est beaucoup plus ouverte ; il attribue, comme nous l'avons déjà souligné, un rôle fondamental à la volonté du testateur dans l'ensemble des principes qui doivent régir la succession testamentaire.

Pour sa part, *M. Miaja de la Muela* remarque que la volonté du testateur ne peut pas déterminer la loi applicable. On doit au contraire concevoir cette autonomie comme une simple liberté de disposition qui doit être réglée par la loi successorale, ce qui équivaut à exclure que la volonté du testateur soit un critère de rattachement au sens du droit international privé.

M. Wortley déclare très nettement que seul l'ordre public du for doit limiter les dernières volontés du testateur, tandis que *M. Salvioli* admet l'autonomie du testateur dans les limites fixées par les règles impératives de sa loi personnelle.

Voilà le tableau d'ensemble sur le point de l'autonomie du testateur : on ne peut en conclure, à titre provisoire, qu'en ce qui concerne la détermination de la loi applicable au testament, la volonté du testateur joue quand même un certain rôle, dont il n'est pas possible, dès à présent, de préciser les limites. Il vaut mieux réserver cette question jusqu'au moment où nous aurons sous les yeux le cadre dans lequel s'insèrent les diffé-

rents critères de rattachement, chacun avec son propre domaine de validité.

En d'autres termes, il semble impossible d'établir *a priori* l'incidence de l'autonomie du testateur sans avoir pu préalablement la comparer avec les autres éléments du testament qui peuvent rattacher celui-ci à telle ou à telle autre loi.

5. Le cinquième point du questionnaire pose un problème se référant à l'étendue de la compétence de la Commission. Etant donné que le but ultime des Résolutions de notre Institut est celui de favoriser l'adoption de règles uniformes de droit international privé, il serait logique, lorsqu'on est en présence d'une codification déjà établie dans un domaine particulier, que l'Institut s'abstienne de revenir sur l'œuvre déjà accomplie, même si elle provient d'autres sources et d'autres milieux juridiques. Par contre, rien n'empêche l'Institut d'examiner en toute liberté un texte déjà existant afin d'améliorer ou de suggérer certaines modifications qui s'avèreraient opportunes à la lumière d'une expérience juridique ultérieure. Ce sont ces raisons qui ont incité le rapporteur à soumettre la question à la Commission.

La majorité des réponses prévoit de laisser les questions concernant la forme du testament en dehors des travaux de la Commission. Certaines remarques doivent cependant être prises en considération.

M. Makarov estime que nous ne devons pas nous contenter d'un simple renvoi à la Convention de La Haye : à son avis, abstraction faite de la circonstance qu'un tel renvoi à une Convention en vigueur ne répondrait pas à la tradition des Résolutions de l'Institut, il faut donner à l'Institut la possibilité de discuter un tel problème et de suggérer quelques modifications concernant le contenu ou la forme de la Convention susdite.

MM. Valladão et *Miaja de la Muela* suggèrent que l'Institut adopte, comme base de discussion, le texte de la Convention de La Haye: ce qui signifie qu'ils ne sont pas d'avis qu'il convienne de renoncer, *a priori*, à examiner les problèmes relatifs à la forme du testament.

M. Salvioli estime que les travaux de la Commission doivent porter également sur les questions de la forme des dispositions testamentaires.

M. Batiffol pense que l'œuvre de codification accomplie à La Haye est suffisante pour couvrir les questions existantes, et suggère que la Résolution de l'Institut recommande la ratification de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

Pour *M. Wortley* un simple renvoi à cette Convention serait suffisant.

Votre rapporteur, sur la base des opinions exprimées, croit que la meilleure solution, pour la bonne marche des travaux de la Commission et pour permettre à celle-ci de s'occuper d'une façon approfondie de tous les autres problèmes qui se posent quant aux successions testamentaires, est celle de ne pas renvoyer à la Convention de La Haye, mais de prendre acte des solutions adoptées par celle-ci. Evidemment, il ne peut pas être défendu aux membres de la Commission de suggérer que l'on traite certains points qui n'ont pas fait l'objet de ladite Convention.

6. Après avoir recherché les solutions qui paraissent les plus acceptables en ce qui concerne le régime général de la succession testamentaire, il faut procéder à une analyse plus approfondie des éléments particuliers de cette succession.

Il est nécessaire de traiter tout d'abord le problème de la loi compétente pour établir si le *de cujus* a ou non le droit de disposer *mortis causa* et dans quelles conditions.

Le rapporteur, dans son exposé préliminaire, avait indiqué comme compétente la loi nationale du testateur au moment de la rédaction du testament.

M. Makarov remarque que la doctrine n'est pas unanime en ce qui concerne la question de savoir si la loi applicable à la capacité du testateur doit être la loi qui régit la capacité d'exercer des droits en général ou bien la loi successorale. Dans le premier cas, ce serait la loi en vigueur au moment de la rédaction du testament. Si le testateur changeait successivement de nationalité ou de domicile, la loi devenue compétente d'après le nouveau rattachement ne pourrait pas invalider le testament pour incapacité du testateur conformément à cette nouvelle loi.

La conclusion à laquelle parvient M. Makarov sur ce point est d'attribuer compétence à la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction de la disposition de dernière volonté, sous réserve toutefois que la loi personnelle du testateur au moment de son décès ne prévoie pas des incapacités spéciales.

M. Valladão propose une solution plus ouverte, dans le sens que la capacité du testateur serait soumise à sa loi nationale ou bien à la loi de son domicile ou à la loi de situation des biens au moment de la rédaction du testament.

Seul *M. Makarov* formule des observations au sujet de la capacité de recevoir à titre gratuit, et conclut que cette capacité doit être régie par les mêmes principes.

Il reste encore à examiner les problèmes qui se posent à l'égard du contenu du testament : l'ensemble des dispositions

de fond du testament peut être considéré comme une unité et, par conséquent, être soumis à une loi unique. Sous réserve des observations faites relativement au rôle de l'autonomie de la volonté du testateur, on peut être d'accord avec M. Makarov en reconnaisant la compétence de la loi personnelle du testateur.

7. Le sixième point du questionnaire évoque une série de problèmes mineurs, qui ont cependant une importance considérable dans le cadre de la succession testamentaire.

On demande tout d'abord quelle doit être la loi applicable aux *pouvoirs de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de la succession.*

Ici la réponse la plus approfondie provient de *M. Batiffol*, qui souligne l'utilité de reconnaître aussi largement que possible les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire tels qu'ils sont déterminés par la loi successorale.

M. Batiffol pose tout d'abord une distinction fondamentale entre le cas de l'administrateur d'une succession nommé en justice et le cas de l'exécuteur nommé par le testateur.

En ce qui concerne la première hypothèse, nous nous trouvons en présence de deux conceptions différentes : l'une, qui est la plus restrictive et qui consiste à n'admettre l'action de l'exécuteur que s'il a été nommé par le tribunal du lieu où sont situés les biens sur lesquels il veut agir ; l'autre, d'après laquelle il faut demander à un tribunal local l'exequatur de la décision étrangère qui a nommé l'exécuteur ou l'a confirmé dans ses pouvoirs.

Pour ce qui est de la deuxième hypothèse, il est évident que l'on ne peut pas recourir à la procédure d'exequatur. Cela amène M. Batiffol à conclure qu'il serait plus conforme au respect de la volonté du testateur que l'Institut recommande la reconnaissance des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire

tels qu'ils résultent de la loi successorale, sauf pour ce qui concerne la transmission des biens immobiliers qui serait régie par la loi du lieu de leur situation.

La même distinction semble être reprise par *M. Valladão*, qui se réfère au Code Bustamante (art. 156) en ce qui concerne l'exécuteur testamentaire nommé par le testateur, et qui accepte comme compétente la loi successorale, tandis que, pour ce qui est des pouvoirs de l'administrateur de la succession nommé en justice, il préconise l'application de la *lex fori* comme loi du tribunal devant lequel se développe la procédure de distribution et de partage de la succession.

La question de la loi applicable à la *révocation du testament* se pose ensuite comme un autre point de caractère spécial.

En principe, la révocation du testament s'effectue par des dispositions testamentaires nouvelles, ce qui a pour conséquence qu'on doit appliquer les mêmes solutions que nous avons envisagées pour le testament lui-même.

Si par contre, comme le souligne *M. Batiffol*, la révocation résulte d'autres événements, tels que le mariage, le divorce et la naissance d'enfants, on se trouve plutôt dans le domaine du droit de la famille. Il serait alors prudent de s'abstenir de proposer une règle quelconque, car on sortirait du mandat confié à notre Commission.

En ce qui concerne le *testament conjonctif*, il faut d'abord remarquer qu'il est connu, par exemple, en Allemagne et en Autriche, tandis qu'il est prohibé en France, en Italie, en Espagne, aux Pays-Bas. Il s'agit premièrement de savoir si cette prohibition concerne la forme du testament ou son contenu. Voilà que surgit alors, comme le soulignent MM. Batiffol et Makarov, une question de qualification qui doit être tranchée par la *lex fori*.

Le *testament conjonctif* peut être considéré comme une forme de testament qui doit être assujettie à la règle *locus regit actum.*

Pour ce qui est du *testament partage,* on devrait suivre, de l'avis du rapporteur, la suggestion de *M. Batiffol* selon laquelle, étant donné que ce testament n'est pas connu de tous les systèmes juridiques, il faudrait s'abstenir de l'inclure dans une Résolution de l'Institut.

Quant aux *substitutions fidéicommissaires,* la question se pose de savoir s'il serait opportun de proposer une solution particulière dans une Résolution de l'Institut, ou bien de les exclure de toute réglementation proposée.

MM. Batiffol et *Valladão* sont en faveur d'une solution négative, tandis que *M. Makarov* propose l'application de la loi successorale.

Votre rapporteur incline à adopter la solution négative.

8. Un point qui exige beaucoup d'attention de la part de notre Commission est celui de l'exécution dans un pays d'un testament rédigé dans un autre pays.

Il faut en premier lieu faire une distinction entre les testaments qui ont été rédigés à l'étranger en forme publique et les testaments privés. Pour les actes de la première catégorie, les règles concernant la reconnaissance des actes publics rédigés à l'étranger seront applicables, tandis que pour ceux de la deuxième catégorie la solution dépend des dispositions de la loi du lieu où la succession est ouverte. Cette loi peut prévoir que l'intervention d'organes publics est nécessaire même pour l'exécution des testaments privés. Dans ce cas, le testament est susceptible d'être exécuté pour autant qu'un acte de juridiction volontaire soit pris à son égard. La question est donc de savoir dans quelles conditions un acte étranger de juridiction volon-

taire peut être exécuté dans un Etat autre que celui où il a été rendu.

M. Makarov indique à cet égard qu'on doit appliquer, en règle générale, la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu. Mais il semble admettre une exception dans le sens que les conditions requises par cette loi puissent donner lieu à la reconnaissance, autant que possible, des actes d'exécution fixés par la loi personnelle du testateur.

La position adoptée par *M. Valladão* à cet égard n'est pas très différente de celle ci-dessus exposée. M. Valladão fait remarquer que, en tant qu'il s'agit de testaments privés, ces actes ne posent pas de questions particulières autres que celles qui surgissent lorsqu'il y a lieu de reconnaître et d'exécuter des contrats, des actes de mariage, un aveu de paternité, etc. Mais si l'on exige l'accomplissement d'un acte de droit public à côté de l'acte privé, on devrait évidemment tenir compte des dispositions de la *lex fori*.

9. L'avant-dernier point du questionnaire pose la question des *pactes successoraux*.

Les avis des membres de la Commission sur l'opportunité de cette étude sont partagés.

M. Batiffol, tout en reconnaissant le grand intérêt qu'il y aurait à ce que l'Institut s'occupe de ladite institution, estime qu'il serait préférable de laisser cette matière de côté pour le moment.

M. Valladão est plus catégorique en disant que les graves problèmes des pactes successoraux n'entrent pas dans la tâche de notre Commission.

Au contraire, *M. Miaja de la Muela* ne refuse pas de considérer cette institution et remarque qu'il faut au préalable résoudre la question de qualification : une fois cette question résolue « par une qualification élargie des rapports successoraux », l'intervention de la notion d'ordre public serait inévitable.

M. Makarov observe que les pactes successoraux, tout en étant connus dans certains pays comme l'Autriche, l'Allemagne, la Suisse et les pays anglo-saxons, sont inconnus dans la plupart des autres Etats. Si on veut les inclure dans notre étude, il faut distinguer les pactes unilatéraux, qui peuvent être considérés comme des testaments ne pouvant pas être révoqués et les pactes bilatéraux.

Il s'agit plus spécialement de savoir si de tels pactes sont admissibles, et pour cela on devra donner compétence à la loi personnelle du contractant, ce qui fait que, dans les pactes bilatéraux, il faudra tenir compte des deux lois personnelles. D'après M. Makarov, si une de ces lois déclare le pacte inadmissible, ce sera la loi de l'autre contractant qui décidera si le pacte engage ce dernier.

Pour *M. Wortley* les pactes successoraux doivent être régis par la loi propre du contrat, ce qui paraît correspondre à la conception anglo-saxonne des conflits de lois en matière de contrats.

Nonobstant les doutes avancés par certains membres de la Commission, votre rapporteur est plutôt favorable à l'idée de retenir la matière des pactes successoraux parmi celles qui méritent l'attention de l'Institut.

10. Il reste enfin à décider si notre Commission devrait étudier les attributions des consuls en matière de testaments rédigés par leurs nationaux.

Selon la tendance qui ressort des réponses on ne devrait pas, pour le moment, s'occuper de cette question.

M. Valladão remarque, à juste titre, que les attributions des consuls en matière de testaments peuvent être assimilées à celles des notaires. En effet, ils ne sont pas appelés à prendre des dispositions en ce qui concerne le droit des intéressés à la succession, ni à régler la procédure de partage.

M. Wortley se réfère à la pratique anglaise, et déclare qu'en Angleterre le consul n'a aucune fonction en ce qui concerne le testament de ses nationaux.

MM. Salvioli et *Miaja de la Muela* se prononcent également pour la solution négative.

M. Makarov fait observer que cette matière relève plutôt du droit consulaire que des conflits de lois.

Il reste encore à tenir compte de l'attitude de *M. Batiffol* : il estime très utile d'étudier le rôle des consuls en matière de testaments, car les traités existant à ce sujet sont souvent peu explicites, tandis que la pratique est mal fixée en de nombreux pays.

Le rapporteur, tout en reconnaissant qu'il y aurait sans doute un grand intérêt à proposer des règles précises sur les attributions des consuls en matière de testaments, estime qu'il serait préférable de laisser de côté ce sujet, d'autant plus que nous sommes enclins à exclure de la compétence de la Commission la forme des testaments. Or, le testament consulaire apparaît surtout comme une forme de testament, et non pas comme une institution touchant à la substance des droits successoraux.

11. L'examen que nous venons de faire des différents points du questionnaire, ainsi que des réponses y relatives, nous

donne maintenant la possibilité de résumer les résultats auxquels, à ce stade préliminaire, nous pouvons aboutir.

Une fois exclu que l'on puisse établir des règles générales se référant à la fois aux successions *ab intestat* et aux successions testamentaires, et ayant reconnu qu'il serait impossible de prendre comme point de départ l'unité de la succession et, par conséquent, l'unicité de la loi qui doit la régir, il faut prendre d'autres bases de départ.

Nous avons déjà remarqué que, dans le domaine du droit international privé, il s'agit surtout de se référer au testament comme acte juridique.

Il serait par conséquent opportun de s'inspirer du régime du contrat, ce qui permettrait d'envisager une pluralité de points de rattachement, dont chacun entraînerait l'application d'une loi différente.

Il apparaît de prime abord que les problèmes relatifs à la capacité du testateur et à la capacité de recevoir par testament sont susceptibles d'une réglementation particulière.

On adopterait le critère de la loi personnelle du testateur en suivant la proposition de M. *Makarov*. Cette loi pourra être, suivant les cas, soit la loi nationale, soit celle du domicile. On pourrait ainsi donner satisfaction aux deux tendances législatives qui s'affrontent actuellement en la matière.

En ce qui concerne la substance, la validité et les effets des dispositions testamentaires, on peut reconnaître également la compétence de la loi personnelle du testateur au moment du décès. Il s'agit là d'une règle que l'on retrouve dans plusieurs législations et qui ne devrait pas donner lieu à trop de divergences.

Cela admis, on devrait quand même faire une certaine place à l'autonomie du testateur, dans les limites qui ont déjà été énoncées ci-dessus, c'est-à-dire sous réserve des règles impératives de la loi régissant la succession.

Le projet provisoire de Résolution, outre lesdites règles, énonce dans trois brefs articles la réglementation applicable aux trois points qui, d'après la majorité de la Commission, méritent d'être retenus.

Premièrement, on se réfère aux pouvoirs des exécuteurs testamentaires nommés par le testateur et à ceux des administrateurs de la succession nommés en justice, pour les soumettre respectivement à la loi personnelle et à la *lex fori*.

En second lieu, on considère les conditions suivant lesquelles on peut obtenir l'exécution d'un testament rédigé à l'étranger, et on donne à cet égard compétence à la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu.

Enfin, le projet de Résolution se termine par une règle relative aux pactes successoraux, qui devraient être également soumis à la loi personnelle du testateur.

Rome, novembre 1966.

Projet provisoire de Résolution

L'Institut de Droit international,

Considérant les conflits de lois relatifs à la succession testamentaire qui résultent de la différence de nationalité des personnes intéressées à la succession et de la situation dans des Etats différents des biens successoraux,

Considérant qu'il n'y a pas lieu de revenir sur les questions concernant la forme des dispositions testamentaires déjà résolues par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la loi applicable à la forme des testaments,

Déclare adopter la Résolution suivante :

Article premier

La capacité de disposer par testament est régie par la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction de la disposition de dernière volonté, sous réserve qu'en cas de changement de sa nationalité, la loi personnelle du testateur au moment du décès ne prévoie pas des incapacités spéciales.

La capacité de succéder par testament est régie par la loi personnelle de l'héritier.

Article 2

Les successions testamentaires sont, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, la part qui leur revient, la réserve et l'obligation au rapport, soumises à la loi personnelle du testateur au moment du décès.

Cette loi détermine la validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires.

Sous réserve des règles impératives de la loi régissant la succession, le testateur peut se référer à une loi autre que sa loi personnelle.

Article 3

Les pouvoirs des exécuteurs testamentaires nommés par le testateur sont déterminés par la loi personnelle du testateur.

Les pouvoirs des administrateurs de la succession testamentaire nommés en justice sont déterminés par la *lex fori*.

Article 4

L'exécution d'un testament dans un pays autre que celui dans lequel il a été rédigé est régie par la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu.

Article 5

Les pactes sur succession future ainsi que les pactes ayant pour objet la renonciation à une succession future sont soumis à la loi personnelle du testateur.

ANNEXE I

Observations des membres de la Dixième Commission sur le rapport provisoire et le projet provisoire de Résolution de M. Riccardo Monaco de novembre 1966

1. Observations de M. Henri Batiffol

Paris, le 12 avril 1967.

Mon cher Confrère,

J'ai lu avec grand intérêt votre projet provisoire de Résolution, et suis heureux de notre accord sur des points importants.

Votre rédaction me suggère les réflexions suivantes.

Dans l'article premier il faudrait prévoir le changement de nationalité *ou de domicile*, puisque ce dernier facteur est retenu par de nombreux systèmes pour déterminer le statut personnel.

Je ne crois pas qu'il soit possible, malgré l'opinion de notre éminent confrère M. Makarov, de considérer que la loi successorale peut être caractérisée comme étant la loi personnelle. Sans doute une telle expression réserve-t-elle le choix entre la nationalité et le domicile, mais de nombreux systèmes soumettent les successions immobilières à la loi de la situation des biens. Une Résolution de l'Institut doit tenir compte de cette diversité du moment qu'elle ne tente pas de la résoudre. J'entends que la considération de la situation des immeubles conduit à ce que le testateur sera amené, le cas échéant, à tenir compte de lois différentes pour disposer de ses meubles et de ses

immeubles; et cela est une conséquence assurément fâcheuse de la distinction entre meubles et immeubles dans les successions. Mais vous avez renoncé, et avec raison, à tenter de résoudre le problème général de la loi applicable aux successions. La Résolution ne sera pas pour autant dépourvue d'intérêt. Il faudrait donc à mon sens remplacer dans l'article 2 et dans l'article 3 l'expression « la loi personnelle du testateur » par « la loi successorale ». Aussi bien avez-vous vous-même employé à l'alinéa 3 de l'article premier l'expression « loi régissant la succession »: ce me paraît beaucoup plus en harmonie avec l'esprit du projet.

Sur la liberté de choix ouverte au testateur, je maintiens, et suis heureux de votre accord, que le testament ne devrait pouvoir s'écarter de la loi successorale, notamment par la référence à une autre loi, que dans les matières laissées par la loi successorale à la liberté du testateur. Notre savant confrère M. Valladão, s'appuyant sur différents précédents latino-américains, préconise une option du testateur entre la loi de sa nationalité et celle de son domicile au jour de son décès. Il s'agit là, à la vérité, de la détermination de la loi successorale, qu'en principe nous pensions laisser de côté. Mais comme cette détermination dépendra par ce système des dernières volontés du défunt, il ne serait pas déplacé, à la réflexion, de considérer l'intérêt de cette proposition. Dans une Résolution de l'Institut, elle présenterait l'avantage de contribuer à atténuer les inconvénients résultant du partage du monde contemporain entre le domicile et la nationalité.

M. Makarov a également examiné cette possibilité, rappelant qu'elle est prévue par la loi suisse, et qu'elle a été proposée par l'Union du notariat latin. Il estime, néanmoins, qu'il vaudrait mieux s'en tenir à la limite des règles déclarées impératives par la loi successorale. Il faut cependant observer que l'objet du choix serait précisément la loi successorale elle-même,

dont les prescriptions impératives devraient par voie de conséquence être respectées par le testateur. Il ne s'agirait donc pas d'admettre une liberté totale, et limitée par les simples exigences de l'ordre public du juge saisi, comme paraît le proposer notre distingué confrère M. Wortley. Une telle liberté ne laisserait plus grande signification à la désignation d'une loi successorale, et l'article de M. Dölle à la *Rabels Zeitschrift* (1966, p. 205) en faveur de cette liberté, dont j'ai pris connaissance après ma réponse à votre questionnaire, ne m'a pas convaincu. L'option proposée, au contraire, respecterait le principe que si les Etats légifèrent en matière successorale, et souvent impérativement, c'est apparemment parce qu'ils estiment avoir des raisons pour ce faire. Que les relations internationales conduisent les juges à admettre qu'une succession sera soumise à la loi d'un autre Etat signifie que les intérêts en cause recevront une organisation, différente sans doute, mais existante. Laisser au testateur la liberté de ne respecter aucune loi est autre chose. L'option proposée, sans dispenser le testateur de respecter aucune précaution, favoriserait cependant l'exécution de ses volontés; et on peut estimer que c'est un rôle des Résolutions de l'Institut parce qu'il s'agit d'un facteur favorable à l'unité des solutions malgré la diversité des systèmes juridiques.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments fidèlement amicaux.

Henri Batiffol.

2. Réponses de M. Pierre Lalive au questionnaire

Genève, le 12 avril 1967.

Questions 1 et 2

Il faut s'en tenir au thème assigné à notre Commission, soit les successions *testamentaires*. Cela pour des raisons d'opportunité en même temps que pour des raisons d'ordre scientifique. D'une part, nos travaux auront plus de chances d'aboutir, dans un domaine aussi complexe que celui des successions, si leur objet est plus limité. D'autre part, le thème proposé présente une spécificité suffisante pour se prêter à une étude particulière. La succession testamentaire est fondée sur la volonté humaine, quand bien même c'est la *loi* qui permet à l'autonomie de la volonté, et dans certaines limites, de s'épanouir et de déployer ses effets. La succession *ab intestat* a un fondement très différent et se laisse de moins en moins expliquer, de nos jours, par la seule théorie individualiste d'une volonté présumée du défunt.

Sur le terrain du droit international privé, même si l'on admet, avec *Lewald* (Recueil des Cours, 1925, chiffre IV, 106) que

> c'est à la loi gouvernant la dévolution successorale *ab intestat* de décider si, et en quelle mesure, l'ordre successoral établi par elle peut être éliminé par la volonté de l'individu,

on doit constater que la première espèce de succession pose indiscutablement des problèmes de rattachement particuliers (par exemple quant à la capacité de tester, à la forme des testaments) justifiant une étude séparée.

Les arguments « logiques » en sens opposé ne paraissent pas décisifs. Il convient seulement d'en retenir l'utilité — soulignée

avec raison par l'exposé préliminaire (page 575 — d'une vue juridique d'ensemble, à distinguer d'une *étude* d'ensemble, des successions, lesquelles ne peuvent d'ailleurs pas davantage être totalement isolées (ni en droit interne, ni en droit international privé) de considérations relevant du droit des personnes et de la famille et du droit des biens.

Question 3

S'il paraît souhaitable a priori d'éviter autant que possible le morcellement, ici comme en matière de contrats, il est certain que l'application de la *lex successionis* ne peut pas, et ne doit pas, être étendue.

à toutes les questions *se référant* aux successions testamentaires.

La capacité de tester et la forme des testaments (dont il sera question plus loin) sont les exemples classiques de questions qui, de par leur nature, semblent devoir échapper, dans une mesure à déterminer, à l'emprise de la loi régissant le fond, soit les effets du testament, la dévolution de la succession.

En ce qui concerne la capacité de tester — question qui soulève des difficultés, ainsi que l'observe M. Batiffol, pour les pays où, comme en Suisse, la succession n'est pas soumise à la *lex patriae* — j'incline à penser, sans pouvoir entrer ici dans une controverse connue, qu'elle touche davantage au domaine successoral qu'à celui de l'exercice général des droits civils et doit, par conséquent, relever de la *lex successionis*. (Soit dit en passant, cette solution est discutée en droit international privé suisse, où la doctrine est partagée sur l'applicabilité de l'article 7, alinéa 4, ou de l'article 34 de la loi fédérale du 25 juin 1891 « sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour » en abrégé L.R.D.C.).

A propos de « loi unique », il semble souhaitable aussi, à la lumière des justes remarques de l'exposé préliminaire sur les inconvénients de la division en succession mobilière et succession immobilière (cf. aussi les observations de M. Makarov), que l'Institut se prononce en faveur de l'*unité* des successions, même si ce point n'intéresse pas les seules successions testamentaires.

Vu la réponse donnée à la première partie de la question 3, il est peut-être superflu de vouloir trancher ici entre la loi nationale du défunt et la loi du domicile au moment du décès. Une prise de position de notre Commission serait du reste difficile à obtenir et susciterait ici, comme sur d'autres points, l'objection qu'il s'agit d'une question touchant les successions en général.

Cependant, étant admis d'emblée qu'il n'y a « aucune solution qui soit parfaite » (exposé préliminaire, page 578), je ne voudrais pas manquer de me rallier aux observations de M. Makarov (pages 617-618) à propos de la base de discussion adoptée par l'exposé préliminaire (par exemple pages 577, 581), soit la solution italienne de la *loi nationale*.

Il semble en effet que cette solution, dont le succès s'était développé après 1865 sous l'influence du Code civil italien, soit aujourd'hui en régression et ne puisse pas être considérée comme l'expression d'une tendance d'avenir. On peut se demander au contraire si, dans le domaine successoral notamment, le rattachement au *domicile* n'est pas beaucoup plus conforme (que le rattachement au pays d'origine) aux réalités sociales, familiales et économiques d'aujourd'hui. Sans parler du fait que ce rattachement au domicile est encore « renforcé » le plus souvent, ici, par la situation du patrimoine, comme le relève fort bien l'exposé préliminaire (page 582).

A mon avis, ce rattachement au domicile ne découle pas seulement d'une conception du droit successoral qui mettrait

au premier plan la notion de patrimoine, mais il est valable aussi dans la conception — qui est celle de l'exposé préliminaire (page 577, nº 3) —

> qui reconnaît, dans l'ensemble des rapports de succession, la prééminence de la personne du *de cujus*.

Il suffira de mentionner ici à ce propos les progrès de la loi du domicile, dans l'évolution récente du droit international privé, dans diverses matières de statut personnel.

Question 4

Il faut se féliciter que le rapporteur — dont on ne peut qu'approuver du reste les conclusions prudentes (pages 538-539) — soulève la question de l'autonomie de la volonté. Son intérêt théorique est considérable et son importance pratique peut être moins mince que ne le pensent certains. Le sujet ne peut être qu'effleuré ici, et par des considérations provisoires.

L'autonomie, ou plus exactement une autonomie limitée, n'est pas consacrée seulement en Suisse, par l'article 22 LRDC. Elle l'est aussi, depuis longtemps, comme le montre M. Valladão, dans de nombreux textes législatifs et conventionnels d'Amérique latine, ainsi que dans le projet de réforme du Code civil français. Il est intéressant que les praticiens semblent attacher de la valeur au principe, — comme l'attestent les propositions de 1963 de l'Union internationale du Notariat latin — encore que l'on puisse y voir peut-être aussi, voire surtout, la reconnaissance, de la part de ressortissants de pays attachés à la loi nationale, de l'importance croissante d'un rattachement plus « réaliste », le rattachement au dernier domicile. Quoi qu'il en soit, la formule des « notaires latins » représente un compromis entre les deux règles de conflit, tout comme la *professio juris* de la loi suisse (mais en sens inverse) paraît constituer un compromis entre le principe traditionnel du domicile et la règle conven-

tionnelle, antérieure à la loi de 1891, celle du « Concordat » intercantonal de 1822 (qui prévoyait l'application, aux ressortissants des cantons contractants, de la loi du canton d'origine, cela pour les successions *ab intestat* comme testamentaires).

Sans forcer le parallèle, on est tenté de conclure que la possibilité pour le testateur de « choisir » la loi applicable à la succession mérite d'être étudiée, ne fût-ce que comme un moyen de rapprochement des systèmes de conflit.

D'instructives comparaisons s'imposent avec le domaine contractuel (auquel notre sujet est du reste uni par l'intermédiaire du pacte successoral). Il serait intéressant de s'interroger sur le sens véritable de la *professio juris* du *de cujus*, de transposer par exemple sur le terrain successoral les controverses entre subjectivistes et objectivistes, de se demander si le testateur y « incorpore » les éléments de la loi « étrangère » (étrangère à la loi successorale « normalement compétente »), ou encore s'il « soumet » vraiment sa succession à cette loi, etc.

Disons seulement que les solutions et les interprétations doctrinales données en matière *contractuelle* ne se laissent que partiellement transposer dans le domaine successoral, vu ses liens étroits avec le droit de la famille et le droit des biens. Il n'en reste pas moins que l'autonomie de la volonté y joue un rôle, certes limité par le droit, mais un rôle que l'on a parfois tendance à sous-estimer, me semble-t-il, et qui est peut-être même appelé à grandir en droit international privé comparé.

Au demeurant, le testateur dispose d'une gamme de procédés autres que la *professio juris* pour assurer l'application, au moins partielle, d'une autre loi: il peut utiliser la création de points de rattachement (transfert du domicile dans un pays « favorable », et pas seulement du point de vue fiscal ! A la rigueur changement de nationalité. Déplacement de biens ou acquisition de biens dans un pays « étranger »), ou il peut recourir à

diverses techniques « juridico-financières » (constitution de « trust », création de sociétés, ouverture de comptes bancaires, comptes joints ou avec mandat « post mortem », etc.), techniques propres à le soustraire assez efficacement (et sans qu'il y ait nécessairement *fraus legis*) à l'empire de la loi « normalement compétente », même dans ses dispositions impératives. Cela étant, ne faut-il pas reconnaître aussi que, dans un monde contemporain offrant de telles facilités de déplacement (de personnes et de biens) et de telles possibilités d'internationalisation des fortunes, il est peut-être irréaliste de s'accrocher à l'idée d'une application impérative de la loi successorale « normalement compétente »? Je me borne à poser la question.

En réalité, la seule controverse possible porte sur les *limites* du domaine de l'autonomie de la volonté. Ici, l'expérience suisse — si fréquemment citée — peut présenter quelque intérêt. Observons d'abord que les cas d'application de l'article 22 LRDC sont moins « exceptionnels » que ne le pense M. Makarov. Les étrangers en Suisse, et par exemple les ressortissants britanniques, ne manquent guère de tirer parti de la faculté qui leur est ainsi offerte d'éviter les règles strictes du Code civil suisse sur la réserve héréditaire.

Ce qui est plus intéressant, ce sont les limites du principe de la soumission à la loi nationale étrangère par *professio juris*. Cette loi ne peut concerner que le fond, et non pas le lieu d'ouverture de la succession ou le for successoral, question soustraite à l'autonomie (ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts; ATF 33, I, 124 et surtout 81, II, 501). En outre, il semble bien que les tiers *créanciers* soient protégés, en ce sens que la *professio juris* ne doit pas les placer dans une situation moins favorable que si la succession de leur débiteur était régie par la loi suisse du domicile. Certains y verront aussi un effet de l'ordre public.

Selon le sens de l'article 22 et conformément au système suisse de l'universalité de la succession, le défunt étranger peut aussi soumettre à sa loi d'origine la dévolution de ses *immeubles* sis en Suisse. Mais la loi territoriale ne peut manquer de s'appliquer par exemple à la constitution et à la publicité des droits réels.

Enfin l'ordre public suisse pourrait bien entendu s'opposer, le cas échéant, à l'application de la loi étrangère « choisie », si ses résultats devaient se révéler *in concreto* incompatibles avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.

Question 5

Il y a là surtout une question d'opportunité. Si le temps permet à l'Institut d'étudier aussi la *forme* des dispositions testamentaires, il est désirable que cette étude soit faite. Sinon on pourrait se borner à « prendre acte », comme le suggère le rapporteur, des solutions de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, car l'Institut ne saurait « recommander » la ratification de ce texte sans l'avoir soumis à un examen approfondi. Cela dit, la tendance exprimée par la Convention, soit la *favor testamenti*, encore qu'elle ait été poussée peut-être un peu loin à La Haye, me paraît devoir être approuvée. Elle correspond du reste pour l'essentiel (sauf quant aux deux dernières possibilités de l'article premier de la Convention), à la solution consacrée en Suisse par la loi de 1891 (article 24 LRDC) — solution qui ne semble pas avoir suscité de difficultés dans la pratique.

Question 6

a) La loi applicable aux pouvoirs de l'*exécuteur testamentaire* doit être la « loi successorale », loi qui détermine les effets du testament dont l'exécuteur tire ses pouvoirs.

Comme loi « successorale », il faut préférer, nous l'avons dit, la loi du dernier domicile du défunt (laquelle peut, ou non, admettre une *professio juris*) — rattachement qui a l'avantage de coïncider avec le lieu normal d'ouverture de la succession. Le problème, ici comme ailleurs, est de concilier les règles de la loi successorale avec d'éventuelles dispositions impératives de la *lex rei sitae* des immeubles, mais la réserve de l'ordre public ne peut-elle suffire aux pays du lieu de la situation? En résumé, j'approuve entièrement l'avis de M. Batiffol: nous devons recommander la plus large reconnaissance des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire tels qu'ils sont déterminés par la loi successorale.

Des considérations analogues me semblent valables pour le cas de l'administrateur nommé en justice.

b) La *révocation* présente des aspects de forme et des aspects de fond. Les premiers relèvent du même régime que le testament lui-même, pour des raisons évidentes, ainsi que l'a admis la Convention de La Haye. Il semblerait tout à fait exagéré de prévoir, comme le font certains systèmes, une identité nécessaire de forme avec le testament révoqué. Quant aux aspects de fond (par exemple sur l'intention du testateur qui a opéré la destruction matérielle de l'acte), il faut se reporter à la loi successorale.

Il conviendrait d'examiner si cette loi n'est pas compétente aussi pour attribuer des conséquences successorales à des événements familiaux, comme le mariage ou le divorce, soumis en eux-mêmes, par hypothèse, à une autre loi. Un tel examen ne me paraît pas sortir du mandat confié à notre Commission.

c) Le testament conjonctif et le testament-partage soulèvent des questions complexes de qualification, certes, mais aussi d'ordre public (pour les pays qui ignorent ces institutions). On peut douter que leur importance pratique justifie une étude par l'Institut.

d) J'éprouve le même doute quant aux *substitutions testamentaires*, qui relèvent à mon sens de la loi successorale, laquelle pourra d'ailleurs se heurter à l'ordre public d'autres pays, étant donné les divergences de conception en droit comparé sur ce point.

Question 7

La portée exacte de cette question, en particulier par rapport aux autres points du questionnaire, ne m'apparaît pas clairement. Il semble qu'il suffise de se reporter ici aux réponses aux questions précédentes, ainsi qu'aux principes généraux sur la force probante des actes.

Question 8

Malgré l'intérêt, qui n'est pas exclusivement scientifique, de cette institution, il paraît préférable d'exclure de nos débats les *pactes successoraux*, qui soulèvent eux aussi des difficultés, de qualification notamment. Pour ne parler que des pays qui connaissent et admettent le pacte successoral, on doit observer qu'il ne peut être soumis au même régime que les testaments vu son caractère au moins partiellement contractuel. Dès lors peuvent se poser des problèmes délicats d'ajustement entre les différentes lois en cause, problèmes compliqués encore par d'éventuels changements de domicile. A titre d'exemple, je citerai ici l'article 25 LRDC qui soumet les pactes successoraux à une réglementation spéciale : La loi applicable au pacte, lorsqu'il a été conclu entre fiancés, est celle du premier domicile conjugal et, dans tous les autres cas, celle du lieu où le défunt était domicilié au moment de la conclusion du pacte. Mais ce même article 25 de la loi de 1891 prévoit que cela est « sans préjudice des dispositions relatives à la réserve et prévues

par la loi qui régit la succession » selon l'article 22 (loi du dernier domicile du défunt ou, en cas de *professio juris*, loi nationale). Cela signifie qu'en cas de conflit entre la loi régissant le pacte successoral et la loi successorale, ce sont les dispositions de cette dernière qui l'emporteront, par exemple si le pacte porte atteinte à la réserve instituée par la loi successorale.

Question 9

La question me paraît sortir du cadre tracé à nos travaux et relever plutôt d'une étude de droit consulaire. De toute façon, d'autres questions (comme celle soulevée par la question 6, par exemple) mériteraient d'être examinées avant celle des attributions des consuls.

Pierre Lalive.

3. Observations de M. Alexandre Makarov

Heidelberg, le 17 mars 1967.

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

Ayant reçu il y a deux semaines votre remarquable rapport provisoire suivi d'un projet de Résolution je vous présente mes observations concernant ce projet.

1. Je commence par le préambule. Son premier considérant ne contient qu'une explication du titre du sujet dont notre

Commission est chargée de s'occuper. Il me semble qu'une telle explication est superflue. Je propose donc de remplacer votre premier considérant par un texte qui rappelle la seule contribution de notre compagnie aux problèmes des conflits de lois concernant le droit successoral:

« Considérant que l'Institut de Droit international ne s'est occupé des problèmes de conflits de lois en matière de successions qu'en posant, dans une Résolution adoptée à Oxford le 7 septembre 1880 ayant pour objet des principes généraux qui embrassaient les matières de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public, le principe concernant les successions à l'universalité d'un patrimoine et que depuis lors les problèmes du droit international successoral n'ont pas été abordés par l'Institut,

adopte la Résolution suivante. »

Quant au second considérant de votre projet de Résolution qui prend position sur la Convention de La Haye en matière de la forme des testaments, je me permets de constater qu'il existe deux modes de traiter le problème de la forme des testaments en s'appuyant sur le texte de la Convention de La Haye traitant le même sujet: on peut ou bien élaborer des dispositions respectives reproduisant les règles faisant partie de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sans ou avec modifications du texte de cette Convention, ou bien renvoyer à la Convention de La Haye, c'est-à-dire adopter son texte sans modifications en ne le reproduisant pas dans notre Résolution. Vous proposez une autre solution du problème, notamment « de prendre acte » des solutions adoptées par la Convention de La Haye (page 540 ci-dessus). Le second considérant du préambule du projet de Résolution constate « qu'il n'y a pas lieu de revenir sur les questions concernant la forme des dispo-

sitions testamentaires déjà résolues par la Convention de La Haye ». Est-ce que cette constatation signifie que l'Institut accepte sans réserve toutes les dispositions de cette Convention, c'est-à-dire non seulement les dispositions matérielles de la Convention, mais aussi toutes les autres, par exemple les dispositions qui concernent les réserves dont la possibilité est prévue par les articles 9, 10, 11, 12 et 13? Dans la doctrine on a souligné à juste titre que l'importance pratique de ces réserves est très faible (*cf. Alfred von Overbeck*, La neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé: « Nederlands Tijdschrift voor internationaal recht », 8 [1961], p. 47). Je préférerais ne pas mentionner la Convention de La Haye dans le préambule, mais insérer entre les articles 2 et 3 de votre projet de Résolution un article reprenant les dispositions de l'article premier et de l'article 2 de la Convention de La Haye. On pourrait rédiger ce nouvel article comme suit:

Un testament est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne:

a) du lieu où le testateur a disposé, ou

b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

e) pour les immeubles, du lieu de leur situation.

Les dispositions des alinéas précédents s'appliquent aussi à la validité quant à la forme de la révocation d'un testament antérieur.

Quant aux dispositions de l'article premier de la Convention de La Haye concernant les cas où la loi nationale consiste en un système non unifié, ainsi que la qualification de la notion du domicile, ces dispositions ont une portée beaucoup plus

générale que le problème de la forme des testaments dont nous sommes chargés de nous occuper. Si on veut les reproduire dans notre Résolution elles doivent se rapporter aux successions testamentaires en général ou bien on doit les écarter.

2. Quant à l'article premier du projet de Résolution, je n'ai que deux propositions à faire. Il me semble que nous devons assurer l'équilibre des circonstances de rattachement du statut personnel du testateur et, partant, rédiger le premier alinéa de l'article premier comme suit:

La capacité de disposer par testament est régie par la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction de la disposition de dernière volonté, sous réserve qu'en cas de changement de sa nationalité *ou de son domicile* la loi personnelle du testateur au moment du décès ne prévoie pas des incapacités spéciales.

L'alinéa 2 de l'article premier est rédigé comme suit:

« La capacité de succéder par testament est régie par la loi personnelle de l'héritier ».

Dans votre exposé préliminaire (page 587 ci-après) on lit:

La capacité de recevoir par testament ne peut pas, naturellement, être régie par des principes différents de ceux qui s'appliquent à la capacité de succéder. Néanmoins, certaines incapacités relatives ou partielles pourraient entrer en ligne de compte en matière testamentaire: mais, même à l'égard de ces incapacités, c'est toujours la loi nationale du *de cujus* qui devra être appliquée.

J'accepte votre point de vue que les incapacités spéciales doivent être assujetties en règle générale à la loi personnelle du *de cujus*, mais je pense que la capacité de jouissance des droits (par exemple la vitalité de l'enfant) doit embrasser la capacité de recevoir à titre gratuit et être réglée par la loi personnelle de l'héritier. L'alinéa 2 de l'article premier doit donc recevoir à mon avis une certaine restriction.

3. Je n'ai rien à objecter au texte des alinéas premier et second de l'article 2 de votre projet de Résolution. Quant au troisième alinéa de cet article, je reste un adversaire du principe de l'autonomie de la volonté en matière de droit successoral. Il me semble donc qu'on doit supprimer cet alinéa.

4. Les articles 3 et 4 du projet de Résolution contiennent des dispositions concernant les pouvoirs des exécuteurs testamentaires et des administrateurs de la succession testamentaire ainsi qu'une disposition concernant l'exécution d'un testament. Vous proposez des solutions rédigées d'une manière très sommaire. Si un administrateur est nommé en justice vous posez le principe que ses pouvoirs doivent être déterminés par la *lex fori*. La loi de quel tribunal considérez-vous comme compétente, celle du tribunal qui a nommé l'administrateur ou celle du tribunal devant lequel la question concernant ses pouvoirs se pose? J'incline vers la reconnaissance de la compétence de la loi du tribunal qui a nommé l'administrateur, pour autant que la loi du tribunal saisi ne contienne pas de dispositions prohibant l'application de cette loi.

Quant à l'exécution du testament, c'est la loi du pays dans lequel elle doit avoir lieu que je considère comme compétente.

5. Le dernier article de votre projet de Résolution contient une disposition concernant les pactes sur succession. Vous proposez de les soumettre à la loi personnelle du testateur. Etant donné que les pactes successoraux peuvent être unilatéraux ou bilatéraux (*cf.* mes observations concernant votre exposé préliminaire, n° 7, page 625 ci-dessous) et que les lois personnelles des contractants peuvent ne pas être uniformes (par exemple un contrat entre époux de nationalité différente), il me semble qu'il serait approprié de substituer dans l'ar-

ticle 5 de votre projet de Résolution à « la loi personnelle du testateur » « les lois personnelles des contractants ».

Je vous prie, cher Monsieur et très honoré Confrère, d'agréer l'expression de mes sentiments très sincèrement dévoués.

Alexandre Makarov.

4. Observations de M. Rodolfo De Nova

Pavia, May 4, 1967.

My dear Colleague and Friend,

Your excellent provisionary report of November 1966 makes abundantly clear the difficulties one runs into when one tries to set out a body of conflicts rules on wills, particularly if the subject is tackled independently from that of successions *ab intestato*.

For more detailed impressions, I must refer to my previous remarks, which—alas, through my own fault—could not be considered in your report. For instance, I repeat that on the question of the formal validity of wills the Hague Convention should not be taken by the Institute, without examination, as embodying solutions acceptable *in toto*, which on the contrary, seems to be the meaning of the second " considérant " in your provisional draft resolution. Maybe here the more guarded opinion that you express (page 540) should be repeated; although I prefer, for my part, a re-examination of the whole matter.

To this purpose, the Hague Convention and debates could well be taken as a starting point and as valuable materials,

Since you properly agree that the committee should not face, on this limited occasion, the pervading difficulty of *lex patriae versus lex domicilii*, I suggest that in the first " considérant " and in article 1, paragraph 1, one avoid speaking of " différence de nationalité " and " changement de nationalité " respectively, and speak instead of " différence des lois personnelles des sujets intéressés " and " changement de statut personnel ", thus harmonizing those passages with the language used in other articles, where the non-committal term " loi personnelle " appears.

Article 1, paragraph 2. — I think that the capacity to succeed should depend on the law governing succession (substantive validity and incidents), as you seem to propose yourself in your report (page 558). This is indeed a question of " special capacity ", to be decided according to the " general " law of the act or relationship, here the *lex successionis*.

Article 2, paragraph 1, should be dropped, because the questions mentioned therein relate to succession *in general* rather than testamentary succession, or, better, to the general frame within which testamentary succession operates. Besides, since our committee is hardly in a position to decide—*en passant*, so to say—the fundamental problem whether succession should come under one law or under different ones according to the distinction between movables and immovables as part of the decedent's estate. Article 2, paragraph 2, should be non-committal on this point (as you suggest yourself at p. 558) and merely state that " La validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires sont soumis à la loi régissant la succession " (as it is said at art. 2, § 3).

Articles 3 and 5 ought to be modified accordingly.

Article 2, paragraph 3, should be dropped, because it does not state a rule on conflict of laws, but a reference to the probable content of the applicable law.

Article 5 will probably need some refinements, at least in formulation, but I won't go into that, for fear of overstepping once more the deadline.

With kindest regards,

Sincerely yours,

Rodolfo De Nova.

5. Observations de M. Gabriele Salvioli

Florence, le 2 avril 1967.

Mon cher Collègue,

J'ai lu avec l'attention et l'intérêt qu'ils méritent votre rapport provisoire et le projet de Résolution. Puisque vous voulez bien me le demander, je me permets de vous soumettre les quelques observations ci-après.

Je vous avoue mes perplexités au sujet de l'article premier; pourtant je reconnais avec vous que sa formulation (« loi personnelle du testateur » sans aucune autre spécification) est le seul système susceptible de réunir le maximum d'adhésions.

Je serais enclin à supprimer la mention de la réserve des incapacités spéciales, étant donné qu'à mon avis les hypothèses visées rentrent dans le cadre des conditions intrinsèques de validité (art. 2).

En ce qui concerne la capacité de l'héritier, il ne serait pas superflu de préciser: « loi personnelle de l'héritier *au moment du décès du testateur* ».

Art. 2. — La rédaction de l'article 2 pourrait être la suivante: « Les conditions intrinsèques de validité des dispositions testamentaires sont réglées par la loi personnelle du testateur au moment du décès ».

Si l'on désire donner quelques spécifications, on pourrait le faire entre parenthèses de la manière suivante:« Les conditions intrinsèques de validité des dispositions testamentaires (...2. la désignation de successibles, l'ordre dans lequel etc.). Et il serait utile de mentionner aussi « le testament conjonctif ». En effet, je pense qu'il s'agit en ce cas d'une question de fond.

Art. 3, 4, 5.— Pas d'observations.

Veuillez croire, mon cher Collègue, à mes sentiments cordiaux.

Gabriele Salvioli.

6. Observations de M. B. A. Wortley

Manchester, 22 mars, 1966.

La succession testamentaire en droit international privé
Projet provisoire de Résolution

Article premier

Ligne 4. Je suggère le remplacement du mot « nationalité » par « loi personnelle ».

Peut-être sera-t-il nécessaire de définir la loi personnelle?

Article 3

Je propose de supprimer les mots après « testateur » à la ligne 2, d'y substituer le mot « et », et d'en faire une seule phrase pour tout l'alinéa, qui se lira:

« Les pouvoirs des exécuteurs testamentaires nommés par le testateur et les pouvoirs des administrateurs de la succession testamentaire nommés en justice sont déterminés par la *lex fori.* »

Article 4

Par « l'exécution d'un testament », je suppose que vous avez en vue non pas la signature etc., d'un testament déjà préparé, mais plutôt les actes qui mettent en œuvre la volonté du testateur? En Grande-Bretagne, l'exécution par l'exécuteur testamentaire ou par l'administrateur (executors or administrators) ne peut se faire sans l'approbation de la Cour, et celle-ci ne sera donnée qu'après paiement des impôts sur la succession (death duties).

B. A. Wortley.

ANNEXE II

Exposé préliminaire

présenté par

M. Riccardo Monaco

I

Problèmes généraux du droit international privé des successions

1. L'Institut de Droit international n'a jamais eu jusqu'ici l'occasion d'étudier les questions qui se posent à l'égard de la succession testamentaire, considérée sous l'angle du droit international privé. Il apparaît donc très opportun que l'Institut consacre une partie de son activité future à l'ensemble des problèmes qui touchent à ce secteur particulièrement délicat du droit international privé.

Comme toujours, en abordant une question complexe, afin d'en faire ressortir le plus clairement possible les lignes essentielles, il faut bien choisir la méthode d'exposition.

En ce qui concerne les principes directeurs de cet exposé, on doit tout d'abord tenir compte du fait que la matière des successions se présente comme une unité, au sein de laquelle les problèmes se référant aux successions testamentaires constituent une spécification de certaines prémisses de caractère général.

En d'autres termes, il est presque impossible de concevoir la réglementation de droit international privé des successions testamentaires séparément de celle des successions *ab intestat*.

A part l'idée de l'unité du règlement de la succession, sur laquelle on va revenir bientôt, il y a toute une série de problèmes de conflits de lois qui sont communs aux successions testamentaires et aux successions *ab intestat*.

On doit encore remarquer au préalable que la matière dont il s'agit se situe dans un secteur de l'expérience juridique où le droit des personnes et celui du patrimoine, le statut de la famille et celui de la propriété se rejoignent, donnant vie à une série de problèmes qui ressortissent de plusieurs domaines juridiques. Voilà donc pourquoi on ne peut pas aborder les successions testamentaires sans avoir présente à l'esprit la vue juridique d'ensemble dans laquelle elles se situent.

Je voudrais noter enfin que les données historiques, c'est-à-dire celles qui nous montrent l'évolution à travers le temps de la solution des conflits de lois se référant aux successions, ne seront pas considérées ici. Et cela non pas pour nier la valeur indiscutable que l'étude de l'histoire des conflits de lois possède par rapport à n'importe quel secteur de la matière, mais à cause du fait que les questions les plus importantes, sur lesquelles l'Institut pourrait se pencher, sont celles qui conduisent à établir la loi actuellement applicable aux successions testamentaires.

2. Examinons maintenant une succession quelconque, comprenant à la fois des biens meubles et des biens immeubles. Tout d'abord on est amené à penser qu'il faut faire une distinction, même en ce qui concerne la loi applicable, entre meubles et immeubles.

Mais, même si on considère les meubles séparément des immeubles, on n'arrive pas à indiquer facilement une solution

unique. En effet, à cet égard la loi de la situation des biens intervient en concurrence avec celle du domicile, ou avec la loi nationale du défunt. Sans préjuger en rien de la solution qu'on pourrait envisager par la suite, on doit remarquer qu'il y a quand même un point où l'intervention de la loi de situation effective des biens devrait être acceptée : c'est-à-dire celui relatif à la mise en possession de l'héritier (cf. *Batiffol*, « Réflexions sur la loi applicable aux successions », dans *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, XXIII (1958), p. 786).

A part le cas précité, on doit reconnaître que les plus grandes difficultés qui s'opposent à une conception unitaire de la réglementation de droit international privé des successions proviennent de la distinction entre meubles et immeubles. En se fondant sur cette distinction, la jurisprudence et même la doctrine sont orientées vers l'application aux successions immobilières de la loi de la situation des biens, et aux successions mobilières de la loi du lieu où l'on suppose que les biens meubles sont situés, c'est-à-dire la loi du domicile du défunt.

Il suffit toutefois de réfléchir à certaines difficultés qui découlent de l'application aux immeubles de la loi du lieu de leur situation, pour reconnaître que ladite distinction va très souvent à l'encontre de la logique et des besoins pratiques. Il en est ainsi, par exemple, en matière d'acquittement du passif successoral et de partage de la succession. Si l'on prend, à titre d'exemple, le système français, on voit que l'actif successoral est divisé en autant de successions distinctes qu'il y a d'immeubles situés en des pays différents, en plus des meubles constituant une autre succession, ce qui est la cause de très grandes difficultés et parfois de graves discriminations entre créanciers et entre héritiers d'une même succession.

Le remède le meilleur à cette situation paraît donc être celui consistant à ramener la succession à un règlement uni-

taire, ce qui devient possible lorsqu'on envisage la succession, non pas comme une série de transmissions de propriétés particulières, mais comme la transmission d'un patrimoine qui forme un tout et doit donc être soumis à une loi unique.

3. La conception la plus logique n'est pourtant pas celle qui recherche une loi unitaire du patrimoine successoral, laquelle pourrait bien être la loi du domicile du défunt, mais celle qui reconnaît, dans l'ensemble des rapports de succession, la prééminence de la personne du *de cujus*. En effet, le phénomène de la succession est assujetti dans une très large mesure aux exigences de la personne qui est titulaire des droits et des intérêts qui font l'objet de la succession.

Cette conception a une origine historique bien connue : en effet, à l'époque des statuts, les rapports successoraux rentraient dans le statut personnel, ce qui faisait que la loi de la personne visée était applicable aussi auxdits rapports.

Le principe du caractère personnel du statut successoral, ainsi que celui de l'universalité de la succession ont contribué à la formation de l'idée suivant laquelle la loi applicable à la succession doit être unique. Cela aussi en fonction de l'unité du patrimoine héréditaire qui, tout en étant composé de biens de nature différente, et tout en comprenant des biens situés dans plusieurs pays, apparaît comme une *universalité*, c'est-à-dire comme une seule unité.

Cela étant, la conséquence à laquelle on doit parvenir est la suivante : une seule loi est compétente pour régler l'ensemble des droits et des intérêts qui surgissent des rapports successoraux. Cette loi doit être la loi nationale du défunt, c'est-à-dire la loi de l'Etat dont celui-ci était ressortissant au moment de son décès.

Voilà donc le point de départ de la réglementation des successions en droit international privé. Ce résultat est conforme

à l'exigence pratique d'empêcher que chaque succession se divise en autant de rapports juridiques, réglés par des lois différentes, qu'il y a d'Etats dans lesquels les biens sont situés. Il tend en outre à éviter la célèbre dichotomie qui s'est fait jour dans le développement historique des conflits de lois, d'après laquelle on établit une distinction rigoureuse entre les biens meubles, *qui sequuntur personam*, et les biens immeubles, *qui reguntur lege loci*.

Il ne faut pas croire que l'application de la loi nationale du défunt conduise, par elle-même, à l'élimination de toute difficulté. En réalité, il n'y a aucune solution qui soit parfaite, même en droit international privé, et qui soit à l'abri des critiques. Même en appliquant la loi nationale, on doit surmonter des difficultés considérables lorsque, par exemple, la plupart des biens qui constituent le patrimoine héréditaire se trouvent dans des Etats autres que celui dont le défunt était ressortissant au moment de son décès. En effet, dans un te cas, la loi nationale pourrait s'appliquer à condition que les actes concernant le partage de la succession, ainsi que l'attribution des qualités à chaque héritier, soient reconnus dans les différents Etats de situation des biens.

Si, par contre, l'ordre juridique du lieu de situation des biens s'opposait, pour des raisons d'ordre public, à la reconnaissance de la loi déclarée compétente, il se révélerait impossible d'assurer une unité au règlement de la succession.

Tout cela n'est pas en soi un obstacle pour le juge qui doi appliquer la loi nationale du défunt: le juge donne une solutior au problème de droit international privé d'après son système juridique. Si certains actes, se rattachant à l'exécution de la loi applicable par le juge, n'ont pas d'efficacité à l'étranger c'est un autre problème, dont la solution ne dépend pas directement de celui de la loi applicable aux successions.

4. En tout état de cause, il faut reconnaître que la loi nationale du défunt n'est pas d'application universelle, parce qu'elle rencontre, en général, la limite de l'ordre public. C'est pour cela que, chaque fois que les dispositions de la loi nationale se heurtent à des exigences d'ordre public, tel qu'il est conçu dans l'Etat où la succession doit être réglée, la loi nationale doit céder la place à la loi locale. Cela peut arriver lorsque, par exemple, dans un certain système juridique, subsistent des incapacités de disposer à titre gratuit qui contrastent avec les principes libéraux suivis par un autre système juridique. Il est évident alors que celui-ci n'admet pas l'application de la loi nationale comportant lesdites incapacités.

Les situations les plus difficiles à résoudre, toujours dans le domaine d'application de la limite de l'ordre public, sont celles qui résultent d'un contraste qui s'établit entre le système tout entier du règlement de la succession adopté par un certain Etat et celui en vigueur dans l'Etat où ledit système doit être appliqué. Un exemple classique à cet égard est offert par la législation révolutionnaire adoptée par l'Union soviétique en 1918, d'après laquelle tout patrimoine héréditaire était attribué à l'Etat, qui supprimait ainsi toute possibilité de vocation héréditaire. En face d'une pareille situation, la plupart des Etats européens nièrent l'application de la loi nationale, c'est-à-dire de la loi soviétique, en remplaçant celle-ci par la loi de situation des biens.

Une limitation ultérieure à l'application de la loi nationale peut être exigée par le fait que certaines mesures de publicité sont indispensables afin que l'acquisition d'un droit réel inhérent à une succession soit valable aussi à l'égard des tiers. Ce point doit être résolu sur la base de la règle de droit international privé applicable à l'acquisition des droits réels, parce que le fait que cette acquisition dépend d'une succession ne change rien à la nature du droit qui est transféré.

5. Avant de terminer ce bref exposé des prémisses à la réglementation de droit international privé de la succession testamentaire, il est opportun de mettre en relief certaines questions qui sont communes tant aux successions *ab intestat* qu'aux successions testamentaires.

Les législations des différents Etats exigent de l'héritier certaines qualités pour qu'il puisse être effectivement appelé à une succession. L'ensemble de ces qualités se ramène à la notion de la capacité de recevoir en vertu d'une succession. Il y a donc lieu de procéder tout d'abord à la qualification de cette capacité : il ne s'agit pas de la capacité générale d'agir que toute personne possède en principe, mais de la capacité de devenir titulaire d'une situation juridique particulière, c'est-à-dire d'un droit successoral. L'ensemble des questions qui se posent en matière de capacité et de qualités requises pour succéder relève de la loi successorale, laquelle est, d'après la conception sus-indiquée, la loi nationale du défunt.

On devra donc établir selon cette loi si certaines personnes sont capables ou non de succéder en vertu d'un testament, lorsqu'il s'agit de personnes qui se sont trouvées dans une condition particulière qui favorisait leur influence sur la volonté du testateur au moment où il a rédigé son acte de dernière volonté. Il en sera de même en ce qui concerne la capacité à succéder des enfants adultérins, et relativement à la preuve de la conception au jour du décès du *de cujus* des enfants non encore nés à cette date.

Pour ce qui est des causes d'indignité à succéder, on doit se rallier à l'opinion dominante, d'après laquelle on doit appliquer la loi successorale. La raison en serait qu'elles constituent ur élément du système de dévolution de la succession.

Il était opportun, à mon avis, d'exposer certains problèmes qui sont communs aux successions *ab intestat* et aux successions testamentaires, avant d'examiner spécialement la matière

qui forme l'objet propre de ce rapport. Evidemment, je ne prétends pas avoir vu toutes les questions communes qui peuvent se poser sur le terrain concret de la jurisprudence et de l'expérience juridique.

6. Cela mis en relief, on pourrait même passer tout de suite aux successions testamentaires, si on avait donné aussi une vue d'ensemble des principaux courants législatifs et jurisprudentiels. A vrai dire, ce que nous avons établi jusqu'ici en ce qui concerne la loi applicable repose sur la conception italienne des conflits de lois. Elle remonte, comme tout le monde le sait, à la doctrine de Mancini et à l'école de la loi nationale.

On doit toutefois noter qu'à l'égard de la réglementation de droit international privé des successions, les Etats se partagent en deux courants: d'un côté ceux qui suivent la loi personnelle, de l'autre ceux qui s'en tiennent à la loi réelle.

Par exemple, le Code civil grec (art. 28) adopte la loi personnelle, et le même critère a été suivi par la VI^me^ Session de la Conférence de La Haye de droit international privé (1928) dans son projet de convention.

Au contraire, les pays anglo-saxons, et surtout l'Angleterre et les Etats-Unis, qui tirent leurs règles de droit international privé de l'élaboration jurisprudentielle, suivent une ancienne tradition qui, comme nous l'avons déjà remarqué au début, soumet les successions immobilières à la loi de la situation des biens héréditaires, et les successions mobilières à la loi du domicile du défunt.

Ces deux solutions générales des conflits de lois en matière de successions ne dépendent pas seulement des orientations diverses de la doctrine et de la jurisprudence des différents pays, mais se rattachent aussi à la conception juridique de la succession elle-même. Si, comme nous l'avons déjà vu, on conçoit le patrimoine héréditaire comme quelque chose qui a

une connexion stricte aux éléments personnels, il est inévitabl de pencher en faveur de la loi personnelle. Si, au contraire, o considère le problème de la succession dans son ensembl comme découlant du fait juridique que constitue le décès, alor il semble naturel de tenir compte de la localisation de ce fai juridique. C'est précisément le lieu où le défunt avait so domicile qu'on peut prendre comme circonstance de rattache ment, de sorte que la succession sera réglée par la loi de l'Eta où se situait ce domicile.

Voilà donc l'alternative fondamentale qui se pose lorsqu'o doit procéder au choix de la loi applicable, alternative qu d'ailleurs, ne recouvre pas, par elle-même, l'autre alternative laquelle nous avons fait allusion, c'est-à-dire celle de la distinc tion entre succession immobilière et succession mobilière, cett distinction comportant l'application de lois différentes.

On a soutenu que cette seconde alternative pourrait aussi s ramener à une solution unique, en adoptant la loi du domicil comme loi unique régissant à la fois la dévolution de l succession et le transfert du patrimoine successoral (*Batiffo* « Traité élémentaire de droit international privé », III[e] éd. p. 719). A l'appui de cette solution on a fait valoir que la lc du domicile est la plus qualifiée pour régir les opérations d liquidation de la succession qui se déroulent d'ordinaire a domicile du défunt. En outre, on a remarqué que cette mêm loi se confond, dans la majorité des cas, avec la situation de biens meubles, et qu'elle peut très bien exprimer la réalisatio d'un rattachement familial, dans la mesure où le domicile d défunt établi de longue date est devenu celui de sa famille

Voilà donc quelles sont les remarques préliminaires qu'o peut faire en abordant notre sujet du point de vue de l réglementation générale des successions en droit internationa privé.

II

Questions particulières à la succession testamentaire

7. Afin de ramener notre sujet à des solutions concrètes, il apparaît tout d'abord indispensable de voir quelles sont les règles de droit international privé qui se réfèrent spécialement aux successions testamentaires.

Nous savons que presque tous les Etats ont, même dans ce domaine, leurs propres règles de droit international privé, lesquelles, suivant les cas, sont tirées ou bien de la codification, ou bien de la pratique et de la jurisprudence. Si maintenant, pour dresser un tableau complet des différentes législations, on devait faire une analyse comparative des solutions données par les différents législateurs nationaux, je crois qu'on aboutirait à une étude de droit international privé comparé. Je ne conteste aucunement l'utilité de prendre connaissance de la situation législative existant dans les différents Etats, mais je suis convaincu qu'elle ne doit pas nécessairement trouver place dans cet exposé. Il suffit de renvoyer à certains travaux qui ont approfondi le côté comparatif de la réglementation de droit international des successions (voir, par exemple, *Ago*, « Studi di diritto internazionale privato », Padova, 1932, p. 128 et ss. ; *Rabel*, « The Conflict of Laws », IV, p. 245 et ss. ; *Ferid-Firsching*, « Internationales Erbrecht », München und Berlin, 1955, p. 44 et ss.).

D'après les synthèses législatives ainsi dressées, on pourra apprécier les différents courants qui se sont révélés dans la réglementation de droit international privé. Ce sera déjà une bonne base pour dégager certains principes généraux, tâche à

laquelle sont consacrées les études de notre Institut. Ce explique aussi pourquoi on trouvera par la suite une référenc constante à la législation italienne, qui représente quand mêr la vue moyenne de tous les Etats qui, dans la matière, s'in pirent du principe de la loi nationale. Nous ne prétendons pa que la solution italienne soit meilleure que les solutions adop tées par d'autres législations ; nous l'avons souvent retenu en principe comme base de discussion.

En dehors des règles édictées par les différents législateur on doit aussi tenir compte des tentatives accomplies pou parvenir à des dispositions de caractère uniforme. La tentativ la plus importante résulte des travaux effectués en 1904 et e 1928 par la Conférence de la Haye de droit international prive La norme de base qui a été retenue est la suivante :

> « Les successions, en ce qui concerne la désignation de successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les par qui leur sont attribuées, l'obligation au rapport, le partage la quotité disponible et la réserve, sont soumises à la lo nationale du défunt au moment de son décès, quels qu soient la nature des biens et le pays où ils se trouven
>
> La même règle s'applique à la validité intrinsèque et au effets des dispositions testamentaires. »

Voilà donc un article qui apparaît comme la synthèse d courant de doctrine et de jurisprudence qui, d'une façon un taire, applique aux successions, soit *ab intestat*, soit testamer taires, la loi nationale. Nous savons bien que ce résultat do être maintenant discuté à nouveau.

Pour compléter le cadre des règles existantes en matière d successions testamentaires il faut enfin tenir compte de normes qui sont contenues dans certaines conventions interna tionales de caractère bilatéral (cf., par exemple, en ce qu

concerne les Etats-Unis, l'exposé de *Meekison*, « Treaty provisions for the inheritance of personal property», dans l'*American Journal of international Law*, 1950, p. 313 et ss.). Cela dit, il faut maintenant examiner brièvement les différents problèmes.

8. Tandis que la succession *ab intestat* se déroule uniquement en vertu des dispositions de la loi, la succession testamentaire est basée sur un acte de volonté du défunt. Le testament apparaît donc avant tout comme un acte juridique en vertu duquel le testateur fait valoir son pouvoir d'autonomie. Si l'on considère le testament sous ce point de vue, on trouve qu'il se rapproche plus du régime des contrats que de celui des actes régis par la loi.

Voilà donc que la première question qui se pose dans la matière est celle d'évaluer les limites de l'autonomie du testateur, c'est-à-dire du pouvoir que celui-ci possède d'indiquer lui-même dans le testament la loi applicable à la succession. La question doit évidemment être résolue de la même façon que celle qui se pose pour les contrats. Le testateur peut très bien exprimer sa volonté quant au choix de la loi applicable, mais il est évident que la loi d'autonomie ainsi indiquée ne pourra jouer que dans les matières abandonnées à la liberté du testateur par la loi successorale. Dans la mesure où la matière successorale est couverte par des dispositions de loi de caractère impératif, la loi d'autonomie ne pourra pas trouver application.

Tout cela nous amène à réfléchir quelque peu à l'affirmation d'après laquelle la succession testamentaire, même en droit international privé, serait subordonnée à la succession *ab intestat :* ce qui aurait comme conséquence l'application en principe des règles de cette dernière succession. Prendre cela à la lettre équivaudrait à anéantir le rôle de la loi d'autonomie.

9. Pour établir si le *de cujus* a ou non le droit de dispose *mortis causa* et dans quelles conditions, il faudra se référer à sa loi nationale. L'opinion de la doctrine est unanime à c sujet.

Le problème essentiel à résoudre est celui de savoir à que moment la nationalité du testateur doit être prise en considé ration : celui de sa mort ou bien celui de la rédaction d testament.

C'est ce dernier moment qui doit être retenu. Le testamer consiste, en effet, en une manifestation de volonté. La capacit du testateur doit dès lors être appréciée par rapport a moment où elle est rendue.

Une fois ce critère adopté, la solution des problèmes qui s posent dans le cas d'une succession de lois différentes à l'inté rieur du même ordre juridique est beaucoup plus aisée, égale ment dans le cas où le testateur change de nationalité après l rédaction de son testament.

Ainsi, un testament fait par une personne capable d'après l loi en vigueur au moment de la rédaction ne perdra pa son efficacité par une nouvelle loi suivant laquelle le *de cuju.* serait considéré comme incapable de tester ; vice versa, ur testament qui était nul du fait de l'incapacité de celui qu l'avait rédigé, ne saurait, à la suite d'un changement de législa tion, être validé. Ces mêmes considérations valent en ce qu concerne le changement de nationalité du testateur interven entre le moment de la rédaction du testament et celui d décès du testateur.

La nécessité d'appliquer la loi nationale du testateur e vigueur au moment de la rédaction du testament à toutes le questions concernant la capacité de tester découle, entre autres assez clairement de l'article 17, alinéa 2, des dispositions pré liminaires du Code civil italien. En effet, cet article mentionn explicitement les successions *mortis causa* ; ce qui signifi

que, à l'égard de celles-ci et en ce qui concerne la capacité du testateur, on n'a voulu admettre aucune dérogation aux dispositions contenues au premier alinéa de ce même article, d'après lesquelles la capacité des personnes est exclusivement fixée par la loi nationale.

La capacité de recevoir par testament ne peut pas, naturellement, être régie par des principes différents de ceux qui s'appliquent à la capacité de succéder. Néanmoins, certaines incapacités relatives ou partielles pourraient entrer en ligne de compte en matière testamentaire : mais, même à l'égard de ces incapacités, c'est toujours la loi nationale du *de cujus* qui devra être appliquée.

Ces incapacités découlent notamment des limitations à recevoir par testament frappant les enfants non légitimes ou légitimés : ainsi, l'enfant incestueux ou adultérin de nationalité italienne pourra-t-il prétendre non seulement aux prestations alimentaires, mais également à l'attribution des droits qui lui ont été attribués par voie de testament par le parent ressortissant d'un Etat où les limitations imposées par notre code civil ne sont pas prévues.

Par ailleurs, toujours à titre d'exemple, un religieux autrichien, ainsi qu'un enfant autrichien non viable, pourront succéder par voie de testament fait par un ressortissant italien ; un citoyen français pourra succéder, par testament, à un citoyen italien qui a été la victime d'un meurtre, même si le citoyen français, tout en étant majeur et instruit de ce meurtre, ne l'a pas dénoncé à la justice, et malgré le fait que le droit français considère ce comportement comme une cause d'indignité ; un citoyen italien pourra succéder par testament à un ressortissant français, même dans le cas où il a forcé ce dernier à rédiger ou à modifier son testament, la loi française, à la différence de la loi italienne, ne considérant pas cette circonstance comme une cause d'indignité.

En ce qui concerne la capacité de recevoir par testament, on ne saurait, en principe, faire de distinction entre les personnes physiques, d'une part, et les personnes juridiques, y compris l'Etat, de l'autre.

Il y a lieu de considérer, à ce propos, le problème des dispositions testamentaires en faveur d'organismes étrangers de droit public, c'est-à-dire d'organismes assujettis au contrôle de l'Etat auquel ils appartiennent. En ce qui concerne la capacité de ces organismes d'hériter, il faudra examiner dans quelles conditions on peut tenir compte de leur loi nationale et dans quels cas cette loi doit par contre céder devant la loi du lieu où les biens hérités sont acquis. Ainsi, tout d'abord ce sera la loi nationale de la personne morale qui devra établir si cette personne est légalement constituée et si elle est donc juridiquement capable, et ce seront les organes de contrôle de l'Etat dont elle ressortit qui auront compétence pour instituer les contrôles nécessaires. Par ailleurs, une municipalité étrangère ne pourra jamais recevoir par testament en Italie, si cette succession n'a pas été acceptée dans la forme et par les personnes prévues par la loi nationale étrangère, et si aucune des autorisations exigées par cette loi n'a été accordée.

Il ne suffit pas, par ailleurs, que les conditions prescrites par la loi nationale de la personne morale soient remplies; il est également nécessaire que l'Etat sur le territoire duquel se trouvent les biens successoraux ait accordé, à son tour, une autorisation à cet effet à la personne morale étrangère. Dans le droit italien, sont applicables les dispositions de la loi du 5 juin 1850, n° 1037, sur les acquisitions effectuées par les personnes morales, et celles du décret royal du 26 juin 1864, n° 1817, portant exécution de cette loi. On n'a jamais douté, en effet, que ces dispositions, bien qu'elles aient formellement pour objet des personnes morales autres que les personnes étrangères, s'appliquent également à ces dernières. La règle

générale de la nécessité d'une autorisation s'applique, en effet, à toutes les personnes morales de droit public ou privé, ecclésiastiques ou laïques, nationales ou étrangères, aussi bien qu'à l'Etat lui-même.

10. L'ensemble des dispositions testamentaires, représentant la manifestation de la volonté du testateur, constitue l'objet et le contenu du testament lui-même. La règle de droit international privé applicable à ce sujet en Italie est nécessairement celle qui figure à l'article 23 des dispositions préliminaires du Code civil, avec la conséquence que le contenu du testament se trouve régi par la loi nationale du *de cujus*. Cette loi régira, partant, la vocation solidaire ou partielle des héritiers, l'institution de l'héritier à titre universel ou particulier, la détermination des parts, les problèmes du rapport, la nomination d'exécuteurs testamentaires, etc..

Alors qu'en ce qui concerne les relations juridiques découlant du testament et la forme de celui-ci, la réglementation édictée par chaque législation ne permet, en général, aucune dérogation, le contenu du testament est au contraire fixé par la volonté discrétionnaire du testateur.

Certes, l'autonomie de la volonté du testateur ne porte que sur la détermination du contenu du testament. Elle ne joue jamais le rôle d'un critère de rattachement. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le testateur correspond exactement à celui qu'ont les particuliers en matière d'obligations contractuelles.

Cette autonomie de la volonté du testateur n'a pas, pourtant, une portée illimitée, mais elle trouve ses limites dans les dispositions de caractère péremptoire, que contient la loi compétente pour réglementer les rapports qui en font l'objet.

Il s'ensuit qu'on ne saurait reconnaître aucune efficacité à une disposition testamentaire qui déroge aux dispositions de la

loi nationale du *de cujus* concernant la réserve et la quotité disponible. Partant, ce sera la loi elle-même qui fixera les conditions auxquelles les libéralités testamentaires dépassant la réserve seront réduites ; ce sera cette même loi qui déterminera les personnes autorisées à former ou à entamer l'action en justice pour la réduction de ces libéralités. Par ailleurs, il appartiendra à la loi nationale du *de cujus* de fixer les limites posées à l'autonomie du testateur par certaines dispositions qui excluent certaines personnes de la catégorie de ceux qui peuvent succéder par testament. Cela vaut, par exemple, en ce qui concerne les interdictions qui frappent, dans certaines législations, le tuteur du testateur, l'instituteur, le notaire qui a reçu le testament, le religieux qui a assisté le testateur dans les derniers moments de sa vie, le médecin qui l'a soigné, l'époux en secondes noces, etc.

Une fois admis que la validité et l'efficacité des dispositions testamentaires doivent être établies sur la base de la loi nationale du *de cujus*, il faut considérer l'hypothèse où le testateur change de nationalité entre le moment de la rédaction du testament et celui de son décès. On peut estimer à juste titre que le moment de la rédaction du testament n'a pas beaucoup d'importance en ce qui concerne la détermination de la loi applicable au contenu de celui-ci, car le testateur dispose de ses biens pour le temps successif à sa mort ou, plus exactement, il règle, dans les conditions fixées par la loi, les rapports de succession. Or, ces rapports n'existent qu'au moment de la mort du testateur ; moment auquel naissent les droits de succession. Il faudra, partant, appliquer la loi de l'Etat auquel le *de cujus* appartenait au moment de son décès.

La loi nationale du *de cujus* n'a pas, dans ce domaine, une possibilité absolue d'être appliquée. En effet, même à cet égard, les limitations fixées par l'ordre public peuvent entrer en ligne de compte.

Il peut se faire, par exemple, que la loi nationale du *de cujus* ne se préoccupe pas de réserver à des personnes déterminées une partie de la succession. Il est possible, par contre, que cette loi permette au testateur de disposer de ses biens sans aucune limitation. Dans ce cas, le problème peut se poser de savoir si celui qui est appelé à succéder, par exemple le fils, peut faire valoir, en Italie, une violation de l'ordre public pour empêcher l'application de la loi qui permet son exclusion totale de la succession. La solution retenue par la jurisprudence est qu'aucune disposition étrangère ne saurait être appliquée si elle est contraire à l'ordre public.

Vice versa, la règle interdisant, dans le droit italien, la substitution fidéicommissaire doit être considérée comme étant d'ordre public, avec la conséquence que la loi étrangère qui, au contraire, considère cette substitution comme valable, ne pourra pas être appliquée. Il y a lieu de noter, néanmoins, qu'on ne saura considérer comme étant d'ordre public les dispositions contenues dans l'article 900 de l'ancien Code civil, implicitement reprises par le code actuel, et suivant lesquelles l'interdiction susdite rend nulle la substitution éventuellement envisagée, mais elle n'affecte pas la totalité du testament. Ainsi, par exemple, si un citoyen français a prévu dans son testament une substitution fidéicommissaire au sujet de certains biens situés en Italie, on pourra appliquer, en tant que loi nationale du *de cujus*, l'article 896 du Code français qui prévoit, outre la nullité de la substitution, la nullité de la vocation héréditaire au bénéfice du fiduciaire.

11. En ce qui concerne la forme des dispositions testamentaires, on est arrivé, en vertu des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, à l'unification des règles de conflit. Sur la base de ce résultat on pourrait même renoncer à traiter ledit sujet au cours du présent exposé. Il

suffirait, en effet, de renvoyer aux règles contenues dans le texte de La Haye pour toutes les questions qui se posent en matière de forme des testaments. Voilà donc une solution très simple, grâce à laquelle la tâche confiée à notre Commission se trouverait considérablement allégée.

Certaines considérations nous amènent cependant à exposer le système de La Haye, non seulement pour pouvoir prendre connaissance de ce texte tellement important, mais aussi pour constater si l'analyse du problème des successions testamentaires, vu dans son ensemble, conduirait aux mêmes solutions que celles qui ont été codifiées.

Si, en raison de certaines exigences de la codification des règles de droit international privé, on a séparé les questions de forme des questions de fond, il est toutefois évident que les solutions relatives au fond peuvent avoir une influence considérable sur celles concernant la forme. Voilà donc un premier motif qui nous amène à voir si le système de La Haye est susceptible d'être soumis à une nouvelle étude. On doit encore considérer — la codification de La Haye s'étant réalisée parmi un nombre assez restreint d'Etats — s'il n'y aurait pas intérêt à voir les mêmes problèmes dans un domaine scientifique plus large, tel que celui représenté par notre Institut.

A la suite de la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, une Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires a été signée le 5 octobre 1961. Cette Convention est entrée en vigueur le 5 février 1964 entre les trois premiers Etats qui l'on ratifiée, c'est-à-dire l'Autriche, la Grande-Bretagne et la Yougoslavie.

Les principes directeurs de ladite Convention (voir *Batiffol*, « Actes et documents de la neuvième session », III, p. 159) sont les suivants :

a) les règles adoptées doivent être le plus possible favorables à la validité du testament en la forme, ce qui se réalise en admettant la compétence de plusieurs lois ;

b) la faveur ainsi envisagée permettra notamment d'obtenir qu'un testateur puisse disposer de tout son patrimoine par un seul testament ;

c) la Convention devra amener à une uniformité de décisions.

Cela signifie qu'en vertu des règles contenues dans la Convention on évitera que le testament soit regardé comme valable dans un pays et non dans un autre.

L'article premier de la Convention détermine les lois dont le testateur peut observer les formes pour rédiger un testament valable : il prévoit la compétence possible de cinq lois.

La première est la loi du lieu où le testament a été rédigé. Etant donné que cette loi est admise par la majorité des systèmes existants, elle vient en toute première ligne.

La deuxième loi est celle de la nationalité du testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès. Cette loi est admise, comme la loi sus-indiquée, par un grand nombre de systèmes contemporains, parfois même dans des pays qui rattachent le statut personnel au domicile et non à la nationalité.

L'article premier prévoit ensuite la compétence de la loi du domicile ou de la résidence habituelle du testateur, ce qui permet à celui qui teste en dehors de son domicile ou de sa résidence habituelle de suivre des formes qu'il connaît, alors qu'il peut ignorer celles du lieu où il se trouve. Le domicile sera défini, aux termes du même article, par loi du lieu où l'on allègue que le testateur était domicilié ; la Convention, au contraire, ne désigne pas la loi selon laquelle devrait être définie la résidence habituelle.

L'article premier admet enfin la compétence de la loi de la situation des immeubles dont le testateur dispose, ce qui aura pour conséquence que le testament rédigé selon les formes de cette loi ne vaut que pour les immeubles soumis à ladite loi.

L'article 2 dispose que la révocation des dispositions testamentaires est soumise au même régime que ces dispositions elles-mêmes, et ajoute en outre que la révocation sera également valable quant à la forme si elle répond à l'une des lois aux termes de laquelle, conformément à l'article premier, la disposition testamentaire était valable.

La Convention admet le maintien ou l'introduction dans les lois des Etats contractants de règles reconnaissant la validité en la forme des dispositions testamentaires par application d'une loi autre que l'une de celles qui sont visées aux articles premier et 2, ce qui réalise au maximum possible l'idée de la faveur au testament.

Les deux articles suivants se réfèrent au champ d'application de la Convention à l'égard de deux hypothèses particulières, celle de la forme des testaments conjonctifs et celle de la prohibition de certaines formes, par exemple, olographes, à raison des qualités personnelles du testateur, telles sa nationalité ou son âge.

J'estime que les précisions données jusqu'ici sont suffisantes pour pouvoir apprécier la façon dont la Convention a tâché de résoudre les problèmes de la forme des dispositions testamentaires. Evidemment les solutions adoptées ne sont pas à l'abri de toute critique (cf., par exemple, *Flore*, « Intorno allo schema di convenzione sulla legge applicabile alla forma delle disposizioni testamentarie », in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 578 et ss. ; *Von Overbeck*, « Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1961, III, p. 614 et ss. ; voir aussi, en ce qui concerne

le système italien, l'article 26 des dispositions préliminaires au Code civil qui s'inspire également d'une pluralité de critères de rattachement ; les critiques de *Quadri* « Sulla legge applicabile alla forma dei negozi giuridici », in *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, II, p. 231 et ss.), mais il faut quand même considérer qu'un but important a été atteint, celui de la *favor testamenti*.

12. Une fois remplies toutes les conditions de forme et de fond nécessaires pour la validité du testament, il faut prendre en considération les actes qui, d'après la loi ou la volonté du testateur, sont nécessaires pour exécuter les dispositions testamentaires après l'ouverture de la succession.

Un problème particulier, qui intéresse le droit international privé, se pose lorsque le testament qui a été rédigé à l'étranger en la forme publique, conformément à la loi étrangère, doit être exécuté dans un Etat différent.

En ce qui concerne l'exécution en Italie de testaments reçus à l'étranger par des organes publics, on était d'avis, d'après le Code de procédure civile de 1865, qu'il fallait recourir à l'exequatur, conformément à l'article 944 dudit code. Etait compétent à cet effet le tribunal du lieu où le testament aurait dû être exécuté : ce tribunal aurait examiné la forme externe de l'acte, la compétence de l'organe public qui l'avait reçu, sa force exécutoire ainsi que son contenu. Ceci parce que le testament public rédigé à l'étranger était considéré comme appartenant à la catégorie des actes authentiques étrangers, au sujet desquels l'ancien Code de procédure civile prévoyait le jugement spécial de *delibazione* décrit à l'article 944.

Cette thèse, qui d'ailleurs n'est pas exempte de critiques, ne peut plus être soutenue vis-à-vis de l'article 804 du nouveau Code de procédure civile qui a remplacé l'article 944 de l'ancien Code. En effet, l'article 804 ne vise que l'exécution en Italie des actes contractuels reçus par un organe public dans un

pays étrangers : or, le testament public ne pourra jamais être considéré comme un acte contractuel, et il est dès lors exclu que ce testament doive obtenir un exequatur qui limite les pouvoirs du juge d'appel (art. 804).

Cela dit, il faut, par ailleurs, considérer d'autres situations. Ainsi, par exemple, la loi du lieu où la succession est ouverte peut prévoir que, même pour l'exécution des testaments privés, l'intervention des organes publics soit nécessaire. Dans ce cas, la situation est tout à fait différente de celle que nous venons de considérer, car le testament est susceptible d'être exécuté pour autant qu'un acte de juridiction volontaire est pris à son égard. Si le testament doit être exécuté également en Italie, il sera nécessaire d'appliquer les règles concernant l'efficacité en Italie des actes étrangers de juridiction volontaire.

La solution à retenir à ce sujet ne sera pas toujours la même : compte tenu, en effet, du système établi par le nouveau Code de procédure civile, il faut distinguer les actes concernant l'exécution du testament et qui ont été pris par des organes administratifs, des actes qui, tout en ayant le même objet, sont rendus par des organes juridictionnels. En ce qui concerne ces derniers, il faudra appliquer l'article 801 du Code de procédure civile, et un exequatur devra donc nécessairement être obtenu auprès de la Cour d'appel compétente au sens de l'article 796 du même code. En ce qui concerne, par contre, les actes pris par des organes administratifs, les règles à adopter seront celles relatives à l'efficacité des actes administratifs dans un ordre juridique autre que celui sous l'empire duquel ils ont été pris.

Ce problème n'a pas été résolu par le Code de procédure civile, celui-ci s'étant préoccupé de prévoir l'exequatur dans les cas où l'acte est, même du seul point de vue formel, l'émanation des autorités judiciaires étrangères et non pas aussi dans les cas où ces autorités n'ont pas participé à la rédaction et à la formation de l'acte.

Dans ce dernier cas, il ne s'agit donc pas de constater formellement l'efficacité d'un acte pris par des autorités judiciaires, mais puisqu'on se trouve en présence d'une situation juridique concrète destinée à produire des effets juridiques dans un autre droit interne, il faudra recourir aux règles du droit international privé dans la mesure où elles sont applicables à une telle situation.

En ce qui concerne les testaments rédigés à l'étranger, en tant qu'actes administratifs étrangers, il faudra leur appliquer l'article 23 des dispositions préliminaires du Code civil ; ainsi, pour pouvoir appliquer en Italie un acte administratif étranger concernant un testament privé ouvert à l'étranger, la loi applicable sera celle du *de cujus*. Dans ces conditions, l'acte susdit pourra produire des effets juridiques en Italie pour autant qu'il a été pris conformément à la loi nationale du testateur, c'est-à-dire seulement s'il relève du droit interne de l'Etat dont le testateur était ressortissant.

13. Certains droits internes prévoient la possibilité pour les intéressés de léguer leurs biens par des actes juridiques *mortis causa* qui ont la nature d'un contrat et qui, de ce fait, sont appelés pactes sur succession future. Il s'agit là d'un problème qui n'intéresse pas le droit interne italien lequel, pour des raisons tirées de l'ordre public, ne permet pas la stipulation de ces pactes. Il est toutefois possible que le droit italien soit, dans certains cas, obligé de prendre en considération des rapports qui, tout en n'étant pas des pactes sur succession future, découleraient néanmoins de la stipulation de ces pactes. C'est pourquoi il faut maintenant préciser quelle est la réglementation juridique de droit international privé qui leur est applicable. En principe, on peut affirmer que cette réglementation n'est pas différente de celle qui s'applique aux testaments. Pour déterminer la capacité d'établir un pacte sur

succession future, on devra donc se référer à la loi de l'Etat dont le *de cujus* était ressortissant au moment où le pacte en question a été conclu.

Mais, avant de connaître quelle est la loi applicable à ces pactes, il faut naturellement examiner la question de savoir si de tels pactes sont admissibles dans l'ordre interne. Un tel problème ne peut être résolu autrement que par voie de référence à la loi nationale du *de cujus*, du moment que la conclusion d'un pacte sur succession future ne constitue qu'un des moyens par lesquels le disposant manifeste sa volonté ; volonté qui ne peut être réglée que par la loi applicable aux successions en général.

Ces considérations valent également pour les contrats qui ont pour objet la renonciation à une succession future. Dans ce cas, en effet, les relations étroites existant entre les règles applicables à la succession et celles qui ont pour objet les droits qui découlent de cette succession sont encore plus évidentes que dans les cas précédents.

Rome, juillet 1965.

QUESTIONNAIRE [1]

1. Doit-on chercher des solutions générales valables pour tous les problèmes relatifs aux successions tant *ab intestat* que testamentaires ?

2. Faut-il au contraire considérer séparément les successions testamentaires ?

3. Faut-il adopter une solution unique pour toutes les questions se référant aux successions testamentaires et, dans l'affirmative, attribuer compétence :

   a) à la loi nationale du défunt ;

   b) à la loi du domicile du défunt au moment de son décès ?

4. Quel doit être le domaine de l'autonomie du testateur et quelles doivent en être les limites ?

5. Les travaux de la Commission doivent-ils comprendre les problèmes de la forme des dispositions testamentaires, ou doit-on se limiter à renvoyer sur ce point à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires ?

6. Quelle doit être la loi applicable à certains éléments de la succession testamentaire, ou à certaines espèces de testaments et notamment :

   a) aux pouvoirs de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de la succession ;

---

[1] Questionnaire définitif, établi à la suite d'une réunion de la Dixième Commission, à Varsovie, en septembre 1965.

b) à la révocation du testament ;

c) au testament conjonctif et au testament-partage ;

d) aux substitutions testamentaires ?

7. Quelles sont les conditions auxquelles doit être subordonnée l'exécution dans un pays d'un testament rédigé dans un autre pays ?

8. Quelle solution doit-on adopter en ce qui concerne les pactes successoraux ?

9. Doit-on étudier les attributions des consuls en matière de testaments rédigés par leurs nationaux ?

Septembre 1965.

ANNEXE III

Observations des membres de la Dixième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Riccardo Monaco

1. Observations de M. Henri Batiffol

Paris, le 8 août 1966.

Questions 1 et 2

La Commission a reçu mandat d'étudier les successions testamentaires ; l'adjectif cantonne sa mission à l'espèce, l'étendre au genre supposerait qu'il soit impossible ou inutile de s'en tenir à l'objet ainsi défini.

Sur la possibilité, l'expérience paraît acquise ; les problèmes propres à la succession testamentaire appellent des solutions qui ne dépendent pas en soi du point de savoir quelle est la loi applicable à la succession en général : que cette loi soit celle de la situation des biens, de la nationalité du défunt ou de son domicile, sa portée sur la validité et les effets du testament peut recevoir les mêmes réponses.

Or, et sur l'utilité, les successions sont un des chapitres du droit international privé où se manifestent les oppositions les plus profondes entre les systèmes, et souvent même entre les opinions individuelles de juristes appartenant à un même pays. La cause en est sans doute dans la multiplicité des liens du droit successoral avec les différentes parties du droit civil,

engendrant une multiplicité de rattachements possibles en droit international privé, dont le choix dépend de la conception qui prévaut en droit interne sur le facteur réputé essentiel. La tâche serait lourde pour l'Institut d'aboutir à un accord en ce domaine : nos confrères habitués à des systèmes dans lesquels la succession est fondamentalement considérée comme une continuation de la personne du défunt, avec ses conséquences sur la compétence de principe de la loi personnelle, gagneraient difficilement à leurs vues ceux dont les pays ignorent cette notion. Ce qui ne veut pas dire qu'un rapprochement soit impossible, mais il constitue une œuvre dont la difficulté déborde celle de la recherche confiée à la Commission.

Il peut paraître sans doute paradoxal de résoudre une question se présentant comme spéciale avant d'avoir pris parti sur le problème général. Mais l'expérience, il faut le répéter, montre que la voie est praticable ; et c'est souvent un bon procédé de commencer par résoudre des questions relativement particulières : le travail en commun peut amener les esprits à aborder les chemins du rapprochement sur des problèmes plus généraux.

Or il y a d'autre part une raison d'utilité positive à étudier les successions testamentaires en droit international privé. Le testament est connu, semble-t-il, dans la généralité des systèmes contemporains, et son existence signifie qu'il est souhaitable en principe que la volonté du testateur soit respectée. Mais les législateurs imposent certaines limites en la forme ou au fond à la liberté de tester pour la protection du testateur lui-même et éventullement celle de ses héritiers, ou d'autres intérêts. La variété de ces restrictions a pour résultat qu'un testament valable selon une certaine loi, peut ne pas l'être, ou ne pas produire tous ses effets selon une autre : d'où l'intérêt de savoir quelle loi détermine la validité d'un testament et ses effets. Même si l'on n'est pas d'accord sur la loi applicable aux

successions en général, un progrès dans la certitude du droit peut être obtenu par l'étude de la succession testamentaire, qui pose un problème spécifique au droit international privé.

Question 3

Il ne paraît pas possible de soumettre toutes les questions soulevées par une succession testamentaire à une loi unique. Le problème est plutôt de savoir quels sont les domaines respectifs des différentes lois dont l'intervention apparaît comme nécessaire ou utile, même si l'une d'entre elles doit se présenter comme ayant une compétence principale ou fondamentale.

Le testament est en effet un acte volontaire ayant pour objet la dévolution, en tout ou en partie, d'une succession. Il s'ensuit qu'il faut examiner le rôle des lois applicables en général aux actes volontaires, par exemple pour leurs formes, mais aussi celui de la loi applicable à la succession.

Cette dernière peut apparaître comme ayant précisément une compétence principale ou fondamentale, car il s'agit de régler la dévolution de la succession. A cet égard, le choix proposé par la question 3 entre la loi nationale du défunt et la loi de son domicile au jour de son décès concerne la loi applicable à la succession en général. Il ne paraît pas possible et utile de prendre parti sur ce point dans une Résolution concernant spécifiquement la succession testamentaire, pour les raisons qui ont été indiquées plus haut.

Dans l'acte juridique typique que constitue le contrat, la plupart des systèmes distinguent, sous des modalités diverses, entre la loi applicable à la forme et celle qui régit le fond. Un grand nombre d'entre eux soumettent la capacité des parties encore à une autre loi, celle de leur statut personnel. Il y a lieu d'examiner si ces distinctions valent également pour le testament.

Pour prendre d'abord la capacité de tester, aucun problème ne se pose dans les systèmes qui soumettent la succession à la loi nationale du défunt : ces systèmes en effet soumettent aussi la capacité à la loi nationale. Le problème ne réapparaîtrait que si le testateur avait changé de nationalité entre le jour où il a testé et le jour où il décède. Il n'appartient sans doute pas à l'Institut de se prononcer sur des questions de ce genre, qui relèvent des systèmes adoptés pour la solution des conflits de lois dans le temps. Mais la question se pose directement dans les pays où la succession n'est pas soumise à la loi nationale du défunt. Dans ces pays le statut personnel est souvent compris en un sens plus étroit que dans les précédents, et notamment la capacité de contracter est parfois soumise à la loi qui régit le fond du contrat, comme on le voit aux Etats-Unis. Une Résolution de l'Institut préconisant la soumission de la capacité de tester à la loi personnelle ou à la loi successorale mettrait en cause une conception qui concerne un problème plus général que celui du testament ; il faudrait d'ailleurs distinguer entre les incapacités générales comme celles qui tiennent à la minorité ou à l'état mental, et les incapacités spéciales propres aux dispositions à cause de mort.

Au surplus la succession, au moins mobilière, étant généralement régie par la loi du domicile dans les systèmes du second type, cette loi y sera celle du statut personnel du testateur, réserve faite d'un changement de domicile entre la date du testament et celle du décès — par où on retrouve le problème de conflit dans le temps déjà évoqué. Il existe cependant des pays, comme la France, qui soumettent la succession mobilière à la loi du domicile et la capacité à la loi nationale. Mais le rôle des Résolutions de l'Institut n'est pas de présenter des systèmes complets de solution, elles doivent chercher à exprimer un accord possible sur un certain nombre de points.

Le rôle des lois applicables à la forme et au fond fait l'objet des questions suivantes.

Question 4

Le souci de donner effet autant que possible à la volonté du testateur conduirait à lui reconnaître la liberté de soumettre son testament, quant au fond, à la loi de son choix, de même qu'il est permis aux parties à un contrat de caractère international de placer celui-ci sous l'empire de la loi qui leur paraît la plus convenable. Cette autonomie de la volonté n'est cependant pas acceptable pour un acte dont l'objet est de régler la dévolution d'une succession, étant donné que les successions sont soumises à une loi impérativement déterminée par les règles de conflit de lois. Cette difficulté est particulièrement évidente pour les systèmes, nombreux, qui connaissent une réserve au profit de certains héritiers. Il ne saurait appartenir au testateur d'éluder la réserve en se plaçant volontairement sous l'empire d'une loi qui l'ignore ou l'aménage différemment. Même dans les systèmes qui, comme ceux des pays anglo-saxons, ignorent en principe la réserve, la dévolution successorale est soumise à des règles qui ne dépendent pas entièrement de la volonté du testateur ; il paraît donc difficile, là aussi, de lui reconnaître la liberté de s'y soustraire en soumettant son testament à une loi autre que celle qui régira sa succession.

Il paraît ainsi inéluctable, pour respecter la coexistence des législations en vigueur, que le testateur ne puisse se référer à une loi autre que celle qui régira sa succession, sinon dans les domaines où cette loi ne porte pas de prescriptions impératives. La difficulté est connue de ce que le domicile ou la nationalité du testateur peuvent changer entre le jour où il teste et celui où il décède ; mais il lui appartient de modifier

son testament en conséquence pour éviter les nullités qui pourraient résulter de l'application de la loi à laquelle sera soumise sa succession. Comme dans tous les systèmes, le testament, acte unilatéral, est révocable à la volonté du testateur, il n'y a pas là un obstacle irrémédiable. A cet égard, la soumission de la succession, au moins mobilière, à la loi du domicile permet au testateur, dans une certaine mesure, de fixer son domicile où il le trouve le plus avantageux.

Les systèmes qui soumettent la succession immobilière à la loi de la situation de l'immeuble, obligent le testateur à respecter des lois différentes suivant qu'il dispose de ses meubles ou de ses immeubles situés dans différents pays. C'est là une des conséquences fâcheuses de la division de la succession entre meubles et immeubles, mais on ne voit guère comment le souci de respecter la volonté du testateur pourrait conduire à éviter le respect au fond des différentes lois applicables à la succession.

Question 5

Il paraîtrait désirable que la Résolution de l'Institut recommande la ratification de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires. Cette convention a été établie à la suite de travaux extrêmement méthodiques, et adoptée par les délégués de l'ensemble des pays représentés à la Huitième session. Sans doute l'Institut pourrait se faire l'écho des critiques que cette convention peut susciter, car aucune œuvre n'est parfaite en ce domaine ; mais ces critiques porteraient plutôt sur des points assez particuliers, qui ne sont pas dans la vocation, semble-t-il, des Résolutions de l'Institut. Une critique plus générale pourrait porter sur le nombre de lois, jugé élevé par certains, dont le respect peut assurer la validité du testament

en la forme. Cette position a cependant été prise à la suite d'une étude approfondie, et il n'est pas sûr que la reprise de la discussion puisse actuellement être fructueuse.

Il serait au contraire dans le rôle de l'Institut d'attirer l'attention de l'opinion juridique et des gouvernements sur l'utilité de ratifier une convention de ce genre. Les conventions sur les conflits de lois entrées en vigueur sont encore peu nombreuses ; une expérience de leur application judiciaire serait précieuse pour déterminer la mesure dans laquelle on peut aboutir à une interprétation uniforme qui permette d'atteindre leur but d'une unification effective des règles de conflits de lois. Le mouvement de ratification est lent parce que ces questions ne paraissent pas d'importance primordiale aux chancelleries, et aussi parce que les gouvernements éprouvent toujours une certaine réticence à se lier en matière de droit privé par des conventions qui leur retirent leur liberté de modifier leurs législations internes selon les circonstances. L'intérêt de l'expérience mérite cependant que ces difficultés soient surmontées, il serait heureux que l'Institut y contribue.

Question 6

a) Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sont certainement un des points où les divergences sont les plus accusées entre les systèmes existants. En principe assurément le droit successoral déterminera les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Mais la question est de savoir si ces pouvoirs seront reconnus, et à quelles conditions, dans les pays où se trouvent les biens héréditaires que l'exécuteur désire appréhender ou mettre en vente. Sans entrer dans le détail des difficultés que pose actuellement la répartition des compétences de ces deux lois, il paraîtrait désirable que l'Institut exprime l'utilité de reconnaître aussi largement que possible les pouvoirs de

l'exécuteur testamentaire tels qu'ils sont déterminés par la loi successorale. Cette voie est la plus sûre pour le respect de la volonté du défunt, mais elle requiert des Etats un effort pour le respect aussi large que possible de la loi dont la compétence primordiale n'est pas déniée. Le problème se pose d'ailleurs aussi pour l'administrateur d'une succession nommé en justice, mais il apparaît pour l'exécuteur testamentaire en termes plus spécifiques, s'agissant de donner effet internationalement à la volonté du défunt.

La conception la plus restrictive consiste à n'admettre l'action de l'exécuteur testamentaire que s'il a été nommé par le tribunal du lieu où sont situés les biens sur lesquels il veut agir. Même si en fait les tribunaux attribuent facilement cette mission à l'exécuteur déjà désigné selon la loi successorale, la certitude n'est pas acquise, une nouvelle procédure est nécessaire, et surtout les pouvoirs de l'exécuteur ainsi nommé seront ceux de la loi locale et non ceux de la loi successorale. Dans une autre conception il faut demander à un tribunal local l'exequatur de la décision étrangère qui a nommé l'exécuteur ou l'a confirmé dans ses pouvoirs ; un nouveau risque apparaît ici, peut-être faible en pratique, que l'exequatur soit refusé, mais il faudrait surtout aboutir à ce que la décision reconnaisse ou confère à l'exécuteur les pouvoirs mêmes dont il dispose selon la loi successorale. Et si l'exécuteur tient ses pouvoirs directement du testament sans l'intervention des autorités judiciaires étrangères, cette voie ne paraît pas praticable. Il serait donc plus simple, plus efficace et plus conforme au respect de la volonté du testateur que l'Institut recommande la reconnaissance des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire tels qu'ils résultent de la loi successorale.

En fait, la difficulté la plus sérieuse concerne les immeubles, au sujet desquels les Etats ont les plus grandes réticences à relâcher le contrôle de leur propre loi sur leur transmission.

En particulier les notaires, responsables de la régularité des transmissions, redoutent de voir leur responsabilité mise en cause par une application erronée d'une loi étrangère. Mais les Etats qui y tiennent le plus soumettent généralement la succession à la loi de la situation de l'immeuble. Pour respecter ce facteur, agissant aussi dans les autres, l'Institut pourrait formuler une réserve en ce qui concerne la transmission de ces biens.

b) En tant que la révocation d'un testament s'effectue par des dispositions testamentaires nouvelles, elles sont soumises au même régime que le testament lui-même. L'exigence par certains systèmes d'une identité de forme pour le testament et sa révocation a été envisagée par la Convention de La Haye. Quant aux révocations résultant d'événements autres que des dispositions testamentaires nouvelles, tels que le mariage, le divorce ou la survenance d'enfants, il s'agit là de conceptions propres au droit de la famille, sur lesquelles il paraît difficile qu'une Résolution de l'Institut concernant la succession testamentaire propose des règles uniformes.

c) Le testament conjonctif pose surtout le problème de savoir s'il s'agit de forme ou de fond. La position prudente prise par la Convention de La Haye à ce sujet paraît en l'état actuel des choses la plus recommandable, étant donné notamment la rareté des difficultés apparues en pratique quel que soit l'intérêt doctrinal du problème.

Le testament-partage est une institution complexe qui n'est peut-être pas connue de tous les systèmes ; on peut douter qu'il soit praticable et utile de le considérer dans une Résolution de l'Institut.

d) On en dira autant des substitutions fidéicommissaires dont l'admission, la prohibition ou la réglementation dépendent

de conceptions générales du droit successoral profondément divergentes encore aujourd'hui.

Question 7

La réponse à cette question dépend des positions générales prises sur la valeur probante des actes et la reconnaissance des pouvoirs qu'ils confèrent. Le premier point déborde certainement la question du testament. Le second a déjà été examiné ci-dessus.

Question 8

Les pactes successoraux posent des problèmes spécifiques nettement différents de ceux du testament. En particulier l'impossibilité d'une révocation unilatérale, s'agissant d'un contrat, ne permet pas la transposition pure et simple des solutions valables pour le testament. D'autre part, cette institution est ignorée, ou n'est permise que très étroitement, par de nombreuses législations ; et dans celles qui l'admettent largement son emploi paraît cependant beaucoup plus rare que celui du testament. Il ne paraît donc pas indispensable que l'Institut se penche sur cette institution, bien que son examen puisse présenter le plus grand intérêt si le temps permettait d'y procéder.

Question 9

Il paraîtrait très utile d'étudier le rôle des consuls en matière de testament. Les traités existant à ce sujet sont souvent peu explicites, la pratique est mal fixée dans de nombreux pays, et des précisions seraient certainement utiles. L'étude de *M. Drakidis* sur les testaments consulaires à la *Revue critique de droit international privé* (1965, p. 1) peut fournir à cet égard des suggestions intéressantes.

Henri Batiffol.

2. Observations de M. Charalambos N. Fragistas

Thessalonique, janvier 1967.

Les deux premières questions ont trait à l'étendue du travail. Il y a plusieurs possibilités :

1. On pourrait se limiter *aux problèmes particuliers de la succession testamentaire*, à savoir aux problèmes qui surgissent *exclusivement* en matière de succession testamentaire, ou bien s'occuper *de toutes les questions de la succession testamentaire*, même de celles qui sont communes à la succession testamentaire et à la succession *ab intestat*, comme l'acquisition, l'administration et la liquidation de la succession, la responsabilité des héritiers, etc.

2. On pourrait *préciser la loi successorale* (« Erbstatut ») ou s'y référer vaguement *sans la déterminer*.

En ce qui concerne le premier point, je pense qu'*il serait préférable de s'occuper seulement des questions spéciales de la succession testamentaire*. Etendre notre étude à tous les problèmes communs à la succession testamentaire et à la succession *ab intestat* rendrait notre tâche trop vaste ; elle embrasserait presque toute la matière du droit international privé des successions.

En ce qui concerne le deuxième point, je serais très heureux si l'Institut pouvait adopter à une grande majorité une Résolution déterminant la loi successorale ; mais si cela se révélait impossible, on pourrait se contenter de se référer vaguement à la loi successorale sans la préciser. Il est évident que dans cette dernière hypothèse l'importance de notre Résolution ne serait pas très grande.

3. *La loi successorale doit être la même pour toutes les questions se référant aux successions testamentaires.* Comme *loi successorale, je préfère la loi nationale du « de cujus »* A mon avis, la succession tient plus à la personne du *de cujus* qu'à tout autre point de rattachement, et la personnalité des individus est liée plus à la nationalité qu'au domicile ou à la résidence habituelle. D'ailleurs, l'application de la loi de la situation des biens détruit l'unité de la succession et crée plusieurs difficultés.

En tout cas, il y a quelques questions qui, quoique se référant aux successions, se trouvent en même temps rattachées à des autres statuts, notamment à la *lex personalis*, la *lex loci actus* et la *lex rei sitae*. Cette liaison multiple crée en droit international des successions plusieurs difficultés. Je pense que notre tâche principale est de trancher ces difficultés en précisant le domaine de l'application de la loi successorale et en déterminant en même temps les cas de l'application en droit des successions des autres statuts.

4. *En général, l'autonomie de la volonté ne sert pas à déterminer le droit applicable dans le domaine des successions.* La volonté du *de cujus* ne sert pas à désigner « la loi successorale », (« Erbstatut »). La « loi successorale » est fixée directement par la loi.

Ce n'est que très rarement qu'on rencontre dans les droits positifs une disposition qui autorise le testateur à détermine lui-même la loi qui doit être appliquée à sa succession. C'est ainsi, par exemple, que le droit suisse qui, en général, soumet la succession à la loi du domicile du défunt, permet, à titre exceptionnel, au testateur de soumettre sa successior à la loi de sa nationalité *(Nussbaum,* « Internationales Privatrecht », 1932, p. 363).

Je pense qu'il ne faut pas donner à l'individu la possibilité de déterminer la loi successorale. Elle doit être déterminée directement et exclusivement par la loi. L'autonomie de la volonté des parties ne doit pas prendre dans le domaine des successions l'importance qu'elle a en matière d'obligations contractuelles. *Dans la succession testamentaire, la volonté du testateur peut avoir seulement les effets que la loi successorale, désignée par la règle des conflits, lui accorde.*

Du point de vue du droit international privé, la volonté des parties ne doit pas jouer le rôle d'un point de rattachement déterminant la loi successorale.

L'indication, par le testateur, comme loi successorale d'une loi nationale différente de celle désignée par les règles de conflits de lois, ne doit avoir que la valeur d'une clause testamentaire, qui peut développer ses effets dans le cadre du droit matériel désigné par les règles de conflits. En effet, il s'agit ici d'une clause testamentaire qui contient une référence en bloc à un système de règles qui, dans l'espèce, ne peuvent s'appliquer que comme des clauses provenant de la volonté du testateur.

5. En ce qui concerne la forme des dispositions testamentaires, je ne pense pas qu'une simple référence à la Convention de La Haye de 1961 serait suffisante.

Bien sûr, la Convention de La Haye offre une base excellente à la réglementation du problème ; mais il serait souhaitable que l'Institut prenne position sur ses dispositions.

Même si l'Institut n'aboutissait qu'à approuver, tel qu'il est, le texte de la Convention de La Haye, son travail n'aurait pas été sans importance ; il aurait renforcé le prestige de la Convention de La Haye.

6. *a)* On doit appliquer la loi successorale aux pouvoirs de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de la succession.

Si les pouvoirs de l'administrateur, nommé par un tribunal, se limitent, selon le droit du pays qui a procédé à sa nomination, aux biens situés dans le même pays, on doit procéder à l'étranger à une nouvelle nomination, en appliquant toujours la loi successorale.

b) La révocation du testament doit être en principe soumise à la loi successorale, quelle que soit la cause de la révocation (nouveau testament, remise du testament au notaire, aliénation de la chose léguée, survenance d'enfants, etc.).

Si la loi successorale doit changer par suite de changement de nationalité ou de domicile du testateur, on doit prendre en considération la loi successorale du moment dans lequel on prétend que la révocation a eu lieu. Une fois le testament révoqué, il ne peut pas retrouver sa validité à cause d'un changement du statut successoral.

c) Le testament conjonctif doit être régi par la loi successorale des deux testateurs. Ce n'est pas une simple question de forme ; c'est une question de fond et même une question très importante.

La loi successorale doit en principe être admise en ce qui concerne le testament-partage ; mais en ce qui concerne le transfert de la propriété, c'est la *lex rei sitae* qui doit être appliquée.

d) Les substitutions testamentaires doivent être soumises à la loi successorale du testateur.

7. Les testaments rédigés et dûment publiés à l'étranger peuvent être exécutés en droit interne comme les testaments rédigés et exécutés dans le pays national.

Les testaments sont des actes privés ; ils ne sont pas des actes de pouvoir public exigeant une reconnaissance judiciaire pour leur exécution à l'étranger.

8. Les pactes successoraux, tout au moins en principe, doivent être soumis à la loi successorale (« Erbstatut »).

En tout cas, des difficultés s'élèvent si on doit prendre en considération le moment de la conclusion du pacte ou du décès du *de cujus* (*cf. Batiffol, loc. cit.*, n° 654, *Lewald, loc. cit.*, n° 389).

Je penche vers la solution qui prévaut dans la jurisprudence allemande d'après laquelle le pacte successoral produit ses effets s'il est valide tant d'après la loi successorale du temps de sa conclusion que selon la loi successorale au moment du décès du défunt.

9. Il serait souhaitable d'étudier les attributions des consuls en matière de testaments rédigés par leurs nationaux.

Ch. Fragistas.

3. Observations de M. Alexandre Makarov

Heidelberg, le 15 mars 1966.

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

J'ai bien reçu, il y a quelques mois, votre remarquable exposé préliminaire concernant la succession testamentaire en droit international privé, rédigé au mois de juillet 1965, ainsi que le questionnaire revisé du mois de septembre dernier. Ayez, je vous prie, l'obligeance d'excuser mon retard à la présentation de ces observations, mais il m'a été impossible, ainsi que je vous l'ai communiqué par ma lettre du 28 février dernier, de vous les envoyer plus tôt.

1. La première question que vous traitez dans votre exposé est celle de savoir si notre Commission doit chercher des solutions générales valables pour tous les problèmes relatifs aux successions tant *ab intestat* que testamentaires ou bien ne traiter que les successions testamentaires. Etant donné que la Dixième Commission de l'Institut est chargée d'élaborer un rapport et un projet de Résolution concernant la succession testamentaire en droit international privé, je pense que cette tâche exclut les recherches de solutions générales valables pour *toutes* les successions, c'est-à-dire pour les successions tant *ab intestat* que testamentaires. Je n'ai aucun doute sur ce sujet. Certes la loi successorale, c'est-à-dire la loi compétente pour régler les successions *ab intestat*, a une certaine importance aussi pour les successions testamentaires. Mais, à mon avis, nous devons traiter le problème de la loi successorale exclusivement dans les limites posées par le sujet de nos inves-

tigations, c'est-à-dire nous borner aux successions testamentaires. Ce point de départ me permet d'éliminer de mes observations tous les « problèmes généraux » du droit international privé des successions que vous traitez dans la première partie de votre exposé (n°s 1 à 6).

2. En abordant les questions particulières à la succession testamentaire (n° 7 de votre exposé), vous proposez d'adopter comme base de discussion la compétence de la loi nationale du *de cujus* comme loi unitaire pour les successions *ab intestat* et les successions testamentaires. Vous citez la loi italienne qui représente, à votre avis, la vue moyenne de tous les Etats dont les législations s'inspirent du principe de la loi nationale et le projet de Convention élaboré par la Conférence de La Haye de droit international privé en 1928. Vous reproduisez le texte des deux premiers alinéas de l'article premier du projet de Convention sur les conflits de lois et de juridictions en matière de succession et de testaments (« Actes de la sixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », 1928, p. 405) élaboré par cette Conférence.

Vous considérez ce texte comme « la synthèse du courant de doctrine et de jurisprudence qui, d'une façon unitaire, applique aux successions, soit *ab intestat*, soit testamentaires, le loi nationale ».

Je me permets de souligner que la solution « italienne » concernant la loi successorale compétente et toutes les législations qui adoptent la même règle de base ne forment qu'un groupe assez restreint de codifications de la matière dont nous nous occupons. Je crains donc qu'il ne soit très difficile d'obtenir au sein de l'Institut un vote acceptant la base de discussion en question. Quant au projet de La Haye, il a été élaboré à une époque qui a été close avant la seconde grande guerre et qui, partant, appartient au passé. Après 1945, les travaux

des Conférences de La Haye ont abordé d'autres problèmes et nous ne pouvons citer aucun projet, aucune convention basés sur le principe de la compétence illimitée de la loi nationale. L'article que vous avez cité dans votre exposé ne peut donc, à mon avis, être considéré comme « la synthèse du courant de doctrine et de jurisprudence » contemporaines.

Je propose de considérer comme loi successorale la loi personnelle du testateur sans préciser si cette loi doit être la loi nationale du *de cujus* ou la loi de son dernier domicile. Chaque Etat pourra donc préciser par sa loi interne la circonstance de rattachement en question. Cette solution est basée sur le principe de l'unité de succession qui adopte une seule règle de conflit qui doit trouver application aux successions mobilières et immobilières. On pourrait envisager l'application dans notre projet de Résolution du terme « loi successorale », qui permettrait aux Etats de choisir non seulement entre la loi nationale du *de cujus* et la loi de son dernier domicile, mais aussi entre la loi successorale unique et la division de la succession en deux parties, c'est-à-dire de soumettre la dévolution des biens mobiliers à la loi personnelle du *de cujus* et des biens immobiliers à la *lex rei sitae*. Je préfère cependant soumettre la succession tout entière à une loi unique. Nous trouvons une telle solution de notre problème non seulement dans quelques codifications législatives du droit international privé (je cite à titre d'exemple l'article 28 du Code civil hellénique, l'article 23 du Code civil italien [*Makarov*, « Recueil de textes concernant le droit international privé », 2e éd., I, Grèce, p. 9 ; Italie, p. 5], l'article 34 de la loi polonaise du 12 novembre 1965 [Dziennik Ustaw, 1965, n° 46, pos. 290], l'article 17 de la loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 [« Bulletin de droit tchécoslovaque », 1963, p. 278]), mais aussi dans un certain nombre de traités bilatéraux concernant diverses matières de droit civil (cf. par exemple l'article 20, § 1, du Traité entre la

Bulgarie et la Yougoslavie du 23 mars 1956 [*Makarov, loc. cit.*, II, n° 16] ainsi que dans un certain nombre d'autres traités conclus entre les Etats appartenant au bloc de l'Est). C'est la tendance qui se manifeste aussi dans quelques projets de codification de règles de conflit. Je me permets de citer le projet d'un nouveau Code civil français (cf. *Batiffol*, « Das IPR im Entwurf eines neuen Code civil : Zeitschrift für Rechtsvergleichung », 6 [1965], p. 18) et le projet de la loi uniforme du Benelux relative au droit international privé (art. 13 : cf. *Makarov, loc. cit.*, II, n° 6). Enfin on doit mentionner que le Septième Congrès de l'Union internationale du notariat latin tenu à Bruxelles au mois de septembre 1963 a affirmé le principe de l'unité des successions comme un idéal à atteindre (cf. *Rigaux*, « Union internationale du notariat latin » : *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 168).

Etant donné que la loi personnelle du *de cujus* peut être sa loi nationale ou bien la loi de son dernier domicile, nous devons envisager le problème du renvoi, sinon on pourra nous faire les critiques qu'on adresse à l'article 7 du Code Bustamante (cf. *Makarov, loc. cit.*, II, p. 5) qui dispose que chaque Etat contractant appliquera comme loi personnelle la loi du domicile, la loi de la nationalité ou celle qu'aurait adoptée ou adopterait plus tard sa législation interne sans régler les conflits qui peuvent surgir entre ces lois. Il me semble que nous pouvons emprunter la solution envisagée par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile (cette Convention ne fut ratifiée jusqu'à présent que par la Belgique et les Pays-Bas). Cette solution est la suivante : lorsque l'Etat du domicile prescrit l'application de la loi nationale du *de cujus*, et que l'Etat dont il est ressortissant prescrit l'application de la loi du domicile, on appliquera les dispositions du droit interne de cette dernière loi ; lorsque les lois en conflit prescrivent toutes les deux l'application de la

loi nationale du *de cujus* ou celle de son dernier domicile, on appliquera les dispositions du droit interne de la loi déclarée compétente par les deux lois en conflit.

3. Le n° 8 de votre exposé traite du rôle du principe d'autonomie de la volonté en matière de succession testamentaire. La question que vous posez est la question de savoir si le testateur peut indiquer lui-même dans le testament la loi applicable à la succession. Cette question a été réglée dans quelques pays (dont le nombre est très restreint) et elle est controversée dans la doctrine.

Quant au droit positif, on cite en règle générale l'article 22 de la loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour *(Makarov, loc. cit. I, La Suisse,* p. 13). Cet article dispose :

> « La succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt.
>
> On peut, toutefois, par une disposition de dernière volonté ou un pacte successoral, soumettre sa succession à la législation du canton d'origine. »

De prime abord, cette disposition envisage les relations intercantonales. Mais l'article 59 [1] du Titre final du Code civil suisse du 10 décembre 1907 a établi que la loi du 25 juin 1891 « continue à régir les Suisses à l'étranger et les étrangers en Suisse ». La disposition que je viens de citer est donc en même temps une règle de droit *international* successoral. Elle est interprétée dans ce sens que le testateur peut déclarer sa loi nationale compétente au lieu de la loi de son domicile. Mais, pour autant que je sache, les cas d'application de l'article 22 que je viens de citer sont des cas exceptionnels. Je dois dire cependant que le projet susmentionné de Réforme du Code civil français, en déclarant que les successions sont soumises

à la loi du domicile du défunt permet au testateur de se référer à une loi autre que celle qui régit les successions *(Batiffol, loc. cit.).* L'Union internationale du notariat latin (Résolution VI/2 du congrès tenu à Bruxelles en 1963), elle aussi, a proposé d'accorder au testateur le droit de substituer à sa loi nationale (déclarée comme loi successorale) la loi du dernier domicile du *de cujus* (cf. aussi *Dumoulin,* « Vereinheitlichung des internationalen Ehegüter- und Erbrechts », « Die Vorschläge der Internationalen Union des lateinischen Notariats » : *Rabels Z.* 28 [1964], p. 432). Il y a certes des cas où le principe du choix de la loi à appliquer aux successions testamentaires par le testateur peut contribuer à des solutions justes, mais il me semble que notre Résolution devrait éviter de poser une règle dont l'importance pratique serait minime. En règle générale, le testateur, en rédigeant son testament, nomme des personnes concrètes qu'il institue comme ses héritiers, et n'utilise pas le détour de l'indication d'une loi qui doit être appliquée comme loi successorale.

Mais si on se décide pour la possibilité d'un tel détour, il faut, à mon avis, fixer les limites d'une telle autonomie de volonté du testateur. Nous trouvons une telle réglementation dans le projet d'un nouveau Code civil en France (j'ai eu déjà l'occasion de mentionner ce projet. Cf. *Batiffol, loc. cit.*). Ce projet accorde au testateur le droit de se référer à une autre loi que celle qui régit la succession *ab intestat,* mais sous la réserve des règles impératives de la loi régissant la succession. Dans la doctrine, la même réserve est adoptée, par exemple, par *Lerebours-Pigeonnière* (« Droit international privé », 7e éd. par *Loussouarn,* 1959, n° 484, p. 607).

4. Sous le n° 9 de votre exposé vous traitez tout d'abord le problème de la loi compétente pour établir si le *de cujus* a ou non le droit de disposer *mortis causa* et dans quelles conditions.

Conformément à votre conception fondamentale, vous déclarez compétente la loi nationale au moment de la rédaction du testament qui doit être pris en considération. Je propose, pour les raisons que j'ai exposées ci-dessus, de déclarer applicable la loi personnelle du testateur. Il s'agit donc de la capacité du testateur d'ériger sa disposition de dernière volonté. Dans la doctrine, surtout dans la doctrine allemande, on n'est pas unanime en ce qui concerne la question de savoir si la loi applicable à cette capacité doit être la loi qui régit la capacité d'exercice des droits en général ou bien la loi successorale. Si on applique la loi compétente pour régler la capacité d'exercice des droits en général ce sera la loi en vigueur au moment de la rédaction du testament. Si le *de cujus* change plus tard de nationalité ou de domicile, la nouvelle loi, devenue compétente d'après le nouveau rattachement, ne pourra pas invalider le testament à cause de l'incapacité du *de cujus* conformément à cette nouvelle loi. Si on considère comme compétente la loi successorale, le moment décisif pour la capacité du testateur sera le moment de son décès : cette loi successorale pourra donc invalider, à cause de l'incapacité du testateur, la disposition de dernière volonté valable conformément à sa loi personnelle compétente au moment de la rédaction du testament et vice versa, elle pourra valider un testament qui n'était pas valable au moment de sa rédaction.

J'incline à reconnaître la compétence de la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction de la disposition de dernière volonté, pour autant que la loi successorale, c'est-à-dire sa loi personnelle au moment de son décès, ne prévoie pas des incapacités spéciales. Un exemple de ces incapacités spéciales nous est donné dans les articles 907 et suivants du Code civil français. Ces articles prévoient des incapacités vis-à-vis du médecin ou du ministre du culte (cf. *Batiffol*, « Traité élémentaire de droit international privé », 3e éd. 1959, n° 665, p. 729).

Ces incapacités spéciales doivent être assujetties à la loi successorale, c'est-à-dire à la loi personnelle du *de cujus* au moment de son décès.

Quant à la capacité de recevoir à titre gratuit, elle doit être régie par les mêmes principes. Je n'ai rien à ajouter à ce que vous dites concernant ce sujet. Je me permets de souligner surtout que, en ce qui concerne les personnes morales étrangères, leur capacité de jouissance des droits doit être jugée d'après leur loi nationale, et leur statut juridique doit être établi en tenant compte des règles sur la condition des étrangers de la loi du for.

5. Je suis également d'accord avec vous en ce qui concerne le problème de la loi applicable au contenu du testament (n° 10 de votre exposé préliminaire) : cette loi doit être, pour autant que nous n'accepterons pas le principe de l'autonomie de la volonté du testateur, la loi successorale, c'est-à-dire, conformément à mon opinion, la loi personnelle du *de cujus*.

6. Quant à la forme des testaments, il me semble que nous ne pouvons pas nous contenter d'un simple renvoi à la Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé au cours de sa neuvième session et signée le 5 octobre 1961. Abstraction faite de la circonstance qu'un tel renvoi à une Convention en vigueur ne répondrait pas à la tradition des Résolutions élaborées et adoptées par notre Compagnie, il me semble que nous devons donner à l'Institut la possibilité de discuter sur le problème en question et d'apporter quelques modifications concernant le contenu ou la forme du texte de la Convention de La Haye. Mais j'accepte sans réserves le principe fondamental de ladite Convention, c'est-à-dire le principe de la *favor testamenti*.

7. En traitant le problème de la forme des dispositions de dernière volonté, vous ne mentionnez pas quelques espèces de testaments qui figurent cependant dans votre questionnaire revisé. Ce sont le testament conjonctif, le testament-partage, les substitutions testamentaires, d'une part, et les pactes successoraux d'autre part.

Quant au testament conjonctif, qui est connu par exemple en Allemagne et en Autriche et prohibé en France, en Italie, en Espagne, aux Pays-Bas, la question de savoir si cette prohibition concerne la forme du testament ou son contenu est une question de qualification qui est soumise en règle générale à la loi du for. Je pense que *de lege ferenda* on doit considérer le testament conjonctif comme une forme de testament et, partant, le subordonner à la règle *locus regit actum* (dans le sens par exemple de *Lerebours-Pigeonnière, loc. cit.*, n° 485, p. 608 ; un aperçu des hésitations à ce sujet dans la jurisprudence et la doctrine en France est donné par *Batiffol*, «Traité élémentaire», 3e éd. 1959, n° 667, p. 733 et ss.). En ce qui concerne le testament-partage, c'est-à-dire un acte dans lequel un ascendant opère entre tous ses enfants la distribution et le partage de tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès (art. 1075 à 1080 du Code civil français: cf. *Planiol* et *Ripert*, «Traité pratique de droit civil français », 2e éd., tome V, par *Trasbot* et *Loussouarn* 1957, n° 851, p. 1091), on doit admettre qu'il est soumis, quant à la forme, à la règle *locus regit actum*, et qu'il relève, quant au fond, de la loi personnelle du testateur (*Planiol* et *Ripert, loc. cit.*, n° 854, p. 1093). Pour les substitutions testamentaires on envisage surtout la compétence de la loi successorale (pour moi c'est la loi personnelle du *de cujus*), mais on propose aussi, vu les répercussions de ces substitutions sur le régime de la propriété, l'application de la loi réelle, c'est-à-dire de la *lex rei sitae*. J'incline vers la compétence de la loi successorale. Les pactes successoraux sont connus en droits

allemand, autrichien, suisse, anglo-américain, mais inconnus dans d'autres Etats (cf. *Frankenstein*, « Internationales Privatrecht », t. IV, 1935, p. 520 et ss.). On doit distinguer les pactes unilatéraux qui peuvent être considérés comme testaments sans possibilité de les révoquer, et les pactes bilatéraux. Ces deux catégories de pactes provoquent des problèmes très compliqués (surtout les pactes bilatéraux). En règle générale, c'est la loi personnelle du contractant qui décide si un tel pacte est admissible. Dans les cas de pactes bilatéraux ce sont les deux lois personnelles qui doivent être appliquées : si d'après l'une de ces lois le pacte est inadmissible, c'est la loi de l'autre cocontractant qui doit décider si le pacte l'engage. Si on admettait le principe de l'autonomie de la volonté, on pourrait envisager son application aux pactes successoraux.

8. Après avoir traité les conditions de fond et de forme des testaments, vous prenez en considération les actes qui, conformément à la loi ou à la volonté du testateur, sont nécessaires pour exécuter les dispositions testamentaires lorsque la succession sera ouverte. Dans votre exposé préliminaire (sous le n° 12), vous donnez un aperçu très intéressant du problème particulier qui se pose lorsque le testament qui a été rédigé à l'étranger en la forme publique, conformément à la loi étrangère, doit être exécuté dans un autre Etat. Vous reproduisez les règles du droit italien qui devaient ou bien qui doivent trouver application dans un pareil cas. Le questionnaire revisé contient par contre une question (n° 7) rédigée d'une manière plus ample : elle se rapporte aux conditions auxquelles doit être subordonnée l'exécution dans un pays d'un testament rédigé dans un autre pays. Ces conditions doivent être, à mon avis, celles qui sont établies par la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu. Mais nous devons souligner qu'il est désirable que ces conditions reconnaissent, pour autant que la

chose soit possible, les actes d'exécution fixés par la loi personnelle du testateur. Il me semble que nous ne devons pas éliminer de nos investigations le problème de la reconnaissance à l'étranger de la compétence de l'exécuteur testamentaire (executor) nommé par le testateur et confirmé par la Probate Court en Angleterre et dans quelques autres pays du common law (cf. *Ernst Rabel*, « The Conflict of Laws », vol. IV, 1958, p. 375 et ss.). Un tel exécuteur est un « trustee » qui doit liquider la masse passive de la succession et, après l'avoir fait, distribuer la masse active aux héritiers nommés par le testateur. Il est clair que la compétence de l'exécuteur testamentaire ne peut dépendre que de la loi successorale. Mais si la succession embrasse des biens qui se trouvent à l'étranger, la question se pose de savoir si cette compétence doit s'étendre à ces biens, si elle doit être reconnue par les autorités du pays où les biens sont sis.

9. La question n° 6 de votre questionnaire revisé mentionne la révocation de testament et pose la question concernant la loi applicable à une telle révocation. A mon avis, la révocation d'un testament doit être régie, quant à ses conditions et quant à sa forme, par la même loi qui est compétente pour les conditions et la forme de la rédaction d'un testament.

Voilà mes observations concernant votre remarquable exposé préliminaire. Vous trouverez mes réponses à votre questionnaire revisé dans l'annexe à ces observations.

Veuillez agréer, cher Monsieur et très honoré Confrère, l'expression de mes sentiments sincèrement dévoués.

Alexandre Makarov

Réponses au questionnaire

1. Non, on ne doit pas chercher de telles solutions générales.

2. Oui, il faut considérer séparément les successions testamentaires.

3. Non, il ne faut pas adopter une solution unique : même en envisageant la compétence de la loi personnelle du *de cujus;* nous ne devons pas oublier qu'en matière de forme des testaments cette loi personnelle ne peut pas être considérée comme écartant la compétence d'autres lois.

4. Je suis en principe contre l'autonomie du testateur, mais si la majorité de la Commission était disposée à lui accorder le droit de choisir la loi qui doit régir la succession, ce choix devrait avoir lieu, à mon avis, sous la réserve des règles impératives de la loi successorale.

5. Les travaux de la Commission doivent comprendre les problèmes de la forme des dispositions testamentaires. On ne doit pas se limiter à renvoyer sur ce point à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

6. En règle générale, c'est la loi personnelle du testateur qui doit trouver application. Quant à la forme de la révocation du testament et des espèces des dispositions testamentaires mentionnées dans cette question, c'est la loi compétente pour régler la forme des testaments qui doit être appliquée.

7. Ce sont les conditions établies par la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu. Il est désirable que ces conditions reconnaissent, pour autant que ce soit possible, les actes d'exécution fixés par la loi personnelle du testateur.

8. Les pactes successoraux doivent être soumis à la loi personnelle des contractants. La forme de ces pactes doit être soumise à la loi qui régit la forme des contrats.

9. Non, car c'est plutôt une question de droit consulaire que de conflits de lois.

Alexandre Makarov.

4. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela

Valencia, septembre 1966.

1. La Commission doit, à mon avis, se borner dans les termes de son mandat, en étudiant seulement les successions testamentaires, dans la mesure où leur séparation des questions propres aux successions *ab intestat* sera possible. Certaines matières communes aux deux formes de successions (capacité pour devenir héritier, acceptation et répudiation des droits successoraux, partage, etc.) doivent être incluses.

2. Oui.

3. A première vue, il serait, d'abord, souhaitable de se mettre d'accord sur la désignation de la loi successorale, mais les sages réflexions faites, lors de la réunion de la Commission à Varsovie, par M. le professeur Batiffol, à propos de l'impossibilité ou grande difficulté de parvenir à une entente sur ce point, ont la force et l'autorité suffisantes pour nous faire

renoncer à proposer une loi — la nationale du testateur ou celle de son dernier domicile — comme la seule compétente.

Il y a un autre aspect plus difficile encore : la question ne se pose pas comme une simple option entre la loi nationale et celle du domicile. Il faudrait prendre une position en face de la possibilité d'une pluralité de lois applicables à la même succession, dans les cas de biens immeubles du *de cujus* en plusieurs Etats : l'unité de loi successorale serait, sans doute la solution la plus recommandable, mais elle ne serait pas, peut-être, acceptée par une partie importante des membres de l'Institut.

4. L'autonomie de la volonté du testateur ne peut pas être conçue comme une possibilité de détermination dans son testament de la loi applicable à la succession ; il s'agit d'une simple liberté de disposition qui doit être réglée par la loi successorale. Il faudrait étudier aussi l'effet des exceptions provenant de l'ordre public et de la fraude à la loi, au point de vue des autres Etats.

5. On peut adopter, comme base de discussion sur la forme des dispositions testamentaires, la formule de la Convention de La Haye de 1961.

6. En principe, toutes ces questions particulières doivent être soumises à la loi successorale. L'intervention de l'ordre public des autres Etats est concevable dans certains cas (testament conjonctif, testament-partage, etc.).

7. L'Institut doit, à mon avis, proclamer *de lege ferenda* l'efficacité, sans exigence d'exequatur, des testaments dont les conditions de capacité, de fond et de forme sont conformes

avec les lois compétentes selon les règles de conflits du pays où le testament doit être exécuté.

8. Une succession déférée par un pacte peut poser une question préalable de qualification dans les pays où la succession contractuelle est inconnue : cette question peut être résolue par une qualification élargie des rapports successoraux. Ce problème préalable résolu, l'intervention de l'ordre public est inévitable.

9. Non.

Adolfo Miaja de la Muela.

5. Observations de M. Rodolfo De Nova

Pavia, November 30, 1966.

My dear Colleague and Friend,

I beg your pardon for having been far from prompt in answering to your excellent " questionnaire ", and then answering in such a summary fashion. But I do not want to procrastinate further in order to develop my comments more fully.

First of all, I believe, as you point out yourself in the first paragraph of your " exposé préliminaire ", that it is almost impossible to envisage the difficulties raised by *testamentary* succession in private international law apart from those that

one encounters in dealing with succession *ab intestato*. For instance, question No. 4 must be answered, in my opinion, by reference to the law that applies to succession in general: one cannot reasonably allocate to the *lex domicilii* of the *de cujus* the task of setting up limitations to his testamentary freedom, and to his *lex patriae*, or some other law, the task of providing in his place when he did not exercise fully his testamentary power. To be sure, such a " depeçage " is not altogether inconceivable, but I do not see any advantage therein.

On the other hand, the task entrusted to you and the 10th Committee is to deal with "successions *testamentaires*" ! As a matter of fact, there are several questions which pertain to this type of succession and not to intestate succession. I suggest, therefore, that we take up those questions, insofar as their discussion and possible solution does not depend on solving one way or the other questions relating to succession *ab intestato* and succession in general, but on the contrary the laster solutions can be presupposed, whatever they are.

Hence, I would not take up the (admittedly basic) question whether, once it is accepted that, at least for movables, the " personal law " of the *de cujus* at death governs, the personal law is meant to be the *lex patriae* or the *lex domicilii* (No. 3 : Anyway, I do not think that " all questions relating to testamentary succession " are to be answered by the same law). For the same reason, I would answer, I repeat, in a somewhat noncommittal fashion to No. 4, namely, that the law " governing the succession " shall draw the boundaries of testamentary freedom (to my mind, this governing law should be the same both for testate and intestate successions, although different laws might be considered for succession to movables and to immovables ; a point that must be left for further consideration

by the Institute. One could speak, in general terms, of the " law of distribution ").

I answer in the affirmative to No. 5, first part, and in the negative to the second part. I believe in fact that it is worthwhile to deal now with the question of the form of wills, that is, separately from the general question of formalities with reference to all sorts of transactions. Wills may indeed deserve more " conflicts generosity ", apropos of formal validity, than other transactions. That was the point of view which prevailed at the Hague Conference in 1961. But maybe the Conference went too far in its *favor testamenti*, while certainly some details were worked out at the Hague more *pro bono pacis* than out of general conviction (besides the possibility of reservations helped to reach an agreement on certain formulae; which is out of the question at the Institute). Consequently, I would not accept the results arrived at by the Conference, as embodying also the views of the Institute, without submitting them to renewed scrutiny. But our debates on the form of wills may well take as a starting point the Hague convention and the work done at the Conference.

I propose to leave out No. 6 *a)*, because the point is of too general an impact.

Nos. 6 *b)*, *c)*, *d)*, and 8 : The same law (or laws) governing a succession shall also determine whether, when, and how a will is revocable, and whether joint wills (with some careful distinctions or definitions), and testamentary substitutions and agreements are allowed.

No. 7 : A will—insofar as it is valid by the laws governing it in point of capacity, form, and substantive requirements—shall be put into effect, in those countries where the testator's property is situated, according to their respective rules on administration, but following the rules on distribution of the *lex* (or *leges*) *successionis*.

No. 9 : The authority of consuls in the execution of wills, as in succession matters in general, ought to be considered by the Institute as a part of the comprehensive subject of consular law. But I am not absolutely averse to taking up now the question of " consular wills," for completeness' sake.

I hope my answers are not due to a misunderstanding of the questions and will prove helpful, notwithstanding their tentative character.

With kindest regards,

Sincerely yours

Rodolfo De Nova.

6. Réponse de M. Gabriele Salvioli

Florence, le 20 octobre 1966.

Mon cher et honoré Confrère,

En m'excusant du retard, je m'empresse de répondre comme suit au questionnaire accompagnant votre intéressant exposé préliminaire.

Je suis d'accord avec vous que la matière des successions se présente comme une unité, de sorte que les problèmes relatifs aux successions testamentaires constituent une spécification de certaines prémisses de caractère général. Je suis de même d'accord qu'il faut adopter une solution unique et attribuer compétence à la loi nationale du défunt.

Ad 4 du questionnaire. L'autonomie du testateur peut s'exercer dans les limites fixées par les règles impératives de sa loi personnelle.

Ad 5. Les travaux de la Commission doivent comprendre les problèmes de la forme des dispositions testamentaires.

Les matières relatives aux lettres *b) c) d)* du n° 6 rentrent dans la compétence de la loi qui régit la succession (loi nationale). Même solution pour le n° 8.

En ce qui concerne les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire et en général les conditions relatives à l'exécution des dispositions testamentaires, il faut aussi tenir compte des règles de caractère impératif du pays où lesdits actes sont accomplis.

Ad 9. Je ne sais pas si l'étendue de la matière soumise à notre Commission permettra d'étudier aussi cette question.

Je vous prie encore de vouloir bien excuser et mon retard et la brièveté de ma réponse et je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'assurance de ma haute considération et de ma déférente amitié.

Gabriele Salvioli.

7. Observations de M. Haroldo Valladão

Rio de Janeiro, le 16 juillet 1966.

Cher et éminent Confrère,

J'ai bien reçu votre questionnaire révisé et je vous présente mes sincères excuses pour le retard de ma réponse.

1, 2, 3 et 4 : Je crois que le problème de la succession en droit international privé est unique et qu'il doit être résolu *dans la forme traditionnelle et encore actuelle* (voyez les derniers codes et lois d'après guerre : Grèce, 1940/6, art. 28 ; Egypte, 1948, 17 et Syrie, 1949, 18 ; France, projet 1950, 37 ; Corée, 1962 ; Tchécoslovaquie, 1963, 17 ; Venezuela, projet 1963, 34 ; Brésil, avant-projet, 1964, 63 ; URSS, Loi de base, 1961, 103, et Code civil, 1964, 567 ; Pologne, 1965, 34) par une règle générale comprenant les deux espèces de succession, légale et testamentaire.

Ainsi je pense que dans notre Résolution il *faut d'abord* proclamer la *règle générale* qui gouvernera les successions et, ensuite, les règles spéciales qui devront être adoptées pour la succession testamentaire. Et nous pensons en ce qui concerne la règle générale qu'il faut suivre le principe de soumettre la succession à la loi du domicile du *de cujus* à la date du décès sauf pour les biens immobiliers qui seront régis par la loi du lieu de leur situation à la même date.

C'est le principe adopté dans l'avant-projet brésilien cité avec une large justification historique et comparative jusqu'à nos jours (avant-projet, art. 63, et justification pages 99-103, et précédemment dans mon travail « Unidade e Pluralidade da Succesão e do Inventario e Partilha no DIP », opusculo, et *in Rev. Jurid.* (FND), 1952, 11/25-73, *Rev. Trib. S. Paulo* 204/3 et *Bolet. Soc. Br. Dr. Internac.*, 13-14, p. 34 et ss.).

4. Proclamer le principe général sur les successions en droit international privé, on verra, ensuite, les règles exceptionnelles qu'il faut établir pour les successions testamentaires.

Et je pense que la première et la plus importante de ces règles concerne *l'autonomie* du testateur. En Amérique latine le principe de l'autonomie de la volonté du testateur a été formulé il y a plus d'un siècle : en Bolivie, Code civil de

1831, art. 463 (en vigueur, *H. Valladão*, « Estudos », ps. 8/9 et « Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye », 81/1952, pp. 14-15), de manière restrictive, pour les étrangers au profit des étrangers pour les biens qu'ils possèdent en leur patrie et les biens immobiliers situés en Bolivie ; selon l'article 464, en ce qui concerne les immeubles situés en Bolivie, le testateur doit se soumettre aux lois boliviennes.

Le principe a passé au Code civil du Pérou de 1852, art. 693/5 (*Valladão*, « Etudes », 11/12 et « Recueil » 81/18-19) en donnant à l'étranger l'option entre la *lex rei sitae* et la loi nationale pour les biens situés en dehors du Pérou (693) et en faveur de sa loi nationale pour les biens mobiliers qu'il possède au Pérou (694), mais tout avec une sévère restriction : si l'étranger a au Pérou des héritiers réservataires (695). Le principe fut élargi encore, dans l'ancien Code du Mexique (D. Fédéral, 1870, *Valladão*, « Estudos » pp. 49/51 et « Recueil », 81/567), en déclarant que l'étranger, dans son testament fait à l'étranger, pourra choisir la loi qui réglera ses dispositions internes quant aux biens mobiliers situés au Mexique (18) et que dans son testament fait au Mexique il a l'option entre sa loi nationale et la loi mexicaine (art. 3423).

Ces principes ont été consolidés et en plus élargis dans le Traité de droit international privé de Lima de 1879 (*Valladão*, « Recueil » 81/97) en établissant comme principe *de base* de la succession la loi choisie par le testateur entre la loi nationale et la loi du domicile (art. 19-20 et 24) ; ils sont en vigueur dans le Traité de droit international privé entre la Colombie et l'Equateur de 1903 (art. 18-19 et 23), mais toujours avec deux importantes réserves, de l'ordre public (art. 20, 1° et l'art. 54) et du prélèvement (art. 20, 2°).

La *professio juris* établie dans la loi fédérale suisse de 1891, article 22, autorisant le testateur à opter entre la loi du domicile

et celle de son canton d'origine, comportait déjà tous ces précédents latino-américains.

Je considère que dans la succession, la volonté du testateur doit avoir et elle a, en réalité, une valeur décisive (voyez dans mes travaux mentionnés ci-dessus, la constatation que j'ai faite de la pratique des testateurs, appuyés même par les cours du petit nombre de pays qui ont proclamé l'unité et l'universalité de la succession, *de faire plusieurs testaments* selon les lois de chaque Etat où ils possèdent des biens).

Dans l'avant-projet brésilien j'ai permis, article 66, S 2°, au testateur qui a son domicile à l'étranger de soumettre sa succession au régime de la loi brésilienne en ce qui concerne les meubles situés au Brésil (pour les immeubles y situés la loi brésilienne s'applique, art. 66, S 1°).

Je conclus, ainsi, que le deuxième texte de notre Résolution devrait établir que la succession testamentaire se réglera d'après la loi choisie par le testateur entre celles fixées à la règle générale du premier texte, la loi du domicile et la loi nationale, naturellement avec les réserves de l'ordre public, de l'abus du droit et du prélèvement.

5. En ce qui concerne la forme des testaments, je crois qu'il faut étudier le sujet, et on pourra prendre comme point de départ la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. Mais il faut considérer, aussi, le principe de la *favor testamenti* (pour le Brésil, dans un texte général pour les actes juridiques, avant-projet, art. 29 et S 1°).

5 *a)*. Je me permets de suggérer un important problème que je ne vois pas au questionnaire. C'est la question de la loi qui doit régler la capacité du testateur.

Je propose les solutions que j'ai présentées et justifiées dans l'avant-projet du Brésil, article 65 et encore élargies pour sou-

mettre la capacité du testateur à la loi du domicile ou à la loi nationale du testateur ou à la loi de situation des biens au moment du testament, en ajoutant que le testament ne sera pas nul par défaut de capacité, s'il est valable selon la loi qui règle la succession.

6. Relativement à la lettre *b)*, révocation du testament, le Code Bustamante (art. 151) établit l'application de la loi personnelle du testateur (nationale, domicile, résidence) à la procédure, les effets et conditions de la révocation du testament. Je préfère suivre pour la *révocation volontaire* le principe proposé ci-dessus, 5 *a)*, pour la capacité : mais en ce qui concerne la révocation par la loi et la caducité il faut suivre la loi qui régit la succession.

A propos de la lettre *c)* du testament conjonctif, je pense aussi qu'on doit suivre la loi de la succession.

En ce qui concerne la lettre *d)*, substitutions testamentaires, il ne faut pas un texte exprès ; elle entrera dans l'exception générale de l'ordre public du deuxième texte, ci-dessus n° 1, et 4 (fin).

Enfin au sujet de la lettre *a)* des pouvoirs de l'*exécuteur testamentaire*, le Code Bustamante (art. 156) applique la loi qui règle la succession et que nous trouvons être la meilleure solution. Mais en ce qui concerne l'administrateur de la succession, le problème est, à notre avis, de procédure civile et doit être réglé par la *lex fori*, par la loi de l'autorité et du tribunal devant lequel se développe le procès de la distribution et du partage de la succession.

7. Je pense que l'exécution dans un pays d'un testament rédigé dans un autre pays ne pose pas de problèmes spéciaux. Elle rentre dans la règle générale de la reconnaissance et

exécution automatique des actes, contrats, etc., par exemple, d'un mariage, d'un aveu de paternité, etc., faits à l'étranger.

Si dans quelques pays on exige une formalité préalable d'enregistrement des testaments ce sera une exception qui sera régie par la *lex fori*, loi qui règle la procédure du pays de l'exécution de l'acte.

8. Les graves problèmes des pactes successoraux n'entrent pas dans la tâche de notre commission, à qui il appartient d'étudier la succession testamentaire.

9. Seule l'intervention des consuls doit être admise en leur qualité de notaires pour les testaments de leurs nationaux. Jamais ils ne pourront représenter ces derniers, même en cas d'absence, dans la procédure de distribution et partage de la succession.

Haroldo Valladão.

8. Réponse de M. Ben Atkinson Wortley

Londres, le 10 février 1966.

1. Idéalement, oui. Mais il y a des complications. D'abord, dans les pays de *common law* il y a la liberté de disposer; dans d'autres pays il n'y a que ce qui reste aux testateurs à disposer après la rétention de la *portio legitima*. Donc il vaudrait peut-être mieux ne discuter que la succession *ab intestato*, y compris les *portiones legitimae* quand elles existent.

2. La succession testamentaire jouit maintenant des avantages de la Convention de La Haye *in favor testamenti*, et, peut-être, plus tard, des avantages d'un testament international élaboré en projet par l'Institut de Rome. Donc pour le moment la considération de la succession *ab intestato* me semble suffire.

3. La loi nationale est sans valeur dans les pays fédéraux et même au Royaume-Uni où la nationalité est unique mais où le domicile peut être différent pour les personnes de même nationalité. Les efforts faits pour trouver une conception commune de domicile ont échoué à La Haye, et rien n'empêche que deux pays se considèrent compétents, chacun en vertu de sa conception du domicile.

4. Seul l'ordre public du for doit limiter les dernières volontés du testateur.

5. Se limiter à renvoyer, etc.

6. *a)* La loi du for saisi des biens.

b) La loi propre du testament.

c) Testament inconnu en Angleterre.

d) La loi propre du testament.

7. En Angleterre le testament étranger est accepté, mais un testament n'est autorisé et ne peut être exécuté qu'après l'ordre de la Cour. Cet ordre n'est accordé qu'après le paiement des impôts sur la succession qui s'élèvent à 80 % de la valeur des biens admise lors du décès.

8. En pratique cela doit être régi par la loi propre du contrat.

9. Je n'y vois pas d'avantages : le consul n'est pas juriste et n'a aucune fonction en matière de testaments en Angleterre.

B. A. Wortley.

La succession testamentaire en droit international privé

Dixième Commission

Rapport définitif et projet définitif de Résolution

présentés par

M. Riccardo Monaco

1. Au moment où a été rédigé le présent rapport quelques-uns seulement des membres de la Dixième Commission avaient envoyé leurs observations sur le rapport provisoire ainsi que sur le projet de Résolution qui leur avaient été soumis. Ce sont MM. Batiffol, Lalive, Makarov, De Nova, Salvioli, Wortley, que je remercie très vivement. (*cf.* pp. 552-573 ci-dessus).

Comme toujours, les contributions apportées à l'étude de notre sujet par les membres de la Commission fournissent des éléments précieux pour l'éclaircissement des différents problèmes, et constituent des guides très utiles pour la bonne orientation de votre rapporteur. Au stade actuel, elles portent sur des questions concrètes relatives à la formulation des règles devant être incluses dans la Résolution sur laquelle l'Institut devra se prononcer.

Le projet de Résolution est précédé d'un préambule assez bref, mais qui tend aussi bien à marquer les intentions de l'Institut à l'égard de la matière en cause qu'à délimiter sa tâche.

Le préambule a attiré à juste titre l'attention de M. Makarov, qui a fait des propositions judicieuses. En effet, en ce qui concerne le premier alinéa, M. *Makarov* suggère de substituer

à la mention générale du sujet qui a été confié à la Commission une formule ayant un contenu plus concret, c'est-à-dire par la référence aux travaux antérieurs de l'Institut sur les problèmes touchant aux conflits de lois en matière successorale. Votre rapporteur estime que la formule de M. Makarov est acceptable, d'autant plus qu'elle s'insère dans la ligne traditionnelle des Résolutions de l'Institut qui, assez souvent, rappellent les activités précédentes.

Se référant au deuxième alinéa, M. Makarov déclare ne pas être favorable à une simple prise d'acte des solutions adoptées par la Convention de La Haye sur la forme des testaments, car cela pourrait engendrer le doute que l'Institut accepte sans réserves toutes les dispositions de la Convention. Mieux vaudrait une solution plus claire et explicite, dans le sens de renoncer à la mention de la Convention dans le préambule, et de reprendre de celle-ci les règles essentielles qui sont contenues dans les articles premier et 2.

Votre rapporteur qui, pour les raisons déjà énoncées dans les exposés précédents, avait eu l'intention de ne pas trop charger le travail de la Commission, se rallie volontiers à la proposition de M. Makarov. Elle présente aussi l'avantage de rendre plus complet le projet de Résolution, en donnant également solution aux problèmes qui se posent pour la forme du testament. Il y a enfin une raison ultérieure au vu de laquelle l'établissement de règles de conflits en matière de forme apparaît souhaitable, c'est qu'il existe une tendance à créer un type de testament international, dont la forme serait déterminée par des règles de droit uniformes. Cela résulte, entre autres, du Projet de loi uniforme qui a été préparé en 1966 par l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé. Si certains Etats adoptent cette loi uniforme, il y aura lieu de résoudre les conflits de lois qui surgiront entre lesdits Etats et ceux qui n'auront pas accepté la loi uniforme.

2. Il faut maintenant prendre en considération les différents articles du projet de Résolution, à la lumière des remarques faites par les membres de la Commission.

En ce qui concerne l'article premier, relatif aux questions de capacité, on pourrait revenir une fois de plus sur une controverse connue, comme le souligne à juste titre M. *Lalive*, c'est-à-dire sur la question de savoir si la capacité de tester touche davantage au domaine successoral qu'à celui de l'exercice général des droits civils, et si elle doit, par conséquent, relever de la *lex successionis* plutôt que de la *lex patriae*. Mais, puisque la plupart des membres de la Commission n'ont pas cru devoir poser ce problème — qui, d'ailleurs, ne concerne pas seulement les questions de capacité —, il serait opportun de s'en tenir à la formule du projet provisoire de Résolution. Il reste entendu qu'en disant *loi personnelle du testateur*, on peut se référer tant à la loi nationale du défunt qu'à la loi du domicile au moment du décès, sans marquer au préalable aucune préférence en faveur de l'une ou de l'autre. La mention des incapacités spéciales qu'on retrouve à la fin du premier alinéa de l'article n'a pas soulevé d'objections graves, sauf en ce qui concerne la nécessité de prévoir, à côté du changement de nationalité du testateur, le changement de son domicile. Sur ce point, les suggestions de MM. *Batiffol* et *Makarov* sont très nettes, et votre rapporteur est tout prêt à s'y rallier. En ajoutant cette précision, on marque clairement qu'on a voulu tenir compte du fait que le domicile est retenu par de nombreuses législations pour déterminer le statut personnel.

La loi qui régit la capacité est donc la loi personnelle du testateur. On pourrait se demander s'il est possible ou quand même utile de définir cette loi. C'est précisément la question que pose à cet égard M. *Wortley*. Il semble toutefois, à la lumière des considérations qui nous ont amenés à adopter la formule « loi personnelle », qu'il ne soit pas indispensable de

prévoir une définition: en effet, la loi personnelle sera, suivant les cas, ou bien la loi nationale, ou bien la loi du domicile.

M. *Salvioli* propose, en ce qui concerne la capacité de succéder par testament, de préciser le moment auquel la loi personnelle de l'héritier doit être considérée, en ajoutant, à la fin du deuxième alinéa, les mots suivants: « au moment du décès du testateur ». Votre rapporteur estime que cette suggestion devrait être acceptée.

3. L'article 2 du projet de Résolution est très important, parce qu'il pose les bases normatives de la matière. Les membres de la Commission qui sont intervenus dans le débat écrit ne contestent pas la méthode suivie, à savoir celle de grouper dans un seul article et de soumettre à une seule règle de droit international privé les questions de substance relatives aux successions testamentaires. On a proposé, comme loi applicable, la loi personnelle du testateur, celle-ci ayant, également à l'égard de la substance du testament, la même signification qu'en ce qui concerne la capacité.

Il faut toutefois tenir compte d'une remarque fondamentale de M. *Batiffol*: en effet, dans le concept de la loi personnelle on peut comprendre seulement la loi nationale et la loi du domicile, alors qu'il s'avère opportun d'adopter une formule plus large, capable de comprendre l'option entre des solutions plus nombreuses. Précisément parce qu'on a renoncé à tenter de résoudre le problème général de la loi applicable aux successions, il faut laisser l'option entre plusieurs lois, compte tenu également du fait que de nombreux systèmes soumettent les successions immobilières à la loi de la situation des biens. C'est pour cette raison que la suggestion de M. Batiffol, tendant à ce que, dans l'article 2 et dans l'article 3, l'expression *la loi personnelle du testateur* soit remplacée par *la loi successorale*, paraît à votre rapporteur tout à fait acceptable.

Dans le premier alinéa de l'article 2 on retrouve une série de spécifications concernant les différents points qui constituent la substance du testament. On peut avoir certains doutes quant à l'opportunité d'une telle rédaction, surtout si l'on considère que ladite énumération peut paraître de caractère exclusif.

C'est pour cela qu'on peut suivre les suggestions de MM. *Salvioli* et *De Nova*, et retenir, dans un seul alinéa, le principe général qui établit la compétence de la loi successorale à l'égard de la validité et des effets des dispositions testamentaires.

4. Le troisième alinéa de l'article 2 donne à nouveau matière à réflexion, car la question de l'autonomie de la volonté du testateur a été encore une fois soulevée par certains membres de la Commission.

A part la position très nette prise par M. *Makarov*, qui propose de supprimer cet alinéa, il faut tenir compte des opinions mesurées et très équilibrées exprimées par MM. *Batiffol* et *Lalive*.

On peut déduire des remarques faites par M. Batiffol que la formule qui figure déjà dans l'article 2 peut donner satisfaction, au moins en partie, tant à ceux qui veulent attribuer une liberté totale au testateur, qu'à ceux qui estiment, au contraire, que celui-ci est dépourvu de tout pouvoir de choisir la loi applicable. Elle signifie, en effet, que le testateur ne devrait pouvoir s'écarter de la loi successorale, notamment par la référence à une autre loi, que dans les matières laissées par la loi successorale à la liberté du testateur. Cela pose des limites à sa liberté qui sont plus restrictives que celles qui peuvent découler des exigences de l'ordre public du juge saisi, ce qui explique pourquoi on ne peut pas renoncer à fixer la ligne au-delà de laquelle le testateur ne peut pas aller. En d'autres termes, s'attacher à la limite générale de l'ordre public serait

adopter une précaution insuffisante. M. Batiffol souligne enfin, très justement, que la formule proposée a aussi le mérite de favoriser l'exécution des volontés du testateur, ce qui n'est pas à négliger lorsqu'on se trouve précisément en présence d'un acte volontaire comme le testament.

De son côté, M. Lalive, après avoir considéré plusieurs éléments de doctrine et de législation comparée, exprime l'avis, qu'on peut très bien partager, que les interprétations doctrinales données en matière contractuelle ne se laissent que partiellement transposer dans le domaine successoral, vu ses liens étroits avec le droit de la famille et le droit des biens. Si donc le rôle qui revient à l'autonomie de la volonté dans ce domaine n'est pas comparable à celui qu'elle joue en matière de contrats, cela ne signifie nullement qu'elle soit inexistante. Au contraire, d'après M. Lalive, elle a une portée certes limitée par le droit, mais une portée qu'on a parfois tendance à sous-estimer, et qui est destinée à grandir en droit international privé comparé. En concluant, M. Lalive se réfère à l'expérience juridique suisse, laquelle admet, sous réserve de certaines limites, l'autonomie de la volonté du testateur.

Après avoir examiné les points de vue modérés, il y a lieu maintenant de considérer une opinion qui semble reprendre un passage de l'exposé préliminaire et qui donne une interprétation particulière du rôle qui peut être attribué au pouvoir d'autonomie du testateur.

M. *Fragistas* estime que l'indication, par le testateur, comme loi successorale, d'une loi différente de celle désignée par les règles de conflits de lois ne doit avoir que la valeur d'une clause testamentaire, et non pas celle d'un point de rattachement déterminant la loi successorale. Comme telle, cette clause se borne à contenir une référence en bloc à un système de règles qui, dans l'espèce, ne peuvent s'appliquer que comme des

clauses provenant de la volonté du testateur. Voilà donc que les observations très pertinentes de M. Fragistas rejoignent le point de vue qui, d'une façon dubitative, avait été avancé par votre rapporteur. On avait en effet remarqué qu'on aurait pu même arriver à la conclusion que la volonté du testateur ne constitue pas un critère de rattachement, étant donné qu'il s'agit simplement de sa liberté de disposition, qui doit être réglée par la loi successorale.

Cela dit, la formule figurant au troisième alinéa de l'article 2 pourra demeurer inchangée, parce qu'elle est conçue d'une façon qui se prête à comprendre aussi l'hypothèse avancée ci-dessus, c'est-à-dire qu'elle vaut également à l'égard du cas où le testateur n'aurait pas eu l'intention d'indiquer une autre loi comme loi dérogeant à celle qui apparaît comme la loi successorale.

5. Quant aux règles qu'on pourrait poser en matière de forme des testaments, on a déjà écarté l'idée d'une simple référence globale à la Convention de La Haye. Selon la suggestion de M. *Makarov*, on devrait insérer dans le projet de Résolution un article qui donne l'essentiel de la réglementation réalisée par la Convention de La Haye. De la sorte seraient acceptées également les observations de MM. *De Nova*, *Fragistas*, *Lalive* et *Miaja de la Muela*, tendant à ce que le texte de La Haye constitue essentiellement une base de discussion pour l'Institut, sans évidemment préjuger des décisions que celui-ci serait amené à prendre par la suite.

Le nouvel article 3 serait très facilement rédigé, car il suffirait de transcrire l'article premier de la Convention, qui considère un testament valable quant à la forme, si celle-ci répond à la loi du lieu où le testateur a disposé, ou à la loi de sa nationalité, ou à la loi de son domicile, ou à celle de sa résidence, ou bien encore à la loi du lieu de situation des immeubles. L'idée de la

favor testamenti a amené la Conférence de La Haye à être très large dans l'admission de tous les points de rattachement possibles, de façon à sauvegarder, dans la plupart des cas, la validité des dispositions testamentaires. Certains membres de la Commission, comme MM. *Lalive* et *De Nova* pensent que la Conférence de La Haye est allée un peu trop loin dans le sens de la *favor testamenti* et que, par conséquent, il y aurait lieu maintenant de réfléchir sur ce point avec un esprit un peu plus sévère. Cela d'autant plus que, dans le système des Résolutions de l'Institut, on ne peut pas ouvrir la porte à des réserves, ce qui est au contraire admissible, comme cela a été en effet le cas dans les conventions internationales élaborées par la Conférence de La Haye.

M. *Makarov* propose d'ajouter à l'article premier de la Convention une règle ultérieure, relative à la forme de la révocation d'un testament, en reprenant la disposition contenue dans l'article 2 de la Convention. Votre rapporteur se rallie volontiers à cette proposition, étant donné qu'elle couvre, au moins en partie, l'exigence de régler les questions de révocation. M. Makarov se préoccupe aussi de voir si les dispositions de la Convention concernant le cas où la loi nationale consiste en un système non unifié et celles concernant la qualification de la notion de domicile méritent d'être retenues dans le projet de Résolution. De l'avis de votre rapporteur, on pourrait très bien laisser de côté lesdites règles, précisément à cause de la remarque faite par M. Makarov. En effet, elles ont une portée beaucoup plus générale que le problème de la forme des testaments.

6. L'article 3 relatif aux exécuteurs et administrateurs testamentaires donne lieu à quelques remarques: M. *Wortley*, qui tient compte du système anglais, préférerait que tant les exécuteurs testamentaires nommés par le testateur que les adminis-

trateurs de la succession nommés en justice soient soumis à la *lex fori*. Cela ferait que la distinction entre les deux catégories d'administrateurs serait supprimée, ce qui apparemment semblerait être un avantage, mais qui, en réalité, irait à l'encontre de la conception continentale des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. A cet égard, on ne devrait pas oublier ce que M. *Batiffol* soulignait déjà de premier abord, à savoir qu'il est plus conforme au respect de la volonté du testateur qui a nommé l'exécuteur que l'Institut recommande la reconnaissance de ses pouvoirs tels qu'ils résultent de la loi successorale. Voilà la raison principale pour laquelle votre rapporteur estime que l'article 3 devrait comporter deux règles distinctes de droit international privé, étant entendu qu'on doit, au premier alinéa, se référer à la *loi successorale* au lieu de la *loi personnelle du testateur*.

M. *Makarov* se demande, en ce qui concerne l'administrateur nommé en justice, s'il est suffisant de dire *lex fori*, tout court. En effet, avec cette simple formule, une option pourrait se présenter entre la loi du tribunal qui a nommé l'administrateur et celle du tribunal devant lequel la question concernant ses pouvoirs se pose. M. Makarov marque sa préférence pour la première loi — ce qui est tout à fait logique — à condition, toutefois, que la loi du tribunal saisi ne contienne pas de dispositions prohibant l'application de cette loi. Ladite réserve, de l'avis de votre rapporteur, ne doit cependant pas être exprimée, car il est suffisant d'envisager à cet égard que la limite de l'ordre public entrera certainement en jeu.

7. En ce qui concerne l'article 4, M. *Wortley* fait allusion au système anglais relatif à l'exécution du testament. S'il est vrai qu'en Grande-Bretagne l'exécution de cet acte par la personne compétente ne peut se faire sans l'approbation de la

Cour, à condition toutefois que le paiement des impôts sur la succession ait été effectué, tout cela signifie précisément que celui qui demande l'exécution en Angleterre d'un testament rédigé à l'étranger doit observer les dispositions de la loi locale. L'article 4 a voulu mettre en relief que le testament étranger ne possède pas en soi la force pour se réaliser directement dans un pays donné sans être soumis à la loi locale.

8. En considérant enfin l'objet de l'article 5, c'est-à-dire les pactes successoraux, il faut remarquer que la question relative à leur qualification semble être soulevée à nouveau. D'après M. *Lalive*, il serait préférable d'exclure de tels actes des travaux de la Commission, à cause précisément des difficultés de qualification, tandis que, de l'avis de M. *Makarov*, il faudrait plutôt placer les pactes successoraux sous un régime semblable à celui des contrats. Mais cela n'amène pas à éclaircir suffisamment la matière, car M. Makarov se réfère à la loi personnelle des contractants seulement pour savoir si de tels pactes sont admissibles ou non.

Il faut rappeler que dans les systèmes juridiques qui reconnaissent les pactes successoraux, ceux-ci sont considérés comme des actes ayant la même vocation que les testaments, dans le sens qu'ils tendent à exprimer, dans une forme différente de celle du testament, la volonté du *de cujus* de disposer de ses biens. C'est pour cela que, par exemple, on établit, dans le système allemand, que la capacité de donner vie à un pacte sur une succession future est réglée par la loi de l'Etat auquel le *de cujus* appartenait au moment de la constitution de ce pacte, en se fondant précisément sur l'article 24, alinéa 3, du EGBGB (voir *Lewald*, « Das deutsche internationale Privatrecht», p. 319; *Raape*, « Internationales Privatrecht», p. 676). Mais, en ce qui concerne les conditions de validité du pacte lui-même, on devra appliquer la loi qui régit la succession. En

effet, aucune autre loi, sauf celle qui règle en général la succession, ne peut décider si la volonté du *de cujus*, en tant que base des droits successoraux, pourrait se réaliser par le moyen d'un acte unilatéral, où même à travers un acte bilatéral, conclu avec une tierce personne, dans lequel le *de cujus* indique un héritier.

On peut donc suivre les suggestions de M. *Fragistas*, qui pose tout d'abord le principe en vertu duquel les pactes successoraux doivent être soumis à l'*Erbstatut*, c'est-à-dire à la loi successorale. M. Fragistas se pose ensuite la question de savoir si, pour le choix de la loi applicable, on doit prendre en considération le moment de la conclusion du pacte ou celui du décès du *de cujus*. Votre rapporteur est d'accord avec la solution préconisée par M. Fragistas, à savoir que le pacte doit être valide tant d'après la loi successorale au moment de sa conclusion que selon la loi successorale au moment du décès du *de cujus*. Mais peut-être n'est-il pas nécessaire de prévoir ce détail dans notre projet de Résolution.

9. Les règles de droit international privé que votre rapporteur, en tenant compte des suggestions faites par les différents membres de la Commission, a cru devoir inclure dans le projet de Résolution ci-joint, ne sont pas tout à fait complètes du fait que certains points, examinés au début, ont été abandonnés par la suite afin de ne pas trop charger les travaux de la Commission et de pouvoir aboutir à des résultats concrets sur un nombre limité de sujets. Il est évident que la discussion qui aura lieu ultérieurement, tant au sein de la Commission qu'en assemblée plénière, pourra indiquer si certains des points écartés doivent être repris.

A part cela, les règles énoncées dans le projet de Résolution présentent une lacune primordiale dont nous avons pleinement conscience. En effet, il est apparu dès le premier abord qu'il

fallait renoncer à spécifier la loi applicable dans chaque hypothèse. Cela précisément à cause des différences très marquées qu'on peut constater entre les divers systèmes nationaux de droit international privé.

Voilà donc pourquoi nous avons adopté des formules telles que « la loi personnelle du testateur » ou bien « la loi régissant la succession » qui ne se réfèrent pas à un critère de rattachement exclusif et individualisé. En d'autres termes, nous avons été obligés d'adopter des règles de droit international privé polivalentes: ce qui, à plusieurs points de vue, pourra laisser insatisfaits ceux qui auront à apprécier le résultat de nos efforts.

Sous réserve des limitations ci-dessus, votre rapporteur estime quand même que le projet de Résolution correspond assez fidèlement aux vues de la Commission.

Rome, mai 1967.

Projet définitif de Résolution

L'Institut de Droit international,

Considérant qu'il ne s'est occupé des problèmes de conflits de lois en matière de successions qu'en posant, dans sa Résolution d'Oxford, du 7 septembre 1880, sur les principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public, le principe concernant les successions à l'universalité d'un patrimoine et que depuis lors les problèmes du droit international successoral n'ont pas été abordés par l'Institut,

Déclare adopter la Résolution suivante:

Article premier

La capacité de disposer par testament est régie par la loi personnelle du testateur au moment de la rédaction de la disposition de dernière volonté, sous réserve qu'en cas de changement de sa nationalité ou de son domicile, la loi personnelle du testateur au moment du décès ne prévoie pas des incapacités spéciales.

La capacité de succéder par testament est régie par la loi personnelle de l'héritier au moment du décès du testateur.

Article 2

La validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires sont soumis à la loi régissant la succession.

Sous réserve des règles impératives de la loi régissant la succession, le testateur peut se référer à une autre loi.

Article 3

Un testament est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne:

a) du lieu où le testateur a disposé, ou

b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

e) pour les immeubles, du lieu de leur situation.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aussi à la validité quant à la forme de la révocation d'un testament antérieur.

Article 4

Les pouvoirs des exécuteurs testamentaires nommés par le testateur sont déterminés par la loi régissant la succession.

Les pouvoirs de l'administrateur de la succession testamentaire nommé en justice sont déterminés par la loi du tribunal qui l'a nommé.

Article 5

L'exécution d'un testament dans un pays autre que celui dans lequel il a été rédigé est régie par la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu.

Article 6

Les pactes sur succession future, ainsi que les pactes ayant pour objet la renonciation à une succession future, sont soumis à la loi régissant la succession.

IV. Les effets internationaux des nationalisations

(Troisième Commission)

Rapport complémentaire

présenté par

M. Paul de La Pradelle

L'exposé préliminaire présentait aux membres de la Troisième Commission,[1] en la dégageant d'éléments récents tirés de la doctrine et de la pratique conventionnelle et diplomatique, bilatérale ou collective, une tendance au rapprochement des thèses et des politiques qui s'étaient opposées sur la nationalisation et sa réception dans le droit des relations internationales.

S'appuyant sur cette revue des idées et des faits et sur cette constatation, l'exposé préliminaire concluait à l'opportunité pour l'Institut de saisir l'occasion de cette « normalisation » pour achever l'ébauche, entreprise en 1950-1952, d'un statut fondamental de la nationalisation. La rédaction, dans le style d'une loi-cadre de l'ordre interne, des normes fondamentales du droit international dont celle-ci devrait relever, leur diffusion auprès des Gouvernements et des différents milieux juridiques se révéleraient doublement bénéfiques: Elles permettraient, d'un côté, de prévenir le retour de contradictions juridictionnelles flagrantes sur les effets internationaux d'une même

[1] A la suite de la session de Bruxelles, la Troisième Commission est ainsi composée: M. Paul de La Pradelle *rapporteur*, MM. Bagge, Dehousse, Gihl, Lachs, Sir Louis Mbanefo, MM. Reuter, Rolin, Ulloa, Verzijl, Charles De Visscher, Sir Humphrey Waldock, M. Yasseen, *membres*.

nationalisation [1] et, de l'autre, de ralentir le zèle intempestif des fabricants de contrats « quasi internationaux » cherchant à garantir les investissements de capitaux, en pays neufs, contre le risque d'une politique abusive de nationalisation, sans souci du préjudice porté par leur activité aux normes essentielles de fond et de procédure du droit international.

La plupart des réponses reçues à ce jour par le rapporteur [2] reconnaissent l'échéance de cette occasion favorable et admettent l'opportunité d'une reprise des débats. Le nombre et l'importance des points d'accord communiqués semblent autoriser, aux fins d'une discussion plus large et plus approfondie, la présentation d'un court rapport.

I. *Le droit de nationaliser*

La nationalisation, scandale du début du siècle, apparaît aujourd'hui comme un phénomène habituel aux relations internationales. Son application par un Etat souverain peut et doit être admise par les Etats tiers sous des conditions de validité à déterminer, en dégageant de la pratique en cours d'évolution les règles particulières de forme et de fond qui la rendront conforme au droit international.

Le Président De Visscher, dans ses observations sur les points I et II du questionnaire, admet expressément l'opportunité de cette reconnaissance sous les réserves énoncées. Le Président

---

[1] Voir exposé préliminaire, pp. 696-699 ci-dessous.

[2] Le rapporteur a reçu, à la date du 20 juin 1963, des réponses du Président d'honneur, Ch. De Visscher, du Président H. Rolin, de MM. T. Gihl et J.H. W. Verzijl. Le Secrétaire général a transmis au rapporteur la décision prise par le Professeur Kelsen de se retirer de la 3me Commission et l'avis de réception d'une lettre de M. Bagge lui annonçant que d'impérieuses obligations l'empêchaient de répondre.

Rolin, qui n'a jamais mis en doute le concept de la nationalisation internationalement régulière, donne à son adhésion un coefficient de faveur plus élevé; il accepte en effet la licéité d'une nationalisation qui serait décidée sans la prévision d'une indemnité[1], bien qu'il admette, nous le verrons, la condamnation au versement d'une indemnité compensatrice totale de l'Etat auteur d'une nationalisation abusive ou contraire à l'engagement pris de ne pas nationaliser.

Fidèle, de son côté, à une prise de position directement opposée, et persistant à assimiler nationalisation et expropriation pour les soumettre à des conditions identiques de validité, conformément au droit classique de l'expropriation, notre confrère Gihl n'écarte pas cependant l'éventualité d'une solution de compromis qui entraînerait une revision de son opinion, et, d'après celle-ci, du droit international.

Après avoir résumé « des opinions plusieurs fois exprimées » et rappelé que « le devoir de l'Etat expropriant de payer à l'exproprié étranger une indemnité adéquate, effective et prompte est bien établi en droit international », notre confrère ajoute: « J'admets volontiers que d'autres vues soient possibles et que peut-être une revision de ce que j'ai regardé jusqu'ici comme la *lex lata* du droit international s'impose. »

Cette perspective est déjà une réalité pour notre confrère Verzijl qui admet incidemment, mais expressément, en différents endroits de sa réponse, qu'« une nationalisation peut être légale ou illégale en soi selon le cas ».

---

[1] Un commentaire des observations du Président Rolin, sur ce point, peut être tiré de son « avis sur la validité des mesures de nationalisation décrétées par le Gouvernement indonésien » (Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht, 1959, extra-issue pp. 268-272). Les règles relatives à l'indemnisation due en cas de nationalisation y font l'objet d'un développement distinct de celui qui traite des conditions de licéité de la nationalisation.

L'opposition de tendances qui, à Sienne, avait déterminé l'impasse des premières discussions, apparaît en conséquence considérablement réduite et il semble bien que l'on puisse avancer que la « normalisation » qui a pris à l'extérieur de la doctrine, dans les pratiques sommairement décrites dans notre étude préliminaire, de multiples formes d'expression [1] s'offre aux expertises et aux synthèses des juristes internationalistes.

Le principe de la nationalisation internationalement régulière, avancé par Albert de La Pradelle, a gagné de nombreuses adhésions, dont certaines recouvrent sans doute des allergies dont la maîtrise est louable. Seuls le Président De Visscher et le Président Rolin acceptent pleinement en effet la distinction suggérée entre nationalisation et expropriation. Le Professeur Gihl la rejette formellement lorsqu'il écrit notamment: « L'absence d'une défense des expropriations (les nationalisations comprises) signifie naturellement qu'elles ne constituent pas un délit international ». Il n'empêche qu'en retenant, sans exception, l'expression même de « nationalisation », tous les membres de la Commission ont reconnu l'existence de principe d'une atteinte particulière portée, sous ce vocable, au droit de propriété et la nécessité de lui donner une définition juridique propre. Aucune réponse n'a remis en question, sur ce point, la formule qu'avait adoptée l'Institut à Sienne et qui pourrait être, dans ses éléments fondamentaux, conservée.

La normalisation que l'Institut pourrait entreprendre à son tour [2] sur la base de la reconnaissance, par le droit international,

[1] Son expression la plus significative apparaît dans la Résolution de l'Assemblée générale de l'O.N.U. sur le droit de souveraineté permanent des peuples. Le texte cité à l'exposé préliminaire, p. 703, a été publié depuis.

[2] Elle est en instance devant la *Commission du droit international* de l'O.N.U. sur l'initiative du rapporteur de la question de la responsabilité des Etats. M. Garcia Amador a introduit dans son quatrième rapport de

de la nationalisation distincte de l'expropriation, aurait pour tâche essentielle comme pour résultat utile de soumettre l'*exercice* du droit de nationaliser, dans les différentes phases de son développement, à l'épreuve d'un jugement critique qui en déterminerait la validité au regard des Etats étrangers et des autres sujets du droit international.

Les directives que l'Institut arrêterait à cet effet, conformément aux méthodes qui lui sont propres, s'adresseraient essentiellement aux juges internes des Etats tiers et internationaux. Par son titre même, la recherche de l'Institut respecte la souveraineté des Etats nationalisateurs. C'est à l'occasion de l'application d'une loi de nationalisation à des étrangers ou à l'étranger à l'exclusion du traitement des nationaux que, sauf disposition explicite contraire d'une Constitution ou d'un traité, le contrôle de l'acte souverain de nationalisation peut être envisagé. « Les effets internationaux des nationalisations » n'intéressent, dans la lettre du rapport comme dans le texte des réponses reçues, que la propriété des étrangers ou la propriété

---

précieux éléments à cet effet. La figuration personnelle de la nationalisation s'y dégage nettement d'une confusion volontairement opérée au départ entre expropriation et nationalisation. *Annuaire de la Commission du Droit international*, 1959, vol. II, ch. II (de l'expropriation en général) II. L'expropriation *stricto sensu* et les nationalisations n° 39 à 48, pp. 10-13. La distinction persiste dans le complément d'étude qu'apporte le *cinquième* rapport au titre des « mesures portant atteinte aux droits acquis » *Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, vol. II, pp. 38 et *ss.* L'étude du Secrétariat de l'O.N.U. sur l'« Etat de la question de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles », parue fin 1962, précise dans un n° 174, que les 4me, 5me et 6me rapports du rapporteur spécial n'ont pas encore été examinés d'une façon approfondie par la Commission du droit international. « A ce stade, lesdits rapports ne sont donc encore que le fruit des travaux du rapporteur spécial et l'expression de son opinion en la matière. »

à l'étranger et ne mettent pas en cause le traitement des biens des nationaux en territoire national [1].

Il n'empêche que le problème des effets internationaux de la nationalisation ne peut être détaché de la définition, *in abstracto*, du droit de nationaliser et que l'objectivité et la généralité de cette définition la prédisposent à un complément d'application qui en étendrait la portée et l'effectivité à l'ordre interne dans les rapports de l'Etat nationalisateur avec ses nationaux. Cette perspective est encore inactuelle.

Toutes les réponses sont d'accord pour admettre, dans ces limites, la nécessité d'une définition de la nationalisation préalable à la recherche de ses effets internationaux. Toutes admettent, sous des vocables variables, la nécessité d'une description de la nationalisation « légale » ou « régulière » opposée à la nationalisation « illégale » ou « irrégulière » et il est clair que le rapporteur actuel de la troisième Commission,

---

[1] Certains textes tirés du droit international contemporain permettraient, à notre avis, cette extension. *La Commission européenne des droits de l'homme* a refusé aux ressortissants des Etats membres du Conseil de l'Europe ayant adopté le protocole additionnel à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme de 1950* le bénéfice *des principes généraux du droit international* visés à son article 1er, en invoquant son exclusivité d'application, en droit international général, aux étrangers. « Considérant que les principes généraux du droit international visés à l'article 1er sont les principes qui ont été établis en droit international général relativement à la confiscation des biens étrangers; qu'il s'ensuit que les mesures prises par un Etat à l'égard des biens de ses propres ressortissants ne sont pas soumises à ces principes généraux du droit international en l'absence d'une clause contraire expressément inscrite dans un traité; que de plus, en l'espèce, les travaux préparatoires concernant l'élaboration du protocole additionnel confirment que les H.P.C. n'avaient nullement l'intention d'étendre l'application de ces principes au cas de l'appropriation des biens appartenant à des nationaux (Décision du 20 décembre 1960 — Annuaire européen III. page 395).

fidèle aux directives de son prédécesseur, demeure acquis à cette distinction [1]. Reconnue comme un droit souverain, la nationalisation tombe nécessairement sous l'emprise du droit international, régulateur des compétences souveraines.

II. *Les conditions de validité internationale de la nationalisation*

Sur le contenu même des conditions de validité internationale de la nationalisation, les réponses données sont largement concordantes et ne laissent apparaître que des divergences mineures, aisément réductibles lorsqu'on les situe dans leur domaine exact d'application. Elles permettent d'augurer favorablement des chances d'aboutissement d'un débat général.

Les membres de la Commission s'accordent pour condamner la nationalisation réalisant un « abus manifeste du droit » (Gihl) ou la nationalisation « arbitraire » (Verzijl).

Que faut-il entendre par ces qualifications sinon, qu'il convient de rechercher et d'établir les conditions de validité internationale de la nationalisation?

Est-il souhaitable que l'Institut détermine *toutes* les conditions de licéité des actes de nationalisation en droit international? Le Président Rolin, qui pose la question et lui donne sans hésiter une réponse affirmative, ajoute: « Il n'est pas certain que nous y parviendrons ». Mais est-il bien nécessaire que l'Institut, reprenant pour son compte des travaux déjà suffisamment avancés, s'efforce d'atteindre à ce degré d'épui-

[1] Il n'a jamais été dans ses intentions de laisser entendre (voir la réponse du Professeur Verzijl, *sub* 1° 5me alinéa) par la formulation nécessairement neutre, d'une question objectivement posée aux membres de la Commission que la spoliation, exclue et condamnée sous l'épithète d'expropriation, serait reçue et permise sous le vocable de nationalisation.

sement dans l'inventaire du droit positif et de l'opinion des auteurs, en vue de dégager simplement les principes fondamentaux d'un statut de la nationalisation qui serait internationalement respecté et protégé?

A vouloir tout énoncer dans une énumération exhaustive, on risque de compromettre, au moment où survient le cas non prévu, l'ensemble de la réglementation élaborée avec peine et l'esprit même du système. L'impasse où ont abouti les différents organismes qui ont tenté de définir l'agression — la nationalisation s'y est trouvée insolitement impliquée — en est un exemple valable. Qui ne voit, d'autre part, que l'œuvre attendue de l'Institut interviendra dans un complexe de problèmes encore ouverts dont les solutions cherchent un équilibre et qu'il serait préjudiciable à l'avenir du droit international d'accepter que la réussite de cette solution fût cherchée et obtenue sans le contrôle et l'appui des normes du droit international.

Rapprochées des études collectives précitées et [1] des principaux Commentaires donnés par les auteurs sur des affaires de nationalisation ayant déterminé des négociations et des accords particuliers, les réponses au questionnaire du rapport préliminaire apportent à cet effet une contribution suffisante. Un inventaire systématique des « sources » intéressant l'élaboration d'un statut de la nationalisation, à incidence internationale, sources tirées de la doctrine et de la pratique, internes et internationales, exigerait de longs mois de travail et de recherche pour n'aboutir, vraisemblablement, qu'à un résultat déjà prévisible et connu [2]. Mieux vaut, dans les proportions et pour les fins

[1] Rapports présentés à la Commission du droit international, travaux du Secrétariat de l'O.N.U. et de la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, notamment.

[2] Les bibliographies systématiques concernant les emprises sur la propriété privée sont nombreuses et n'épuisent pas cependant la matière.

d'une Résolution-cadre, formuler ici quelques principes généraux susceptibles, par leur allure de standard et, il faut l'espérer, leur acceptation unanime, de jouer un rôle efficace de direction ou d'orientation dans le jeu complexe des actions et réactions provoquées par le phénomène nationalisateur, qui demeurera longtemps encore dans l'opinion, suivant l'expression d'Albert de La Pradelle, l'objet équivoque de la crainte des uns et de l'espérance des autres avant d'être pacifié et discipliné par le droit.

§ 1. — *La condition de régularité externe de la nationalisation internationalement valable.*

Sous le bénéfice de cette observation, on peut indiquer, en tête d'une énumération *des conditions de validité internationale de la nationalisation*, un principe de régularité externe généralement accepté et reconnu: *La nationalisation doit être un acte formel de souveraineté.* Seul l'organe souverain, constitutionnellement doté de la plénitude d'exercice de la compétence législative, peut prescrire dans un Etat une nationalisation susceptible d'être reconnue, dans ses effets internationaux, par les autres Etats souverains et leurs organes institutionnels, dont les compétences seront nécessairement affectées par une application de l'acte de nationalisation étendue aux étrangers ou à l'étranger.

Aux fins d'une résolution de l'Institut, concernant les effets internationaux d'une nationalisation, la validité formelle de

---

La plus « exhaustive » à ce jour, a été établie par Ignaz Seidl-Hohenveldern, en annexe à son ouvrage *Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht*, annales de l'Université de la Sarre, 1963, Carl Heymanns Verlag, 141 pp. (La bibliographie sur les atteintes de l'Etat à la propriété privée étrangère occupe, en petits caractères, soixante-quinze pages de l'ouvrage, de la page 66 à la page 141).

la nationalisation, acte de souveraineté, peut être incluse sans inconvénient dans une définition générale de la nationalisation. C'est à ce résultat qu'ont abouti les travaux de Sienne.

Le Comité spécial désigné au cours de la discussion du rapport avait proposé un article 2 qui rattachait nommément l'acte de nationalisation au pouvoir souverain:

« La nationalisation ne peut s'exercer que par un acte de la puissance publique souveraine, seule qualifiée pour demander aux personnes physiques ou morales le sacrifice de leurs droits particuliers à l'intérêt général. » [1]

L'article a été supprimé, de même qu'un article 3 qui énonçait le principe de l'application de la nationalisation limitée par le droit [2], en raison des termes de la définition générale de la nationalisation proposée par le Comité et acceptée par l'Institut.

« La nationalisation est le transfert à l'Etat, par mesure législative et dans un intérêt public, de biens ou droits privés ou de facultés d'une certaine catégorie, en vue de leur exploitation ou contrôle par l'Etat, ou d'une nouvelle destination qui leur serait donnée par celui-ci. » [3]

« Par mesure législative et dans un intérêt public », la formule de Sienne associait étroitement la condition de validité externe de la nationalisation à la première des conditions requises pour reconnaître sa régularité interne ou validité au fond. La loi, expression de la volonté générale dans les régimes de démocratie, poursuit dans tous les régimes un but d'intérêt général et de bien commun. Cette finalité propre à la législation com-

---

[1] *Annuaire de l'Institut*, vol. 44, 1952, t. II, p. 283.

[2] « Elle ne peut prétendre, au stade actuel de la civilisation, qu'à des applications limitées par le droit, sans rompre entre les Etats la Communauté juridique universelle. » *Annuaire* 1952, II, pp. 283-284.

[3] *Ibid.*, pp. 279-280.

mande, dans l'énoncé des conditions de régularité *interne* de la nationalisation, la portée internationale de ses effets.

§ 2. — *Les conditions de régularité interne (ou de fond) de la nationalisation internationalement valable. — L'intérêt public et le détournement de pouvoir.*

Il semble que la régularité de la nationalisation ne soit pas ici différente de celle de l'expropriation. Elle l'est cependant lorsqu'on prend en considération les traits spécifiques qui justifient la distinction de l'expropriation et de la nationalisation, longtemps confondue avec une expropriation générale [1]. Le but spécifique de la nationalisation est de supprimer ou limiter le domaine de l'appropriation privée dans une intention de réforme à caractère économique et social. Dans la mesure où elle poursuit un but étranger à cette finalité réformatrice interne, la nationalisation, même formellement valable, peut être tenue pour irrégulière et être privée d'effets internationaux.

C'est ainsi que dans l'affaire des nationalisations indonésiennes, les conseillers de la Fédération des entreprises en Indonésie ont pu dénoncer, en invoquant des dispositions expresses de l'acte de nationalisation (n° 86 de 1958), le but de pression politique et de « représaille » avoué de la mesure [2]: « La nationalisation, écrit Lord McNair, doit être motivée

[1] « La nationalisation entre dans la catégorie de l'expropriation générale » a écrit le président Rolin (avis sur les nationalisations indonésiennes, p. 266) qui précise par la suite (pp. 269-270) que « pour qu'il y ait nationalisation au sens du droit international il faut qu'il s'agisse de mesures inspirées de considérations économiques ou sociales et destinées à produire une modification dans la structure économique de l'Etat soit dans un ou plusieurs secteurs de l'économie, soit dans l'ensemble de l'économie ».

[2] Cf. *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht* précité, p. 264, les précisions données dans l'avis du Président Rolin.

par un but social ou économique de *bonne foi* affectant l'utilisation de la propriété nationalisée. » [1]

De préférence à l'« abus de droit » que citent certaines réponses au questionnaire, le concept de « détournement de pouvoir » ou de « détournement de procédure » reçu dans le contentieux international [2], nous paraît susceptible d'être retenu par l'Institut pour promouvoir cette première condition de fond, en droit international, de la validité internationale de la nationalisation. Proposée, sous les deux appellations conjuguées, par le rapporteur de 1952, cette condition n'a été alors écartée que par souci de ne pas pénétrer dans l'ordre politique, mais l'exemple indonésien démontre en évidence que le rappel à la bonne foi et à la finalité propre d'une institution est une forme de l'assistance juridique que les organisations bénévoles peuvent prêter aux Etats successeurs soucieux de leur réputation internationale, en les prémunissant contre les tentations du butin, de la xénophobie ou de la lutte des classes. L'abus de la nationalisation porte atteinte « au fondement même du commerce international » [3].

---

[1] Cf. *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht*, précité p. 243.

[2] Cf. dans l'affaire des téléphones de Colombie, le refus d'adjudication opposé à la Société française dans le but de favoriser des firmes étrangères concurrentes. Sibert, *Revue générale de droit international public*, 1931, p. 669, cité par Gérard Fouilloux, *La nationalisation et le droit international public*, p. 258. Dans l'ordre interne, à la différence de l'abus de droit qui découvre une intention de nuire, dans l'exercice d'un droit subjectif, par l'auteur d'un acte, indifférent à sa portée sociale, le détournement de pouvoir décèle l'acte de l'administration qui, indifférente à l'intérêt général, a eu pour but de satisfaire un intérêt particulier ou spécial. L'abus de droit détermine une obligation de réparer alors que le détournement de pouvoir tend essentiellement à l'annulation de l'acte incriminé.

[3] Kaeckenbeeck, *La protection internationale des droits acquis*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1938, p. 378.

Je serais partisan pour ma part d'une reprise, au titre du seul détournement de pouvoir, des éléments récupérables des articles 3 et 6 du projet définitif de 1950-1952. La nationalisation doit être effectuée de bonne foi en procédant directement d'une idée de réforme à caractère économique et social. Cette procédure ne peut être employée pour éluder les procédures légales affectées à l'expropriation pour cause d'utilité publique ou à la confiscation. Elle ne peut être davantage utilisée pour servir un intérêt privé [1].

§ 3. — *Les conditions de régularité interne (ou de fond) de la nationalisation internationalement valable. — L'absence de discrimination.*

Cette seconde condition dérive logiquement de la précédente et de la définition, par sa finalité, de la nationalisation, institution juridique reconnue dans les relations internationales. Une nationalisation qui n'affecterait parmi d'autres que des entreprises exclusivement étrangères, et à plus forte raison celles d'une catégorie particulière d'étrangers (cas des nationalisations indonésiennes), est illicite au regard du droit international.

Les réponses au questionnaire, sauf à tenir compte de quelques nuances d'expression, concordent sur ce point.

Elles rejoignent une abondante jurisprudence intéressant l'expropriation discriminatoire et ses commentaires doctrinaux. « L'accord sera aisé à établir », pense le Président Rolin, « pour condamner les mesures à caractère discriminatoire qui, sous couvert de nationalisation, atteindraient exclusivement les

[1] Sur une hypothèse de ce dernier type, des éléments peuvent être tirés de la question posée au Ministère des Armées, à l'Assemblée Nationale française le 13 avril 1963 (Question Feix n° 2119 publiée au *Journal Officiel*, Débats parlementaires, *Assemblée Nationale* du 13 avril 1963).

biens des étrangers ou ceux des étrangers de certaines nationalités. » Ces mesures ne seront pas toujours aussi faciles à détecter que dans le cas, ouvertement déclaré, des nationalisations indonésiennes [1] et il va sans dire que la nationalisation n'est pas illicite lorsqu'elle porte exclusivement sur des entreprises étrangères détenant le monopole de fait de l'exploitation d'une ressource naturelle dans le pays nationalisateur. Mesure d'application générale par son but, la nationalisation ne cesse pas de l'être, pour échapper au contentieux international de la protection diplomatique et de la responsabilité, lorsque les circonstances économiques de fait réduisent la portée d'application de l'acte de nationalisation d'un Etat à des entreprises étrangères ou à une entreprise étrangère unique [2]. La discrimination pourra jouer, à l'opposé, en faveur des étrangers qui, dans l'état actuel du droit international, peuvent sur la base d'un traitement standard en relevant directement être mieux traités que les nationaux. L'énoncé dans une résolution de la condition de la non-discrimination peut être allégé de ces précisions.

§ 4. — *Les conditions de régularité interne (ou de fond) de la nationalisation internationalement valable. — L'indemnité de nationalisation.*

La nationalisation, pour produire ses effets internationaux, doit-elle comporter une indemnité? Quel doit en être le mon-

[1] Cf. Les déclarations ministérielles citées par Lord McNair dans son avis, *loc. cit.* pp. 245-246. La nationalisation y apparaît comme une arme politique utilisée pour obtenir la libération de la Nouvelle Guinée occidentale. La loi n'énonce qu'à titre subsidiaire l'avantage de la collectivité indonésienne, ainsi que le renforcement de la sécurité et de la défense de l'Etat.

[2] Cf. Gérard Fouilloux, *op. cit.*, p. 259.

tant? Sera-t-il exactement compensateur du dommage subi par l'étranger du fait de l'acte nationalisateur ou, comme le proposait Albert de La Pradelle, limité à un forfait équitable, liquidé en tenant compte des possibilités financières de l'Etat nationalisateur, sous des modalités à préciser d'un commun accord par les Etats intéressés?

Les réponses au questionnaire, sur ces différents points, évoquent par leurs propositions ou leurs tendances le souvenir des débats antérieurs et il serait prématuré d'en tirer des conclusions définitives. Elles présentent cependant, sans s'être concertées, des éléments d'entente favorables à une reprise utile de la discussion.

Il est intéressant tout d'abord de signaler que pour une partie des membres de la Commission, l'indemnité ou plutôt l'indemnisation n'est pas une condition de la validité internationale de la nationalisation mais un effet de celle-ci.

Si l'opération d'indemnisation, sous des formes variables qu'illustre le droit positif international contemporain[1], peut être considérée en effet comme détachable[2], il n'empêche que son « attente » est une condition de la validité internationale de l'acte initial de nationalisation qui doit en effectuer, de bonne foi, la promesse. Faute d'indemnité, la nationalisation perdrait son titre de validité internationale et ne serait qu'une confiscation[3]. En introduisant le système du *moratoire d'in-*

---

[1] Un tableau des *accords d'indemnisation* a été, comme nous l'avons signalé dans l'exposé préliminaire, publié par le Secrétariat de l'O.N.U. dans son « Etat de la question de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles » 1962, p. 76, n° 35 et pp. 79-80.

[2] Cf. l'opinion de Manfred Lachs et sa diffusion dans la conférence de l'U.N.E.S.C.O. citée au rapport préliminaire, p. 694 ci-dessous.

[3] Le refus de l'indemnisation, dans la résolution de décembre 1951 votée à l'Assemblée Générale de l'O.N.U., fait figure de provocation lorsqu'on

demnité, les documents récents du droit positif — Résolutions de l'Assemblée Générale de l'O.N.U. conventions d'établissement, accords spéciaux — confirment le principe de l'engagement ou de l'obligation d'une indemnité, dont l'existence, expresse ou implicite, est la cause de l'indemnisation versée spontanément ou après développement d'une procédure en responsabilité internationale.

Les réponses reçues admettent, plus ou moins explicitement, cette condition de l'indemnité, conçue tout au moins comme une promesse, cependant que les qualificatifs employés pour chiffrer l'indemnisation dénotent, chez tous, l'intention de différencier le traitement de l'indemnité de nationalisation de celui de l'indemnité d'expropriation, intention nuancée sans doute de réponse à réponse. Le Président Charles De Visscher, répondant à la II^me^ question (conditions de validité de la nationalisation) admet le principe d'une « indemnisation

---

compare celle-ci aux résolutions postérieures. « Aucune requête en indemnisation ne saurait être prise en considération » proclamèrent alors, dans l'égarement de la décolonisation, aux côtés des pays communistes, une quinzaine d'Etats nouveaux. Le style depuis a changé. Les « déclarations de principes », qui font partie des Accords d'Evian, énoncent dans leur titre IV, au nombre des « garanties des droits acquis et des engagements antérieurs » le principe d'une fixation préalable d'indemnité à l'article 12 : « L'Algérie assurera sans aucune discrimination une libre et paisible jouissance des droits patrimoniaux acquis sur son territoire avant l'autodétermination. Nul ne sera privé de ces droits sans indemnité équitable préalablement fixée. » On notera la formule, conçue pour comprendre la nationalisation. L'Algérie s'est engagée fin mars 1963 dans la « voie du socialisme » en nationalisant l'important domaine de la Trappe, propriété de l'ancien sénateur Borgeaud, dont les fondateurs avaient été eux-mêmes dépossédés en 1904, à la suite de la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat. L'opération a curieusement invoqué les dispositions de la loi française du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre et de ses textes d'application.

équitable, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce » dont le paiement sera effectué « dans des délais raisonnables » (réponse à la question III). Pour M. Torsten Gihl, qui refuse à l'Etat tout espoir de rabais « quand il entreprend une expropriation sur une grande échelle et l'appelle nationalisation », il s'agira d'une « indemnité adéquate, effective et prompte » (réponse à la question II); la nationalisation « entraîne le devoir de payer une indemnité » (réponse à la question III). Le défaut d'indemnisation n'est pour M. Verzjil qu'une cause « subsidiaire » d'illégalité pour la nationalisation.

Si, pour le Président Rolin, l'indemnisation n'est pas une condition de la régularité de la nationalisation mais un effet international de celle-ci, faut-il en induire que le Président de l'Institut rejette toute relation d'effet à cause entre l'indemnité versée, ou l'indemnisation, et sa source d'obligation, l'acte de nationalisation? Qu'il nous soit permis de peser, aux fins d'une recherche d'entente entre les membres de la troisième Commission, les éléments inégaux de la formule de condamnation que contient sa réponse à la question II, 5me alinéa: « Contrairement à ce qui fut longtemps l'opinion admise, je ne crois pas que la reconnaissance par l'Etat nationalisateur de son devoir d'indemniser les étrangers, moins encore la plénitude de l'indemnisation promise, et certainement pas sa liquidation préalable puissent être considérées comme des conditions de licéité. »

En nous invitant à suivre les *principes* des accords d'indemnisation, le Président Rolin ne nous rassure-t-il pas sur les conclusions à tirer de cette réprobation nuancée? Le moratoire d'indemnité qu'instituent les accords de forfait ou *lump-sum agreements* ne sont qu'une procédure d'aménagement, parmi d'autres, du *principe* de l'indemnité de nationalisation dont la reconnaissance pénètre non seulement dans le droit inter-

étatique mais, à travers lui et le transcendant, dans le droit des gens, protecteur des libertés individuelles [1].

Une interprétation favorable sur ce point permettrait à la Commission d'inscrire la promesse d'une indemnité adéquate, délibérée de bonne foi, au nombre des conditions de validité internationale de la nationalisation.

Le rapporteur serait prêt, de son côté, à suivre le Président Rolin et le professeur Gihl lorsqu'ils proposent de sanctionner la nationalisation illicite par le droit au plein exercice d'une action en indemnité compensatrice qu'appelle le jeu normal de la responsabilité internationale de l'Etat.

III. *Les effets internationaux de la nationalisation régulière*

Limitée à la portée de la nationalisation régulière, au sens des conditions précédemment analysées, la question des effets internationaux de la nationalisation se trouve naturellement cantonnée à un domaine de problèmes de conflits de compétences territoriales et personnelles, exclusifs de toute recherche qui serait déterminée par la notion de nationalisation illicite.

---

[1] On peut dire qu'à l'heure actuelle la fiction de la réclamation publique, seul état reconnu de l'action en responsabilité, est fortement discréditée et proche de l'effacement. Particulièrement vulnérable et réductible apparaît, dans le domaine des libertés individuelles, la thèse de la réparation étatique correspondant à la réclamation étatique pour aboutir, d'après un barème de calcul correspondant à la valeur du dommage subi par la personne privée victime, à une réparation pécuniaire en indemnité versée à l'Etat et dont il appartiendra à celui-ci de décider finalement l'emploi, sans que sa décision puisse faire l'objet d'un recours lorsqu'elle aboutirait à l'équivalent d'une confiscation.

La possibilité de cet enrichissement sans cause, confinant à l'abus de confiance et évoquant le détournement de pouvoir sous sa forme financière

Il s'ensuit que le rapport définitif de 1963 laissera en dehors de son enquête un certain nombre d'effets, ou plutôt d'incidences, que le rapport de 1950-1952 avait envisagé d'élucider.

Sans en méconnaître l'intérêt, nous abandonnerons ainsi la description, illustrée par son auteur, de l'incidence de la nationalisation sur le droit international matériel et procédural de la responsabilité internationale de l'Etat. Albert de La Pradelle dégageait d'une analyse du complexe des atteintes portées par la nationalisation aux droits acquis individuels et à la puissance économique de l'Etat d'origine des investissements la conséquence d'une réclamation directe d'Etat à Etat, sans « endossement » d'une plainte individuelle, l'Etat se saisissant immédiatement de « l'atteinte portée à son économie extérieure » par l'Etat nationalisateur (art. 12 du projet). — Réclamation directe dont les suites étaient à prévoir: exclusion de la règle de l'épuisement préalable des recours internes (art. 13) et ouverture du seul préliminaire des négociations interétatiques (art. 14).

---

la plus odieuse, n'est plus ouverte depuis que la remise de l'indemnité de réparation, au lieu d'être laissée à la discrétion de l'Etat réclamant, par décision administrative, est devenu l'enjeu d'une opération de distribution juridictionnalisée.

Les accords déterminant le montant et les modalités de paiement des indemnités de nationalisation en confient en effet la liquidation à des commissions de répartition, juridictions internes spécialisées, étroitement liées dans l'exercice de leur compétence matérielle aux dispositions et aux intentions du traité fondateur. La création et le fonctionnement des Commissions spéciales de répartition des indemnités de nationalisation sont révélateurs d'une évolution de la protection diplomatique. Parallèlement à l'assainissement entrepris par les juridictions internationales, s'accomplit par elles dans l'ordre interne une discipline de la protection au regard des libertés individuelles. Dans les deux domaines, les principes généraux du droit et, pourquoi ne pas la nommer, de la Justice, offrent les ressources de leur action bénéfique contre le système et la fiction.

Au sens strict, les effets internationaux de la nationalisation concernent, en l'absence de tout régime d'exception, d'une part la portée de l'acte nationalisateur à l'intérieur du territoire de l'Etat qui en est l'auteur (application *aux étrangers*), d'autre part la portée du même acte à l'extérieur du territoire de l'Etat nationalisateur (application de la nationalisation *à l'étranger*, c'est-à-dire aux nationaux installés hors du territoire de l'Etat qui nationalise comme aux non-nationaux).

§ 1. — *L'application aux étrangers de la nationalisation régulière.*

L'Etat souverain, maître de légiférer sur le régime des biens à l'intérieur de son territoire, comprend dans l'exercice de cette compétence exclusive l'ensemble des biens, nationaux et étrangers, situés dans ses limites territoriales. Ce n'est que sur le terrain politique, en l'absence d'une convention limitative, que les gouvernements des propriétaires étrangers pourront réclamer en leur faveur contre un traitement que légitime l'application pure et simple du principe de la souveraineté étatique et de la répartition internationale des compétences [1].

L'article 7 du projet définitif de 1950-1952, non discuté à Sienne, acceptait cette conséquence en reconnaissant, en liaison avec la condition de la non-discrimination, que la nationalisation pouvait atteindre les étrangers en même temps que les nationaux, mais ne pouvait les atteindre seuls. Elle le pourrait, nous l'avons vu, en présence d'une circonstance de fait qui

[1] Les interventions politiques, qui jalonnent l'histoire des concessions, ne peuvent être citées ici que pour mémoire. Elles se situent en dehors du droit. Leur rôle, souvent anecdotique, relève de l'étude des « zones d'influence » et de l'impérialisme. Elles intéressent le droit dans la mesure où elles invoquent et mettent en cause, pour justifier leur action, des engagements internationaux (Convention de Constantinople de 1888 pour Suez, traité de Berlin de 1885 pour le Congo...) souvent invoqués à tort.

les désignerait comme seuls détenteurs des ressources visées par la réforme à entreprendre.

Sur ce premier effet international de la nationalisation, les réponses au questionnaire sont concordantes dans l'affirmative. Le Président Charles De Visscher confirme notre avis que « la qualité d'étranger comme telle ne met pas à l'abri d'une mesure de nationalisation ». La solution est évidente pour le Président Rolin qui, sans l'énoncer expressément, pose, sur la question III en *a)* le problème de l'existence et de la mesure de l'obligation d'indemniser les étrangers et qui, dès sa réponse à la question II, signale l'éventualité d'une distinction possible entre « les biens étrangers qui doivent normalement suivre le sort des biens nationaux, parce qu'incorporés à l'économie du pays et ceux qui par la nature éphémère de leur situation devraient échapper à la mesure de nationalisation » [1].

Pour M. Gihl la réponse n'est pas douteuse et s'affirme à deux reprises sur les questions I et III: « Au point de vue du droit international, la nationalisation n'est pas distincte de l'expropriation et elle est soumise aux mêmes règles, c'est-à-dire qu'en principe la nationalisation des biens d'un étranger n'est pas défendue en droit international (réponse à I, *in fine*). » « Oui, répond de son côté M. Verzijl, pourvu que la nationalisation ne soit pas illégale en soi. »

La conclusion, en forme de résolution, est en conséquence facile à dégager.

---

[1] On retrouve ici la distinction faite par la « doctrine Cardenas » entre les étrangers *de jure*, établis sans esprit de retour dans le pays et qui ne sauraient prétendre à un traitement préférentiel en matière économique, et les étrangers passagèrement installés ou qui conservent un lien effectif avec leur patrie. La distinction suggérée entre les deux catégories d'étrangers est, comme le remarque Münch (Les effets d'une nationalisation à l'étranger - *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1959, 467) bien difficile à établir.

§ 2. — *L'application à l'étranger de la nationalisation régulière.*

L'inépuisable rapporteur de la *Commission du droit international* sur la responsabilité internationale de l'Etat a donné au titre des « conditions auxquelles sont subordonnés les effets extra-territoriaux des mesures portant atteinte aux droits acquis » dans son cinquième rapport [1] une analyse de la jurisprudence connue en la matière, favorable pour partie à la reconnaissance des effets extra-territoriaux de la nationalisation. Cette jurisprudence invoque parfois simultanément la doctrine de l'acte de Gouvernement *(act of state)* ou de l'immunité juridictionnelle des Etats et le principe de la territorialité des lois régissant la propriété. Elle a pour inconvénient de placer sur le même rang, aux fins d'un égal traitement, la mesure de confiscation et l'acte régulier de nationalisation. Le thème de la nationalisation internationalement régulière doit en accélérer la déchéance et l'abandon. Contrastant avec cette jurisprudence de fausse courtoisie internationale, mais invoquant le plus souvent l'allergie d'un ordre public national, aux éléments et aux conséquences variables suivant les pays et leurs relations avec les nationalisateurs, une jurisprudence, plus spécialement française, a refusé de donner effet sur le territoire du for et en pays tiers à l'acte de nationalisation. Il arrive qu'un traité tel le *Litvinov assignment* aux U.S.A., intervienne pour en limiter l'effet et prescrire la validité extra territoriale de la mesure précédemment condamnée et présumée de confiscation.

L'analyse ainsi présentée se termine par une conclusion optimiste du rapporteur recommandant pour la nationalisation la conclusion des accords d'indemnité forfaitaire que le rapporteur de 1950 à l'Institut avait signalés, l'un des premiers,

---

[1] Annuaire de la *Commission du droit international* 1960, vol. II, pp. 41-46.

comme une normalisation des relations antérieures de tension entre Etats « spoliateurs » et victimes.

Pour en venir, dans ce terrain battu, à notre propre découverte, il convient de signaler les divergences des opinions émises à l'intérieur du groupe réduit de la troisième Commission 1963 de l'Institut. Le Président Gihl demeure attaché en effet au principe de la territorialité, mais comme nous avons eu l'occasion déjà de le noter, notre confrère admet que son opinion, et l'état de droit qu'elle dégage, puissent être revisés.

L'unanimité, cependant, se rétablit dès maintenant pour admettre, sans dissidence, l'effet « conservateur » [1]. Le Président Rolin appelle au bénéfice de cet effet, en dehors des biens effectivement nationalisés qui arriveraient en territoire étranger, ceux qui se trouvent à l'étranger à l'époque de la nationalisation et qui « ont fait l'objet d'une prise de possession de l'Etat ». Cette extension, qui rappelle une jurisprudence assez floue, surtout aux U.S.A., sur les nationalisations de navires privés au cours de la guerre civile espagnole [2], n'est pas reçue dans les autres réponses.

Le Président Charles De Visscher est partisan d'une distinction à faire entre *l'effet conservateur*, protégeant contre toute revendication les biens nationalisés en déplacement et en séjour sur un territoire étranger [3] et l'*effet créateur* soumettant

---

[1] Cf. exposé préliminaire, p. 712 ci-dessous.

[2] Cf. Les décisions et commentaires concernant l'affaire *Navemar*, parue dans le *Recueil Général de droit international* (A. de La Pradelle), 1939, 3me partie, pp. 71 à 76.

[3] C'est la thèse du « Sénat » de Brême, arrêt du 21 août 1959, cité à l'exposé préliminaire, p. 697 et d'autres décisions connues, intéressant en dehors des navires le pétrole, le tabac ou les tableaux de Picasso, toutes valeurs internationales. Cf. De Keller, c. Maison de la Pensée française, Clunet 1955, p. 118.

à la nationalisation les biens situés à l'étranger (succursales d'une société, stocks). Il semble bien que le produit de cette distinction soit d'exclure le second effet et qu'il en soit de même pour l'approbation elliptique que donne à cette même distinction le Président Verzijl lorsqu'il écrit « Sans doute ces deux aspects diffèrent du tout au tout ». Le Président Gihl s'en rapporte à la décision du juge national, option qui n'exclut nullement l'application des législations étrangères, si aucune oi nationale du for n'en prescrit l'exécution.

IV. *Les régimes d'exception aux effets internationaux de la nationalisation régulière*

L'Institut avait admis à Sienne, en 1952, que l'engagement de ne pas nationaliser, pris par l'Etat nationalisateur vis-à-vis d'un autre Etat, devait faire obstacle aux effets internationaux de la nationalisation. Il limitait ainsi aux seuls traités d'Etats une exception que le rapporteur étendait aux contrats.

Le questionnaire de 1963, considérant ce point acquis [1], reprenait, au titre des actes et régimes faisant échec à la nationalisation, le problème, discuté à Sienne, des limites que le droit de nationaliser pouvait trouver en présence d'un *contrat de concession*, accord conclu entre un Etat et un ressortissant étranger. La question était double : La concession faite à un étranger, crée-t-elle, du fait de sa seule existence, cette opposition ? Et à défaut d'une limitation tirée de la nature même de la concession, une clause expresse du contrat suffirait-elle pour l'établir ? Enfin, l'exposé préliminaire et le questionnaire signalaient, pour en dénoncer les malfaçons et leurs

[1] Cf. Exposé préliminaire, p. 706 ci-dessous.

conséquences, les transferts du secteur privé au secteur public qu'opéraient les contrats « quasi internationaux » en quête de garantie pour les investissements.

Une seule réponse fait état de ce dernier aspect, en l'espèce celle de notre collègue Verzijl, dont l'opinion est entièrement opposée à celle qu'exprimait notre exposé préliminaire [1]. Tout doit être mis en œuvre, estime notre confrère, pour prévenir la nationalisation. Le souci de la monstruosité juridique est secondaire et la maison du droit peut accepter les articles de bazar. Je persiste, pour ma part, à penser que les techniques de la nationalisation de bonne foi doivent être respectées, mais, devant le silence de la majorité des membres de la Commission, je pense qu'il serait préférable, pour écarter de nouvelles occasions de désaccord, d'adopter pour l'heure une consigne de silence sur la question.

L'opération d'apurement que j'estimais et persiste à estimer désirable, dans le complexe des recettes de protection des investissements, pourra résulter, à toutes fins utiles, des résolutions adoptées, sans qu'il soit nécessaire d'y insérer une formule de critique ou de blâme à l'adresse des fabricants de monstres.

On retrouve, dans les réponses de 1963, l'opposition de tendances qui s'était élevée en 1952. A Sienne, par 20 voix contre 16 et 22 abstentions, avait été rejetée la formule du respect dû par l'Etat nationalisateur aux engagements de ne pas nationaliser pris par lui vis-à-vis d'un ressortissant étranger [2].

Le Président Verzijl s'élève contre cette interprétation abusive des rapports des relations inter-étatiques. La foi à la parole donnée est un principe général de droit que l'Etat doit accepter dans toutes ses conventions, même conclues avec des étrangers.

---

[1] *cf.* p. 706 ci-dessous.

[2] *Annuaire de l'Institut*, vol. 44, 1952, t. II, p. 318.

Une même opinion est exprimée par le Président Gihl : « J'estime qu'il faut assimiler les contrats de concession aux traités dans le sens que la violation du contrat serait regardée comme un délit international. On ne comprend pas pourquoi la maxime *pacta sunt servanda* ne serait pas valable, en droit international, pour les contrats de concession. »

Le Président Charles De Visscher n'admet pas, au contraire, que le contrat de concession puisse *par nature* faire échec à la nationalisation. « En revanche, une clause expresse limitative du pouvoir de nationaliser, et dont les termes ont été librement débattus entre l'Etat concédant et le concessionnaire, est certainement une limite valable qui s'impose de bonne foi aux contractants. »

Pour le Président Henri Rolin, il est clair que le contrat de concession, même armé d'une clause à cet effet, ne puisse faire obstacle à la nationalisation. Mais la nationalisation opérée, en contradiction avec la clause, perdra son caractère d'opération licite et pourra donner lieu à une réparation intégrale du préjudice causé.

Faut-il comprendre, au nombre des régimes d'exception, les sanctions d'ordre diplomatique qui seraient appliquées aux nationalisations abusives ? Cette dernière question peut être traitée à part et l'on peut estimer, à la suite du Président Rolin, qu'il serait préférable de la passer sous silence.

L'interrogation est favorable à l'énoncé, en forme de conclusion, du principe que la nationalisation, réglée par le droit, n'est pas un acte d'agression et que les mesures destinées à en cantonner les effets ne peuvent être assimilées, en aucune façon, à un acte d'agression économique [1].

[1] En sens contraire, on pourra consulter la définition de l'agression présentée par les Soviets, le 3 octobre 1957, à l'Assemblée Générale de l'O.N.U.

Au terme de cette analyse des observations reçues des membres de la Troisième Commission, nous proposons l'adoption de quelques règles de principe susceptibles de donner à l'Institut l'occasion de « normaliser », dans les limites d'une résolution-cadre, le complexe d'espérance et de crainte des nationalisations.

(Aix-en-Provence, le 1er juillet 1963.)

Projet de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Prenant en considération le droit des peuples à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, tel qu'il a été affirmé par les membres de l'O.N.U., notamment dans la résolution de l'Assemblée Générale du 14 décembre 1962;

Désireux d'aider au développement du commerce international dans les rapports entre Etats inégalement développés en rappelant les garanties que les principes généraux du droit international et de la responsabilité internationale de l'Etat assurent à la propriété privée investie à l'étranger;

Considérant que, dans les conditions actuelles d'une pratique généralisée, la nationalisation peut être reconnue en droit international comme une atteinte spécifique à la propriété privée ayant effet dans les rapports internationaux;

Adopte les Résolutions ci-après:

1. La nationalisation peut être définie comme étant le transfert par mesure législative et dans l'intérêt public de biens, droits ou facultés privées en vue de leur exploitation ou de leur contrôle par l'Etat.
2. La nationalisation doit être effectuée de bonne foi dans une intention de réforme à caractère économique et social ou dans un but de sécurité et de défense nationales.
3. Mesure d'application générale, la nationalisation ne peut viser exclusivement les biens des étrangers ou d'une catégorie d'étrangers.

4. Acte souverain de législation, lorsqu'elle opère un transfert de propriété aux dépens des personnes privées, la nationalisation comporte nécessairement l'obligation d'indemniser. Le défaut d'indemnisation, susceptible d'entraîner la responsabilité internationale de l'Etat nationalisateur, n'est pas une cause d'invalidité privant dans l'immédiat l'acte de nationalisation de ses effets internationaux.
   A la différence de l'indemnité d'expropriation, à caractère automatique et compensateur, l'indemnité de nationalisation peut être incomplète et différée. Il est souhaitable que les Etats intéressés puissent conclure des accords spéciaux d'indemnisation susceptibles par la mise en œuvre d'un forfait négocié de garantir la distribution d'une indemnité équitable entre les propriétaires dépossédés.

5. La nationalisation, décidée ou effectuée en opposition manifeste avec les conditions précédentes est une spoliation. Le recours à la nationalisation dans le but d'éviter les procédures de l'expropriation ou de la confiscation constitue un détournement de pouvoir engageant, aux fins d'une réparation totale du dommage de dépossession, la responsabilité internationale de l'Etat.

6. Acte souverain de législation, la nationalisation s'applique aux biens, droits et facultés des étrangers installés sur le territoire.

7. Il est conforme aux nécessités du commerce international que les biens nationalisés se trouvant en déplacement ou en séjour momentané sur un territoire étranger soient protégés contre toute revendication d'un précédent propriétaire.

8. Les Etats sont libres de donner effet, sur leur territoire, à l'emprise d'une loi étrangère de nationalisation sur les biens, droits et facultés qui s'y trouvaient situés au moment de sa

publication. Le refus pour les Tribunaux du for d'effectuer cette application ne peut être reproché à l'Etat comme un acte inamical.

9. Seule une convention conclue d'Etat à Etat peut prévenir ou interdire, dans les limites de durée inhérentes aux accords internationaux, l'exercice par un Etat du droit de nationaliser. La non-observation de l'obligation ainsi prise de ne pas nationaliser doit entraîner la réparation totale du préjudice causé.

ANNEXE I

Exposé préliminaire

présenté

par

M. Paul de La Pradelle

Le 22 avril 1952, au cours de la septième séance plénière de la session de Sienne, l'Institut a décidé d'interrompre la discussion du rapport présenté par mon père sur *Les effets internationaux des nationalisations* pour la reprendre à une prochaine session, sur la décision du Bureau.

Le procès-verbal reproduit les déclarations faites à ce sujet en ces termes (Annuaire 1952, vol. 44, II, pp. 322-323):

« ... Le Rapporteur tient à attirer l'attention de l'assemblée sur le fait que l'Institut a déjà consacré de nombreuses séances à l'étude de son rapport. Les débats, extrêmement intéressants, ont révélé que plusieurs membres sont influencés dans leurs votes et dans leurs interventions par des considérations d'espèces. Alors que le rapporteur avait songé exclusivement aux nationalisations entreprises en vue de réformes d'ordre économique ou social, plusieurs orateurs envisagent les nationalisations sous un angle différent. Dans ces conditions, le rapporteur, désireux de permettre à l'Institut de discuter d'autres rapports et soucieux de préserver la réputation d'impartialité de l'Institut, considère qu'il serait préférable d'abandonner la discussion du texte des Résolutions. L'Institut pourrait, soit se livrer à un simple échange de vues sur les idées contenues dans les Résolutions, soit interrompre toute discussion et demander au Bureau de reporter à une prochaine session la discussion de cette matière qui présente aujourd'hui une actualité trop brûlante.

Le Président rend hommage à la sagesse du rapporteur, qu'il remercie pour son esprit de dévouement et sollicite l'avis de l'assemblée au sujet de la proposition qui lui est soumise.

M. Rolin estime avec le Rapporteur qu'il serait sage de renoncer au vote formel des articles des nouvelles Résolutions. Il considère pourtant que l'Institut doit rester saisi du problème, dont la discussion pourra être reprise à une prochaine session, lorsque le Bureau, d'accord avec les membres de la Commission, l'estimera opportun. Une telle procédure a déjà été suivie par l'Institut en d'autres occasions.

Cette proposition est adoptée.»

L'Institut m'a fait le grand honneur de me désigner, à la session de Grenade, pour prendre la suite du rapporteur, décédé en 1955.

C'est dans l'intention de préparer, pour la prochaine session de Bruxelles, une reprise de la discussion inachevée de Sienne, que j'ai l'honneur de soumettre aux membres de la Troisième Commission [1] les observations suivantes assorties d'un questionnaire dont les réponses me permettraient de rédiger en temps utile un rapport complémentaire, fidèle, dans toute la mesure possible, au rapport définitif de 1950.

Je considère que les événements et les recherches de la période écoulée depuis 1952 forment une masse d'information suffisamment riche à exploiter et que l'absence de toute affaire internationale à effet passionnel, dans le contentieux des nationalisations, offre, pour l'heure, une occasion favorable à la réouverture d'un débat, dont le développement et les conclusions ne seraient affectées que d'un coefficient normal d'opinions réservées et d'abstentions de vote.

On peut dire que la période 1952-1963 a été marquée, dans notre domaine de recherche, par une intense activité de faits et d'idées.

Actes nationalisateurs, réclamations et protestations, négociations en vue du règlement de conflits spectaculaires, du côté

[1] La troisième Commission de l'Institut est ainsi constituée: M. Paul de La Pradelle, rapporteur; MM. Bagge, Dehousse, Gihl, Kelsen, Rolin, Verzijl, Charles De Visscher, Sir Humphrey Waldock.

de la politique d'affrontement du *Pouvoir souverain de nationaliser* et de la *Protection diplomatique*, ont été diversement commentés dans la doctrine, individuelle ou assemblée. — Nombre de nos confrères ont pris part à cette enquête par une activité d'enseignement, de rapport ou de conseil, notamment à l'*Académie de Droit International de La Haye*, à l'*International Law Association*, à l'*International Bar Association* et à l'*Institut international de Droit comparé*. La promotion d'actualité de la nationalisation s'est établie d'autre part dans le cadre des organisations gouvernementales, à caractère universel ou régional: *Assemblée Générale de l'O.N.U.*, *Conseil économique et social*, *U.N.E.S.C.O.*, *Conseil de l'Europe*, et dans les travaux des organismes secondaires: *Commission des droits de l'homme*, *Commission du Droit international*, Commission d'enquête spécialement créée pour l'étude de la *souveraineté permanente sur les ressources naturelles*.

Il importe enfin, dans une évocation sommaire de ce rassemblement d'intérêts portés à notre problème, de ne pas négliger l'incessante activité de défense des groupements privés d'affaires, principalement dans le secteur pétrolier, qui ont cherché, auprès des juristes et des légistes des recettes de protection contre les nationalisations à craindre des pays ayant récemment accédé à l'indépendance et soucieux d'attirer les investissements, sans abandonner une souveraineté que la décolonisation rendait plus sensible et exigeante. Spontanément, des associations ayant vocation, comme la *Chambre de Commerce internationale*, de défendre et développer les relations commerciales dans le monde, ont pris l'initiative de préparer des projets de codification à cet effet.

De cette masse documentaire il est devenu possible et, dans mon opinion, il est urgent, de tirer des indications de recherche et de tendances qui permettent de dégager des bases de discussion utiles pour la reprise nécessaire des débats de l'Institut,

en les rapprochant des conclusions du rapport fondamental et des premières solutions admises sans équivoque à Sienne et qui n'ont rien perdu de leur valeur.

Des activités de nationalisation et des réactions par elles provoquées dans la période de ces dix années on peut dégager deux tendances significatives. D'un côté s'est manifestée, dès les premières nationalisations mexicaines et soviétiques de l'époque héroïque, une opposition systématique des thèses respectivement favorables et contraires au principe même de la nationalisation. D'un autre côté, en concurrence ou en relation directe avec les manifestations d'idéologie précitées, s'est ébauché un mouvement, également complexe, non plus de choc et d'affrontement, mais de *normalisation* et de rapprochement, soucieux de prévenir le retour des conflits et de faciliter le règlement des litiges en cours. Cette dernière tendance, indiquons-le dès maintenant, correspond à l'esprit du rapport fondamental, dont le thème essentiel de recherche, on s'en souvient, était de définir, pour concilier « l'espérance des uns et la crainte des autres » les éléments d'un « droit en formation de la nationalisation » construit sur la notion de la « nationalisation internationalement régulière ».

La pratique des nationalisations, dans la période écoulée, a continué et multiplié les actes précédents qu'une revue systématique, faite aux fins d'une étude objective pour le doctorat en droit [1], a pu récemment proposer de classer en deux catégo-

[1] Je me permets de recommander, à des fins d'information, cet ouvrage préparé et soutenu sous ma direction à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Aix-en-Provence par M. Gérard Fouilloux, chargé de cours à la Faculté de Grenoble, *La nationalisation et le droit international public*, Paris 1962, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 475 pp., dernier ouvrage paru dans une longue série de publications dont il est fait état par l'auteur dans sa bibliographie, pp. 459 à 470.

ries: 1° la nationalisation principe d'action, conçue comme moyen de réaliser et d'atteindre le socialisme, d'une part, et 2° la nationalisation mesure exceptionnelle, mais généralisée, de limitation, dans l'intérêt public, de l'appropriation privée.

La première s'affiche comme étant l'instrument d'une politique systématique, alors que la seconde cherche à se justifier au nom de la démocratie libérale par la nécessité d'une réforme économique et sociale.

A. — Dans le cadre de la première catégorie, cependant que se poursuivent les plans nuancés de la politique de nationalisation *chinoise* qui, après avoir lutté contre le capitalisme, lutte pour le socialisme avec le sentiment d'une longue série d'efforts à épuiser, sous l'émulation de la Constitution du 20 septembre 1954, pour transformer les usages ancestraux, les démocraties populaires augmentent progressivement le domaine de l'économie d'Etat. La *Birmanie*, où l'Etat est devenu maître de 8.000.000 d'hectares de terres cultivables enlevées aux grands propriétaires, a créé en 1952, après la conférence du bien-être de Rangoon, un ministère pour la nationalisation des terres. En 1953, c'est le tour des forêts et des compagnies privées productrices d'énergie électrique. En 1963, le Général Ne Win, Président du Conseil, annonce à l'opinion mondiale qu'une pierre de plus a été posée à la fondation du socialisme birman (26 février): les banques privées, qui sont en grande majorité étrangères, sont nationalisées.

Au cours de son premier plan quinquennal 1951-1956, l'*Inde* qui entreprend de réaliser une forme indigène, elle aussi, de socialisme, a nationalisé le crédit, les assurances-vie, les transports aériens, les produits « économiquement stratégiques » et le commerce extérieur avec les démocraties populaires. L'*Indonésie*, qui a proclamé son indépendance «pour devenir une démocratie sociale », multiplie de 1950 à 1960 les nationali-

sations: grandes plantations, forêts, mines de charbon, pétrole, transports aériens — La loi n° 86 de 1958 y prend l'allure exceptionnelle d'un manifeste politique et xénophobe d'indépendance au bénéfice de l'Irian Barat (Nouvelle Guinée occidentale) avant d'invoquer les « avantages de la collectivité indonésienne », la sécurité et la défense de l'Etat.

Davantage inspirée, également, par un mouvement d'amour-propre national et d'indépendance que par l'idéologie socialiste, la « nationalisation » de la *Compagnie universelle du Canal maritime de Suez* — qu'il ne peut être question d'étudier ici — le 26 juillet 1956, sera citée en modèle, à Londres, immédiatement après sa publication, par le Dr Chepilov, puis en décembre 1957 par le délégué soviétique à la conférence afro-asiatique du Caire. D'autres nationalisations, moins spectaculaires, ont suivi: ressources naturelles (décret du 3 septembre 1958), banques et compagnies d'assurances dans les deux provinces de la R.A.U. (décret du 20 juillet 1960).

L'Afrique sera-t-elle entraînée dans le mouvement? La *Guinée*, le 9 janvier 1962, donne le signal, après une longue visite de M. Mikoyan à Sekou-Touré, en nationalisant toutes les compagnies d'assurances.

Au lendemain du referendum constituant, à l'occasion duquel Agadir, reconstruction du régime restauré, a voté *non*, le Roi du *Maroc*, pressé par l'Istiqlal, et pour ne pas être surclassé dans les perspectives du leadership arabe par la *Tunisie* qui l'a entreprise et par l'*Algérie* qui la prépare, songe à prendre lui-même, en février 1963, la tête du mouvement de nationalisation et participe aux conversations avec la Banque de Paris et des Pays-Bas sur la « reprise anticipée » des concessions des chemins de fer marocains.

Au Moyen-Orient, où les contradictions d'intérêts des puissances du pétrole permettent le jeu du nationalisme arabe, la nationalisation est un article réservé. — L'iman

Ahmed, Roi du Yemen, fait scandale en publiant en décembre 1961 un « poème aux Arabes » qui dénonce, au nom de la morale de l'Islam, les atteintes de la République arabe unie au principe, affirmé dans le Coran, du droit privé à la propriété.

En Amérique, *Cuba* apparaît en vedette, depuis l'arrivée au pouvoir de Fidel Castro, dans la course aux nationalisations: loi du 17 mai 1959 portant réforme agraire, lois du 6 juillet et du 13 octobre 1960 sur la nationalisation des biens des ressortissants des U.S.A. — La Havane monte une veillée funèbre de carnaval autour des vingt-six cercueils qui portent, chacun, le nom d'une des grandes firmes américaines dépossédées. « Cuba si, Yankee no ». — Au *Brésil*, le 30 juillet 1962, le Président Goulart appelle au plus vite une « réforme agraire réelle ». — Dès 1952 (loi du 17 juin), le *Guatemala* a nationalisé toutes les richesses naturelles et les terres arables au-delà d'un maximum fixé pour l'appropriation privée.

La nationalisation des mines est annoncée en avril 1952 par le Gouvernement de *Bolivie*, et trois grandes entreprises minières sont nationalisées par décret du 31 octobre au profit de la « Corporation bolivienne ». Le décret-loi de réforme agraire du 2 août 1953 proclame le droit originaire de la nation sur le sol, le sous-sol et les eaux. En *Argentine*, la nationalisation, on le sait, est un article du péronisme qui lui a survécu.

B. — Du côté des nationalisations de la démocratie libérale, les mesures sont prises avec le label de l'exception, mais elles se généralisent et gagnent des secteurs inattendus. Quelques informations récentes en feront foi.

Fin juin 1962, en *Italie*, le Conseil des Ministres approuve un projet de loi sur la nationalisation de l'énergie électrique.

Le 20 septembre 1962 le Premier Ministre de la Province de *Québec* annonce la dissolution du parlement provincial, brus-

quant des élections prévues pour l'été 1964 afin de faire arbitrer par le corps électoral le conflit qui oppose le gouvernement et le parti libéral sur la nationalisation de l'électricité. Le fait est sans précédent en Amérique du Nord. — Des relances de la nationalisation figurent en 1962 dans les manœuvres, à l'intérieur, du parti travailliste anglais et, à l'extérieur, du parti socialiste en France (campagne du groupe présidé par Gaston Deferre qui dépose le 21 février 1963, sur le bureau de l'Assemblée nationale, une proposition de loi portant nationalisation des banques d'affaires et réorganisation du système bancaire français).

Les idéologies de choc apparaissent, sur des thèmes désormais traditionnels, dans le contexte des grandes affaires contentieuses qui ont eu une incidence inévitable sur les discussions des organisations gouvernementales, les décisions internes de justice, les rapports des groupements d'étude du droit international et des relations internationales, à caractère officiel ou privé, et les opinions des auteurs.

A défaut d'inventaire systématique, quelques observations suffiront pour évoquer la permanence de cette discorde et de son aspect pathologique.

Les « *Conservateurs* », demeurés attachés à la conception révolutionnaire française de la propriété privée, droit inviolable et sacré, refusent tout traitement spécial à la nationalisation que certains ne consentent même pas à reconnaître nominalement. La propriété privée est une institution du droit international qui ne peut être atteinte dans la personne des étrangers que moyennant la contre-partie d'une *compensation* pécuniaire effective, immédiate et totale, reconnue en jurisprudence internationale pour l'expropriation et qui doit être appliquée à cette forme d'expropriation élargie que l'on qualifie « nationalisation ». Le défaut de restitution ou de compensation rapide et complète des biens étrangers saisis autorise le recours à des actes de rétorsion

et même de représailles [1]. Aucun effet à l'extérieur ne peut être accordé aux mesures internes de nationalisation, heureusement limitées dans l'espace par la règle coutumière de la *territorialité*, garantissant l'indépendance des compétences territoriales, renforcée en cas de besoin par l'objection de l'*ordre public national* et qui recommande la lutte contre la pratique encore trop libéralement admise de l'exception d'*immunité juridictionnelle* qui empêche les Tribunaux de restituer au propriétaire dépossédé les biens nationalisés se trouvant en transit dans leur ressort [2].

Les « *Révolutionnaires* », largement recrutés dans les milieux d'idéologie ou d'obédience communiste et socialiste, tiennent la propriété privée pour étroitement soumise à l'intérêt général et présentent la nationalisation, reconnue et proclamée dans son indépendance de nature et de régime, par rapport à l'expropriation, comme « l'un des processus importants des transformations économico-sociales » [3]. Ils admettent la confiscation, consentant au plus à une indemnité limitée dont l'Etat nationalisateur

---

[1] Pour un exposé général de cette thèse, des références précises sont très clairement résumées dans l'ouvrage de Wortley, *Expropriation in Public International Law*, 1959, notamment pp. 36, 57, 76, 99, 100, 112.

[2] Comme l'indique, dans son 5e rapport sur la Responsabilité internationale, M. Garcia Amador *(Annuaire de la Commission du droit international 1960*, vol. II, page 45, n° 32) cette « tendance nouvelle » est surtout représentée par les membres de la branche américaine de l'*International Law Association*. On ajoutera aux références données par M. Amador le rapport présenté sur la doctrine de l'« Act of State » par le Comité spécial de la branche à la dernière session jubilaire de l'I.L.A. à Bruxelles 1962.

[3] Formule tirée du rapport présenté par Manfred Lachs à la conférence sur la Compréhension internationale et la Coopération pacifique, réunie à Prague du 24 septembre au 1er octobre 1958, sous le patronage de l'U.N.E.S.C.O.

aurait faculté de se libérer par payements échelonnés, suivant le système, énoncé dans la note mexicaine aux U.S.A. du 3 août 1938, de la liberté appartenant au législateur interne de fixer l'époque et la modalité du règlement. L'effet extra-territorial doit être normalement accordé à une entreprise qui ne peut avoir d'autre résultat, dans les relations internationales, que de développer le commerce [1]. La coutume de l'immunité juridictionnelle doit être sauvegardée pour protéger les droits acquis du nationalisateur contre les revendications des propriétaires.

Les conclusions du rapport introductif soumis à la *Conférence interdisciplinaire sur la compréhension internationale et la coopération pacifique, convoquée par l'U.N.E.S.C.O.*, sont une présentation non équivoque de cette tendance. Leur texte est reproduit ici, d'après la publication qui en a été faite dans l'étude du Secrétariat de l'O.N.U.: « Etat de la question de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles », au titre des « Etudes effectuées sous les auspices d'organismes intergouvernementaux » [2].

« ... En conclusion, il y a lieu de constater que :

1. — La nationalisation, étant l'expression de certains processus historiques des transformations politiques et économico-sociales qui s'opèrent dans le monde moderne, représente une institution du droit interne qu'il faut reconnaître comme attribut de la souveraineté de l'Etat, dont l'exercice n'entrave en rien la coopération internationale. Ainsi comprise, elle est admise et respectée par le droit international contemporain.

2. — En tenant compte de la coexistence des Etats à structure politique différente, le droit international contemporain, qui est pour eux un droit commun, n'accorde pas à la propriété privée le bénéfice d'inviolabilité et ne la protège pas par les privilèges des droits acquis.

---

[1] Argument présenté au cours de la discussion, lors de la conférence précitée, par M. Lachs.

[2] Nations Unies, Document A/AC. 97/5/Rev. 2, p. 121, nº 178.

3. — L'acte de nationalisation produit ses effets tant à l'égard des nationaux que des étrangers. Ces derniers ne bénéficient au titre d'extranéité d'aucune prérogative, d'aucun privilège par rapport aux droits des nationaux.

4. — L'indemnisation pour cause de nationalisation n'est prévue par aucune règle générale ni aucune norme du droit international. Dans les cas où une indemnisation est accordée, elle l'est en vertu soit d'actes législatifs, soit d'arrangements bilatéraux individuels conclus entre les Etats intéressés. »

Cette déclaration peut être rapprochée des passages essentiels du projet de Résolution, présenté par l'Union soviétique, en mai 1961, à la 3me session de la *Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, et rejeté à la majorité:

« L'Assemblée générale,

1. — Réaffirme le droit permanent et souverain des peuples et des nations à posséder, exploiter et utiliser librement leurs richesses et leurs ressources naturelles pour favoriser leur développement indépendant et pour améliorer le bien-être du peuple, y compris le droit souverain d'admettre ou de ne pas admettre l'emploi de capitaux étrangers pour faire des recherches ou utiliser leurs richesses et leurs ressources naturelles sur leur territoire; de soumettre à des conditions et de contrôler l'activité des capitaux nationaux ou étrangers sur leur territoire ainsi que la distribution et l'exportation des bénéfices; de limiter, restreindre ou arrêter cette activité si elle va à l'encontre de l'intérêt national ou compromet leur souveraineté sur les richesses et les ressources naturelles; de procéder sans entrave à des nationalisations et à des expropriations et de prendre les autres mesures nécessaires pour protéger et renforcer leur souveraineté sur leurs richesses et leurs ressources naturelles; »

On trouve, dans la *jurisprudence interne* intéressant les effets à l'étranger des nationalisations iranienne et indonésienne, des contradictions d'opinion plus nuancées dans leur expression, mais dont l'opposition est aussi flagrante. Des sociétés néerlandaises de tabac ont revendiqué, on le sait, devant les Tribunaux

de Brême et d'Amsterdam la propriété de cargaisons de tabac brut arrivées en République fédérale d'Allemagne et aux Pays-Bas. La Cour d'appel de Brême, dans son arrêt du 21 août 1959, a débouté les requérants:

« ... Une juridiction nationale est libre de reconnaître un acte étatique étranger même s'il est contraire au droit international... Le Sénat a décidé de se ranger à cette opinion, non seulement parce qu'elle est prédominante dans la jurisprudence actuelle mais aussi parce qu'il est convaincu qu'à la longue elle offre le seul moyen de résoudre de façon satisfaisante le problème des effets extra-territoriaux d'un acte étatique étranger, violant le droit international. — C'est en respectant comme il convient les actes étatiques étrangers que l'on contribuera à éviter de nouvelles tensions entre les nations et c'est en faisant en sorte que les Etats s'aident les uns les autres et en empêchant de graves immixtions des Tribunaux nationaux que l'on favorisera l'harmonie économique entre les Etats.[1] »

L'absence d'indemnité effective et prompte aurait pu être considérée, dit la Cour, comme contraire au droit international s'il s'était agi d'une expropriation visant des individus. Mais en l'espèce,

« une indemnisation rapide et complète ne peut être faite par prélèvement sur les biens eux-mêmes et ne peut donc provenir que des recettes des entreprises nationalisées. On doit tenir compte de la situation économique du pays pour déterminer les modalités et le montant de l'indemnisation. Il y a donc conflit entre le vieux principe de la protection stricte de la propriété privée et l'idée moderne que l'on doit donner aux pays sous-développés la possibilité d'exploiter les produits de leur sol. »

En opposition totale avec la décision de Brême, la Cour de cassation d'Amsterdam a fait droit à la demande des sociétés néerlandaises en dénonçant le caractère de confiscation de la nationalisation, destinée à exercer une pression politique sur les

[1] Cité d'après une traduction officielle reproduite dans l'« Etat de la question de la souveraineté permanente... », p. 114, n° 142, note 142.

Pays-Bas pour les amener à accorder l'indépendance à la Nouvelle Guinée occidentale. Les mesures prises en 1957 et 1958 à l'égard des plantations néerlandaises avaient un caractère discriminatoire, purement politique, et étaient contraires au droit des gens comme à l'ordre public [1].

Sans pouvoir entrer dans le détail de documents connus, mentionnons la discordance de décisions célèbres rendues d'autre part, sur les effets extra-territoriaux de la nationalisation de l'industrie pétrolière en Iran (1951) [2]. Pour la Cour de Venise, le 11 mars 1953, le Tribunal civil de Rome, le 13 septembre 1954, le Tribunal de district de Tokio, le 27 mai 1953, puis la Cour suprême, qui s'appuient sur la Résolution 626 (VII) de l'Assemblée Générale de l'O.N.U., les lois iraniennes de nationalisation étaient applicables en Italie et au Japon, aucun principe de droit international reconnu universellement ne prévoyant que les tribunaux d'un Etat puissent déclarer nulle une loi étrangère.

Pour la Cour Suprême d'Aden, arrêt du 9 janvier 1953, l'ancienne société *Anglo-Iranian Oil Company* avait le droit de revendiquer le pétrole transporté par le Rose-Mary, pour les motifs suivants:

« 1. — Les lois iraniennes de 1951 n'étaient pas valables en droit international, les biens de la Compagnie ayant été expropriés sans aucune indemnité;

« 2. — les tribunaux britanniques considéraient le droit international comme faisant partie du droit interne dans la mesure où il n'était pas incompatible avec lui;

« 3. — le principe selon lequel un tribunal ne se prononçait pas sur la légalité des actes d'un Etat étranger, concernant des biens situés sur le territoire de cet Etat, ne s'appliquait que lorsque les biens en question appartenaient aux ressortissants dudit Etat. »

---

[1] Cf. *eod. loc.*, p. 115, nº 143.

[2] Cf. Fouilloux, *op. cit.*, pp. 407-410.

Si de l'opposition manifestée par des fors internes concurrents, dont les pays avaient manifestement dans les affaires soulevées des intérêts divergents[1], nous passons à l'isolement de l'arbitrage international, comment ne pas admirer avec crainte l'assurance, démentie par une doctrine et une jurisprudence généralement acceptées, avec laquelle le tribunal arbitral motive sa sentence dans l'affaire de l'Aramco (Arabie séoudite c/ Arabian American Oil Company)[2] ?

« ... Si un nouveau contrat de concession incompatible avec le premier. ou un nouveau statut, abolissait totalement ou partiellement celui qui a été accordé par une loi ou une concession antérieure, il constituerait une violation évidente du principe de non-rétroactivité des lois... Et ceci parce qu'une situation légale acquise en vertu d'un statut spécial antérieur ne peut pas être abrogée par un statut subséquent — generalia specialibus non derogant — à moins que le législateur n'ait expressément donné des effets rétroactifs à un tel statut, ce que l'Etat ne peut pas faire eu égard aux concessions sans engager sa responsabilité. »

Faut-il se résigner à ce bilan de défis, de passions et, du point de vue du droit, de défaillances, de défections et d'impasses ? Et peut-on en présence d'écarts d'opinion de cette démesure dans l'examen d'espèces identiques dire que notre problème n'intéresse que des affaires d'espèces, dont le règlement variera suivant l'idéologie des pays négociateurs[3] ?.

---

[1] D'après un grand quotidien de Hambourg, le « Zeit », n° 32 du 7 août 1959, p. 4, le Gouvernement indonésien avait annoncé son intention de transférer à Brême la bourse du tabac, information reproduite par Martin Domke, « Indonesian Nationalisation Measures before Foreign Courts », in *American Journal of International Law*, avril 1960, p. 323, note 91.

[2] La sentence en anglais est partiellement reproduite dans le document « Etat de la question... », *op. cit.*, p. 113, n° 131-132.

[3] *Annuaire de l'Institut*, vol. 44, 1952, t. II, p. 257. — « Il est inadmissible » écrira dans les conclusions de son cours à l'Académie de La Haye en 1959 Fritz Münch « que le juge se laisse influencer par des considérations sur les

La période de promotion de la nationalisation, au centre de l'actualité, n'offre pas uniquement, nous l'avons dit, ces modèles, nullement inédits par rapport au passé, de choc et de passion. Un effort certain de normalisation des rapports ou d'acclimatation [1] s'y poursuit avec l'intention, plus ou moins fermement proposée, de trouver entre les idéologies affrontées une solution d'entente et de lui assurer, par des garanties suffisantes, un état de stabilité permanente.

Cette tendance a pris de nombreuses formes d'expression. Elle apparaît tout d'abord, sous un aspect pratique, dans les solutions de compromis qui terminent, sans doute sans garantie d'apaisement total ou définitif [2], les grandes affaires de la période: Anglo-Iranian et Suez.

Dans le cas de la nationalisation de la Compagnie Universelle du Canal, les actionnaires obtiennent en 1958 une indemnisation heureusement négociée par les bons offices de la B.I.R.D. Dans le cas de la nationalisation du pétrole d'Iran, l'arrangement, plus complexe, nous intéresse davantage. L'indemnisation de l'Anglo-Iranian est liée, on le sait, à la conclusion d'un nouveau contrat, du 20 mars 1954, entre le Gouvernement iranien et la Société nationale iranienne des pétroles, d'une part, et un consortium de sociétés privées étrangères, d'autre part, dont les clauses d'*internationalisation*, destinées à faire école, appellent, nous le verrons, malgré les adhésions qui leur ont été généreusement apportées, de très sérieuses réserves.

---

conséquences politiques de sa jurisprudence; il ne doit pas fléchir devant les nationalisations par égard à la continuation du commerce extérieur, ni supposer qu'une jurisprudence rigoureuse puisse empêcher des nationalisations.» (Recueil des Cours de l'Académie, vol. 98, 1959, III, pp. 494-495.

[1] Expression employée par Katzarov, qui en dégage les éléments dans sa communication à l'*International Law Association* (1958).

[2] Cf. sur l'avenir du règlement du conflit du pétrole iranien, les deux thèses soutenues à Aix-en-Provence, en 1961 et 1963, par M. Chamseddine Amiralai.

La tendance à la conciliation prend, d'autre part, tournée vers l'avenir, la forme d'une législation générale, aux éléments complexes et d'origines variées, mais dont le rapprochement est susceptible d'apporter à notre recherche des éléments valables de réflexion.

De nombreux textes de droit positif, de formes classiques, conventions, déclarations, résolutions, intéressent, au cours de la période écoulée, la nationalisation.

Produits de la *diplomatie bilatérale*, procédant par affinité politique, ils en inscrivent l'expression pacifiée dans les traités d'amitié, de commerce et d'établissement, quitte à l'assortir d'une clause juridictionnelle propre à liquider sans crise les difficultés toujours à prévoir [1].

Privée du secours des affinités électives ou marchandes, la diplomatie conciliante de la nationalisation a pénétré cependant, à la faveur de manœuvres d'ensembles et de masses, faites d'actions et de réactions, à l'intérieur des Organisations internationales politiques, à caractère universel, continental ou régional. Les résultats de cette *diplomatie collective* s'établissent par étapes et sur des expressions nuancées. Ils procurent cependant une reconnaissance générale à la « spoliation » d'autrefois.

Implicitement visée dans le protocole additionnel du 20 mars 1952, qui nomme pour la première fois dans les textes européens la propriété, absente de la convention de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950, la nationalisation est expressément visée dans la *convention européenne d'établissement* du 13 décembre 1955: « Les ressortissants des parties contractantes, en cas d'expropriation ou de nationalisation de leurs biens par

[1] Du côté français, on notera les traités d'établissement avec l'Italie (23 août 1951, Rec. ONU, vol. 291, p. 143), la Suède (16 février 1954, Rec. vol. 228, p. 137), les U.S.A. (25 novembre 1959, décret de publication du 7 décembre 1960 au J.O. du 15 décembre).

une autre partie, auront droit à un traitement au moins aussi favorable que les nationaux. » La formule rappelle deux éléments fondamentaux du rapport de 1950, discutés à Sienne: la distinction entre l'expropriation et la nationalisation, et l'affirmation que le traitement de l'étranger ne peut être limité à celui du national. Nous sommes en présence d'un document qui relève de l'ordre transcendant des droits de l'individu.

A l'Assemblée Générale de l'O.N.U., après une attache discrète à la Déclaration universelle des droits internationaux de l'homme, la nationalisation sera reconnue d'une manière indépendante sous la forme d'un droit dérivé du *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* et son destin se développera à travers le jeu des résolutions qui ont introduit, repris et remanié le *droit de souveraineté permanent des peuples sur leurs richesses et leurs ressources naturelles* pour en confier l'information et l'exploitation à une Commission spéciale semblablement dénommée [1]. Ce droit rappelle étrangement l'article 27 de la Constitution mexicaine du 31 janvier 1917, prototype du genre. Après le feu d'artifice des premiers lancements, qui insistent sur ses mérites anti-colonialistes (Résolution 626 (VII) du 21 décembre 1952 et Résolution 1314 (XIII) du 12 décembre 1958), il reçoit de la Commission elle-même, à sa troisième session, le redressement d'une analyse destinée à rassurer les investissements et leur attente. Dans le projet de résolution qu'elle transmet à l'Assemblée Générale la Commission, sur la proposition du Chili, a inséré un alinéa qui indique, en ces termes, les conditions et limites de la nationalisation. Le style est très éloigné de celui du rendez-vous socialiste de septembre 1962, à la conférence de Moscou, des Théoriciens du marxisme de vingt-trois

[1] La Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles a tenu trois sessions, la première du 18 au 22 mai 1959, la deuxième du 16 février au 17 mars 1960, la troisième du 3 au 25 mai 1961.

pays d'Europe, d'Asie et d'Amérique. Il aura une heureuse incidence sur l'élaboration et l'adoption, le 14 décembre 1962, de la Résolution 1803 (XVII)[1]:

« ... La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité, ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, il y aurait lieu d'avoir recours à la juridiction nationale. Sur accord des parties intéressées, le différend pourrait être soumis à un arbitrage ou à un règlement judiciaire international; »

Très proche de cette législation des principes et de son but d'apaisement apparaît le réseau des *accords d'indemnisation*, qui se sont multipliés depuis les exemples cités dans le rapport fondamental de 1950, et dont l'enquête du Secrétariat sur la question de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles dresse le tableau, en les répartissant en quatre groupes[2]:

« ... 1) ceux qui prévoient une indemnité définie en des termes généraux comme « adéquate et effective »; 2) ceux qui prévoient l'indemnisation directe des étrangers intéressés; 3) ceux qui prévoient l'indemnisation du gouvernement de l'Etat dont les intéressés sont ressortissants; 4) ceux qui prévoient le paiement d'une indemnité forfaitaire ou globale par l'Etat débiteur au gouvernement de l'Etat créancier. Les deuxième et troisième

[1] Non encore publiée.

[2] Cf. « Etat de la question de la souveraineté permanente ,.. », 1962 p. 76, n° 35 et la liste des accords relatifs à l'indemnisation des biens nationalisés ou expropriés, reproduite en annexe, pp. 79-80.

Voir également l'analyse de Bindschedler, dans son cours sur « La protection de la propriété privée en droit international public », Recueil de l'Académie de La Haye, 1956, II, pp. 245 à 298.

groupes d'accords contiennent en général des dispositions relatives à la procédure d'indemnisation, au calcul et à la fixation du montant de l'indemnité. Les accords qui prévoient le paiement d'une indemnité globale déchargent les Etats débiteurs de toute obligation envers les Etats créanciers pour ce qui concerne toutes les dettes, réclamations et obligations résultant des mesures de nationalisation, d'expropriation ou autres. »

Lorsqu'on compare numériquement les listes respectives des quatre groupes d'accords, on ne peut manquer d'être frappé par la prédominance des conventions d'indemnisation globale. Le procédé du « lump sum agreement » tend-il à s'établir et, faute de pouvoir lui décerner le titre de droit, n'est-il pas tentant de le situer « dans la phase de formation d'un droit nouveau »[1] ?

En face de cet afflux conventionnel pourra-t-on continuer à soutenir que l'indemnisation est une « opération détachée » relevant de la seule décision de l'Etat nationalisant [2] ?

Le génial inventeur de cet acte détachable, confondu avec l'acte de gouvernement, a consenti lui-même à se soumettre, quelques lignes plus loin, dans la conclusion de son rapport final, à l'esprit de conciliation ressenti par tous:

« Néanmoins, et indépendamment de la différence des points de vue présentés plus haut, l'unanimité s'est faite en ce qui concerne les faits suivants:

a) Il est hautement désirable que dans chaque cas un accord de liquidation entre le pays créancier et le pays débiteur puisse être conclu dans l'intérêt même de la coopération économique internationale, sur la base des avantages mutuels des parties;

b) Au cas où l'indemnisation serait accordée, elle devrait être envisagée à la lumière de chaque situation économique concrète, en tenant compte de tous les éléments qui influent sur le cas d'espèce.

---

[1] Katzarov, communication précitée.

[2] M. Lachs, *loc. cit.*

c) Les problèmes essentiels, les complications et les difficultés rencontrées à l'occasion des nationalisations sont le résultat des circonstances et des conditions particulières dans lesquelles se sont formés les rapports entre les Etats créanciers et les Etats débiteurs. »

Ces quelques observations suffiront peut-être pour justifier dans l'immédiat une reprise des débats de l'Institut. Agent qualifié dans le dur service de la défense du Droit international, l'Institut ne peut rester indifférent à l'intense agitation des faits et des esprits qu'a créée et entretient la nationalisation. Sans doute délibère-t-on de préférence à l'heure actuelle sur les moyens d'en atténuer les conséquences préjudiciables. Les projets privés se multiplient pour assurer la garantie des capitaux qu'attirent et appellent les Etats nouveaux et il est bien que notre Commission des Travaux en ait retenu l'étude. Mais il reste que le *problème juridique essentiel* et préalable demeure celui d'une étude rationnelle de la nationalisation et de ses effets, situés dans l'ordre international.

Le rapporteur de 1950 aurait recueilli, j'en suis certain, avec confiance les indices épars dans les événements de cette décennie qui donnent, à mon opinion, une valeur de grande actualité au thème qu'il avait proposé, sans succès à l'époque, de la « nationalisation internationalement régulière ». Dans sa pensée la reconnaissance internationale d'un droit de nationaliser était la condition même du contrôle et de la discipline du pouvoir de nationaliser. Peut-on affirmer, douze ans après, que le phénomène, au début peut-être purement interne, n'ait été effectivement internationalisé ?

Seul un recours aux règles du droit international classique et à ses institutions juridictionnelles pourrait assurer cette discipline, en faisant leur part aux éléments novateurs qui permettraient d'obtenir, en faveur d'une sorte de loi-cadre internationale des nationalisations, une adhésion généralisée.

L'Institut a adopté à Sienne une définition de la nationalisation qui, sauf à supporter des modifications de détail pour la différencier plus nettement encore de l'expropriation, pourrait fournir un texte de base à cette construction [1].

En dehors de ce texte, le seul résultat positif des délibérations de 1952, objet de références dans plusieurs documents postérieurs, d'étude ou de conseil, est une parcelle d'article, intéressant la limitation des effets de la nationalisation à l'égard des étrangers par l'engagement de ne pas nationaliser pris vis-à-vis d'un Etat par l'Etat nationalisateur. L'Institut a rejeté, à une faible majorité, la proposition faite par le rapporteur, au nom de la devise « lorsque la propriété recule, la foi dans la parole donnée progresse », d'assimiler le contrat privé au traité public, réunis au rapport sous l'invocation de la foi promise à l'engagement international.

L'Institut décidera-t-il de reprendre l'examen de la question? Il le devrait à mon avis, d'autant plus qu'il ne saurait rester indifférent aux figures nouvelles des contrats équivoques, aux confins du droit interne et du droit international, que présentent de divers côtés d'insolites pratiques, cautionnées par d'illustres protecteurs, mais dont les conséquences me paraissent dangereuses.

Dans l'ordre juridique interne la concession est un contrat qui ressortit à la loi locale. La qualité d'étranger du concessionnaire n'opère dans cette relation aucune mutation; aucune présomption d'immunité n'est attachée à la condition d'extranéité. Mais par le jeu même de la protection diplomatique, que certains voudraient détruire — alors qu'il suffirait de la discipliner — l'Etat concédant, sujet du droit international, reste tenu des obligations de responsabilité délictuelle qui lui incombent vis-à-vis des étrangers.

---

[1] Définition adoptée par 27 voix contre 10. *Annuaire de l'Institut*, vol. 44, 1952, t. II, p. 283.

Il n'y a là qu'une application d'un principe général de droit international souvent affirmé en jurisprudence et appliqué, à titre d'exemple contemporain, dans la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire anglo-norvégienne des Pêcheries.

La responsabilité délictuelle, liée à une conception de la validité internationale de la nationalisation [1], assure ici la relève de la responsabilité contractuelle défaillante. Comment prétendre, sans témérité, en reléguer l'emploi? Dans l'arrêt du 22 juillet 1952, dont la prémonition pesait sur les délibérations de Sienne, la Cour a déclaré nettement qu'elle « ne saurait admettre l'opinion suivant laquelle le contrat signé entre le Gouvernement de l'Iran et l'A.I.O.C. aurait un caractère double. Ce contrat n'est rien de plus qu'un contrat de concession entre un Gouvernement et une société privée étrangère ».

L'opinion dissidente du Juge Levi Carneiro contenait en germe, avec circonspection, le fruit inquiétant: « Je ne considère pas, écrivait-il, le contrat comme un traité... la vérité est plutôt que ce contrat... est du plus grand intérêt au point de vue international. » « Je ne crois pas que l'on puisse considérer le contrat de cession de 1933 comme une simple convention privée. » Le principe de l'ambivalence étant émis, il restait à lui fournir un contenu.

Comment ôter à la loi locale la maîtrise du contrat de concession qui, par nature, lui était soumis? Et par quel artifice amener l'Etat à se « dépouiller du droit d'y mettre fin unilatéralement » [2]?

---

[1] Celle que défendait A. de La Pradelle, à l'appui de l'article 6 du projet, qui interdisait, à travers l'exemple de la fiscalité, le détournement de pouvoir et l'abus de droit provenant de la réforme insincère entreprise par le nationalisateur irrégulier. Annuaire, 1952, II, pp. 319-322.

[2] Cf. Paul De Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *Revue générale de Droit international public*, 1958, p. 439.

Que d'imaginations ont été déversées à cette fin! L'opération destinée à tranquilliser les sociétés pétrolières assemble dans l'infrastructure du contrat de concession tous les produits jugés susceptibles de conjurer le mauvais sort. Le prototype est l'accord du Consortium de 1954 qui doit être lu ou relu pour en saisir toutes les richesses [1]. Pour nous borner à cet exemple, que pourrait penser le rapporteur à l'Institut de la question de la conciliation de la « décision obligatoire de la Commission de conciliation » prévue à l'article 42? Vienne l'occasion de mobiliser contre les forces temporelles de la souveraineté, laïquement habilitée à reprendre au nom de l'intérêt général, ou du changement des circonstances, l'objet du contrat, la mystique religieuse et l'on verra le Tribunal de l'Aramco invoquer comme argument décisif l'axiome musulman de la « parole donnée », chère à Massignon.

Et déjà l'on peut prédire les conséquences. Elles s'inscrivent en clair dans le cinquième rapport du rapporteur spécial de la *Commission du Droit international* de l'O.N.U. sur la responsabilité des Etats.

Reprenant et décrivant les facteurs internationalisants des nouveaux contrats sous l'étiquette de « Nouvelle orientation de la doctrine scientifique », M. Garcia Amador, au lieu de les détourner, comme Jessup, vers un « droit transnational » ou comme Colliard du côté d'un « pétro-droit » [2] sans espoir, les accueille dans le droit international général, pour en tirer des conclusions inattendues en responsabilité internationale.

Suivant leur contenu en règles de référence, les contrats de concession, entre un Etat et un étranger, personne morale ou physique, détermineraient, en cas d'inexécution, un mécanisme

[1] On le trouve en grande partie reproduit dans le 5e rapport Amador à la Commission du Droit international, nº 53, p. 49.

[2] Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1960-61, pp. 61-85.

de responsabilité différent. Dans l'éventualité d'un contrat équipé d'« internationalisants » l'inexécution pure et simple des obligations engendrerait, directement et immédiatement, la responsabilité de l'Etat [1]. Faute de cet équipement, rattaché au seul droit interne le contrat non observé n'entraînera la responsabilité de l'Etat que lorsque l'inexécution aura lieu dans des conditions et des circonstances contraires au droit international. Que penser de cette discrimination et de cette responsabilité *ad usum delphini*?

Il est d'autres accidents à prévenir dans cette montée furtive des périls menaçant l'avenir du Droit international. On en trouve témoignage dans les égarements d'imagination de la Cour d'appel de Brême [2] dans l'affaire des nationalisations d'Indonésie. Des notions fondamentales du droit international y ont subi l'épreuve de ces bancs d'essai exceptionnels d'un droit nouveau et de leur machinerie de torture. Quelques « questions » peuvent justifier, je l'espère du moins, mon émotion [3]. En voici deux échantillons:

Question de la non-discrimination ou de l'égalité de traitement

La Cour a écarté l'argument tiré de la mesure discriminatoire. Son allégation paraissait cependant justifiée. Seules avaient été touchées les entreprises néerlandaises, alors que les autres sociétés de plantation étrangères, parmi lesquelles une compagnie suisse, avaient été respectées. « La notion d'égalité, dit la Cour, signifie simplement que les égaux doivent être

[1] Annuaire de la *Commission du droit international*, 1959, II, n° 111 et ss. p. 28; *ibid.*,n° 131, p. 33.

[2] Sentence du 21 août 1959, Archiv des Völkerrechts 1961, pp. 318-361.

[3] Elle est partagée par Martin Domke, « Foreign Nationalisations ». American Journal of International Law, 1961, pp. 600 et ss.

également traités et que la différence de traitement des inégaux est licite ». L'inégalité ainsi mise à la charge des Néerlandais ressort du statut colonial, des avantages qu'ils détenaient aux lieux de production et de marché des produits indonésiens.

Question des représailles

Les nationalisations indonésiennes, comme celles de Cuba, ont été présentées comme étant des actes de représailles contre les mesures contraires au droit international prises par le Gouvernement néerlandais (en refusant l'indépendance de l'Irian Occidental). La doctrine a justement rappelé, en condamnant cette pratique, que le propre de la mesure de représailles est d'être limitée alors que la nationalisation est, par principe, définitive [1].

J'estime, sans dramatiser, que les problèmes internationaux de la nationalisation sont, à tout prendre, l'occasion pour l'Institut d'exercer un office d'assainissement dans ces zones troubles de l'« investigation scientifique ».

Cette œuvre salutaire une fois opérée, quelle sera la solution à élire pour régler la question des effets à l'étranger des nationalisations? — Les règles courantes du droit international privé [2] ne paraissent pas devoir conduire, en raison notamment de la relativité de *l'ordre public*, à un autre résultat que le libre choix du juge, c'est-à-dire la diversité et, nous l'avons vu, la contradiction.

---

[1] Seidl-Hohenveldern, « Reprisals and the Taking of Private Property ». *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht*, 1962, p. 470; Domke, *op. cit.*, p. 3.

[2] Sur l'aspect droit international privé de notre problème, voir les développements très enseignants de Münch, « Les effets d'une nationalisation à l'étranger », cours cité à l'Académie de La Haye, *Rec.* 1959, III, pp. 424 et ss.

Une longue tradition de jurisprudence internationale, dans les annales des atteintes à la propriété privée, assure les mérites tutélaires du droit international commun et de ses principes généraux [1]. Il suffit de prendre la peine de les rechercher et de les accepter. C'est une question de bonne foi. Elle n'est pas exclue d'un système de collaboration et de coexistence.

La conséquence est en cas de conflit le recours à la *Justice internationale*, sans qu'il soit nécessaire de forger, dans le style à la mode, une juridiction technique spécialisée, acceptable cependant si elle admet le contrôle de la juridiction suprême, seule qualifiée pour protéger la maison du Droit contre l'invasion des articles de pacotille [2].

Je serai prêt, sur les *disjecta membra*, précieux pour moi, du projet définitif soumis à Sienne, à mettre en forme, si vous l'estimez souhaitable, un nouveau projet de Résolutions. Cette tâche, je ne puis l'entreprendre sans votre confiance et vos conseils. C'est dans le but de vous en faciliter le recours que j'ai pris la liberté de rédiger le questionnaire que vous voudrez bien trouver ci-annexé.

Je vous prie, cher et très honoré Confrère, de croire à l'assurance de mes sentiments dévoués.

Paul de La Pradelle

(Aix-en-Provence, le 25 mars 1963.)

---

[1] Lord McNair a rappelé les décisions essentielles dans son avis sur les nationalisations indonésiennes, publié dans *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht*, 1959, pp. 220 et ss.

[2] Certaines dispositions du projet de 1950-1952, art. 13-21, ouvraient la voie aux prospections à cet effet. La plus récente est due à l'effort valeureux de la Commission de l'International Law Association sur « Les aspects juridiques de la nationalisation et la propriété étrangère » que préside notre confrère Bindschedler et dont le rapporteur est M. Seidl-Hohenveldern, maître artisan de longue date dans notre domaine.

QUESTIONNAIRE

1° *Reconnaissance internationale de la nationalisation*

Considérez-vous que le principe même de la nationalisation, distincte de l'expropriation, soit désormais hors de discussion dans les rapports internationaux ?

2° *Validité internationale de la nationalisation*

Considérez-vous qu'il soit souhaitable que l'Institut, en vue de préciser les effets de la nationalisation en droit international, entreprenne de définir nettement les règles de principe déterminant la validité internationale des actes de nationalisation ? (But, égalité de traitement ou traitement standard, indemnisation.)

3° *Effets internationaux de la nationalisation*

— Considérez-vous comme acquise en jurisprudence et en doctrine la soumission de droit des étrangers à la mesure de nationalisation appliquée sur le territoire de l'Etat nationalisateur ?

— Considérez-vous comme admise ou admissible l'application à l'étranger d'une nationalisation régulière?

— Conviendrait-il de faire une distinction entre l'effet conservateur, protégeant contre toute revendication les biens nationalisés en déplacement et séjour sur le territoire étranger, et l'effet créateur étendant la nationalisation aux biens situés à l'étranger?

4°-5° *Régimes d'exception (exceptions conventionnelles et sanctions)*

4° *Exceptions conventionnelles*

Un régime conventionnel d'exceptions aux règles concernant les effets internationaux de la nationalisation est-il admissible?

Le contrat de concession peut-il, par nature, limiter l'application de la nationalisation à l'égard des étrangers? Cette limitation peut-elle, à défaut, résulter d'une clause expresse du contrat?

Considérez-vous que l'Institut puisse admettre la validité en droit international d'un contrat de concession qualifié de « quasi international » dans le but, en cas de rupture, de permettre au concessionnaire d'engager directement la responsabilité internationale de l'Etat?

Le souci de la sauvegarde du droit international ne devrait-il pas inciter l'Institut à dénoncer certaines anomalies de la pratique actuelle de ces conventions, notamment au point de vue du respect des procédures de solution pacifique des différends, de la renonciation à la protection diplomatique, de l'accès direct de l'individu au contentieux international?

5° *Exceptions à caractère de sanctions*

Considérez-vous qu'il soit souhaitable, indépendamment d'une instance en responsabilité internationale normalement engagée, de prévoir, contre l'Etat auteur d'une nationalisation abusive, la mise en œuvre, par le ou les Etats intéressés, de moyens politiques de sanction (refus ou retrait de reconnaissance, rupture des relations diplomatiques, représailles) ou des procédures de sanctions admises dans la Charte de l'O.N.U.?

ANNEXE II

Observations de membres de la Troisième Commission sur l'exposé préliminaire de M. Paul de La Pradelle du 25 mars 1963

1. Observations de M. Torsten Gihl

Stockholm, le 18 mai 1963.

Mon cher Confrère,

J'ai étudié avec le plus grand intérêt votre exposé de la question des nationalisations, où vous avez si bien mis en lumière l'importance extrême qu'a prise actuellement cette question en raison du grand nombre et de la vaste étendue des nationalisations entreprises surtout après la dernière grande guerre. Votre exposé a aussi fait ressortir la complexité qui caractérise la question, vu le grand nombre d'opinions opposées que l'on trouve exprimées dans la jurisprudence et dans la doctrine, ainsi que chez les gouvernements intéressés. A ce moment, il y a une considération qui, à mon avis, a un poids tout à fait particulier, c'est l'intérêt qu'ont les pays dits sous-développés d'avoir recours aux capitaux et aux entrepreneurs étrangers en vue d'améliorer leur situation économique et sociale, ce qui présuppose naturellement qu'un degré satisfaisant de sécurité soit assuré aux entreprises étrangères.

C'est en partant de ces considérations que je chercherai de répondre de mon mieux à vos questions.

1. Est-ce que le principe même de la nationalisation, distinct de l'expropriation, est désormais hors de discussion dans les rapports internationaux? Je me demande d'abord: En quoi la nationalisation diffère-t-elle de l'expropriation? Ici une question terminologique se pose. On a de beaucoup de manières

cherché de tracer la limite entre « l'expropriation » et « la nationalisation ». On a parlé de « l'expropriation classique » ou « l'expropriation *stricto sensu* », ces expressions signifiant le transfert à l'Etat (ou à une municipalité, etc.) de la propriété d'un objet déterminé effectué en raison de son utilité pour un but public déterminé. Contrairement, on donne à l'expression « nationalisation » le sens d'un transfert général à l'Etat de la propriété de toute l'industrie privée d'un pays ou de toute la propriété foncière ou au moins de toute une branche de l'industrie (par exemple la production de l'acier ou du pétrole) ou de toutes les banques, etc. D'autre part, la nationalisation est souvent supposée avoir des buts politiques importants, voire un changement total de la structure économique du pays. Si l'on entend toujours par « expropriation » ce que j'ai appelé « l'expropriation classique », la nationalisation diffère de l'expropriation d'une part par son ampleur, d'autre part par ses buts. Est-ce que cela suffit pour donner à la nationalisation une place à part en droit international? Selon un usage assez général, qui à mon avis se justifie autant par des raisons théoriques que par des raisons pratiques, on appelle « expropriation » tout transfert de propriété à l'Etat, qui ne résulte pas d'un accord volontaire. Sont donc comprises sous la notion commune d'« expropriation » les confiscations comme les expropriations accompagnées d'une indemnité satisfaisante, les nationalisations comme les « expropriations classiques ». La nationalisation n'est donc qu'un cas spécial de l'expropriation. Alors je me demande si les expropriations à grande échelle qu'on appelle nationalisations sont soumises en droit international à d'autres règles que celles qui règlent les expropriations. Qu'importe l'ampleur de la nationalisation. En quoi l'expropriation de dix ou vingt usines diffère-t-elle de l'expropriation d'une seule usine? La nationalisation des banques

frappe quelquefois seulement les grandes banques, qui peuvent être peu nombreuses, et la nationalisation de la propriété foncière ne frappe souvent que les grands domaines. Est-ce que les motifs allégués d'une mesure de politique intérieure — qui peuvent très bien être autres que les motifs réels — intéressent l'étranger? Je viens donc à la conclusion qu'au point de vue du droit international, la nationalisation n'est pas distincte de l'expropriation et qu'elle est soumise aux mêmes règles, c'est-à-dire qu'en principe la nationalisation des biens d'un étranger n'est pas défendue en droit international, mais qu'elle entraîne le devoir de payer une indemnité adéquate, effective et prompte. Il n'y a pas lieu à mon avis de concéder à un Etat un rabais quand il entreprend une expropriation sur une grande échelle et l'appelle « nationalisation ».

2. Oui.

3. Effets internationaux de la nationalisation.

Je n'ose affirmer que rien ne soit « acquis » en cette matière extrêmement compliquée, concernant laquelle on trouve un grand nombre d'opinions divergentes exprimées dans la jurisprudence et dans la doctrine. J'ai dit, dans ma réponse à votre première question, que les nationalisations sont soumises aux mêmes règles que les autres expropriations, et qu'*en principe* (c'est-à-dire certains cas exceptés) l'expropriation des biens des étrangers n'est pas défendue en droit international, mais qu'elle entraîne le devoir de payer une indemnité. L'absence d'une défense des expropriations (les nationalisations y comprises) signifie naturellement qu'elles ne constituent pas un délit international. Cela ne signifie pas qu'elle aurait une « validité internationale » ou une valeur juridique quelconque en droit international ou devant les tribunaux nationaux des pays étrangers. Je me permets de rappeler le célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale: « Au regard

du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. » Le cas échéant, il incombe au tribunal international d'apprécier, d'après les normes du droit international, ces lois ou mesures et de leur attribuer des conséquences juridiques (le tribunal peut trouver, par exemple, que la loi ou la mesure constitue un délit international). De même, il dépend du tribunal national d'apprécier, selon les règles de son droit national, entre autres les règles de son droit international privé, les lois et les mesures administratives étrangères et de déterminer s'il faut leur attribuer des conséquences juridiques. Or, sauf erreur, nulle part les lois nationales (règles du droit international privé, règles sur l'exécution des jugements étrangers, etc.) ordonnent-elles aux tribunaux ou aux autorités du pays d'appliquer les lois étrangères d'expropriation (de nationalisation, de confiscation, etc.) ni d'exécuter les décisions judiciaires ou administratives étrangères prises en vertu de ces lois. Il s'ensuit qu'en vain le pays expropriateur sollicite-t-il le secours des autorités étrangères en vue de la prise de possession des biens visés par ces lois ou décisions. Et quand ces biens se trouvent dans un pays étranger, le pays expropriateur n'est pas à même de s'en emparer par ses propres moyens, parce qu'il est strictement interdit en droit international d'exécuter des actes d'autorité publique dans le territoire d'un Etat étranger. Les objets menacés des mesures d'expropriation (nationalisation, confiscation, etc.) sont donc assez bien protégés quand ils se trouvent dans un pays autre que le pays expropriateur. C'est ce qu'on appelle souvent « la territorialité » ou « le manque d'effet exterritorial » des lois d'expropriation (de nationalisation, etc.).

Mais si les tribunaux nationaux n'appliquent pas les lois de nationalisation étrangères, et si les autorités nationales n'exé-

cutent pas les décisions prises à l'étranger portant que certains objets seront nationalisés, cela n'empêche pas, à mon avis, que les mesures de nationalisation effectuées dans un pays étranger soient respectées par les autorités nationales. Respecter le résultat d'une mesure prise en vertu d'une loi, ce n'est pas appliquer la loi. La loi a déjà été appliquée autant qu'elle peut l'être. Aussi nous voyons que journellement les produits des usines nationalisées, le bois des forêts nationalisées, le pétrole émanant des puits nationalisés, etc. sont exportés sans entrave dans des pays étrangers. Mais il faut que la nationalisation soit effectivement réalisée, c'est-à-dire que les objets dont il s'agit soient pris en possession par le gouvernement expropriateur. Leur présence dans le pays expropriateur au moment de la promulgation de la loi de nationalisation ne suffit pas. Si, en vertu d'une loi de nationalisation, une décision a été prise portant par exemple que certaines valeurs se trouvant dans le pays seront expropriées, et le propriétaire des valeurs en question s'échappe dans un pays étranger en emmenant les valeurs, est-ce que le respect dû aux actes publics implique que la décision doit être exécutée par les autorités du pays où le propriétaire a cherché refuge? Je ne le crois pas.

J'ai supposé jusqu'ici qu'il s'agit d'une nationalisation qui n'est pas défendue en droit international. Mais selon une doctrine à mon avis bien établie, il y a des cas où la nationalisation (l'expropriation) des biens d'un étranger est contraire au droit international, en premier lieu le cas où la nationalisation implique la violation d'un traité. Généralement, on y ajoute le cas où la nationalisation est discriminatoire. Il faut y ajouter le cas d'un abus manifeste du droit, et pour ma part je voudrais ajouter aussi le cas où elle constitue une violation d'un contrat de concession. Si une nationalisation est effectuée contrairement au droit international, l'Etat dont le propriétaire dépossédé est ressortissant a naturellement le droit de protester

et de demander la *restitutio in integrum*, et la *restitutio* est aussi le résultat auquel le litige doit aboutir s'il est porté devant un tribunal international. Mais comme la restitution est assez problématique et en tout cas ne se réalise jamais promptement, la question vraiment intéressante me paraît être celle-ci : Comment faut-il traiter les produits des entreprises (usines, mines, puits de pétrole, forêts, etc.) nationalisées contrairement au droit international, qui ont été vendus par l'Etat exproprietateur et transportés dans un pays tiers ? A cette question diverses réponses ont été données par la jurisprudence. Il me semble qu'en principe il faut respecter les actes publics des gouvernements étrangers, ainsi que les mesures prises par leurs autorités administratives *si elles ont été exécutées dans leur propre territoire.* (D'autre part, ce n'est naturellement pas la tâche des tribunaux nationaux d'exécuter les décisions prises par des autorités publiques étrangères qui ne sont pas déjà exécutées). Si les produits en question, quand ils se trouvent toujours sur le territoire de l'Etat expropriateur, sont vendus à une personne privée qui les emmène dans un pays étranger, où ils sont revendiqués par l'ancien propriétaire, le tribunal saisi du litige doit naturellement examiner le titre de l'acquéreur à l'objet du litige, titre qui dépend en premier lieu de la transaction par laquelle il l'a acquis. Or, selon les règles ordinaires du droit international privé, la *lex rei sitae* doit être appliquée au transfert de la propriété. En vertu de cette loi l'acquéreur est probablement devenu le propriétaire légitime de l'objet en question. Il ne s'agit ici ni de l'application de la loi de nationalisation (qui a déjà été appliquée autant qu'elle peut l'être), ni de l'exécution d'une mesure de nationalisation (cette mesure a déjà été accomplie). Il ne s'agit que de l'application d'une disposition du code civil ou du code de commerce d'un autre pays, disposition qui n'a probablement rien d'extraordinaire

et dont l'application paraît probablement tout à fait normale. En ce qui concerne la nationalisation comme pour toute autre expropriation, le devoir de l'Etat expropriant de payer à l'exproprié étranger une indemnité adéquate, effective et prompte est à mon avis bien établi en droit international. On se demande donc: Quelles sont les conséquences d'un manquement à ce devoir?

Malheureusement, même si une indemnité est payée, elle n'est pas toujours adéquate et effective et elle n'est presque jamais prompte. Si l'expropriation n'a pas été en soi contraire au droit international, le délit international commis par l'Etat expropriateur réside évidemment dans le non-paiement de l'indemnité. Alors, l'Etat dont le ressortissant a été frappé par l'expropriation (la nationalisation) peut réclamer par les voies diplomatiques le paiement de l'indemnité, et un tribunal international saisi du litige doit condamner l'Etat expropriateur au paiement de la somme due, mais comme la nationalisation n'a pas été en soi contraire au droit international, la *restitutio in integrum* ne peut pas être exigée. En conséquence, l'Etat expropriateur peut vendre librement les produits des entreprises nationalisées (usines, mines, etc.), et l'ancien propriétaire n'a pas le droit de les revendiquer. Pourtant, on pourrait peut-être regarder la nationalisation elle-même comme un délit international, si l'Etat expropriateur a refusé *ab initio* tout paiement d'indemnité et persiste obstinément dans cette attitude.

Voici, cher Confrère, des opinions que j'ai exprimées plusieurs fois déjà en matière de nationalisation, mais j'admets volontiers que d'autres vues sont possibles et que peut-être une revision de ce que j'ai regardé jusqu'ici comme la *lex lata* du droit international s'impose. La raison en est qu'à mon avis, les possibilités qu'il pourrait y avoir d'améliorer la vie économique des pays dits sous-développés dépendent entièrement

de la sécurité qu'auront les capitalistes et les entrepreneurs étrangers de n'être pas privés des fruits de leurs efforts et des ressources qu'ils ont apportées à ces pays.

5. De ce point de vue, *les concessions* méritent une attention particulière, puisque la concession est souvent le moyen le plus efficace de la mise en valeur des ressources naturelles et le développement des communications (chemins de fer, téléphones, etc.) de ces pays. Comme je l'ai déjà mentionné, j'estime *qu'il faut assimiler les contrats de concession aux traités* dans le sens que la violation du contrat serait regardée comme un délit international et qu'en conséquence la *restitutio in integrum* serait exigée. On ne comprend pas pourquoi la maxime *pacta sunt servanda*, principe fondamental du droit international et principe général de droit reconnu par les nations civilisées, ne serait pas valable, en droit international, pour les contrats de concession.

6. Pour des raisons déjà indiquées, je trouve la question des sanctions extrêmement intéressante, mais malheureusement je la trouve en même temps très difficile, et je n'ose guère émettre une opinion à ce sujet. On aurait vraiment besoin d'un système similaire à celui de la II^me^ Convention de La Haye, 1907, mais dans les circonstances actuelles, cette idée n'est guère réalisable. Je me rappelle la réponse donnée par notre éminent collègue, M. le Professeur Bindschedler, à une enquête arrangée en 1958 par l'International Law Association sur la notion de la légitime défense dans la Charte des Nations Unies, où il a dit à peu près ceci: La défense de l'emploi de la force, sans la contrepartie d'un système effectif de règlement des litiges internationaux, ne peut que contribuer à la création de situations injustes et au sanctionnement de la violation du droit international, ce qui aura pour résultat l'affaiblissement général du droit international. J'avoue que je suis très pessimiste

concernant l'avenir des relations économiques internationales et du droit international tout court. Mais, cher Confrère, les opinions que j'entretiens à cet égard ne vous aideront guère dans l'accomplissement de votre tâche.

Veuillez agréer, cher Confrère, l'assurance de mes sentiments bien dévoués.

Torsten Gihl.

2. Observations de M. Henri Rolin

Bruxelles 5, le 21 mai 1963.

Mon cher Collègue,

J'ai lu avec un vif intérêt votre rapport qui fait suite à celui présenté par votre regretté père à la session de Sienne en 1952. Vous avez, à juste titre, considéré qu'il vous incombait spécialement de faire le point de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence en la matière depuis dix ans. Vous aurez été heureux de constater au surplus que cette évolution s'était incontestablement poursuivie dans la voie proposée par votre éminent prédécesseur.

Le temps m'a malheureusement manqué jusqu'ici pour me livrer à une étude approfondie des divers points soulevés par vous, mais je ne veux pas différer davantage ma réponse provisoire à votre questionnaire.

1. *A la première question.*

Il ne me paraît pas douteux que le droit des gens doive, comme le droit public, établir une nette distinction entre la nationalisation et l'expropriation, cette dernière ayant par définition pour objet l'appropriation par l'Etat d'un bien

particulier, appartenant à un individu, celle-là s'appliquant à une catégorie de biens.

2. *A la deuxième question.*

Il est assurément *souhaitable* que l'Institut s'efforce de déterminer toutes les conditions de licéité des actes de nationalisation en droit international. Il n'est pas certain que nous y parviendrons.

Certes, l'accord sera sans doute aisé à établir pour condamner les mesures à caractère discriminatoire qui, sous couvert de nationalisation, atteindraient exclusivement les biens des étrangers, ou ceux des étrangers de certaines nationalités.

Peut-être sera-t-il possible aussi de distinguer parmi les biens étrangers ceux qui doivent normalement suivre le sort des biens nationaux, parce qu'incorporés à l'économie du pays et ceux qui par leur nature temporaire ou éphémère relèvent d'une autre compétence fiscale que celle de l'Etat de leur emplacement et pour les mêmes raisons devraient être à l'abri de mesures de nationalisation. Tels des biens en transit, ou des créances pour vente de marchandises, ou des titres d'emprunt, à les supposer domiciliés sur le territoire de l'Etat débiteur.

Mais contrairement à ce qui fut longtemps l'opinion admise, je ne crois pas que la reconnaissance par l'Etat nationalisateur de son devoir d'indemniser les étrangers, moins encore la plénitude de l'indemnisation promise, et certainement pas sa liquidation préalable puissent être considérées comme des conditions de licéité.

3. *Troisième question.*
Effets internationaux de la nationalisation.

Je crois que notre Commission devrait proposer sous cette rubrique des solutions non pas à toutes les questions énumérées à cet endroit de votre questionnaire, mais essentiellement:

a) l'existence et la mesure de l'obligation d'indemniser les étrangers dans le cas de nationalisation régulière.

Quant à ce premier point, j'aimerais que nos résolutions mettent en lumière les principes qui ont inspiré les accords d'indemnisation conclus au cours des dernières années.

b) les effets de la nationalisation sur les biens se trouvant à l'étranger.

Quant à ces derniers, je crois qu'une distinction s'impose entre:

a) ceux qui arrivent en territoire étranger après avoir été effectivement nationalisés et appréhendés sur le territoire du pays nationalisateur;

b) ceux qui se trouvant déjà en pays étranger au moment de leur nationalisation ont fait l'objet d'une prise de possession de la part de l'Etat nationalisateur;

c) ceux qui se trouvaient en pays étranger au moment de leur nationalisation, mais dont les représentants de l'Etat nationalisateur n'ont pu prendre possession par exemple parce que leur détenteur entendait les garder à la disposition de l'ancien propriétaire.

Je considère que dans les deux premières hypothèses l'Etat de la situation du bien se trouve devant des effets acquis de la loi de nationalisation et est tenu de protéger l'Etat nationalisateur contre tout trouble de fait ou de droit.

Dans la troisième, au contraire, j'admets que l'Etat de la situation du bien se refuse à concourir à l'exécution forcée d'une loi politique étrangère, sans qu'il y ait lieu de faire intervenir une notion d'ordre public international à raison de l'absence d'indemnité dans le cas où les biens nationalisés appartiennent à des ressortissants de l'Etat nationalisateur.

4.5. *Quatrième et cinquième questions.*

Vous faites bien, je pense, de nous proposer d'examiner les effets de stipulations conventionnelles écartant la nationalisation. Par contre, je ne serais pas d'avis d'examiner la question des sanctions comme un des cas de régimes d'exceptions.

4. *Quatrième question.*

Exceptions conventionnelles.

Il y aurait lieu, à mon avis, de distinguer soigneusement les exceptions résultant de conventions internationales proprement dites, c'est-à-dire interétatiques, ou conclues entre un Etat et une organisation supranationale ou interétatique, et les contrats, dans lesquels une des parties est une personne physique ou morale privée.

Il me paraît aller de soi qu'un Etat peut valablement s'engager à l'égard d'un autre Etat à ne pas nationaliser les biens de cet Etat ou des ressortissants de cet Etat se trouvant sur son territoire. Je me demande pourtant si une limitation temporelle ne s'impose pas pour pareil engagement.

Par contre, je crois que les principes généraux de droit administratif s'opposent à ce qu'un gouvernement (ou un Parlement) puisse valablement par un acte législatif ou administratif interne priver l'Etat de la faculté de faire prévaloir une volonté nouvelle de nationalisation.

Mais lorsque l'exercice de la souveraineté aboutit à passer outre à un engagement précis de ne pas nationaliser, le droit du nationalisé à indemnité se présentera avec une force particulière et semble devoir valoir à l'intéressé un traitement plus favorable. Une réponse nette sur ce point me paraît indispensable pour les investissements étrangers dont les Etats nouveaux ont si impérieusement besoin.

Quant à savoir s'il en résultera une « responsabilité internationale », cela dépendra, dans l'état actuel du droit et sous réserve de certaines applications de la Convention européenne des Droits de l'Homme et du Protocole Annexe, du point de savoir si l'individu nationalisé jouira ou non de la protection de son gouvernement. Je présume qu'à cet égard il n'y aura pas de difficulté à constater la nullité de la clause *Calvo*.

5. *Cinquième question.*

Je ne vois pas l'utilité d'examiner à l'occasion des nationalisations le problème des sanctions collectives.

A mon avis, la seule question pratique est celle de savoir si une soi-disant expropriation qui ne réunit pas les conditions envisagées dans ma réponse sub. 2 ou qui méconnaît un engagement de ne pas nationaliser ne doit pas donner lieu à un dédommagement intégral et non à l'indemnité de nationalisation. L'affirmative ne me paraît pas douteuse.

Croyez-moi,

Votre dévoué.

H. Rolin.

3. Observations de M. J. H. W. Verzijl

Utrecht, le 13 mai 1963.

Cher et très honoré Confrère,

Entre deux séjours à l'étranger je veux tâcher de répondre à votre questionnaire. Je regrette, toutefois, que la rédaction de certaines de vos questions rende une réponse concrète un peu difficile.

1. *Reconnaissance internationale de la nationalisation.*

Qu'est-ce que vous entendez par « le *principe* — le principe *même* — de la nationalisation »? Pour pouvoir répondre, il me faut savoir exactement, dans un domaine hérissé de malentendus possibles, ce que vous avez en vue.

Vous ne pouvez pas vouloir dire que la nationalisation est une opération de telle valeur qu'elle mérite d'être appliquée par tous les Etats, moins encore que le droit international en demande l'application.

Vous ne pouvez pas non plus, me semble-t-il, soutenir que toute nationalisation est *per se* internationalement valable, quand bien même un titre juridique valable l'interdit.

Moins encore, votre intention peut être que personne ne pense plus à contester la validité de certaines nationalisations.

Voulez-vous dire qu'à l'heure actuelle il y a unanimité à reconnaître que la nationalisation, de par sa nature, se distingue de l'expropriation à un tel degré que des pratiques de spoliation qui seraient prohibées sous le titre d'expropriation, deviendraient honorables si elles sont présentées sous celui de nationalisation? Alors ma réponse doit être: Spoliation reste spoliation, sous quelque dénomination qu'elle se présente.

Permettez-moi donc de formuler mon opinion personnelle dans les propositions suivantes.

— Une nationalisation peut être légale ou illégale en soi selon le cas.

— Elle est contraire au droit international lorsque:

a) l'Etat en question s'est obligé envers un autre Etat de ne pas nationaliser, soit expressément, soit implicitement, par exemple, en accordant une concession pour un certain terme sans se réserver le droit de la terminer avant l'expiration du terme;

b) l'Etat en question s'est obligé de la même manière envers un étranger.

— La différence entre les deux cas consiste en ceci: Dans le cas *a)*, il y a responsabilité internationale directe; dans le cas *b)*, le jeu de la protection diplomatique doit intervenir.

— Personne ne doute plus sérieusement que la nationalisation n'est pas illégale pour la seule raison qu'elle est pratiquée contre des étrangers sur le même pied que contre des nationaux de l'Etat en question.

— Même lorsque la nationalisation n'est pas internationalement illégale en soi, elle peut devenir subsidiairement illégale lorsqu'elle s'effectue dans des conditions irrégulières (arbitraire, discrimination, défaut d'indemnisation, etc.).

— Vouloir nier les propositions précédentes par une référence à certains soi-disant principes de droit international privé selon lesquels l'acte de concession est soumis à la *lex loci* est trop présumer de la valeur desdits principes et méconnaître leur subordination au droit international public impératif.

2. *Validité internationale de la nationalisation.*

La réponse peut simplement être: Certainement. Mais avec cette réserve quant à la formulation de votre question:

Il est souhaitable, non seulement (voir *sub* 1) de stigmatiser les nationalisations illégales en soi (pour être prohibées), mais aussi de déterminer pour quelles raisons une nationalisation, non interdite en soi, peut néanmoins devenir illégale à cause des modalités de son exécution.

3. *Effets internationaux de la nationalisation.*

a) Oui, pourvu que la nationalisation ne soit pas illégale en soi, conformément aux observations sub. 1.

b) Même réponse, donc sous réserve d'une définition correcte de la « régularité » d'une nationalisation.

c) Sans doute. Ces deux aspects diffèrent du tout au tout.

4. ?.....

5. *Exceptions conventionnelles.*

a) Si « conventionnel » est équivalent à « établi par traité », la réponse est: Naturellement.

Si le terme vise à un régime créé par une convention conclue entre un Etat et un étranger, on se demande pourquoi un tel régime pourrait ne pas être admissible. Un Etat souverain n'est-il pas parfaitement libre et qualifié pour engager son honneur national et rester fidèle à la parole donnée, au lieu de se déshonorer en violant ses promesses?

b) Sans doute. S'il y a un seul « principe général de droit » (international ou autre) qui mérite reconnaissance, c'est la foi à la parole donnée. Dénier l'universalité de ce principe serait saper les fondements du droit des gens. Ils sont déjà sapés trop de fois par des actes illégaux.

c) Clause expresse ou clause implicite, aucune différence de principe.

d) Je ne comprends peut-être pas bien votre phrase française. Est-ce le concessionnaire qui (en cas de rupture par l'Etat concédant) engage directement la responsabilité de ce dernier? Ou est-ce l'Etat concédant qui engage directement par sa rupture sa *propre* responsabilité?

e) Encore une fois, je ne saisis pas bien la portée de votre question. Entendez-vous l'expression « dénoncer certaines anomalies » dans un sens péjoratif, dans le dessein de les faire condamner par l'Institut? Ou est-ce précisément le contraire et voulez-vous ouvrir des voies nouvelles pour étayer l'effi-

cacité de clauses contractuelles? Dans ce dernier cas, je vous assisterai de tout cœur.

6. *Exceptions à caractère de sanctions.*

Il sera probablement nécessaire de prévoir certaines sanctions, ne fût-ce que pour donner au droit international un peu plus de réalité qu'il ne présente souvent sans la possibilité de sanctions — afin qu'il ne devienne pas un objet de risée.

Je vous prie de croire, cher et très honoré Confrère, à mes sentiments les meilleurs.

J. H. W. Verzijl.

4. Observations de M. Charles De Visscher

Bruxelles, le 16 avril 1963.

I

Avec l'éminent rapporteur du projet de 1950, j'estime que « la reconnaissance internationale d'un droit de nationaliser est la condition même du contrôle et de la discipline du pouvoir de nationaliser » (exposé préliminaire p. 705). C'est dire que si le droit international, au degré de son évolution actuelle, reconnaît un pouvoir de nationaliser et le range au nombre des compétences étatiques, il entend en subordonner l'exercice à certaines conditions. C'est incontestablement dans ces termes que se dessinent le mouvement vers une normalisation et la tendance à la conciliation des intérêts en présence que le rapporteur dégage exactement.

II

Je tiens pour souhaitable et même indispensable, en vue de la détermination de leurs effets dans les rapports internationaux, de dégager aussi nettement que possible les principes dont dépend la validité de la nationalisation au regard du droit

international. Je considère comme essentiels les trois critères suggérés: but de la nationalisation, non-discrimination à l'égard des intérêts des étrangers, indemnisation équitable, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.

La loi indonésienne du 27 décembre 1958 et ses ordonnances d'exécution ont donné lieu à des consultations de nos confrères, Lord McNair, Henri Rolin et Alfred Verdross. Ces consultations, qui furent publiées dans la *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (juillet 1959), fournissent des indications dont notre Commission fera son profit.

Il ne faut pas cependant se dissimuler que les critères rappelés ci-dessus, en raison de leur grande généralité, se laissent assez aisément éluder et ne se prêtent pas toujours à un contrôle juridictionnel efficace. Cette observation concerne surtout le but de la nationalisation.

III

Effets internationaux de la nationalisation.

1. La qualité d'étranger *comme telle* ne met pas à l'abri d'une mesure de nationalisation.

2. Les effets extraterritoriaux de la nationalisation dépendent avant tout de sa régularité au regard des critères de validité envisagés sous II.

Est-elle régulière, elle ne comporte, en principe, que l'obligation du paiement, dans des délais raisonnables, d'une indemnité équitable. On peut concevoir ici qu'elle entraîne certains effets extraterritoriaux. C'est cependant sur ce point que se concentrent les divergences d'opinion. La recherche d'un critère objectif de départage, comme celui tiré de la nature et de la localisation des biens à l'étranger, me paraît devoir être favorisée par le courant vers une normalisation que le rapporteur signale avec raison.

Irrégulière ou confiscatoire, la nationalisation est sans effet extraterritorial. Elle met en jeu la responsabilité internationale de l'Etat nationalisateur avec toutes les conséquences qui s'y attachent : *restitutio in integrum*, mise en cause devant les juridictions internationales.

3. Je suis d'accord sur la nécessité de faire une distinction entre l'effet conservateur, protégeant contre toute revendication les biens nationalisés en déplacement et séjour sur territoire étranger, et l'effet créateur étendant la nationalisation aux biens situés à l'étranger.

IV

Exceptions conventionnelles.

1. On ne peut concevoir un régime conventionnel d'exceptions qui dérogerait aux principes de validité visée sous II.

2. Il paraît impossible d'affirmer, en termes généraux, que « par nature » un contrat de concession constitue un obstacle à toute nationalisation; l'objet de la concession, sa durée doivent être pris en considération.

3. En revanche, une clause expresse limitative du pouvoir de nationaliser et dont les termes ont été librement débattus entre l'Etat concédant et le concessionnaire, est certainement une limite valable qui s'impose en bonne foi aux contractants.

Il ne me paraît pas indiqué d'entrer dans l'examen des moyens politiques de sanction. Par contre, il y aurait lieu, à mon avis, d'étudier les situations créées, dans *l'ordre préventif*, par des traités internationaux récents, tels que les traités d'établissement, qui réglementent l'exercice éventuel du droit de nationalisation. On peut même se demander si ce n'est pas surtout dans cette direction que des solutions pratiques doivent être recherchées.

Charles De Visscher.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
du Tome I

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

		Pages
I. **Modification et terminaison des traités collectifs** (Onzième Commission). Rapport présenté par M. Shabtai Rosenne		5
1. *Rapport* de M. Shabtai Rosenne d'avril 1965		5
2. *Rapport provisoire* de M. Shabtai Rosenne du 28 juillet 1966		25
I. *Introduction*	1	25
Mandat	2-6	28
II. *Les articles sur le droit des traités adoptés par la Commission du droit international*	7-59	36
Forme	7-8	36
Problèmes rédactionnels	9-12	38
Texte français des articles se rapportant à notre étude	13	42
Article 39		43
40		44
41		45
42		46
51		47
52		48
53		49
54		50
55		50
56		51
57		52

		Pages
58		54
59		55
60		56
61 (plus article 50)		57
62		59
63		60
64		62
65		62
66		63
67		64
68		65
Texte anglais des articles se rapportant à notre étude		66
Texte espagnol des articles se rapportant à notre étude		75
III. *Observations sur les articles relatifs à la terminaison des traités*		83
a) Observations générales	14-41	83
b) Le thème des articles sur la terminaison	14	83
Portée des articles	15-16	85
Sens de l'expression « terminaison »	17-18	91
Classification des traités et des obligations qui en résultent	19-25	96
Caractère exhaustif des articles sur la terminaison	26-28	108
Traités constitutifs d'une organisation internationale et traités rédigés au sein d'une organisation internationale	29-33	115
Suspension de l'application d'un traité	34-41	126
b) Observations sur les différents articles relatifs à la terminaison	42-59	138
Principes généraux	42-44	138
Obligations conventionnelles ayant une existence indépendante	45	144
Divisibilité	46	145
Perte du droit de dénoncer, etc.	47	151
Fin d'un traité par consentement des parties	48	153

		Pages
Réduction du nombre des parties	49	154
Terminaison de traités ne contenant pas de dispositions en la matière	50	155
Suspension de l'application d'un traité	51-52	162
Terminaison ou suspension implicite	53	163
Violation du traité	54	169
Impossibilité ultérieure d'exécution	55	179
Rupture des relations diplomatiques	56	188
Jus cogens superveniens	57	188
Procédure	58	190
Conséquences	59	204
IV. *Réponses au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire et observations du rapporteur*		209
Question nº 1	60-62	209
2	63-66	213
3	67-69	219
4	70-72	223
5	73-79	226
6	80-82	241
7	83-85	246
8	86-88	250
9	89	251
10	90-92	251
V. *Conclusions et propositions du rapporteur*	93-95	252
Questionnaire		259
Annexe I		
Observations de membres de la Onzième Commission et de MM. Briggs, Castrén et Reuter sur le rapport provisoire de M. Shabtai Rosenne		261
1. Observations de Sir Gerald Fitzmaurice		261
2. Observations de M. C. Wilfred Jenks		277
3. Observations de M. Vladimir Koretsky		288
4. Observations de M. Gaetano Morelli		290
5. Observations de M. Paul De Visscher		303

Pages

6. Observations de M. Quincy Wright 307
7. Observations de M. Herbert W. Briggs 318
8. Observations de M. Erik Castrén 325
9. Observations de M. Paul Reuter 329

Annexe II

Exposé préliminaire de M. Shabtai Rosenne d'avril 1966 334
Questionnaire 345

Annexe III

Réponses des membres de la Onzième Commission et de MM. Ago, Briggs, Castrén, Jiménez de Aréchaga et Reuter à *l'exposé préliminaire* et au questionnaire de M. Shabtai Rosenne 347
1. Réponse de Sir Gerald Fitzmaurice 347
2. Réponse de M. Isaac Forster 348
3. Réponse de M. C. Wilfred Jenks 350
4. Réponse de M. Vladimir Koretsky 352
5. Réponse de M. Gaetano Morelli 358
6. Réponse de M. Paul De Visscher 360
7. Réponse de M. Bohdan Winiarski 362
8. Réponse de M. Quincy Wright 364
9. Réponse de M. Roberto Ago 366
10. Réponse de M. Herbert W. Briggs 371
11. Réponse de M. Erik Castrén 376
12. Réponse de M. Jiménez de Aréchaga 377
13. Réponse de M. Paul Reuter 379

3. *Rapport définitif* de M. Shabtai Rosenne du 12 avril 1967 . . . 382
Projet provisoire de Résolution 399

II. Les conditions juridiques des investissements de capitaux dans les pays en voie de développement et des accords y relatifs (Neuvième Commission). Rapport et projet de Résolution présentés par M. Ben Atkinson Wortley 402

Pages

Rapport présenté par M. B. A. Wortley en janvier 1967 402
1. Les problèmes essentiels 402
2. Le rôle du juriste de droit international 403
3. Procédure adoptée par la Neuvième Commission 404
4. Qu'est-ce qu'un pays en voie de développement? 405
5. La nature de l'investissement 406
6. Quatre considérations concernant la rédaction 408
7. Le choix du droit applicable aux investissements 408
   1. Le droit international public 409
   2. La *lex situs* de l'investissement 413
   3. Option de change 415
   4. Le droit d'un Etat tiers 416
   5. Les principes généraux de droit 417
8. Le respect des investissements licites 418
   1. Atteintes directes 418
   2. Indemnisation pour pertes indirectes 427
9. Dispositions ayant pour but de faire face aux événements . . 430
10. La conséquence éventuelle des atteintes — la rétorsion et les représailles 432
11. L'arbitrage et les autres moyens pacifiques de régler les différends 436
12. La valeur des garanties d'Etats tiers 439

Projet de Résolution 443

Annexe I

Exposé préliminaire présenté par M. B. A. Wortley en janvier 1963 445

Questionnaire 450

Annexe II

Observations de membres de la Neuvième Commission 466
1. Réponses de M. C. John Colombos 466
2. Réponses de M. Nihat Erim 468
3. Réponses de M. James E. Fawcett 471

Pages

4. Observations de M. Emile Giraud 477
Réponses de M. Emile Giraud 479
5. Réponses de M. George A. van Hecke 482
6. Réponses de M. Robert Y. Jennings 488
7. Réponses de M. Paul Reuter 496
8. Réponses de M. Shabtai Rosenne 502
9. Réponses de M. Nagendra Singh 513
10. Réponses de M. Mustafa Kamil Yasseen 519

III. La succession testamentaire en droit international privé (Dixième Commission). Rapport provisoire et projet de Résolution présentés par M. Riccardo Monaco 528

1. *Rapport provisoire* présenté par M. Riccardo Monaco en novembre 1966 528
Projet provisoire de Résolution 550

Annexe I

Observations des membres de la Dixième Commission sur le rapport provisoire et le projet de Résolution de M. Riccardo Monaco de novembre 1966 552
1. Observations de M. Henri Batiffol 552
2. Observations de M. Pierre Lalive 555
3. Observations de M. Alexandre Makarov 564
4. Observations de M. Rodolfo De Nova 569
5. Observations de M. Gabriele Salvioli 571
6. Observations de M. Ben Atkinson Wortley 572

Annexe II

Exposé préliminaire présenté par M. Riccardo Monaco en juillet 1965 574
Questionnaire 599

Annexe III

Observations de membres de la Dixième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Monaco . . . 601
1. Observations de M. Henri Batiffol 601

Pages

2. Observations de M. Ch. Fragistas 611
3. Observations de M. Alexandre Makarov 616
Réponses au questionnaire 627
4. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela 628
5. Observations de M. Rodolfo De Nova 630
6. Réponse de M. Gabriele Salvioli 633
7. Observations de M. Haroldo Valladão 634
8. Réponse de M. Ben Atkinson Wortley 639

2. *Rapport définitif et projet définitif de Résolution présentés par M. Riccardo Monaco en mai 1967* 642

Projet définitif de Résolution 654

IV. **Les effets internationaux des nationalisations** (Troisième Commission) Rapport complémentaire avec projet de Résolution présenté par M. Paul de La Pradelle 656

I. Le droit de nationaliser 657

II. Les conditions de validité internationale de la nationalisation . . 662
§ 1. — La condition de régularité externe de la nationalisation internationalement valable 664
§ 2. — Les conditions de régularité interne (ou de fond) de la nationalisation internationalement valable. — *L'intérêt public et de détournement de pouvoir* 666
§ 3. — Les conditions de régularité interne (ou de fond) de la nationalisation internationalement valable. — *L'absence de discrimination* 668
§ 4. — Les conditions de régularité interne (ou de fond) de la nationalisation internationalement valable. — *L'indemnité de nationalisation* 669

III. Les effets internationaux de la nationalisation régulière 673
§ 1. — L'application aux étrangers de la nationalisation régulière 675
§ 2. — L'application à l'étranger de la nationalisation régulière 677

IV. Les régimes d'exception aux effets internationaux de la nationalisation régulière 679

Projet de Résolutions 683

Pages

Annexe I

Exposé préliminaire présenté par M. Paul de La Pradelle le 25 mars 1963 686

Questionnaire 712

Annexe II

Observations de membres de la Troisième Commission en réponse à l'Exposé préliminaire de M. Paul de La Pradelle, du 25 mars 1963 714

1. Observations de M. Torsten Gihl 714
2. Observations de M. Henri Rolin 722
3. Observations de M. J. H. W. Verzijl 726
4. Observations de M. Charles De Visscher 730