

Conférence des Nations Unies sur le droit des traités

Vienne, Autriche
Première session
26 mars-24 mai 1968

Document:-
A/CONF.39/C.1/SR.66

66eme séance de la Commission plénière

Extrait des Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session (Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière)

des relations diplomatiques » dans la première phrase de l'amendement du Chili. On pourrait laisser au Comité de rédaction le soin de déterminer la place de ce paragraphe.

86. Le PRÉSIDENT met aux voix successivement les principes de la première et de la deuxième phrase de l'amendement du Chili (A/CONF.39/C.1/L.341).

Par 56 voix contre 2, avec 30 abstentions, le principe de la première phrase, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Par 43 voix contre zéro, avec 44 abstentions, le principe de la seconde phrase est adopté.

87. M. CASTRÉN (Finlande) dit qu'il s'est abstenu de voter sur tous ces amendements, parce que l'article 60 prévoit déjà la disposition de l'amendement commun de l'Italie et de la Suisse et que les autres amendements sont inutiles.

88. Le PRÉSIDENT dit que l'article 60 sera renvoyé au Comité de rédaction, avec l'amendement du Japon (A/CONF.39/C.1/L.337).

La séance est levée à 13 h 15.

SOIXANTE-SIXIÈME SÉANCE

Lundi 13 mai 1968, à 11 heures

Président : M. ELIAS (Nigeria)

Examen de la question du droit des traités conformément à la résolution 2166 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 1966 (suite)

ARTICLE 61 (Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 61 du projet de la Commission du droit international¹.

2. M. CASTRÉN (Finlande) constate que, d'après le paragraphe 3 du commentaire de la Commission sur l'article 61, le principe de la divisibilité des dispositions d'un traité s'applique dans les cas prévus par l'article 61, mais non dans l'hypothèse envisagée à l'article 50, où le traité est nul *ab initio* parce qu'il entre en conflit avec une règle de *jus cogens* qui existe au moment où il est conclu. Cependant, le texte de l'article 61 ne contient pas cette indication et le but de l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.294) est de le rendre plus clair sur ce point. Le texte risquerait, sans cela, de faire naître des doutes quant à la portée du principe de la divisibilité. Etant donné qu'il s'agit d'un amendement de caractère rédactionnel, on peut le renvoyer au Comité de rédaction. Ce point pourrait être traité dans le cadre de l'article 41.

3. M. BARROS (Chili) explique que l'attitude de la délégation chilienne au sujet des articles relatifs au *jus cogens* a été mal comprise. Elle accepte certainement la notion du *jus cogens* en tant que règle qui l'emporte sur toutes les autres. La rédaction de l'article 50 manque de précision et il serait nécessaire de la rendre plus claire par une meilleure définition de la règle que l'on pose. Le représentant du Chili éprouve, au sujet de l'article 61, des inquiétudes analogues à celles qu'il a formulées à propos de l'article 50², car il est difficile de prévoir comment les règles de *jus cogens* s'appliqueront dans l'avenir et quelles seront leurs répercussions sur l'attitude des parlements appelés à ratifier les traités en question. Si la Commission décide de maintenir l'article 61, il appuiera l'amendement de la Finlande.

4. Sir Francis VALLAT (Royaume-Uni) note que l'article 61 est étroitement lié à l'article 50. Le principe fondamental du *jus cogens* a été reconnu par l'immense majorité des Etats représentés à la Conférence et il convient de le consacrer dans la convention, mais le contenu et l'application de ce principe soulèvent certaines difficultés qui, avec de la bonne volonté, devraient être surmontées; si on n'y parvenait pas, il en résulterait les conséquences les plus fâcheuses. La question qui se pose est de savoir comment l'évolution future du droit international sera déterminée. Il faudra trouver des critères permettant d'identifier les normes impératives, aux fins de l'application des articles 50 et 61. La solution théoriquement la plus satisfaisante consisterait à conclure, de temps à autre, des accords précisant exactement quelles sont ces règles, car on placerait l'avenir sous le signe de la discorde, si l'on ne parvenait pas à s'entendre sur le contenu des normes impératives, même aux fins de l'application de l'article 50. L'amendement des Etats-Unis à l'article 50 (A/CONF.39/C.1/L.302) va dans la bonne direction et la délégation britannique regrette vivement que le partage égal des voix³ ait privé la Commission plénière de toute possibilité d'aboutir à une conciliation; mais il se peut que l'esprit de modération l'emporte et que l'on trouve une formule qui donne certaines garanties sur le contenu de ces normes, sans porter aucune atteinte au principe même du *jus cogens*.

5. La question de la divisibilité dans le cas de l'article 61 sera prévue par l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.294) ou par l'article 41. Dans des cas appropriés, ce principe est excellent; il serait absurde et souvent pernicieux pour les relations internationales qu'un traité devienne nul dans sa totalité, simplement parce qu'à s'en tenir à une certaine interprétation, l'une de ses dispositions se trouverait en conflit avec une règle ou une norme impérative du droit international. Des traités de caractère assez large, tels que les traités commerciaux, les traités d'extradition ou les traités réglant des différends complexes, pourraient n'être contraires que sous un aspect secondaire à une norme impérative du droit international actuelle ou future. Il serait préférable et plus sage, compte tenu du principe énoncé dans l'Article 103 de la Charte, d'admettre la divisibilité, plutôt que de considérer le traité comme nul et non avenu dans sa totalité. Le repré-

¹ La Commission était saisie d'un amendement proposé par l'Inde (A/CONF.39/C.1/L.255) et d'un autre proposé par la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.294).

² Voir la 52^e séance, par. 53 à 62.

³ 57^e séance, par. 76.

sentant du Royaume-Uni précise qu'il songe aux cas dans lesquels une seule disposition divisible et non pas l'ensemble du traité se trouverait en conflit avec une norme impérative. Dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale, il est indispensable de prévoir des procédures satisfaisantes pour décider des modalités d'application du *jus cogens*.

6. Au cas où les problèmes évoqués pourraient être résolus, le Gouvernement du Royaume-Uni réexaminerait l'attitude qu'il a prise à propos de l'article 50⁴.

7. M. JACOVIDES (Chypre) considère l'article 61 comme un corollaire de l'article 50 et déclare qu'une nouvelle règle impérative, créée par un traité-loi ou par la coutume, prévaut sur toutes les autres règles de droit. La délégation chypriote votera pour le texte de la Commission.

8. M. FERNANDO (Philippines) déclare que sa délégation accepte entièrement et respecte les normes impératives dictées par les intérêts suprêmes de la communauté mondiale, auxquels les intérêts nationaux doivent céder. Les normes de ce genre imposent des limites à l'autonomie des Etats pris individuellement. Le droit international est une science progressive, susceptible d'évolution et de croissance, et les besoins de l'avenir échappent aux prévisions. Il existe un besoin réel de normes de caractère impératif applicables à tous; mais, pour que ces normes acquièrent le caractère impératif, elles doivent avoir été acceptées de manière à peu près universelle, expressément ou tacitement, par l'ensemble de la communauté internationale.

9. Techniquement la Commission du droit international a eu raison de souligner que les dispositions de l'article 61 sont dépourvues de tout élément de rétroactivité, car un traité ne devient nul et ne prend fin qu'au moment où la norme impérative est établie; jusqu'à ce moment, le traité était valable, à moins d'avoir été vicié par quelque autre défaut. Cependant, une norme impérative qui prévaut sur des relations conventionnelles existantes produit, en ce sens, un effet *ex post facto*.

10. L'amendement de la Finlande rend la situation plus claire; la délégation des Philippines l'appuie.

11. M. ALVAREZ TABIO (Cuba) estime que la règle énoncée à l'article 61 constitue le corollaire de celle qui est formulée à l'article 50. Si l'on admet le principe qu'il existe des normes de droit international auxquelles les Etats ne peuvent pas déroger, il en résulte nécessairement que l'établissement d'une nouvelle norme impérative du droit international général rend nul tout traité qui se trouverait en conflit avec elle. La reconnaissance générale du caractère illicite de certains types de traités a un effet immédiat sur ceux-ci, non seulement pour des raisons d'ordre formel, basées sur le principe de la hiérarchie des normes, mais pour des raisons de fond, découlant du principe de justice inhérent à toute norme du *jus cogens*, qui exprime la conscience de la communauté internationale à un moment donné. En conséquence, un traité en vigueur qui se trouve en conflit avec une norme nouvelle de *jus cogens* est non seulement illégal, mais illégitime. En d'autres termes, ce traité n'est pas seulement en conflit avec une norme ultérieure de rang plus élevé, mais il devient illicite et immoral.

12. Cette idée de morale est particulièrement importante pour déterminer le champ d'application dans le temps de la nouvelle norme de *jus cogens*. Il est évident que les règles de droit ne peuvent pas avoir d'effet rétroactif; le problème est d'établir la signification et la portée de la notion de non-rétroactivité. On ne saurait mettre en doute que les lois deviennent applicables dès qu'elles entrent en vigueur et qu'elles cessent d'être applicables dès qu'elles sont abrogées; la difficulté surgit dans le cas de traités successifs, qui sont soumis aux effets de normes successives de droit international. Si un traité est entré en vigueur dans le cadre d'un ordre juridique donné, mais continue de produire ses effets quand survient une nouvelle norme impérative qui modifie fondamentalement cet ordre juridique, le différend relatif à la non-applicabilité de la nouvelle norme ne porte pas sur l'absence de rétroactivité, mais sur le maintien en application de l'ordre juridique précédent. En d'autres termes, des normes qui ont fait place à une norme ultérieure de même nature continueraient néanmoins à être appliquées.

13. Si la nouvelle norme de *jus cogens* est appliquée à un contrat perpétuel, il n'y a aucune violation du principe de non-rétroactivité, même si le traité est entré en vigueur antérieurement. Cette conception se justifie non seulement par des considérations de pure logique, mais aussi parce qu'il y a conflit avec des normes qui altèrent la légitimité profonde du traité ou, en d'autres termes, parce que ces normes s'inspirent d'un principe de justice radicalement contraire à celui de la norme à laquelle le traité déroge. On pourrait soutenir qu'à partir du moment où la situation entre dans le domaine de l'illicite, le principe universellement admis *nullum crimen, nulla poena sine lege* devrait être invoqué. Il est incontestable que ce principe s'applique pleinement à un acte dont l'exécution a eu lieu et dont les effets sont entièrement épuisés avant la survenance de la norme qui rend cet acte illicite. En revanche, dans le cas d'une activité permanente et continue, dont les effets ne sont pas épuisés au moment où la nouvelle norme qui rend cette activité illicite entre en vigueur, il est hors de doute que la situation qui en résulte peut être abolie sur la base de la nouvelle loi. La Conférence pourrait difficilement soutenir que des traités inégaux ou injustes encore en vigueur puissent demeurer immuables, à quelque moment qu'ils aient été conclus, en présence d'un nouvel ordre international qui les a repoussés dans le domaine de l'illicite. L'argument selon lequel une nouvelle norme de *jus cogens* n'a pas d'effet rétroactif signifie qu'un traité devient nul à partir du moment où la nouvelle norme est établie; mais le principe selon lequel cette norme s'applique à un traité en vigueur, même s'il est entré en vigueur à une date antérieure, ne saurait en aucun cas être violé.

14. M. MIRAS (Turquie) déclare que, l'article 61 étant le corollaire logique de l'article 50, l'avis exprimé par la délégation turque au sujet de ce dernier vaut aussi pour l'article 61. M. Miras aurait voté contre l'article 50 si celui-ci avait été mis aux voix et il votera contre l'article 61.

15. M. HARRY (Australie) dit que sa délégation éprouve les mêmes difficultés pour l'article 61 que pour l'article 50 et qu'il va essayer d'illustrer ces difficultés en rapportant un dialogue imaginaire entre un conseiller juridique et son

⁴ *Ibid.*, par. 31.

gouvernement. Le gouvernement demande quels traités il a la capacité de conclure pour développer ses relations avec d'autres Etats; la réponse est que la capacité des Etats souverains est pleine et entière, sauf lorsqu'elle est exclue par des normes impératives du droit international, qui ne sont ni énumérées ni définies. Le conseiller juridique fait observer que cette incapacité et la nullité qui s'ensuit ne s'appliquent que dans le cas de règles du *jus cogens* existant au moment de la conclusion du traité. Cependant, même lorsqu'un traité est de la capacité d'un Etat au moment de sa conclusion, il peut devenir nul par la suite parce qu'il est en conflit avec une nouvelle règle de *jus cogens* qui vient d'apparaître. Le conseiller juridique ajoute alors que, malheureusement, l'article 61 ne donne aucune précision au sujet des conditions dans lesquelles une règle de droit établie peut se transformer en une règle ayant un caractère impératif.

16. La Conférence doit élaborer un code sur le droit des traités, qui puisse servir pendant des dizaines d'années. Tous les Etats participants ont intérêt à favoriser le maintien des traités, plutôt qu'à multiplier les motifs qui autorisent à les anéantir. Comme pour l'article 50, la délégation australienne contribuera volontiers à définir les conditions dans lesquelles il peut être établi que des règles particulières ont revêtu le caractère extraordinaire découlant de la notion de *jus cogens*. Des règles ne peuvent être considérées comme ayant ce caractère que lorsque la communauté internationale dans son ensemble s'accorde à le leur reconnaître, ainsi que l'Expert-conseil l'a fait remarquer à propos de l'article 50. L'unanimité absolue peut n'être pas exigée, mais l'assentiment de nombreux Etats appartenant à tous les principaux systèmes juridiques est nécessaire. S'il y a désaccord de la part d'un nombre important d'Etats, la reconnaissance d'une règle comme règle de *jus cogens* devra être ajournée. Comme dans le cas du développement des règles ordinaires du droit international coutumier, le développement des règles impératives n'est pas une question de vote à la majorité.

17. M. Harry espère que l'on parviendra à se mettre d'accord pour donner un libellé précis à cet article d'importance vraiment capitale. Tant que la catégorie des normes impératives n'aura pas été définie de manière satisfaisante dans l'article 61, ou dans l'article 50 ou ailleurs, la délégation australienne ne pourra accepter ni l'article 61, ni l'article 50.

18. M. DE BRESSON (France) dit que l'article 61 est intimement lié à l'article 50 et qu'il n'est donc pas nécessaire que la délégation française reprenne à son sujet les considérations qu'elle a longuement développées à la 54^e séance sur les problèmes que pose la nullité des traités présumés contraires au *jus cogens*. La délégation française avait exposé, sans doute d'une manière qui n'était pas assez convaincante, son point de vue selon lequel une définition ou une méthode de reconnaissance du concept de *jus cogens*, qu'elle accepte, est d'autant plus indispensable qu'il s'agit non seulement d'incorporer dans un système de droit positif des principes déjà plus ou moins formulés, mais également d'admettre à l'avance que des traités qui ont été licites au moment de leur conclusion puissent être frappés de caducité ultérieurement, par suite de la survenance de règles nouvelles. Malheu-

reusement, compte tenu de la décision prise par la Commission plénière au sujet de l'article 50, la délégation française n'a pas jugé possible d'accepter cet article, et, en conséquence, elle ne peut pas non plus accepter l'article 61. Néanmoins, il se pourrait que l'on trouve finalement une solution satisfaisante pour l'article 50; en ce cas, la délégation française pourrait modifier son attitude à l'égard de l'article 61.

19. En ce qui concerne le texte de l'article 61, il conviendrait de remplacer le mot « norme » par le mot « règle », qui correspond mieux au caractère contraignant du concept dont il s'agit de reconnaître les effets au regard du droit positif. L'expression « du genre mentionné à l'article 50 » est imprécise et fâcheuse sur le plan linguistique; il faut donc trouver une rédaction plus appropriée. En disant que la nouvelle règle est « établie », on donne à penser qu'il existe ou qu'il pourrait exister une autorité judiciaire ou autre, ou quelque mécanisme apte à créer une règle de *jus cogens*. Tout le débat l'a montré, le *jus cogens* ne peut, de par sa nature même, procéder de telles sources. Les seuls termes qui conviendraient pour l'article 61 seraient donc ceux de « reconnaissance » ou d'« identification ».

20. Il conviendrait de faire disparaître l'idée de nullité, qui ne semble pas justifiée en l'espèce, et dont les effets ne sont pas clairement précisés. On ne voit pas comment un traité qui était licite au moment de sa conclusion perd cette qualité du seul fait qu'une nouvelle règle survient après son entrée en vigueur, ni pourquoi il deviendrait nul. Ce qu'il conviendrait de dire, c'est seulement qu'il prend fin ou cesse de produire ses effets. C'est la conséquence qu'il y a lieu de tirer de l'amendement des Etats-Unis à l'article 50 (A/CONF.39/C.1/L.302), adopté par la Commission plénière et selon lequel un traité, pour être considéré comme nul au regard d'une règle de *jus cogens*, doit tomber sous le coup de cette nullité dès le jour de sa conclusion. Il faudra manifestement faire disparaître l'idée de nullité, si l'on veut mettre en harmonie l'article 50 et l'article 61, afin que ce dernier devienne le complément logique de l'article 50 dans sa nouvelle rédaction.

21. Reste à savoir si l'extinction doit viser nécessairement l'ensemble du traité, ou ne s'appliquer qu'à celles de ses dispositions qui sont contraires à la nouvelle règle de *jus cogens*. L'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.294) propose une solution raisonnable.

22. En l'état des choses, la délégation française ne peut qu'exprimer la plus grande réserve à l'égard du principe même de l'article 61.

23. M. EUSTATHIADES (Grèce) dit que les problèmes de *jus cogens* que mettent en jeu les articles 61 et 50 sont assez différents. Selon toute probabilité, ce n'est qu'au bout d'un certain temps après la conclusion d'un traité que surviendront des règles de *jus cogens* formées *a posteriori*, et encore le problème ne se posera-t-il que rarement, car les normes de cette nature ne peuvent guère être nombreuses à voir le jour, l'évolution du droit international étant un processus long et progressif. Il ne faut donc pas attacher une importance disproportionnée à la situation envisagée dans l'article 61. Cela ne signifie pourtant pas que, lorsque la question se posera, de grands

intérêts ne seront pas en jeu. C'est l'importance des cas, non leur fréquence, qui doit être le facteur décisif.

24. L'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.294) reprend l'idée exprimée par la Commission du droit international au paragraphe 3 du commentaire sur l'article 61. Un traité valide, affecté par la survenance ultérieure d'une nouvelle norme impérative du droit international général, ne doit évidemment pas devenir nul dans sa totalité, puisque toutes ses dispositions ne sont pas nécessairement touchées. Le Comité de rédaction pourrait donc envisager d'ajouter à l'article 61 une disposition sur la « séparabilité ». Le représentant de la Grèce appuie les suggestions de la délégation française au sujet d'autres modifications de forme à apporter à cet article.

25. Un traité ne devient nul que *ex nunc*. Il est déjà bien difficile de savoir à quel moment se forme une règle de droit coutumier, mais il l'est encore plus de savoir à quel moment a été établie une norme impérative subséquente. Par rapport aux normes de *jus cogens* existantes, un traité jouit d'une certaine sécurité, puisqu'elles existaient avant sa conclusion et qu'elles correspondaient à une notion reconnue par la communauté internationale. Si, comme l'a proposé la délégation du Royaume-Uni à propos de l'article 50, les règles impératives doivent être établies par une certaine procédure, cela est encore plus nécessaire dans le cas de l'article 61. Certains des amendements à l'article 62 proposent des méthodes permettant de vérifier si une norme a été reconnue par l'ensemble de la communauté internationale. Si certaines délégations estiment que l'on doit ajouter à l'article 50 un renvoi à cette procédure, la chose est encore plus nécessaire pour l'article 61.

26. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission approuve en principe l'article 61 et le renvoie au Comité de rédaction avec l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.294).

*Il en est ainsi décidé*⁵.

ARTICLE 41 (Divisibilité des dispositions d'un traité)
[reprise des débats de la 42^e séance]

27. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 41 du projet de la Commission du droit international⁶.

28. M. KEARNEY (Etats-Unis d'Amérique), présentant l'amendement de sa délégation (A/CONF.39/C.1/L.350), dit que, comme l'indique la note de bas de page, cet amendement avait d'abord été présenté à propos de l'article 57 (A/CONF.39/C.1/L.325) mais que, conformément à la décision prise à la 61^e séance⁷, il est maintenant proposé en corrélation avec l'article 41. Il y a donc deux amendements des Etats-Unis à l'article 41, celui dont il vient d'être question et celui qui tend à ajouter un nouvel alinéa *c* au paragraphe 3 (A/CONF.39/C.1/L.260). Tous deux ont trait au principe de la proportionnalité et

visent à lier l'idée de divisibilité à celle de justice et d'équité.

29. M. CASTRÉN (Finlande) dit qu'il faut conclure des discussions antérieures de la Commission plénière et, surtout, des explications données par l'Expert-conseil à la fin du débat sur l'article 59, que le principe de la divisibilité des dispositions d'un traité s'applique aux cas visés à cet article 59. La délégation finlandaise retire donc la première partie de son amendement (A/CONF.39/C.1/L.144). En revanche, elle en maintient la deuxième partie, qui a trait au paragraphe 5. Cet amendement a déjà été présenté deux fois en substance, d'abord au cours du précédent débat sur l'article 41⁸, à la 41^e séance, et à nouveau, sous la cote A/CONF.39/C.1/L.293, lors de l'examen de l'article 50 à la 52^e séance. M. Castren se borne donc à prier la Commission de se reporter aux arguments qui ont été présentés alors par la délégation finlandaise.

30. M. CHANG (Chine) dit que sa délégation ne présente pas d'amendement à l'article 41, mais qu'elle a étudié avec beaucoup de soin ceux des autres délégations. A première vue, celui du Royaume-Uni (A/CONF.39/C.1/L.257 et Corr.1) semble présenter un texte entièrement remanié, mais, en réalité, il n'est pas si radical. Les changements de fond qu'il propose reviennent à supprimer, au paragraphe 2, le renvoi à l'article 57; cette idée a du bon, mais le texte de la Commission du droit international est plus clair. En revanche, l'insertion, au paragraphe 4, d'un renvoi à l'article 57, est une amélioration. Cependant, la délégation chinoise ne peut pas appuyer la suppression du paragraphe 5.

31. La délégation chinoise votera pour les deux amendements des Etats-Unis (A/CONF.39/C.1/L.260 et L.350), mais non pour celui de l'Argentine (A/CONF.39/C.1/L.244) visant à supprimer les paragraphes 3, 4 et 5, parce qu'il y aurait alors trop de lacunes. Le reste de l'amendement de l'Argentine pourrait être renvoyé au Comité de rédaction.

32. Sir Francis VALLAT (Royaume-Uni) n'est pas d'accord avec le représentant de la Chine sur la portée de l'amendement du Royaume-Uni. En fait, celui-ci a pour but d'améliorer la rédaction de l'article et de soulever certaines questions techniques relatives à l'article 57. Les questions de forme pourraient être confiées au Comité de rédaction. Celles qui concernent l'article 57, si elles touchent au fond, sont d'ordre essentiellement technique et pourraient également être renvoyées au Comité de rédaction. La Commission plénière pourrait prendre une décision définitive lorsqu'elle examinera le texte établi par le Comité de rédaction.

33. Sir Francis retire sa proposition visant à supprimer le paragraphe 5, en faveur de l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.144), qui tend à supprimer, dans ce paragraphe, la mention de l'article 50. La divisibilité devrait s'appliquer à l'article 50 lorsque seule une disposition secondaire est en conflit avec une norme impérative existante. Quant à mentionner les articles 48

⁵ Pour la suite des débats, voir la 83^e séance.

⁶ Pour la liste des amendements proposés, voir la 41^e séance, note 1. L'amendement de l'Inde (A/CONF.39/C.1/L.253) a été retiré dans l'intervalle. Par la suite, les Etats-Unis d'Amérique ont proposé un deuxième amendement (A/CONF.39/C.1/L.350).

⁷ Par. 80.

⁸ Voir la 41^e séance, par. 2.

et 49 au paragraphe 5, la délégation du Royaume-Uni était convaincue que l'on devait conserver la mention de l'article 49, parce que, dans ce cas-là, tout le traité est affecté; mais elle ne tient pas spécialement à ce que l'on conserve la mention de l'article 48.

34. M. DELPECH (Argentine) retire la partie de l'amendement de son pays (A/CONF.39/C.1/L.244), qui porte sur la question de fond et demande que l'on renvoie au Comité de rédaction la partie relative aux paragraphes 3, 4 et 5.

35. Le PRÉSIDENT propose que, conformément à la décision prise par la Commission au sujet de l'article 61, la deuxième partie de l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.144) soit renvoyée au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

36. M. HARASZTI (Hongrie) déclare que l'amendement de la Hongrie (A/CONF.39/C.1/L.246) devrait être renvoyé au Comité de rédaction, car il coïncide avec une partie de l'amendement de caractère rédactionnel présenté par le Royaume-Uni (A/CONF.39/C.1/L.257).

Il en est ainsi décidé.

37. Le PRÉSIDENT met aux voix l'amendement des Etats-Unis visant à insérer un nouvel alinéa c au paragraphe 3.

Par 27 voix contre 14, avec 45 abstentions, l'amendement des Etats-Unis (A/CONF.39/C.1/L.260) est adopté.

38. Le PRÉSIDENT met aux voix la première partie de l'amendement des Etats-Unis visant à modifier le texte du paragraphe 2.

Par 22 voix contre 18, avec 50 abstentions, la première partie de l'amendement des Etats-Unis (A/CONF.39/C.1/L.350) est rejetée.

39. Le PRÉSIDENT met aux voix la seconde partie de l'amendement des Etats-Unis visant à ajouter un paragraphe 6 nouveau.

Par 35 voix contre 21, avec 33 abstentions, la seconde partie de l'amendement des Etats-Unis (A/CONF.39/C.1/L.350) est rejetée.

40. M. ARMANDO ROJAS (Venezuela) déclare qu'il n'insistera pas pour que le paragraphe 4 du texte de la Commission du droit international fasse l'objet d'un vote distinct.

41. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission décide de renvoyer l'article 41 au Comité de rédaction, avec les amendements rédactionnels qui s'y rapportent.

Il en est ainsi décidé.

42. M. WERSHOF (Canada) demande s'il a raison de présumer que la partie restante de l'amendement de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.144), visant à supprimer la mention de l'article 50 au paragraphe 5, sera examinée par le Comité de rédaction et que toutes les délégations auront la possibilité de demander un vote sur ce point,

lors de l'examen du texte que proposera le Comité de rédaction.

43. Le PRÉSIDENT répond que toute délégation peut demander qu'il soit procédé à un vote distinct sur n'importe quelle partie d'un texte présenté par le Comité de rédaction.

ARTICLE 42 (Perte du 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) [*reprise du débat de la 43^e séance*]

44. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner l'article 42, dont elle avait décidé d'ajourner la discussion⁹ jusqu'à ce que les sections 2 et 3 de la partie V aient été examinées¹⁰.

45. M. CASTRÉN (Finlande), présentant l'amendement de la Finlande et de la Tchécoslovaquie (A/CONF.39/C.1/L.247 et Add.1), fait observer que, si l'exécution d'un traité est devenue impossible en raison d'une situation nouvelle ou, comme il est dit avec plus de précision à l'article 58, à cause « de la disparition ou destruction permanentes d'un objet indispensable à l'exécution du traité », il n'y a rien à faire tant que cette situation subsiste. Les parties au traité doivent reconnaître ce fait, même si cette situation résulte d'un acte ou d'une omission de l'une d'entre elles. La question de responsabilité est bien entendu réservée. Les auteurs de l'amendement estiment qu'il est inutile de mentionner l'article 58 dans l'article 42. Ils ne verront pas d'inconvénient à ce que leur proposition soit renvoyée au Comité de rédaction.

46. M. ARMANDO ROJAS (Venezuela), présentant l'amendement des huit Etats (A/CONF.39/C.1/L.251 et Add.1 à 3), souligne que l'article 42, qui a été proposé pour la première fois dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial à la Commission du droit international¹¹, introduit dans le droit des traités un nouvel élément, d'une importance incontestable, mais dont l'interprétation et l'application comportent aussi de grands risques. Le Rapporteur spécial a fondé cet article sur le principe de la forclusion ou *estoppel*, principe que la Cour internationale de Justice a appliqué lorsqu'elle a statué sur l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*¹², en 1960, et sur l'affaire du *Temple de Préah Vihear*¹³ en 1962; ces deux décisions sont loin de constituer des directives incontestables, ou des précédents établis et d'application générale; en effet, plusieurs membres de la Cour ont exprimé une opinion dissidente

⁹ Voir la 42^e séance, par. 54.

¹⁰ La Commission était saisie des amendements suivants: Finlande et Tchécoslovaquie, A/CONF.39/C.1/L.247 et Add.1; Bolivie, République socialiste soviétique de Biélorussie, Colombie, Congo (Brazzaville), République Dominicaine, Guatemala, Union des Républiques socialistes soviétiques et Venezuela, A/CONF.39/C.1/L.251 et Add.1 à 3; Etats-Unis d'Amérique et Guyane, A/CONF.39/C.1/L.267 et Add.1; Guyane, A/CONF.39/C.1/L.268; Espagne, A/CONF.39/C.1/L.272; Cambodge, A/CONF.39/C.1/L.273; Suisse, A/CONF.39/C.1/L.340; Australie, A/CONF.39/C.1/L.354.

¹¹ *Annuaire de la Commission du droit international, 1963, vol. II, p. 40 à 42.*

¹² *C.I.J., Recueil 1960, p. 192.*

¹³ *C.I.J., Recueil 1962, p. 6.*

et un certain nombre de juristes internationaux ont critiqué ces décisions.

47. Basdevant a considéré le mot « *estoppel* » comme un terme de procédure emprunté à la langue anglaise qui désigne l'objection péremptoire qui s'oppose à ce qu'une partie à un procès prenne une position qui contredit soit ce qu'elle a antérieurement admis expressément ou tacitement, soit ce qu'elle prétend soutenir dans la même instance¹⁴. En fait, l'*estoppel* est un principe de *common law* selon lequel un individu ne peut pas nier ce qu'il a accepté ou admis antérieurement; dans le droit écrit, cette doctrine correspond à la *stipulatio* du droit romain, expression du consentement qui doit être explicite pour avoir une valeur juridique. Le principe de la forclusion dans le droit français et celui des *actos propios* dans le droit espagnol sont analogues et ont une application limitée en droit international; toutefois, si ce principe est appliqué sans aucune restriction, il comporte des risques évidents aussi bien en droit interne qu'en droit international. Au paragraphe 4 de son commentaire sur l'article 42, la Commission du droit international indique que certains aspects techniques du principe en droit interne pourraient ne pas se prêter nécessairement à une application du principe en droit international, et que, pour cette raison, elle a préféré éviter de se servir de termes de droit interne tels que « *estoppel* ».

48. Il est évident que, lorsqu'un Etat a expressément admis, ou reconnu un traité, une sentence arbitrale ou une situation donnée, il ne peut pas, par la suite, renier le consentement qu'il a ainsi donné explicitement, à moins que ce consentement n'ait été nul dès l'origine. Il en va tout autrement lorsqu'il s'agit d'un consentement tacite. En effet, les actes d'Etats qui n'ont pas exprimé explicitement leur consentement à être liés sont susceptibles de nombreuses interprétations et cela est très dangereux pour les Etats qui ne sont pas pleinement souverains ou qui ne sont pas entièrement libres d'exprimer leur volonté souveraine.

49. Aussi l'article présenté par le Rapporteur spécial en 1963 a-t-il rencontré beaucoup d'oppositions au sein de la Commission du droit international. D'après les affirmations d'un membre de la Commission, la règle s'applique uniquement aux traités valables, qui sont considérés comme nonavenus ou sont dénoncés pour des motifs subséquents, et non pas aux traités qui étaient nuls *ab initio* et qui n'ont donc jamais existé¹⁵; de l'avis d'un autre membre, ce principe ne peut pas s'appliquer s'il y a contrainte, si le traité est nul, ou lorsqu'il s'agit d'invoquer la clause *rebus sic stantibus*¹⁶. La majorité des membres de la Commission du droit international ont soutenu ce point de vue et, de ce fait, une grande partie des risques que comportait l'article se trouvaient écartés; le Rapporteur spécial a néanmoins présenté dans son cinquième rapport un article dans lequel l'idée du consentement tacite était formulée encore plus nettement¹⁷. En présen-

tant cet article, il a déclaré qu'il considérait le texte de 1963 comme un texte de compromis peu satisfaisant et qu'il l'avait formulé « en termes plus affirmatifs »¹⁸. La Commission du droit international n'a pas accepté ce texte et elle a limité le consentement tacite à une conduite qui indique l'acquiescement à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application; mais, dans l'alinéa initial, elle a maintenu le renvoi aux articles 43 à 47 et 57 à 59, sans tenir compte, apparemment, du fait que bien des cas visés dans ces articles peuvent fournir des causes de nullité *ab initio*, au même titre que les cas visés aux articles 48 à 50, relatifs à la contrainte et au *ius cogens*.

50. La décision de la Commission du droit international de mentionner les articles 46 et 47 n'a de valeur positive que parce qu'elle sous-entend qu'un Etat peut invoquer le dol ou la contrainte comme motifs pour annuler son consentement, conformément aux dispositions formelles de la convention; mais la nature et les conséquences de cette nullité ne sont pas précisées. Les Etats restent libres de confirmer expressément quels instruments sont ou ne sont pas nuls *ab initio*; mais on ne peut pas prétendre qu'un *statu quo* injuste puisse être perpétué tacitement par interprétation de la conduite d'un Etat.

51. Les auteurs de l'amendement jugent également inutile de renvoyer aux articles 57 à 59; toutefois, la délégation vénézuélienne n'a pas d'opinion arrêtée sur ce point et elle est prête à prendre en considération les arguments en faveur du maintien de ces renvois.

52. Les auteurs sont convaincus que le principe énoncé à l'article 42 ne doit s'appliquer qu'à un accord exprès indiquant que le traité est valide ou reste en vigueur et non aux cas où le traité est nul *ab initio*; ils estiment également que ce principe ne peut jamais être invoqué sous prétexte que la conduite d'un Etat peut être interprétée comme un simple acquiescement. Si le libellé de la Commission du droit international est adopté, les Etats ayant ratifié la convention se trouveront dans une situation extrêmement dangereuse; les jeunes Etats qui ont été soumis, dans le passé, à la pression des puissances métropolitaines seront particulièrement exposés, et aussi, quoique dans une moindre mesure, ceux qui ont subi au XIX^e siècle les conséquences de la domination juridique d'Etats puissants. Aux termes de l'actuel article 42, les premiers se trouveraient liés indéfiniment par des instruments auxquels ils seraient censés avoir donné leur acquiescement avant d'accéder à l'indépendance, et les seconds par des situations injustes découlant d'obligations qui leur ont été imposées. C'est pourquoi la délégation vénézuélienne prie instamment la Commission d'accepter l'amendement des huit Etats.

53. M. KEARNEY (Etats-Unis d'Amérique) dit que l'amendement de sa délégation et de celle de la Guyane (A/CONF.39/C.1/L.267 et Add.1) énonce un corollaire du principe de base contenu dans l'article 42. Le nouveau paragraphe 2 proposé a pour but de limiter la possibilité d'invoquer une cause de nullité aux termes des articles 43 à 47, lorsque l'Etat qui a exercé des droits ou obtenu l'exécution d'obligations conformément au traité n'a pas invoqué ce motif pendant dix ans. La plupart des systèmes

¹⁴ Basdevant: *Dictionnaire de la terminologie de droit international* (Paris, Sirey, 1960), p. 263.

¹⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, 701^e séance, par. 5.

¹⁶ *Ibid.*, 701^e séance, par. 15.

¹⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, 836^e séance, par. 22.

¹⁸ *Ibid.*, 836^e séance, par. 22.

de droit interne contiennent des lois fixant des délais de prescription, qui rendent caducs les droits privés qui n'ont pas été revendiqués pendant un certain temps; l'amendement tend à établir une règle analogue à l'échelon international.

54. Le principe bien connu suivant lequel une action en justice doit être engagée dans un délai raisonnable, à l'expiration duquel la cause ne peut plus être jugée, est appliqué différemment selon les systèmes juridiques; ceux-ci varient par exemple sur le point de savoir si l'expiration du délai a pour effet d'éteindre l'action, ou seulement d'interdire le recours, ou encore sur la durée du délai applicable à différentes catégories d'actions; mais ils sont unanimes à reconnaître que la plainte doit être formulée dans des délais raisonnables, faute de quoi la stabilité des relations contractuelles est compromise, la vie économique entravée et le système judiciaire de l'Etat incapable de fonctionner normalement. Il est évident que cette exigence universellement reconnue en droit interne doit être acceptée aussi en droit international, car on peut soutenir que la stabilité est encore beaucoup plus nécessaire en matière de contrats internationaux que dans les contrats entre personnes privées.

55. En examinant les observations des gouvernements sur le projet de convention et celles des représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la délégation des Etats-Unis a été frappée de constater que tous appuyaient le principe énoncé à l'article 42; elle espère que l'adjonction qu'elle a proposée trouvera le même appui. Il est vrai que l'idée de fixer d'une manière générale un délai aux éventuelles allégations contre la validité d'un traité est à certains égards une nouveauté; mais il ne faut pas oublier que la Conférence est engagée dans une entreprise nouvelle, celle d'arrêter des règles fondamentales destinées à régir un secteur extrêmement important des relations internationales. En proposant des moyens d'apprécier la validité des traités, la Commission du droit international n'a pas hésité à prendre en considération des principes du droit privé, bien que les précédents internationaux fussent rares en la matière: c'est ce que montrent les débats qui ont eu lieu au sein de la Commission sur les articles 45 et 46 relatifs, l'un à l'erreur et l'autre au dol.

56. Il est parfaitement raisonnable de considérer que, dans les premières années qui suivent la conclusion d'un traité, l'Etat qui découvre que celui-ci a été conclu en violation de dispositions de son droit interne ou par suite d'erreur ou de dol, peut invoquer ces faits pour mettre en cause la validité du traité. Cependant, avec le temps, à mesure que les parties exercent des droits ou obtiennent des avantages en exécution du traité, leur situation relative se modifie, du fait qu'elles croient au caractère obligatoire de ce traité; il faudrait donc qu'à partir d'un certain moment, les Etats puissent être certains que les relations qu'ils ont établies et sur lesquelles ils comptent ne seront pas bouleversées. En l'absence d'une règle fixant un délai, on risque, comme il est indiqué au paragraphe 2 du commentaire, de voir un Etat engager une action pour nullité du traité, en alléguant une erreur, ou la limitation des pouvoirs de son représentant, et user de ce subterfuge pour mettre fin aux obligations qui lui incombent en vertu du traité. Des cas de ce genre se sont présentés dans l'histoire des relations internationales. L'adoption

de la règle que propose la délégation des Etats-Unis réduirait considérablement le nombre de ces actions, génératrices de situations qui peuvent conduire à la rupture de la paix.

57. On objectera qu'un Etat peut ne pas être en mesure de découvrir la cause de nullité dans un délai spécifié d'avance; cependant, presque dans tous les cas, l'absence de formulation d'une demande de nullité au cours d'une période de 10 ans ne serait pas due, pratiquement, à l'ignorance, mais au refus de l'Etat en question de reconnaître les faits ou de formuler une demande de ce genre. Afin de tenir compte malgré tout des cas extrêmement rares où il y aurait effectivement ignorance de la part d'un tel Etat, la délégation des Etats-Unis ne serait pas opposée à l'adjonction d'une clause de sauvegarde, telle que « à moins que cet Etat n'ait pas été en mesure, en faisant preuve d'une diligence suffisante, de découvrir cette cause avant l'expiration du délai ».

58. Une autre raison pratique militant pour l'adoption de la nouvelle règle est qu'à mesure que le temps s'écoule il devient plus difficile, pour un Etat désireux de préserver la validité d'un traité, de produire des preuves à l'appui de sa thèse; les témoins peuvent être décédés et les documents peuvent avoir été détruits ou perdus; plus la période écoulée entre la conclusion d'un traité et l'allégation de nullité est longue, moins il y a de chances pour qu'un jugement valable puisse être formulé à son sujet. Au bout de 10 ans, c'est en réalité l'Etat ayant à son service le plus grand nombre d'archivistes qui aura le plus de chances de l'emporter dans une action de cette nature. Les difficultés que présentent de telles situations ont été mises en lumière dans un certain nombre d'affaires jugées par la Cour internationale de Justice.

59. La délégation des Etats-Unis n'insiste pas pour que le délai soit fixé à 10 ans, encore que ce chiffre paraisse correspondre à une période raisonnable. Elle estime que sa proposition concerne le fond et devrait faire l'objet d'un vote, mais elle propose que le vote porte sur le principe et qu'en cas d'adoption, l'amendement soit renvoyé à un groupe qui serait chargé d'examiner la question du délai à prévoir et celle de l'inclusion éventuelle d'une clause de sauvegarde.

60. Etant donné l'appui très général dont a bénéficié la proposition contenue dans l'article 42, les Etats-Unis ont été surpris de l'amendement des huit Etats (A/CONF.39/C.1/L.251 et Add.1 à 3), dont l'adoption équivaldrait pratiquement à supprimer l'article. Cet amendement semble destiné à introduire des règles spéciales visant certains différends fort anciens. Si l'on modifiait en ce sens le projet de la Commission, cela ouvrirait la porte à une nuée d'amendements, qui tendraient à incorporer à la convention, non des règles juridiques applicables à tous les traités, mais des principes destinés à étayer des réclamations usées qui invoquaient la nullité. Les Etats-Unis sont convaincus que la seule méthode réaliste permettant d'aboutir à une codification du droit applicable aux traités conclus par des Etats existants et futurs consiste à se préoccuper de l'avenir et non pas du passé. En revanche, les Etats-Unis comprennent pleinement le désir d'Etats aux prises avec des problèmes actuels de faire en sorte qu'aucune disposition de la future convention ne puisse affaiblir leur position juridique et ils

n'élèveraient pas d'objection contre une proposition tendant à spécifier que la convention ne s'appliquera qu'aux traités futurs.

La séance est levée à 13 h 15.

SOIXANTE-SEPTIÈME SÉANCE

Lundi 13 mai 1968, à 15 h 15

Président : M. ELIAS (Nigeria)

Examen de la question du droit des traités conformément à la résolution 2166 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 1966 (suite)

ARTICLE 42 (Perte du 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) [suite]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de l'article 42 du projet de la Commission du droit international¹.

2. Sir Lionel LUCKHOO (Guyane) souligne que la Commission du droit international a cherché, de toute évidence, dans l'article 42, à codifier les principes existants, tout en y incorporant des éléments nouveaux qui ont leur source dans le développement de la société internationale. Ainsi, cet article contient les éléments de continuité et de certitude sans lesquels le droit ne traduit plus le sens moral d'une société et dégénère en un ramassis lamentable d'impératifs arbitraires. L'alinéa *a* de cet article est compatible avec les principes généralement acceptés du droit international concernant le consentement et l'indépendance souveraine des Etats, selon lesquels un Etat doit être considéré comme compétent pour décider s'il veut continuer à jouir des droits et à assumer les obligations découlant d'un traité conclu dans les circonstances prévues aux articles 44 à 47.

3. L'alinéa *b* appelle des réflexions d'un ordre assez différent. L'importance majeure des doctrines de la souveraineté et du consentement en droit international a aidé à fixer le contenu du postulat juridique qui interdit de présumer l'assentiment des Etats à la légère. Quand on a reconnu la nécessité d'insuffler certains éléments fonctionnels dans le corps des normes qui régissent le comportement sur le plan des relations interétatiques, on a été amené à formuler le principe selon lequel il est possible d'établir le consentement à partir du comportement. Quand l'attitude d'un Etat a incité un autre Etat à croire à la réalité de certains faits, l'équité et la justice exigent que l'on interdise au premier de nier l'existence de ces faits s'il apparaît qu'il porterait autrement atteinte aux intérêts du second, alors que ce dernier a agi de bonne foi.

4. La délégation de la Guyane appuie donc l'article 42 sous sa forme actuelle, mais estime que le remplacement du mot « peut » par le mot « doit » renforcerait encore l'élément de certitude que l'on trouve déjà dans le texte proposé. Tel est l'objet de l'amendement de la Guyane (A/CONF.39/C.1/L.268), qui pourrait être examiné par le Comité de rédaction.

5. Pour les raisons susmentionnées, la délégation guyanaise ne peut accepter l'amendement des huit pays (A/CONF.39/C.1/L.251 et Add.1 à 3). En présentant cet amendement, le représentant du Venezuela a dit qu'il était impossible d'invoquer le principe que nul ne peut tirer avantage de ses propres inconséquences lorsque le traité est nul *ab initio*. Il convient cependant de noter que les circonstances envisagées aux articles 43 à 47 ne rendent pas le traité nul *ab initio* ; elles permettent seulement à l'Etat lésé sous réserve des dispositions de l'article 62, d'invoquer ces circonstances en tant que motifs entraînant la nullité du traité. Si l'amendement en question était accepté, la suppression de la mention des articles 46 et 47 signifierait que le dol et la corruption du représentant d'un Etat, prévus par les articles 46, 47 et 57 à 59, pourraient être invoqués pour mettre fin à un traité, bien que les parties, en qualité de personnes souveraines et indépendantes, soient expressément convenues de la validité de celui-ci, ou que, par sa conduite, l'Etat ait acquisé au maintien en vigueur du traité. Cet amendement va même plus loin ; il propose la suppression de l'alinéa *b*, de sorte qu'un Etat qui aurait volontairement accepté le dol et les avantages découlant du traité, pourrait, à une date ultérieure, chercher à en établir la nullité, dès que l'opportunité politique lui dicterait d'agir de la sorte. S'il était accepté, l'amendement détruirait donc le fondement même des principes énoncés et acceptés depuis des années par toute communauté civilisée.

6. Dans son commentaire, la Commission du droit international s'est référée à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* et à l'opinion individuelle du Vice-Président de la Cour, M. Alfaro. Celui-ci a dit notamment : « Ce principe, tel que je l'entends, est qu'un Etat partie à un litige international est tenu par ses actes ou son attitude antérieure lorsqu'ils sont en contradiction avec ses prétentions dans ce litige... Un Etat n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre Etat... Le silence d'un Etat en présence de faits contraires ou préjudiciables à des droits revendiqués ultérieurement par cet Etat... ne peut être interprété que comme une reconnaissance tacite donnée antérieurement au litige². »

7. Il y a aujourd'hui de grandes et de petites nations. Les unes peuvent affirmer leurs droits par la force, alors que les autres n'en ont pas les moyens. En obtenant l'indépendance, certains territoires coloniaux ont succédé à des traités portant sur l'établissement de frontières. Cela étant, si l'amendement était accepté, un Etat qui était lié par un traité de frontières avec une ancienne puissance coloniale pourrait demander au territoire qui vient d'obtenir son indépendance l'annulation dudit traité et réclamer, par exemple, la cession de terres qu'il veut s'approprier. Il s'agit, pourrait-on dire, d'une hypothèse monstrueuse, mais il faut éviter de fournir les moyens d'encourager un acte de ce genre. Accepter cet amendement

¹ Pour la liste des amendements proposés, voir la 66^e séance, note 10.

² C.I.J., *Recueil* 1962, p. 39 et 40.