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.38

38eme 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)*

Copyright © United Nations

ment satisfaisant, améliore le texte de l'article proposé par la Commission du droit international.

76. M. WERSHOF (Canada) déclare que sa délégation se prononce elle aussi pour la suppression de l'article 38. Si la Commission décide néanmoins de maintenir cet article, sa délégation appuiera l'amendement de la France (A/CONF.39/C.1/L.241).

77. Au cas où cet article serait retenu, le représentant du Canada demandera à l'Expert-conseil des éclaircissements sur deux points: premièrement, est-il approprié d'employer dans l'article 38 le mot « modification », alors que ce mot est utilisé dans un sens particulier à l'article 37 ?; deuxièmement, dans le cas de traités multilatéraux, l'expression « accord entre les parties » signifie-t-elle un accord entre toutes les parties ou, comme dans l'article 37, un accord de deux ou de plusieurs parties, qui peut aboutir à une modification du traité *inter se* ?

La séance est levée à 18 heures.

TRENTE-HUITIÈME SÉANCE

Jeudi 25 avril 1968, à 11 h 5

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 38 (Modification des traités par une pratique ultérieure) [*suite*] [1]

1. M. GRICHINE (Union des Républiques socialistes soviétiques) souligne que si cet article fait l'objet de tant de propositions de suppression, c'est que ses dispositions ne sont conformes ni aux règles du droit international ni à celles du droit interne.

2. Sur le plan international, cet article ne fixe pas de limites pour la modification d'un traité par la pratique ultérieure, de sorte qu'il pourrait arriver que les relations réciproques entre les parties au traité soient, dans la pratique, différentes de celles que le traité avait établies. Certes, cette situation peut se produire, mais elle ne saurait être reflétée et légalisée dans une convention aussi importante que celle du droit des traités. Cette légalisation serait contraire aux objectifs de la convention et à la stabilité des traités internationaux et créerait, en outre, des difficultés pour les Etats tiers.

3. La question a été posée de savoir si la pratique ultérieure servant de base à la modification du traité devait être celle que toutes les parties au traité ont suivie ou celle d'un certain nombre d'entre elles seulement. L'article 38 ne donne pas de réponse à cette question. Dans la première hypothèse, il vaudrait mieux appliquer les articles 35 et 37 plutôt que se fonder sur la pratique suivie dans l'application du traité et d'après laquelle il serait difficile de déterminer quelle partie du traité a été modifiée et quand elle l'a été. Dans la seconde hypothèse, il faudrait savoir quel est le nombre de parties requis et si une pratique qui ne reflète pas l'accord général peut modifier le traité pour les autres parties qui n'ont pas suivi cette pratique et qui peuvent être en désaccord avec elle. La délégation soviétique estime que la réponse à cette dernière question est négative, ne serait-ce que pour respecter le principe *pacta sunt servanda.*

4. Par ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue les exigences du droit interne en la matière, savoir les règles de droit constitutionnel régissant la conclusion des traités internationaux.

5. Pour toutes ces raisons, l'article 38 ne peut être maintenu dans la convention sur le droit des traités. Moins celle-ci contiendra d'articles controversés, plus elle sera facile à appliquer.

6. M. KEARNEY (Etats-Unis d'Amérique) appuie les amendements de la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.143), du Japon (A/CONF.39/C.1/L.200), du Venezuela (A/CONF.39/C.1/L.206) et de la République du Viet-Nam (A/CONF.39/C.1/L.220) visant à supprimer l'article 38. Ce qui préoccupe particulièrement les Etats-Unis c'est que des fonctionnaires de rang relativement peu élevé tels que des vice-consuls ou des troisièmes secrétaires puissent faire une interprétation erronée d'un traité et suivre une conduite qui, à l'insu des gouvernements, pourrait aboutir à une modification du traité.

7. Il se félicite d'avoir entendu le représentant de l'Union soviétique dire qu'il faut inclure le moins possible d'articles controversés dans la convention et il espère que ce principe sera appliqué.

8. M. YASSEEN (Irak) se prononce en faveur du maintien de l'article 38 qui reflète le droit positif.

9. Il est incontestable que le formalisme n'est pas un principe consacré du droit international et que les Etats souverains ne sont pas soumis aux exigences de la théorie de l'acte contraire, théorie qui n'est pas acceptée en droit international. Les Etats souverains peuvent agir à leur gré, dans certains limites bien entendu: il suffit que leur accord soit clair. L'accord des parties suffit pour mettre fin à un traité, ou pour le modifier. Il n'est pas nécessaire que cet accord prenne la forme d'un instrument solennel. L'article 38 ne s'écarte pas de ces principes. Il précise que l'accord pour modifier le traité est établi par la pratique, c'est-à-dire par une série d'actes: il ne s'agit pas d'une pratique quelconque, mais de celle qui pourrait être imputée aux Etats, ce qui exclut l'acte d'un consul ou d'un fonctionnaire qui dépasserait son mandat.

10. L'article 38, fondé sur l'accord des parties pour modifier le traité, n'a donc rien qui soit incompatible avec les principes généraux du droit international, avec les règles de base qui régissent le droit des traités ni surtout avec le principe *pacta sunt servanda.*

11. Certains ont fait valoir que la pratique ultérieure est suffisamment prévue par l'alinéa *b* du paragraphe 3 de

[1] Pour la liste des amendements proposés, voir la 37e séance, note 6.

l'article 27, mais cet alinéa traite de l'interprétation, qui est tout à fait distincte de la modification: la différence entre l'interprétation et la modification est la différence de nature qui existe entre un acte déclaratif et un acte constitutif.

12. En résumé, l'article 38 devrait être maintenu dans la convention sur le droit des traités, car il reflète le droit positif et il n'est pas incompatible avec les règles fondamentales du droit des traités, qui érigent en principe essentiel l'accord des parties pour la conclusion, la terminaison ou la modification des traités.

13. M. MAKAREWICZ (Pologne) déclare que la délégation polonaise est favorable à la suppression de l'article 38, qui manque de clarté et qui susciterait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait.

14. Il est vrai que la pratique unanime des parties peut aboutir à la modification d'un traité, mais cette procédure n'entre pas vraiment dans le champ de la convention, qui ne s'étend qu'aux traités conclus entre Etats en forme écrite.

15. La modification d'un traité se fait normalement de la façon indiquée dans les articles 35 à 37. La modification par une pratique ultérieure est assez exceptionnelle. En outre, la question est beaucoup trop complexe pour qu'on puisse la résoudre d'une manière satisfaisante dans un seul article disant simplement qu'un traité peut être modifié par la pratique ultérieure.

16. En ce qui concerne l'amendement français (A/CONF.39/C.1/L.241), le représentant de la Pologne souligne qu'il sera difficile, dans la pratique, de déterminer si les dispositions d'un traité ou les conditions de sa conclusion sont de nature à faire obstacle à sa modification par la pratique ultérieure.

17. Enfin, l'article 38 peut aller à l'encontre de la pratique constitutionnelle des Etats en matière de conclusion des traités.

18. M. HU (Chine) déclare que sa délégation est en faveur de la suppression de l'article 38, car cet article est de nature à susciter des malentendus, voire des différends entre les Etats intéressés.

19. M. RUIZ VARELA (Colombie) appuie les amendements de la Finlande, du Japon, du Venezuela et de la République du Viet-Nam visant à supprimer l'article 38.

20. Tout en ayant conscience de la grande différence qui existe entre la modification des traités par une pratique ultérieure, prévue à l'article 38, et leur interprétation compte tenu de la pratique ultérieure, que prévoit l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 27, la délégation colombienne est d'avis que l'article 38 ne répond pas dans la même mesure que l'article 27 à une véritable réalité, ni à une exigence évidente de la communauté internationale.

21. En effet, l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 27 reflète la pratique traditionnelle en ce qui concerne l'interprétation de tous les traités internationaux. L'article 38, au contraire, ne respecte ni le droit ni la démocratie, parce que les traités se défont comme ils se font, et si une procédure a été suivie pour la négociation, la signature, l'approbation interne et la ratification d'un traité — procédure qui implique le respect du régime constitutionnel interne — la même procédure doit être suivie pour toute modification de ce traité afin d'assurer l'équilibre voulu entre les compétences internes des gouvernements et des parlements pour ce qui est de contracter ou de modifier des obligations internationales.

22. M. MARESCA (Italie) déclare que l'article 38 reflète une réalité juridique existant depuis toujours. Le droit international n'est pas esclave du formalisme et doit s'adapter, par essence, aux réalités pratiques.

23. S'il est vrai que la forme écrite est la forme normale de tout accord, celle qui donne la certitude juridique la plus complète, il existe cependant d'autres moyens d'exprimer un accord, parmi lesquels la pratique est le plus sûr et le plus évident. Par ailleurs, si l'on jette un coup d'œil sur l'histoire, on ne peut que se féliciter que, dans certains cas, la pratique ait modifié des traités qui, sans cela, auraient pu avoir des conséquences tragiques. Il ne faut donc pas lier les Etats plus qu'il n'est nécessaire.

24. Au reste, le projet lui-même n'ignore pas les accords en forme non écrite ni la pratique comme source de droit et critère d'application. L'article 38 réaffirme la possibilité pour le droit d'évoluer au fur et à mesure que les nécessités l'imposent.

25. Naturellement, si le traité prévoit des procédures spéciales pour sa modification, la pratique ne serait pas la procédure la plus normale; pour cette raison, M. Maresca appuie l'amendement français (A/CONF.39/C.1/L.241).

26. En conclusion, le maintien de l'article 38 est absolument nécessaire à l'économie du projet de convention.

27. M. MIRAS (Turquie) déclare que, selon la constitution turque, les traités internationaux dûment mis en vigueur ont force de loi; la délégation turque ne saurait donc appuyer le maintien de l'article 38, qui prévoit la modification des traités par la pratique ultérieure. Elle ne pense pas, d'autre part, que cet article consacre une règle de droit international existante. L'affaire d'arbitrage citée dans le commentaire ne justifie nullement l'adoption de telles dispositions.

28. En outre, cet article est superflu. L'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 27 assure une souplesse suffisante en introduisant l'élément de la pratique ultérieure dans l'interprétation des traités; il ne faudrait pas que cette souplesse aille jusqu'à reconnaître à la pratique ultérieure l'effet de modifier le traité lui-même. L'article 38 va du reste à l'encontre de la souplesse recherchée; en effet, les parties contractantes pourraient être amenées à adopter une attitude rigide dans l'application des traités, afin d'éviter qu'une pratique souple ne soit considérée comme une modification du traité.

29. La délégation turque appuie donc les quatre amendements visant à supprimer cet article.

30. M. THIAM (Guinée) exprime l'inquiétude de sa délégation devant les répercussions fâcheuses que l'article 38 pourrait entraîner s'il était maintenu dans sa forme actuelle, notamment à l'égard du principe *pacta sunt servanda*.

31. Dans le cas des traités multilatéraux, il peut arriver que la majorité des Etats parties au traité suivent une pratique qui modifie celui-ci, tandis que les autres parties, minoritaires, continuent à s'en tenir aux dispositions clairement énoncées dans le texte du traité. Cette hypothèse a été évoquée par la Commission dans le paragraphe 2 de son commentaire sur cet article. Dans ce cas les Etats qui appliquent de façon stricte le principe *pacta sunt servanda* seraient en quelque sorte pénalisés. Naturellement, les Etats qui n'approuvent pas la pratique modificatrice restent libres de se retirer du traité, mais il ne faut pas perdre de vue que l'objectif de la convention est de développer les relations contractuelles entre les Etats et de favoriser la coopération internationale.

32. La délégation guinéenne est donc favorable à la suppression de cet article, qui risque de faire échec au principe *pacta sunt servanda.*

33. M. VEROSTA (Autriche) dit qu'il reconnaît l'existence de la règle énoncée à l'article 38; de plus, il s'agit d'un principe du droit international. Cet article a trait à un problème qui se pose à tous les législateurs comme à tous les auteurs de traités aussitôt que les négociations ont abouti. Un juriste français a dit: « Qui ne connaît que le Code ne connaît pas le droit civil français ». Il en va de même en droit international. On pourrait citer par exemple plusieurs traités multilatéraux, conclus entre l'Autriche et d'autres Etats, qui ont été modifiés par la pratique. L'article 38 n'est pas contraire au principe *pacta sunt servanda* et la Commission du droit international a eu raison de le faire figurer dans le projet de convention. La délégation autrichienne votera en faveur du maintien de cet article sous sa forme actuelle, ou modifié conformément à l'amendement français (A/CONF.39/C.1/L.241).

34. M. ALVAREZ (Uruguay) dit que l'article 38 soulève un grand nombre de problèmes insolubles et qu'il est incompatible avec les principes qui sont à la base même de la convention en cours d'élaboration. Il n'y a aucune règle de droit international qui établisse qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieure, même si cette pratique découle de l'accord tacite des parties. De plus, ce n'est pas la pratique qui modifie le traité; un accord ne peut être modifié que par un autre accord.

35. Parmi les nombreuses questions qui se posent, on peut citer les suivantes. Quel est la portée de l'expression « un traité »; s'agit-il aussi des traités de paix, de la Charte des Nations Unies, des accords relatifs aux droits de de l'homme, de la Convention sur le génocide ? Quelles sont les dispositions de ces traités qui peuvent être modifiées par une pratique ultérieure ? A la 866e séance de la Commission du droit international, M. Tounkine a exprimé l'avis que la Commission devait être prudente et indiquer que les dispositions essentielles d'un traité ne pouvaient pas être modifiées par la pratique ultérieure[2]. S'il n'en était pas ainsi, les traités n'offriraient aucune garantie, puisque la pratique pourrait avoir pour conséquence de porter atteinte à la reconnaissance des libertés et des droits fondamentaux et des principes énoncés par la Charte des Nations Unies. Que faut-il d'ailleurs entendre par pratique ? Un traité international en vigueur lie tous les organes d'un Etat. On peut donc se demander si tous les organes d'un Etat sont habilités à décider de l'application d'une pratique ultérieure ou s'il faut la confirmation expresse ou tacite de l'autorité compétente de l'Etat. La pratique à laquelle se réfère cet article doit-elle répondre à certaines conditions préalables quant à son caractère et à sa portée ? C'est à cet égard que l'article 38 est en contradiction avec le principe *pacta sunt servanda*, car toute pratique qui entraîne la modification d'un traité suppose nécessairement la non-application, c'est-à-dire la violation des dispositions de ce traité, jusqu'à ce que cette pratique puisse être considérée comme la manifestation d'un accord tacite entre toutes les parites.

36. L'article 38 soulève également des problèmes insolubles sur le plan du droit interne. Une modification peut ne pas avoir été approuvée par tous les organes compétents d'un Etat: comment l'Etat pourrait-il alors l'appliquer sur son territoire ? De plus, à quel moment peut-on dire que le traité est modifié par une pratique ultérieure des parties et qui va déterminer ce moment ? On constate en outre que, au cours des délibérations de la Commission du droit international, ses membres n'étaient pas d'accord en ce qui concerne les conditions que devait réunir la pratique ultérieure pour modifier les traités multilatéraux. Pour ces traités, toute modification doit être faite selon certaines conditions énoncées dans le traité lui-même. Une sentence arbitrale, si autorisée soit-elle, n'est pas suffisante pour faire de la solution applicable à un cas déterminé une norme générale du droit international.

37. Etant donné que toutes ces questions restent sans réponse, l'article 38 introduit un certain élément d'incertitude. La délégation uruguayenne votera donc contre le maintien de cet article.

38. M. MALITI (République-Unie de Tanzanie), après avoir étudié la question avec soin et écouté avec attention les différents orateurs, aboutit à la conclusion qu'il est préférable de supprimer l'article 38. En effet, la règle énoncée dans cet article n'existe pas et, même si elle existait, elle serait mauvaise. Il faut faire une distinction très nette entre la pratique ultérieure qui peut servir aux fins de l'interprétation du traité (art. 27) et la pratique ultérieure qui modifie les dispositions du traité (art. 38). En maintenant l'article 38, qui autorise expressément la modification d'un traité par la pratique ultérieure, on introduirait donc une règle permettant la violation des traités; cela est inadmissible, d'autant plus que la convention contient des règles relatives à la revision des traités qui sont juridiquement acceptables et qui ne conduiront pas aux abus pouvant résulter des dispositions de l'article 38.

39. La délégation tanzanienne ne peut donc approuver ni l'article 38 qui soulève trop de controverses, ni l'amendement français qui laisse subsister la notion de modification par la pratique ultérieurement suivie et qui ne modifie guère le texte original.

40. M. ALVAREZ TABÍO (Cuba) estime dangereux que soit admise la possibilité de reconnaître, comme source de droit, la pratique ultérieure qui pourrait ainsi réduire à néant le droit écrit. En maintenant l'article 38, on porterait atteinte à la règle *pacta sunt servanda.* Modifier les clauses d'un traité revient en effet à établir un nouveau traité

[2] *Annuaire de la Commission du droit international, 1966*, vol. I, deuxième partie, 866e séance, par. 18.

qui entrerait en vigueur par l'effet de la coutume à l'encontre du droit, alors que le développement progressif du droit des traités doit s'effectuer par voie de codification, comme le recommande l'Article 13 de la Charte des Nations Unies. S'il est acceptable que la pratique ultérieure soit retenue comme moyen d'interprétation, il est inadmissible qu'elle puisse modifier un traité qui contient des dispositions établies avec une grande précision.

41. Il est impossible de reconnaître une règle qui est incompatible avec la notion même de traité et qui va à l'encontre des principes juridiques énoncés dans la convention. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que les constitutions en vigueur reconnaissent aux traités le statut d'une loi interne et que toute modification qui implique une innovation ne peut lier un Etat que si cette modification s'est effectuée dans les mêmes conditions que celles qui ont donné force obligatoire au traité. La délégation cubaine votera donc contre le maintien de l'article 38.

42. M. CRUCHO DE ALMEIDA (Portugal) déclare que sa délégation est en faveur de la suppression de l'article 38, car son application, notamment aux traités multilatéraux, pourrait donner prétexte à de graves abus et même à la violation du principe *pacta sunt servanda.*

43. M. REGALA (Philippines) rappelle que de nombreuses constitutions prévoient que toute modification d'un traité doit être ratifiée par les organes législatifs du pays. C'est notamment le cas pour les Philippines, où l'approbation du Sénat est requise. L'article 38 poserait donc de graves problèmes puisqu'il énoncerait une règle incompatible avec les dispositions de droit interne en vigueur dans de nombreux Etats. L'adoption de l'article 38 introduirait un élément d'incertitude et il est préférable de le supprimer.

44. M. KRAMER (Pays-Bas) dit que sa délégation n'approuve pas l'article 38. Cet article a été inséré très tardivement dans le projet par la Commission du droit international, qui aurait probablement décidé de ne pas maintenir cet article ou qui l'aurait de nouveau examiné avec soin si elle en avait eu le temps. La Commission aurait alors probablement dit non pas que le traité lui-même pouvait être modifié par la pratique ultérieure, mais que l'application du traité pouvait être influencée par cette pratique. En effet, le texte du traité demeure inchangé, quelle que soit la pratique, et il faut un nouveau document écrit pour supprimer ou modifier les dispositions d'un traité ou pour y ajouter de nouvelles dispositions. La pratique ultérieure peut, il est vrai, entraîner de nouvelles formes d'application, ou même la non-application de certaines dispositions d'un traité, mais elle ne peut aboutir à la suppression des dispositions elles-mêmes.

45. On peut se demander pourquoi la Commission du droit international a décidé de s'écarter, dans cet article, de la règle selon laquelle les traités doivent être en forme écrite pour tomber sous coup de la convention. D'après l'article 38, il y aurait des traités en forme non écrite qui pourraient modifier des accords en forme écrite et qui entreraient ainsi dans le champ d'application de la convention.

46. En outre, lorsqu'il s'agit d'un traité multilatéral, il est extrêmement difficile de vérifier si les parties sont d'accord lorsqu'on ne peut se guider que sur la pratique suivie dans l'application du traité. Il semble que, si certaines dispositions d'un traité ne conviennent pas à quelques-unes des parties, il y aura souvent quelque autre partie pour laquelle ces dispositions demeureront satisfaisantes. D'après l'article 38, les parties qui n'appliquent plus lesdites dispositions du traité pourraient considérer le traité comme modifié entre elles. Il n'y aura qu'une possibilité limitée d'appliquer le paragraphe 2 de l'article 37: la modification ne pourra être notifiée aux autres parties que *post factum.* Elle surprendra quelque peu ces autres parties, qui étaient en droit de compter que la modification ferait l'objet d'un accord en forme écrite.

47. De l'avis de la délégation néerlandaise, l'article 38 signifie que si les parties, ou un certain nombre de parties, n'observent plus les dispositions d'un traité pendant un certain temps, le traité est *ipso facto* modifié dans la mesure où il n'a pas été appliqué. Il y aurait là une très grande dérogation au principe *pacta sunt servanda.* Il ne semble cependant pas que les Etats adoptent une telle pratique, de sorte qu'il ne paraît pas nécessaire d'énoncer une règle à ce sujet. La délégation néerlandaise appuiera donc les amendements visant à supprimer l'article 38.

48. M. ROSENNE (Israël) déclare que sa délégation est en faveur de la suppression de l'article 38. Il n'ira pas jusqu'à dire que la règle en question n'existe pas en droit international, mais il pense qu'elle est prévue par d'autres articles du projet. Il existe certainement une distinction théorique entre la pratique ultérieure considérée comme un moyen d'interpréter un traité et la modification d'un traité par la pratique suivie ultérieurement dans son application; toutefois, en fait, les conséquences sont sensiblement les mêmes, de sorte qu'il ne semble pas nécessaire d'insérer un article distinct.

49. M. CHEA DEN (Cambodge) dit que sa délégation a eu tout d'abord quelques doutes quant à l'utilité de maintenir l'article 38, car, à première vue, il est difficile d'admettre que la pratique ultérieure puisse modifier des dispositions conventionnelles. De plus, il est certainement difficile de définir le sens et la portée des pratiques. Cependant, après avoir soigneusement étudié le commentaire de la Commission du droit international, la délégation cambodgienne s'est ralliée à l'opinion des délégations qui se sont déclarées en faveur du maintien de l'article, En effet, la modification envisagée implique l'accord unanime des parties et elle découle de la pratique que les Etats seront amenés à suivre ultérieurement. Cette pratique est la manifestation d'une nouvelle intention commune des Etats intéressés, L'article ne fait qu'énoncer une pratique suivie par les Etats. La délégation cambodgienne votera donc pour le maintien de l'article 38. Elle pourrait également accepter l'amendement de la France (A/CONF.35/C.1/L.241).

50. M. RUEGGER (Suisse) croit inutile de répéter les arguments avancés par les représentants de l'Italie et de l'Autriche en faveur du maintien de l'article 38, auquel la délégation suisse apportera sa voix. A son avis, le texte présenté par la Commission est conforme au droit international. Il partage également l'avis du représentant de l'Irak selon lequel cet article correspond au droit positif. A ce propos, il fait observer que l'affaire citée

dans le commentaire de l'article 38, à savoir le récent arbitrage entre la France et les Etats-Unis relatif à l'interprétation d'un accord bilatéral, n'est pas un cas isolé. Certains orateurs ont dit que la question traitée dans l'article 38 est litigieuse. Cette remarque est malheureusement juste, mais elle peut s'appliquer à d'autres articles du projet. Certes, la question de la modification des traités par une pratique ultérieure ne doit pas être laissée à la décision arbitraire des parties; c'est pourquoi le projet de convention doit contenir une disposition qui définisse la procédure à suivre pour le réglement judiciaire ou arbitral des différends en la matière.

51. M. DE LA GUARDIA (Argentine) est d'avis que les arguments invoqués contre l'article 38 ne sont guère convaincants. Certaines délégations ont parlé de la violation du principe *pacta sunt servanda*. Où est la violation si un accord intervient entre toutes les parties en vue d'appliquer le traité d'une manière différente de celle qui est prescrite dans certaines des dispositions ? Pour sa part, il se rallie aux vues exprimées par les représentants de l'Irak, de l'Autriche, du Cambodge, de l'Italie et de la Suisse, selon lesquels l'article 38 s'inspire d'un principe existant, qui contribue à rendre le droit international plus proche de la réalité. Le principe de la conduite ultérieure des parties ne relève pas de la seule interprétation des traités, mais il peut aboutir aussi à leur modification; il existe dans la jurisprudence et la doctrine un corps respectable d'opinions qui vont en ce sens, notamment celles de McNair et de Visscher. Il votera donc en faveur de cet article et acceptera l'amendement présenté par la France (A/CONF.39/C.1/L.241), qui enlève au texte toute trace d'ambiguïté.

52. M. ŽOUREK (Tchécoslovaquie) estime que l'article 38 n'est pas conforme au droit contemporain. La Commission du droit international a souligné à plusieurs reprises dans son commentaire que le but essentiel de son travail est de renforcer la stabilité des rapports conventionnels. Dans son ensemble, le projet de convention témoigne de cette préoccupation constante; malheureusement, l'article 38 va à l'encontre du but recherché. Il donne trop d'importance à la pratique des Etats et va beaucoup trop loin. Dans l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 27, la pratique des Etats est reconnue comme l'un des éléments témoignant de la volonté des Etats. Par ailleurs, dans l'article 34, la règle coutumière est considérée comme un moyen d'élargir le champ d'application de la convention. Aller plus loin équivaudrait à introduire un élément d'insécurité dans les rapports conventionnels entre les Etats.

53. En effet, la pratique des Etats n'est pas facile à établir, car elle varie dans le temps et en raison des circonstances politiques. L'adoption de cette pratique comme moyen de modifier un traité entraînerait des difficultés innombrables. D'ailleurs dans la majorité des cas, il est nécessaire de recourir à un accord formel entre les parties contractantes pour modifier un traité. Dans ces conditions, il est permis de se demander pourquoi, si les parties acceptent de modifier un traité sur la base de la pratique suivie et si, dans la majorité des cas, elles doivent recourir pour le faire à un accord formel, elles ne reviseraient pas tout simplement le traité. La stabilité des relations conventionnelles y gagnerait et cela répondrait au désir des Etats tiers qui peuvent avoir intérêt à savoir quels accords sont intervenus entre les Etats, faute de quoi le jeu de la clause de la nation la plus favorisée serait entravé.

54. Par conséquent, cette disposition ne semble pas souhaitable, même pour le développement progressif du droit international. Dans ces conditions, la délégation tchécoslovaque votera pour sa suppression.

55. Sir Humphrey WALDOCK (Expert-conseil) constate que la tâche qui lui incombe d'expliquer les raisons qui ont amené la Commission du droit international à inclure cet article dans le projet lui a été grandement facilitée par les représentants de l'Irak et de l'Italie. Certaines délégations ont dit que cet article avait été inséré au dernier moment. Il est vrai qu'il a été rédigé vers la fin, mais le problème avait retenu l'attention de la Commission lors de phases successives de ses travaux. La Commission a tenu compte de la différence qui existe entre l'interprétation d'un traité sur la base de la pratique ultérieure et la question de savoir si une pratique ultérieure s'écarte à ce point de toute interprétation raisonnable des clauses du traité qu'elle équivaille à les modifier. Assez souvent, l'interprétation d'un traité diffère passablement des clauses de celui-ci, soit parce que certaines dispositions ne sont pas faciles à appliquer, soit parce que les circonstances ont changé, si bien que la pratique qui s'est instaurée ne correspond pas exactement au sens que l'on donnerait à ce traité en interprétant son texte initial. La Commission aurait pu omettre cet article et considérer que la question était réglée, bien que d'une façon assez vague, par la disposition qui figure à l'alinéa *b* de l'article 3, qui se réfère aux accords internationaux en forme non écrite. Elle a jugé plus sage de traiter cette question dans un article distinct. Si elle avait pu consacrer une autre session au droit des traités, elle aurait pu examiner à nouveau le problème et rédiger un texte plus élaboré. Compte tenu des circonstances, elle a accordé une attention toute particulière à la rédaction de l'article. La Commission a été sur le point d'adopter une proposition tendant à remplacer les mots « suivie par les parties » par « suivie par toutes les parties », afin de montrer que la modification du traité nécessite l'accord tacite de toutes les parties intéressées. Cette adjonction aurait peut-être atténué les inquiétudes exprimées par certaines délégations. Cependant, plusieurs des critiques présentées semblent indiquer que certaines délégations ne tiennent pas compte du dernier membre de phrase « lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité ».

56. Sir Humphrey Waldock s'étonne que certaines délégations estiment que l'article 38 constitue une quasi-violation du principe *pacta sunt servanda*, d'autant plus que la base juridique de cet article est la bonne foi. La disposition de l'article 38 repose sur le principe selon lequel un Etat qui a pris position dans un domaine du droit, en particulier dans le domaine du droit des traités, et permet à un autre Etat d'agir d'après les mêmes normes, ne peut revenir sur sa décision et déclarer illégal l'acte accompli. En conséquence, la critique selon laquelle cet article est contraire au principe *pacta sunt servanda* ne saurait être retenue.

57. Certains représentants ont soutenu que l'article 38 pourrait permettre de modifier les traités contrairement au droit interne. Or, jusqu'à présent, cette application transformée des traités n'a jamais posé de problème constitutionnel. Normalement, les modifications ne portent pas atteinte à la raison d'être principale du traité et elles ne suscitent pas d'objections du côté des parlements. Si l'application d'une disposition conventionnelle va à l'encontre de la législation nationale, le représentant du ministère des affaires étrangères du pays intéressé demande. selon la procédure habituelle, que l'on procède à la revision du traité.

58. La Commission a soumis cet article à l'approbation de la Conférence parce que, sans cet article, certaines pratiques actuelles restent inexpliquées.

59. M. BAREN-SEMPER (Trinité et Tobago) appuie l'amendement tendant à supprimer l'article 38.

60. Le PRÉSIDENT met aux voix les amendements présentés par la Finlande (A/CONF.39/C.1/L.143), le Japon (A/CONF.39/C.1/L.200), le Venezuela (A/CONF. 39/C.1/L.206) et la République du Viet-Nam (A/CONF. 39/C.1/L.220), qui tendent tous à supprimer l'article 38.

Sur la demande du représentant du Chili, il est procédé au vote par appel nominal.

L'appel commence par l'Italie, dont le nom est tiré au sort par le Président.

Votent pour : Japon, Koweït, Liban, Liechtenstein, Mexique, Mongolie, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République du Viet-Nam, Arabie Saoudite, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Syrie, Trinité et Tobago, Turquie, République socialiste soviétique d'Ukraine, Union des Républiques socialistes soviétiques, République arabe unie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, République-Unie de Tanzanie, Etats-Unis d'Amérique, Uruguay, Venezuela, Yougoslavie, Algérie, Australie, Brésil, Bulgarie, République socialiste soviétique de Biélorussie, Canada, Ceylan, Chili, Chine, Colombie, Congo (Brazzaville), Costa Rica, Cuba, Chypre, Tchécoslovaquie, République Dominicaine, République fédérale d'Allemagne, Finlande, Grèce, Guinée, Hongrie, Israël.

Votent contre : Italie, Kenya, Mali, Saint-Marin, Sierra Leone, Suisse, Argentine, Autriche, Bolivie, Cambodge, Danemark, Equateur, Inde, Indonésie, Irak.

S'abstiennent : Côte d'Ivoire, Libéria, Madagascar, Malaisie, Monaco, Maroc, Nigeria, Pakistan, Roumanie, Sénégal, Singapour, Thaïlande, Tunisie, Zambie, Afghanistan, Belgique, République centrafricaine, Congo (République démocratique du), Dahomey, Ethiopie, France, Gabon, Ghana, Guatemala, Saint-Siège, Iran.

Par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions, ces amendements supprimant l'article 38 sont adoptés.

La séance est levée à 12 h 50.

TRENTE-NEUVIÈME SÉANCE

Vendredi 26 avril 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 39 (Validité et maintien en vigueur des traités) [1]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie V du projet de la Commission du droit international et, d'abord, l'article 39. Il fait savoir que la délégation chinoise a retiré son amendement à cet article (A/CONF.39/C.1/L.242).

2. M. RUEGGER (Suisse) déclare qu'il faut voir dans l'amendement de la Suisse, qui tend à modifier la première phrase du paragraphe 1 de l'article 39 et à en supprimer la deuxième, non pas un amendement de forme mais bien un amendement de fond. Le remplacement du mot « nullité » par le mot « annulation » pose une question de principe: en employant le mot « annulation », on établit les garanties nécessaires à la sécurité des traités. Un traité doit être présumé valide tant que la procédure qui permet d'obtenir son annulation n'a pas été menée à son terme. Dans le monde d'aujourd'hui, les traités *contra bonos mores* sont pratiquement inconnus, parce que l'opinion publique en empêche presque toujours la conclusion; mais afin de rendre impossibles des prétentions unilatérales fondées sur une assertion de nullité, il est indispensable de prévoir des mécanismes sans fissures pour déterminer de manière impartiale s'il existe de véritables causes de nullité, faute de quoi l'application du principe *pacta sunt servanda* serait mise en danger. Presque tous les traités sont conclus de bonne foi, et ce serait une erreur que de prendre la présomption de nullité pour point de départ.

3. La procédure d'annulation nécessite l'intervention d'une ou plusieurs instances impartiales. Il est impossible, en examinant l'article 39, de ne pas empiéter sur l'important domaine de l'article 62, lequel ne fournit cependant qu'un cadre aujourd'hui tout à fait insuffisant. Aucune position officielle ne pourra être prise sur l'article 39 tant que les membres de la Commission ne se seront pas mis d'accord sur la teneur de l'article 62, qui demande certainement à être améliorée. La délégation suisse souhaite vivement que la procédure exposée à l'article 62 soit entourée de toutes les garanties possibles, avec l'arbitrage comme dernier recours. Il ne faut pas sous-estimer la valeur de la conciliation, car elle a le grand avantage de ne pas laisser de cicatrice, alors que l'arbitrage tient davantage de l'intervention chirurgicale. La Suisse s'est employée à la conclusion de nombreux accords bilatéraux visant au règlement de différends par la conciliation, avant qu'intervienne une sentence arbitrale

---

[1] La Commission était saisie des amendements suivants: Suisse, A/CONF.39/C.1/L.121; Pérou, A/CONF.39/C.1/L.227; République du Viet-Nam, A/CONF.39/C.1/L.233; Chine, A/CONF.39/C.1/L.242; Australie, A/CONF.39/C.1/L.245. Ultérieurement, un amendement a été proposé par Singapour, A/CONF.39/C.1/L.270.