

Document:-  
**A/CN.4/SR.675**

**Compte rendu analytique de la 675e séance**

sujet:  
**Droit des traités**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1963, vol. I**

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

54. Malgré le talent avec lequel le Rapporteur spécial a traité ce sujet, qui est extrêmement complexe, il faudrait rédiger l'article 5 dans une forme plus simple convenant mieux à une convention internationale.

55. En ce qui concerne le paragraphe 4 a), M. Amado se demande s'il serait judicieux d'aller jusqu'à stipuler qu'un traité multilatéral serait nul et non avenue si le représentant de l'un des Etats participant à la négociation, sachant que le représentant d'un autre Etat n'est pas constitutionnellement habilité à établir le consentement de l'Etat à être lié par le traité, n'en a pas informé les autres Etats intéressés au moment voulu.

56. M. BARTOŠ remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté avec tant de clarté les aspects théoriques et pratiques du problème. Cependant, en dépit du soin avec lequel le Rapporteur a pesé tous ses mots, la question de la primauté du droit international sur le droit interne et de leurs rapports ne va pas sans faire naître quelque confusion sur la théorie à adopter pour déterminer quels sont les organes habilités à représenter un Etat et tirer les conséquences pratiques de la théorie admise.

57. Faut-il, comme le préconise M. Ago, se référer aux textes constitutionnels ou à la pratique constitutionnelle d'un Etat à seule fin de savoir quel est l'organe qui a la compétence voulue pour le représenter ? L'histoire ne paraît pas confirmer cette thèse. Les principes dont s'inspire le droit des nations civilisées soulèvent des questions comme celle de la compétence des organes ou des individus à représenter un Etat. Il s'agit des cas où l'une des parties a profité d'actes dont il savait qu'ils outrepassaient la compétence du représentant de l'autre partie. Peut-on considérer que certains traités imposés par une contrainte psychologique ou autre sont vraiment valables — que, par exemple, la signature du Président Benès était valable lorsqu'il a signé des actes qu'il n'avait pas le pouvoir constitutionnel de signer ? Il paraît donc très difficile de dire qu'il suffit de se référer à la compétence des organes pour trancher la question.

58. Mais la question de la constitutionnalité amène celle des limites des actes internationaux, question vraiment embarrassante, car il faut envisager, d'une part, les principes démocratiques, et, d'autre part, la possibilité de déterminer autrement la valeur constitutionnelle de l'acte. Diverses solutions ont été données à ce problème. Le droit des Etats-Unis, par exemple, fait une distinction entre les traités « proprement dits » et les « executive agreements ».

59. Les trois théories en présence sont exposées dans le rapport et toutes soulèvent des difficultés. Il appartient aux membres de la Commission de s'arrêter à une solution unique et définitive.

60. Le paragraphe 4 de l'article 5 soulève bien des questions délicates qui se prêtent à diverses interprétations. Quel est le critère qui peut, par exemple, permettre de déterminer la bonne ou la mauvaise foi ? A l'heure actuelle, un Etat peut aisément avoir connaissance des constitutions écrites ou autres règles constitutionnelles d'autres Etats, mais il peut s'élever des doutes au sujet

des faits qui étaient connus personnellement des négociateurs. De même, il est difficile de se prononcer sur la validité d'un traité ou la possibilité de l'annuler, ou sur la prescription du droit de contester la validité d'un acte international.

61. Pour ce qui est du paragraphe 4 b), M. Bartoš, tout en approuvant le principe suivant lequel la ratification peut être nulle et non avenue lorsqu'un représentant a outrepassé ses pouvoirs, signale les dangers de ce principe du point de vue de la sécurité des relations internationales et demande que la Commission s'accorde une semaine de réflexion, tout en poursuivant une discussion féconde, avant de prendre une décision.

62. M. Bartoš fait des réserves au sujet du paragraphe a), car, à la session précédente, il faisait partie de la minorité qui n'a pas approuvé le texte concernant la non-ratification des traités en forme simplifiée, et il sera également amené à faire des réserves sur d'autres articles qui sont étroitement liés à l'article 4 de la première partie. Il rappelle qu'il ne s'agit pas seulement ici de la primauté du droit international, mais aussi d'apporter plus de sécurité dans les relations internationales et d'établir plus solidement la validité des actes internationaux.

*La séance est levée à 12 h 55.*

---

## 675<sup>e</sup> SÉANCE

*Mercredi 8 mai 1963, à 10 heures*

*Président : M. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA*

---

### **Droit des traités (A/CN.4/156 et Additifs)**

[Point 1 de l'ordre du jour]

*(Suite)*

#### ARTICLE 5 (RESTRICTIONS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL A LA CAPACITÉ DE CONCLURE DES TRAITÉS) *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 5 de la section II du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/156).

2. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, répondant à l'intervention dans laquelle M. Tounkine, à la séance précédente, avait demandé des renseignements sur la teneur de la section IV de son deuxième rapport — dont le texte sera distribué dans une semaine environ —, indique que cette section comprend quatre articles. Le premier traitera des pouvoirs requis, du point de vue de la procédure, pour annuler un traité, le dénoncer ou y mettre fin. Le deuxième traitera de la procédure à suivre lorsque la faculté de prendre l'une quelconque de ces mesures résulte — explicitement ou implicitement — du traité lui-même. Dans le troisième, l'article 25 — celui

qui prête, peut-être le plus à controverse —, se trouveront les règles de procédure proposées par le Rapporteur pour le cas où la faculté d'annuler le traité, de le dénoncer ou d'y mettre fin découle de la règle de droit, par exemple en cas de violation du traité ou en vertu de la clause *rebus sic stantibus*. Les auteurs font une grande place au problème de la procédure; l'une des questions les plus importantes est de savoir s'il convient de soumettre l'exercice de ces droits à une sorte de contrôle de procédure. C'est de propos délibéré que Sir Humphrey a traité de la question de procédure dans un groupe distinct d'articles. Bien que ceux-ci aient des incidences évidentes sur la solution de certaines questions d'ordre général qui se posent dans les sections II et III, le Rapporteur croit qu'il est possible d'examiner par avance celles-ci quant au fond. Le quatrième article, le 26<sup>e</sup>, qui sera court, traitera de la divisibilité des traités.

3. La section V, qui n'est pas achevée, portera sur les effets de l'annulation, de la dénonciation ou de la suspension d'un traité. Elle renfermera un certain nombre des points traités dans le deuxième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice<sup>1</sup>; mais, à certains égards, les projets d'article de Sir Humphrey diffèrent sensiblement de ceux de son prédécesseur. Si le Rapporteur n'a pas encore achevé la Section V, c'est qu'il a dû en interrompre la préparation au moment où il a reçu une communication du Secrétariat au sujet de l'invitation faite à la Commission par l'Assemblée générale, dans sa résolution 1766 (XVII), de continuer à étudier la question d'une plus large participation aux traités multilatéraux généraux conclus sous les auspices de la Société des Nations. Le Rapporteur a jugé nécessaire de donner quelque réflexion à cette question, pour le cas où il lui serait demandé de préparer un texte sur ce point dans un court délai.

4. M. VERDROSS pense que les trois premiers paragraphes de l'article 5 peuvent être, en principe, acceptés par tous les membres de la Commission, sous réserve de quelques simplifications dont pourrait se charger le Comité de rédaction. Seul le paragraphe 4 prête à controverse. M. Verdross propose donc de remplacer ce paragraphe par le texte suivant :

« a) Les dispositions des paragraphes 2 et 3 ne sont pas applicables si l'organe d'un Etat contractant ou les organes des Etats contractants, habilités à conclure des traités internationaux, savent ou doivent savoir que le traité ne peut pas être conclu définitivement sans le consentement d'un autre ou d'autres organes des Etats respectifs.

b) Toutefois, un tel traité est valable dans le domaine international si l'autre organe ou les autres organes compétents à donner leur consentement à un traité international ne réagissent pas immédiatement après avoir pris connaissance d'un traité conclu sans leur consentement. »

5. La théorie comme la pratique modernes du droit international distinguent nettement, dans la procédure de la conclusion des traités internationaux, d'une part la

formation de la volonté de l'Etat, qui est régie par le droit interne, et d'autre part la déclaration de cette volonté vis-à-vis d'autres Etats, la détermination de l'organe habilité à faire cette déclaration étant réglée à la fois par le droit interne et par le droit international. C'est la Commission elle-même qui a énoncé cette règle dans son projet en 1962<sup>2</sup>.

6. La difficulté provient de ce que cette distinction entre la formation de la volonté d'un Etat et la déclaration de cette volonté vis-à-vis d'un autre Etat repose toujours sur l'hypothèse que l'organe en question déclare ce qui est réellement la volonté de cet Etat, selon le principe fondamental de la bonne foi. S'il est notoire que la déclaration n'est pas de bonne foi, il est évident que le traité n'est pas valable. Sur ce point, M. Verdross pense qu'il convient de faire une réserve importante lorsque l'organe compétent donne son assentiment par la suite, auquel cas il n'y a plus de problème. Dans le cas contraire, M. Verdross croit qu'il n'est pas nécessaire d'aller aussi loin qu'on l'a fait au paragraphe 4. A son avis, si les organes compétents pour donner leur consentement à un traité international ne réagissent pas immédiatement après avoir pris connaissance d'un traité conclu sans leur consentement, on peut considérer, dans l'intérêt de la stabilité des relations internationales, qu'il y a approbation tacite. Il dépend en effet de chaque Etat de dire, dans un tel cas, s'il approuve ou non un acte conclu dans ces conditions. M. Verdross propose donc son projet d'amendement comme base de discussion et ne voit pas d'inconvénient à le compléter par l'alinéa b) i) du paragraphe 4, qui est suffisamment clair.

7. M. BRIGGS dit qu'il est difficile d'arriver à une conclusion ferme sur les articles de la section II sans savoir quelle sera la teneur de la section IV, qui n'a pas encore été distribuée.

8. L'article 5, si adroitement rédigé par le Rapporteur spécial, semble pouvoir être conservé dans l'ensemble. Toutefois, quelques membres de la Commission ont exprimé leurs appréhensions au sujet du paragraphe 4, parce qu'il introduit un principe contraire à celui de l'habilitation apparente, que consacre le début de l'article; de l'avis de M. Briggs, il conviendrait donc d'abandonner ce paragraphe. Le texte de M. Verdross n'offre pas une alternative satisfaisante. Enfin, il faudrait également supprimer l'alinéa b) du paragraphe 3.

9. M. Briggs voudrait suggérer, mais non à titre d'amendement formel, le texte suivant, largement inspiré de la première partie de l'article 5, qui pourrait remplacer ceux qu'il vient de citer.

« Lorsque la constitution d'un Etat exige l'approbation préalable d'un organe de cet Etat pour qu'un traité entre en vigueur ou acquière force obligatoire, la signature du traité ou le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, au mépris de cette règle constitutionnelle, par un représentant apparemment muni des pouvoirs néces-

<sup>1</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1957*, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente : 1957.V.5, vol. II, pages 17 à 80).

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-septième session, Supplément n° 9*, pages 5 et suivantes.

saies d'après l'article 4 de la première partie, ne peuvent être annulés qu'avec le consentement des autres parties au traité. »

10. M. TABIBI juge la question dont traite l'article 5 d'une grande complexité ; des conceptions très diverses se sont fait jour à son sujet. Par exemple, chacun des trois précédents rapporteurs spéciaux sur le droit des traités a fondé ses propositions sur une théorie différente. Il faut néanmoins qu'un article relatif aux restrictions d'ordre constitutionnel à la capacité de conclure des traités figure dans le projet.

11. M. Tabibi approuve dans l'ensemble la manière dont le Rapporteur spécial a abordé la question ; dans sa rédaction actuelle, le texte n'est cependant pas entièrement acceptable, parce qu'il porte atteinte à l'autorité de l'Etat en matière constitutionnelle, par égard pour le droit international. L'une des principales objections que M. Tabibi fait à ce texte tient à ce que, d'après le paragraphe 4, le représentant d'un Etat qui n'est pas muni des pouvoirs requis par la constitution peut cependant établir le consentement de cet Etat à être lié par un traité alors même qu'une ou plusieurs parties contractantes, ou encore le dépositaire, savent que ces pouvoirs lui font défaut. Il serait grandement dommageable pour les Etats, surtout lorsqu'il s'agit des pays plus petits, plus faibles et moins expérimentés, qui plus que tous autres ont besoin de la protection du droit international, qu'un représentant, non muni des pouvoirs suffisants, puisse conclure en leur nom un traité, considéré comme valable en droit international, qui compromettrait leurs intérêts politiques et économiques.

12. Assurément il est difficile de faire dépendre le droit international de restrictions d'ordre constitutionnel interne, mais, comme M. Tounkine l'a souligné à bon droit à la séance précédente, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en matière politique et économique doit à tout prix être sauvegardé. Ce droit est énoncé à l'article premier du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques qu'a déjà adopté la Troisième Commission de l'Assemblée générale ; il doit être respecté dans tout article traitant des restrictions d'ordre constitutionnel à la capacité de conclure des traités.

13. Etant donné les difficultés que présente la rédaction d'une disposition qui protégerait les intérêts de l'Etat dans le cadre du droit international, tout en sauvegardant la stabilité des traités conclus de bonne foi, il y aurait peut-être lieu de constituer un petit groupe de travail qui, après examen du texte proposé par le Rapporteur spécial et de ceux de ses prédécesseurs, et compte tenu des opinions exprimées au cours du débat, préparerait un nouveau texte répondant aux besoins de l'époque actuelle.

14. M. GROS reconnaît que l'article 5 soulève des difficultés et qu'il ne sera peut-être pas possible de lui donner immédiatement une forme définitive, mais il ne partage pas le pessimisme de certains membres de la Commission à cet égard. La difficulté de cet article vient de ce qu'il touche à des problèmes de théorie du droit, notamment à la question des rapports entre droit inter-

national et droit constitutionnel ; elle tient aussi aux conséquences pratiques qu'aura le projet dans la mesure où cet article fixera le droit dans un problème encore contesté.

15. L'article 5 tel que l'a conçu le Rapporteur concerne les traités mal conclus ou mal ratifiés en raison du fait que la représentation de l'une des parties n'était régulière qu'en apparence. A l'heure actuelle, le nombre des traités généraux, multilatéraux et bilatéraux est tel qu'on peut se demander s'il est possible, du point de vue juridique et dans la pratique, de suivre une autre règle que celle de la confiance dans les apparences, et cela pour les raisons évidentes de maintien de bonnes relations internationales, en vertu du principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat et pour des raisons de commodité dans les négociations ; la règle inverse obligerait à vérifier non seulement la régularité mais la « constitutionnalité » des pouvoirs de tous les négociateurs.

16. La thèse du Rapporteur spécial est conforme à la pratique internationale, comme le montrent ses commentaires sur l'article 5, ainsi que son admirable travail sur l'article 4. La plupart des difficultés qui peuvent se présenter dans l'hypothèse prévue par l'article 5 sont résolues par la conduite ultérieure des Etats, comme le montre Sir Humphrey Waldock dans cet article 4. La sécurité des rapports juridiques veut que l'Etat mal représenté qui ne réagit pas, mais applique le traité pendant un certain temps, ne puisse revenir en arrière. Cette thèse a été confirmée à deux reprises par la Cour internationale de Justice. C'est une bonne règle de droit international, car elle tient compte d'un intérêt majeur, celui de la sécurité des rapports entre les Etats. Certes, il pourra y avoir des cas exceptionnels, et aucun texte ne permet d'éviter les cas exceptionnels, mais la Commission doit établir une réglementation fondée sur la pratique habituelle, c'est-à-dire les cas où les Etats ont traité avec toutes les apparences d'une représentation régulière, et il faut poser le principe de la confiance dans cette régularité apparente.

17. Pour ce qui est du problème général de la négociation entre Etats, si les tendances récentes du droit international marquent un changement, cette évolution s'est faite dans le sens de la thèse du Rapporteur spécial, qui est aussi la sienne. Tous les Etats, jeunes ou anciens, ont intérêt à maintenir la confiance entre négociateurs, à éviter toute ingérence dans la politique intérieure des Etats, et à assurer la stabilité dans le résultat des négociations.

18. M. Gros peut donc se rallier à l'esprit général de l'article 5, c'est-à-dire aux paragraphes 2 et 3 a) ; cela l'amène à proposer la suppression du paragraphe 4, qui enlève à l'article 5 son équilibre en établissant une règle contraire sur la seule base d'exceptions qui ont donné lieu à de nombreuses critiques. Sur ce point, il ne croit pas être en contradiction avec le Rapporteur spécial lui-même, qui a loyalement couvert l'ensemble des problèmes, mais avec des nuances quant à sa position personnelle, clairement discernables dans le commentaire.

19. En outre, le paragraphe 4 est fondé sur des critères purement subjectifs, puisqu'il se réfère à la notion de caractère « manifeste » et de « bonne foi ». Bien qu'il ne soit pas de ceux qui estiment que la notion de « raisonnable » doive être éliminée du droit international et bien que ce critère soit un élément permanent dans l'examen de tout problème contentieux, M. Gros est frappé par les complications qu'entraînerait l'application de l'alinéa a) du paragraphe 4 dans une communauté qui ne reconnaît pas d'autorité commune ni la compétence obligatoire du juge ; il convient donc de rejeter le paragraphe 4 car la Commission doit élaborer des règles aussi claires et simples que possible pour une communauté internationale de 110 Etats.

20. Le texte proposé par M. Verdross serait excellent s'il existait un contrôle juridictionnel ; il devient une source de complications en l'absence du juge.

21. M. Gros croit donc possible de simplifier l'article 5 en supprimant les paragraphes 1, 3 b) et 4, en conservant le remarquable commentaire du Rapporteur sur l'ensemble des problèmes soulevés par cet article.

22. Après avoir souligné la valeur du rapport de Sir Humphrey Waldock, M. TSURUOKA approuve l'idée directrice dont le Rapporteur spécial s'est inspiré pour formuler l'article 5. Il n'est toutefois pas convaincu de la nécessité de conserver les paragraphes 3 b) et 4 et pense que, si le paragraphe 4 est retenu, il faudra en améliorer la rédaction.

23. Le Rapporteur spécial a eu pour principal souci d'assurer la stabilité des relations juridiques dans la communauté internationale et, pour cela, il a opté pour l'internationalisme. Ce souci est incontestablement légitime, car cette stabilité est indispensable au maintien de la paix et à la prospérité de l'humanité. Si l'on veut qu'un pays soit bien protégé juridiquement aussi longtemps qu'il se conforme aux règles existantes du droit international, qu'il agit de bonne foi et avec une vigilance normale, il est tout naturel d'opter pour le système internationaliste, qui permet d'assurer cette protection plus efficacement que le constitutionnalisme. Dans le premier système, en effet, un pays n'a pas à craindre une nullité éventuelle de l'engagement pris par un interlocuteur doté d'une habilité apparente.

24. En outre, l'augmentation considérable du nombre des Etats indépendants, fait souhaitable en soi, ne facilite pas les recherches sur les constitutions des différents pays. Ce ne sont pas seulement les Etats jeunes mais aussi des Etats anciens qui ont des constitutions nouvelles, comme en témoigne le cas du Japon. Ces difficultés sont autant de raisons pour fonder l'article 5 sur la thèse internationaliste plutôt que sur le constitutionnalisme.

25. Selon M. Tsuruoka, l'internationalisme a en outre le mérite de satisfaire au sens de l'équité, qui est à la base même de l'ordre juridique. En effet, si un Etat commet des irrégularités constitutionnelles lors de la conclusion d'un traité, il doit être seul à en subir les conséquences sans porter préjudice à l'autre partie ou à la communauté internationale.

26. Comme l'ont fait remarquer d'autres orateurs, l'internationalisme est aujourd'hui la tendance dominante dans la pratique des Etats et les précédents cités dans le rapport peuvent être interprétés comme confirmant cette thèse. Les Etats qui invoquent des irrégularités constitutionnelles pour demander la nullité d'un accord sentent probablement la faiblesse de ces arguments, puisqu'ils les appuient souvent d'arguments juridiques parfois plus importants encore. En adoptant l'internationalisme, la Commission ne ferait qu'une codification conforme à la pratique suivie dans de nombreux pays ; par conséquent un projet fondé sur ce système a des chances d'être accepté par un grand nombre de pays. M. Tsuruoka n'est pas opposé *a priori* à certaines concessions au constitutionnalisme, mais il souhaite qu'elles soient aussi peu importantes que possible, car il craint, surtout si l'on considère que le droit d'interprétation de la constitution est réservé à l'Etat intéressé, que cette théorie ne se prête à des abus et ne menace de ce fait la stabilité de l'ordre juridique.

27. Par ailleurs, M. Tsuruoka n'est pas convaincu que l'internationalisme soit contraire à la démocratie, comme certains l'affirment, et qu'il prive l'organe législatif de la possibilité de contrôle sur l'exécutif. Il lui semble, au contraire, que si l'internationalisme devient un système bien établi, l'organe législatif renforcerait sa surveillance de l'exécutif, et que cela pourrait permettre de favoriser les institutions démocratiques.

28. M. PAREDES, tout en s'associant aux orateurs qui ont félicité le Rapporteur spécial du travail qu'il a accompli, dit que l'article 5 ne le satisfait pas pleinement.

29. L'article 5 fait partie de la section qui traite des principes régissant la validité substantielle des traités ; M. Paredes ne comprend donc pas pourquoi il n'y est fait aucune mention de la capacité de l'Etat. A son avis, la capacité de l'Etat de conclure un traité est une question essentielle qu'il faut examiner avant d'aborder celle de la capacité des représentants qui signent le traité en son nom.

30. Dans tout acte accompli au nom d'une entité juridique collective, il convient de distinguer entre deux personnes ou sujets de droit : la première est l'entité juridique qui possède le droit, la seconde est l'agent ou la personne à qui il incombe d'exercer ce droit. Il est indispensable d'examiner séparément la capacité de l'une et de l'autre de ces deux personnes en droit international. En raisonnant par analogie, on peut dire qu'il serait bien étonnant qu'un code civil traite uniquement des pouvoirs de la procuration et qu'il passe totalement sous silence la question de la capacité du mandant. C'est pourquoi, lorsqu'on étudie la validité substantielle, il faut examiner non seulement la question du pouvoir qu'a le Président ou le chef de l'exécutif de signer un traité au nom de l'Etat, mais encore la capacité de l'Etat lui-même de conclure le traité, question qui se pose, par exemple, pour les territoires sous mandat ou sous tutelle, qui ont des pouvoirs limités de contracter.

31. Les dispositions de l'article 5 n'établissent pas une distinction nette entre le chef d'un Etat et le fonctionnaire qui négocie le traité en son nom. En fait, trois personnes

jouent un rôle dans cette opération ; ce sont : l'entité juridique, qui est l'Etat, le chef de l'exécutif et le négociateur. Lors de la conclusion d'un traité, il est donc possible que soit le chef de l'Etat qui conclut le traité, soit le négociateur, accomplissent un acte *ultra vires*. C'est la seconde de ces hypothèses qui se réalise si le négociateur n'a pas plein pouvoir ou des pouvoirs suffisants pour signer le traité et c'est la première, si le chef de l'Etat agit à l'encontre de la volonté du peuple ou de ses représentants dûment habilités, ou s'il ne respecte pas toutes les exigences du droit constitutionnel.

32. En régime démocratique, il est indispensable que le peuple ait la possibilité de faire connaître ses vues avant que le traité ne prenne effet. L'article 5, tel qu'il est rédigé, risque de créer une confusion, en droit international, entre la personnalité de l'Etat et la personne du chef de l'Etat. Cela est d'autant plus grave qu'en régime autoritaire, le chef de l'Etat ne tient souvent aucun compte des restrictions d'ordre constitutionnel et conclut des traités traduisant non point la volonté du peuple mais la sienne propre.

33. En Equateur, aucun traité ne peut être ratifié sans l'avis et l'approbation de l'organe législatif. Celui-ci est, comme dans beaucoup d'autres pays, le représentant autorisé de la volonté du peuple. C'est pourquoi M. Paredes ne peut accepter la thèse selon laquelle un exécutif fort puisse conclure des traités sans consulter le parlement et que de tels actes soient valables.

34. M. Paredes ne pense pas non plus qu'il soit vraiment difficile d'avoir connaissance des dispositions constitutionnelles en vigueur dans un autre Etat lorsqu'on veut savoir si un traité est valable ou non. En droit privé, une partie à un contrat qui porte sur des questions beaucoup moins importantes que les affaires de l'Etat, ne manquerait pas de prendre les mesures nécessaires pour vérifier la capacité de l'autre partie au contrat ainsi que les pouvoirs de celui qui en est l'agent ou le représentant. Il est donc beaucoup plus normal que l'on prenne les mêmes précautions pour des questions très importantes, comme celles qui font l'objet de négociations entre Etats. Ainsi donc, de même que les négociateurs sont tenus de présenter leurs pleins pouvoirs, de même il convient d'exiger que des preuves écrites soient fournies attestant que l'exécutif a le pouvoir d'agir. Lors des conférences auxquelles participent de nombreux Etats, les preuves en question devraient être présentées à une commission qui se prononcerait sur la question de la capacité de conclure un traité.

35. Il est, en outre, très dangereux d'établir une distinction entre la validité internationale et la validité interne d'un traité. Prenons, par exemple, le cas d'un accord relatif à un emprunt qui serait conclu par un chef d'Etat sans que celui-ci ait consulté les organes constitutionnels compétents. Si l'emprunt fait l'objet d'une demande de remboursement et une action est intentée près les tribunaux de l'Etat intéressé, celle-ci serait inévitablement rejetée. Les tribunaux diraient que l'accord en question est nul et non avenu en droit interne. Dans ces conditions, l'accord sera absolument sans effet. Cet exemple montre clairement qu'il faut absolument tenir compte des restric-

tions que la constitution impose au pouvoir de conclure des traités. Ces restrictions peuvent être claires et manifestes sans qu'il soit nécessaire de procéder à des études juridiques approfondies pour les déterminer. Toutefois, si la situation présentait quelque ambiguïté, il conviendrait d'exiger que le négociateur intéressé fournisse des preuves écrites comme celles que M. Paredes vient de mentionner.

36. M. de LUNA constate que l'immense majorité de la Commission s'est prononcée pour la validité d'un traité conclu *ultra vires* en violation des normes constitutionnelles formelles.

37. Certains craignent que cette attitude ne favorise une tendance antidémocratique. M. de Luna ne croit pas que leurs craintes soient fondées. Cette objection aurait pu être valable il y a cinquante ans, alors que beaucoup d'Etats avaient un régime autoritaire. Mais aujourd'hui, il y a des constitutions qui sont démocratiques et d'autres qui ne le sont pas. Ce qu'il s'agit de déterminer c'est si le droit international tient ou ne tient pas compte d'une constitution que peut être démocratique ou ne pas l'être. Encore qu'il faille, par tous les moyens, favoriser le progrès de la démocratie, M. de Luna ne pense pas que l'on y arrive en semant la confusion et l'insécurité dans la vie internationale. La solution qu'il préconise lui paraît conforme à la nature du pouvoir « extérieur ». On peut se demander s'il est plus conforme aux principes de la démocratie d'accorder un droit de représentation internationale à un chef d'Etat, élu peut-être au suffrage direct par tout le peuple, ou d'admettre que, pour qu'un traité soit valable sur le plan international, ce chef d'Etat doit tenir compte de la volonté de représentants souvent élus au second degré. Pour une démocratisation authentique de la politique extérieure, il faudrait, pour être logique, en venir à la démocratie directe, ou employer la technique de constants plébiscites pour tous les actes importants, technique si compliquée qu'elle en devient absurde.

38. Du reste, le principe sur lequel se fonde la proposition du Rapporteur est celui de l'habilitation apparente, qui est aussi appliqué en droit interne : un fonctionnaire dont la nomination est nulle n'en accomplit pas moins des actes en apparence légitimes pour les administrés. De même, en droit international, un Etat n'est pas censé s'assurer qu'un autre a des institutions véritablement démocratiques.

39. De plus, il y a un principe général d'interprétation qui est rassurant : il faut toujours interpréter autant que possible dans le sens le plus propre à ne pas engager la responsabilité internationale d'un Etat. Ce principe est d'une importance capitale, car, même sur le plan interne, étant donné la distinction que les constitutions font entre les traités, il est difficile de savoir si un traité a ou non un caractère politique et peut être conclu sans le consentement de tel ou tel organe. En se prononçant sur la manière dont il convient de classer un traité, un Etat s'ingérerait dans les affaires d'un autre : comment supposer qu'il doive connaître ce qui ne peut être connu définitivement que sur décision d'une Cour constitutionnelle ?

40. En outre, nombre de gouvernements *de jure* ont commencé par être gouvernements *de facto*, c'est-à-dire, par être anticonstitutionnels. Il est donc impossible d'intervenir dans la qualification interne des traités dès lors que l'on a admis un régime qui, à l'origine, était anticonstitutionnel. En fait, aucune constitution n'est valable du point de vue purement formel. La loi, lorsqu'elle entre en application, correspond à la situation politique et sociale d'hier, non pas à celle d'aujourd'hui. Le Code Napoléon continue d'être appliqué, mais l'interprétation de la jurisprudence en a changé presque tous les articles. Il faut donc tenir compte, non pas des conditions formelles, mais de ce qui se passe effectivement.

41. En conséquence, M. de Luna se rallie à la solution qui admet la validité des traités conclus *ultra vires*. Si la majorité croit qu'il faut faire des exceptions, il se ralliera à la proposition de M. Verdross, mais en limitant ces exceptions aux traités qui peuvent décider de l'existence d'un Etat.

42. M. AGO approuve la distinction si clairement faite par M. Verdross et qu'il avait lui-même mentionnée, entre la déclaration de volonté de la part de l'Etat, qui intéresse le droit international, et le processus de création de cette volonté, qui relève purement du droit interne.

43. S'adressant à M. Rosenne, il explique que, par le mot « renvoi » qu'il a employé à la précédente séance, pour plus de commodité, quand il a parlé du renvoi que le droit international fait au droit constitutionnel interne, il ne voulait suggérer aucune idée d'incorporation ; il voulait simplement dire que le droit international considère comme volonté valable de l'Etat celle qui est exprimée par l'organe indiqué par le droit constitutionnel interne comme compétent pour la déclarer.

44. Sur la déclaration de volonté, il n'y a pas de doute, mais en ce qui concerne le procédé de création de la volonté de l'Etat, il s'agit de savoir si le droit international doit tenir compte des règles constitutionnelles qui le régissent ou s'arrêter à la déclaration et adopter le principe que la volonté déclarée par l'organe compétent ne peut pas être discutée par d'autres Etats. Les difficultés viennent pratiquement de ce que, à l'époque moderne, certains organes de l'Etat qui, dans le passé, étaient compétents non seulement pour déclarer la volonté de l'Etat, mais aussi pour la former, ont maintenant une compétence seulement pour la déclarer, la formation relevant essentiellement de la compétence d'autres organes.

45. Selon M. Ago, la Commission se doit de choisir entre deux systèmes. Elle ne doit pas s'appliquer à élaborer une solution de compromis qui pourrait facilement constituer une contradiction juridique. Si elle admet, comme la pratique internationale l'a fait jusqu'ici, que le droit constitutionnel n'entre en ligne de compte que pour désigner l'organe habilité à faire la déclaration de la volonté de l'Etat, elle admet que, même si le chef d'Etat a ratifié sans l'autorisation préalable du parlement, le traité est valable, malgré les conséquences qui peuvent en découler pour l'Etat intéressé. Si, par contre, elle adopte le système opposé, elle doit peser les conséquences

de cette innovation, selon laquelle, en droit international, une certaine volonté devrait non seulement être exprimée par l'organe que la constitution indique comme compétent à cette fin, mais aussi être formée par les organes compétents selon la constitution, toutes les règles constitutionnelles internes ayant ainsi été respectées. Si l'on admet cette thèse, il faut être logique et ne pas faire de distinction absurde entre une règle constitutionnelle écrite et une règle coutumière, ni entre règles faciles à connaître et les règles qui ne le sont pas.

46. Selon certains, il faudrait tenir compte de toutes les règles constitutionnelles relatives à la formation de la volonté de l'Etat. Ils soutiennent que, si le chef d'Etat a ratifié le traité sans l'autorisation du parlement, on devrait considérer que le traité n'est pas valable, mais que si, par la suite, le parlement intervient et donne l'autorisation, le traité est valable. Toutefois, on est en droit de se demander alors à partir de quel moment le traité devient valable. D'après la thèse qui veut que l'on tienne compte de toutes les règles constitutionnelles relatives à la formation de la volonté, il n'y a pas de doute : dans l'hypothèse envisagée, le chef d'Etat a déclaré une volonté inexistante et par conséquent sa déclaration est nulle. Quand le parlement intervient, le chef d'Etat doit faire une autre déclaration de volonté, ou sa première déclaration ne devient valable qu'à compter du moment de l'autorisation parlementaire. Adopter un point de vue différent sur ce point équivaudrait à reconnaître que c'est la déclaration de volonté qui lie l'Etat et qui le lie dès le moment où la volonté est manifestée et que le procédé de formation de cette volonté dans l'ordre juridique interne ne regarde pas le droit international. En réalité, le système qui consisterait à tenir compte de toutes les règles constitutionnelles relatives à la formation des traités ne correspond pas à l'état actuel du droit international.

47. On a parlé de « bonne foi ». M. Ago ne voit pas ce que la bonne foi vient faire en l'occurrence, et de la bonne foi de qui il s'agit : s'agit-il de l'organe habilité à conclure un traité ? s'agit-il du chef d'Etat ? s'agit-il de l'autre Etat ?

48. Du point de vue pratique, l'idée qu'un Etat tiers puisse s'immiscer dans un conflit constitutionnel entre les différents organes d'un Etat est à éviter.

49. S'adressant à M. Paredes, il fait observer que, si un Etat doute que les organes constitutionnellement autorisés à déclarer la volonté d'un autre Etat soient vraiment représentatifs de la volonté du peuple, il lui est toujours loisible de s'abstenir de négocier un traité avec lui. Vouloir agir autrement serait introduire, dans la vie internationale, de graves éléments d'incertitude.

50. Il faut aussi songer, comme M. Tabibi l'a fait observer, aux Etats nouveaux qui sont jaloux de leur constitution et de leur souveraineté et qui n'admettraient pas que des Etats tiers se permettent d'entrer dans des considérations à ce sujet.

51. Quant aux cas envisagés par M. Bartoš, M. Ago est convaincu que ce sont des cas où il y a vice de consentement : les règles constitutionnelles peuvent avoir été respectées, mais la volonté a été viciée par la violence.

52. A la précédente séance, M. Yasseen a parlé de la nécessité, qui devrait apparaître chaque jour davantage, de connaître les systèmes constitutionnels étrangers. Il a cité le cas d'un juge qui est tenu de connaître la loi d'autres pays et de l'appliquer. Sa grande compétence en matière de droit international privé lui a peut-être fait voir là une analogie qui, d'après M. Ago, n'existe pas. S'il est vrai qu'en droit international privé on reconnaît de plus en plus que le juge national a le devoir de connaître le droit étranger, il n'y a pas de juge dans la question que la Commission envisage et elle se doit d'affirmer de la façon la plus nette qu'un Etat est souverain et qu'aucun Etat n'a le droit de s'ériger en juge de l'observation du droit constitutionnel et de ses prescriptions par les organes d'un autre Etat. Au reste, si la connaissance de systèmes constitutionnels étrangers est encore facile dans le cas des traités bilatéraux, on peut imaginer les complications qui résulteraient de l'application de ce principe dans le cas de traités multilatéraux. En plus, qui aurait compétence pour décider si les règles constitutionnelles ont été suivies ? La ratification serait-elle considérée comme valable par certains Etats et non par d'autres ?

53. En conséquence, M. Ago est d'accord avec ceux qui veulent supprimer le paragraphe 4 et il n'est même pas disposé à accepter une formule aussi souple que celle que propose M. Verdross. Il s'agit d'une question de principe ; il faut choisir entre deux systèmes : pas uniquement à cause du manque de connaissance des règles constitutionnelles internes d'un Etat par l'Etat co-contractant.

54. La limitation que M. Verdross prévoit à l'alinéa *b*) est également douteuse. Dans quelle incertitude se placerait-on si on faisait dépendre la validité d'un traité de la réaction éventuelle d'un organe constitutionnel ? Au surplus, qui pourrait dire si cette réaction est elle-même légitime ou non ? Faudrait-il attendre que la légitimité soit tranchée sur le plan du droit constitutionnel interne par la dernière instance compétente ?

55. Se référant à l'alinéa *b*) du paragraphe 2, M. Ago ne croit pas qu'il convienne d'employer le mot « paraît », qui dénoterait une compétence apparente : en réalité, la compétence de l'organe envisagé à déclarer la volonté de l'Etat est certaine. Il est incontestable que l'instrument a été exécuté en bonne et due forme ; ce qui est en litige, c'est de savoir si l'agent qui l'a exécuté a agi avec l'autorisation nécessaire à cette fin ou non.

56. Quant au titre de l'article 5, M. Ago craint qu'il ne soit interprété comme se référant à la capacité de l'Etat de conclure des traités. Selon lui, il vaudrait mieux employer une formule telle que : « Restrictions d'ordre constitutionnel au pouvoir en matière de traités de certains organes de l'Etat ».

57. M. PAL déclare qu'en ce qui concerne la question examinée, il avait d'abord penché vers l'opinion du regretté professeur Briery. Avec des réserves sur certains points de doctrine, il avait adopté l'attitude de cet éminent auteur, qui lui paraissait découler logiquement de la notion de la personnalité de l'Etat. Toutefois, le Rapporteur spécial, par son exposé pénétrant, l'a converti à son propre point de vue et il est maintenant prêt à accepter, quant au fond, les dispositions de l'article 5.

58. M. Pal dit qu'il s'abstiendra, pour l'instant, d'aborder une discussion sur les principes doctrinaux, tout en se réservant le droit de le faire ultérieurement, le cas échéant. Certaines des observations qui ont été présentées au cours de la discussion paraissent très claires, mais en réalité elles ajoutent encore à la complexité de la question. Il y a une tendance compréhensible à recourir à des expressions commodes du genre de « la formation de la volonté » et « le processus de déclaration de la volonté », mais on se heurte à des difficultés aussitôt qu'on essaye de déterminer comment et quand se forme la volonté. Il y a une question plus difficile encore, celle de savoir comment on pourra s'assurer que la volonté s'est formée par le truchement de l'organe compétent intéressé.

59. La notion de la personnalité de l'Etat implique que tout acte d'un Etat doit être accompli par un organe constitutionnel. On ne surmontera pas les difficultés inhérentes à cette situation en déclarant que le droit international traite de la déclaration de la volonté et non pas de sa formation.

60. Laissant de côté pour l'heure ces considérations doctrinales, M. Pal désire présenter certaines observations générales sur la rédaction de l'article. Premièrement, traitant des restrictions d'ordre constitutionnel, le texte paraît insister sur des dispositions constitutionnelles écrites. Il faudra modifier la rédaction de façon à couvrir aussi les restrictions d'ordre constitutionnel non écrites. En outre, il convient de tenir compte de ce que, dans certains pays, c'est non pas la constitution elle-même qui énonce les restrictions, mais un acte du pouvoir législatif, lequel agit lui-même en vertu de ses pouvoirs constitutionnels ; il y a lieu de modifier les dispositions en question pour tenir compte de cette situation.

61. Deuxièmement, le paragraphe 2 ne décrit les effets des restrictions d'ordre constitutionnel qu'à l'égard de la partie contractante dont la constitution est en question. Rien n'est dit sur la position de l'autre partie au traité. L'article ne doit pas être limité à une déclaration au sujet de l'effet exercé sur l'Etat dont la constitution est en question : il doit indiquer aussi comment les restrictions influenceront sur le traité lui-même et sur la position de l'autre partie au traité. Il importe notamment de déterminer si la question de la capacité peut être posée, non seulement par la partie contractante intéressée, mais aussi par l'autre partie au traité.

62. Quant au paragraphe 4, M. Pal croit que l'amendement proposé par M. Verdross, loin d'améliorer le texte primitif, ne ferait que créer des difficultés plus grandes encore. A son avis, la règle selon laquelle un Etat doit « savoir en fait » qu'une certaine situation existait, est moins impropre que celle qui veut qu'un organe de l'Etat soit au courant de la chose, notamment lorsque cette précision soulève le même problème difficile du point de vue constitutionnel. Mais comme il partage le point de vue des représentants qui sont pour la suppression pure et simple du paragraphe 4, M. Pal s'abstiendra d'entrer dans le détail des problèmes que soulève le texte de ce paragraphe.

63. Enfin, pour des raisons de forme, M. Pal n'est pas en faveur de l'emploi, au paragraphe 2, de l'expression



« en violation des dispositions pertinentes ». Cette expression paraît faire allusion à une omission ou à une négligence délibérée ; en fait, il s'agit de mentionner un acte qui est simplement contraire aux dispositions constitutionnelles en question.

*La séance est levée à 12 h 55.*

## 676<sup>e</sup> SÉANCE

*Jeudi 9 mai 1963, à 10 heures*

*Président* : M. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

### **Droit des traités (A/CN.4/156 et Additifs)**

[Point 1 de l'ordre du jour]

*(Suite)*

#### ARTICLE 5 (RESTRICTIONS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL A LA CAPACITÉ DE CONCLURE DES TRAITÉS) *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de l'article 5 de la deuxième partie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/156).

2. M. ROSENNE déclare que la Commission devrait formuler, en termes aussi concis que possible, une règle qui soit applicable et qui évite les considérations théoriques ; elle tiendrait compte ainsi d'une nécessité réelle, mais dont il convient de ne pas exagérer l'importance. Il est essentiel que la règle proposée limite, dans toute la mesure du possible, le champ de la détermination subjective de la part des Etats intéressés.

3. Il est prêt, quant à lui, à accepter le point de vue internationaliste du Rapporteur spécial, qui ne comporte aucune digression sur les théories moniste ou dualiste des rapports entre le droit international et le droit interne. Les règles qui font l'objet de la discussion seront limitées au domaine international ; l'activité de la Commission s'exerce sur le plan international et ne porte pas sur le droit interne des Etats.

4. M. Rosenne a trois observations préliminaires d'ordre général à présenter sur la question qui fait l'objet de l'article 5. Premièrement, la notion d'habilitation apparente peut figurer à l'article 5 tout comme à l'article 6, où elle apparaît pour la première fois dans le projet d'articles présenté par le Rapporteur spécial. Cette notion appelle toutefois certaines précisions supplémentaires. M. Rosenne avait tout d'abord eu l'impression que cette notion devait être interprétée à la lumière des dispositions du paragraphe 1 de l'article 4 de la première partie, adoptée par la Commission à sa dernière session, et qu'elle se rapportait au chef de l'Etat, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères. En droit international général, ces trois dignitaires sont considérés comme possédant l'habilitation apparente à engager l'Etat sur le plan international. Toutefois, après avoir examiné la question de façon plus détaillée, il est parvenu à la

conclusion que l'« habilitation apparente » pouvait s'étendre à tout représentant dûment autorisé ; toutefois, l'autorité et les pleins pouvoirs d'une telle personne doivent nécessairement émaner de l'un des trois dignitaires mentionnés.

5. Compte tenu de ces observations, M. Rosenne estime que le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction devraient examiner la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'introduire au paragraphe 1 e) de l'article 1 de la Première partie, une définition de l'expression « habilitation apparente ». En tout cas, le commentaire dudit article, où il est question de « l'autorité compétente », doit être éclairci.

6. Sa deuxième observation a trait au terme « restrictions d'ordre constitutionnel ». Il partage les doutes exprimés par certains membres, notamment M. de Luna et M. Pal, au sujet de la portée du terme « constitutionnel » qui, estime-t-il, appelle des éclaircissements. Il convient de préciser que ce terme s'étend non seulement au droit constitutionnel, mais encore à la pratique constitutionnelle de préciser que ce terme s'étend non seulement au droit public qui sont de caractère notoire. Cette question est liée à celle des pleins pouvoirs et leur vérification, et M. Rosenne renvoie à ce sujet au débat que la Commission, à sa 646<sup>e</sup> séance, a consacré à l'article 10 (Traité sujets à ratification)<sup>1</sup> ; en ce qui concerne le caractère notoire des dispositions constitutionnelles, il renvoie aux explications qu'a données dans son ouvrage Lord McNair<sup>2</sup>.

7. Il pense donc que les mots « restrictions d'ordre constitutionnel » pourraient être maintenus à l'article 5, mais qu'il conviendrait de ménager la souplesse nécessaire en donnant une explication dans le commentaire. Il conviendra de revenir sur l'ensemble de la question lorsque, d'ici deux ou trois ans, la Commission procédera à un nouvel examen de l'ensemble du projet d'articles, à la lumière des observations présentées par les gouvernements.

8. Troisièmement, M. Rosenne tient à réserver sa position au sujet de l'expression « validité substantielle », qui est peut-être une exigence de caractère théorique convenant davantage à un code. Le sens donné à cette expression n'est nullement univoque. Dans son deuxième rapport, Sir Gerald Fitzmaurice l'a défini comme s'entendant de la « validité quant au fond, compte tenu de conditions exigées par la jurisprudence contractuelle »<sup>3</sup>. Cette définition peut être opposée aux termes du paragraphe 3 de l'article 3 du projet d'articles que la Commission a adopté à sa onzième session : « La validité du point de vue substantiel implique les qualités intrinsèques concernant la capacité des parties de conclure des traités, la réalité du consentement donné par elles et la nature de l'objet du traité... »<sup>4</sup>. Dans son deuxième rapport

<sup>1</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1962, vol. I.*

<sup>2</sup> *The Law of Treaties, 1961, p. 61 et suivantes.*

<sup>3</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente : 1956.V.3, vol. II), p. 111.*

<sup>4</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1959, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente : 59.V.1, vol. II), p. 99.*