

Document:-
A/CN.4/SR.837

Compte rendu analytique de la 837e séance

sujet:
Droit des traités

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1966, vol. I(1)

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

91. Le Rapporteur spécial suggère que l'article 50 soit renvoyé au Comité de rédaction, pour que celui-ci l'examine en tenant compte du débat.

*Il en est ainsi décidé*⁸.

La séance est levée à 12 h 55.

⁸ Pour la décision relative à l'examen ultérieur de l'article 50, voir 842^e séance, par. 107.

837^e SÉANCE

Lundi 24 janvier 1966, à 15 heures

Président: M. Milan BARTOŠ

Présents: M. Ago, M. Amado, M. Bedjaoui, M. Briggs, M. Castrén, M. Jiménez de Aréchaga, M. Lachs, M. de Luna, M. Pessou, M. Reuter, M. Rosenne, M. Ruda, M. Tounkine, M. Tsuruoka, M. Verdross, Sir Humphrey Waldock, M. Yasseen.

Droit des traités

(A/CN.4/183 et Add.1 à 4 ; A/CN.4/L.107)

[Point 2 de l'ordre du jour]
(Suite)

ARTICLE 46 (Divisibilité d'un traité aux fins d'application des présents articles) (*reprise du débat de la séance précédente*)¹

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 46.
2. M. YASSEEN félicite le Rapporteur spécial de sa nouvelle formule qui rend compte de l'importance de la règle et des possibilités générales d'application. Il est préférable d'énoncer une fois pour toutes le principe de la divisibilité et les critères selon lesquels il pourrait être appliqué.
3. Les arguments qui justifient cette règle ont été discutés à fond en 1963 et peuvent se ramener à ceci : il faut sauver du traité ce qu'il est possible d'en sauver. S'il existe une cause de nullité ou de terminaison, qui peut s'appliquer à une partie seulement du traité, il est recommandable qu'elle produise un effet partiel et que le reste du traité demeure en vigueur autant que possible.
4. Le problème qui se pose maintenant est celui de la portée générale de la divisibilité. Faut-il accepter la divisibilité dans tous les cas ? On peut l'admettre sans inconvénient dans tous les cas de terminaison. Mais il faut être plus circonspect lorsqu'il s'agit de nullité, car il est des cas de nullité fondés sur des causes qui consti-

tuent un défi à l'ordre juridique international ou qui portent une atteinte grave à l'atmosphère de confiance nécessaire au bon fonctionnement des relations internationales. La sanction prise dans ces cas qui relèvent du brigandage international doit être proportionnée à la gravité des actes commis : elle doit anéantir tout le traité, étant entendu que les parties intéressées à sauvegarder le traité pourront le refaire tout en évitant les causes de nullité.

5. Il semble que, dans l'application de ce critère, la portée de la règle de divisibilité ne doit pas dépasser le dol, et la règle ne devrait pas s'appliquer quand il y a eu contrainte, même exercée contre le représentant d'un Etat. Cette conclusion serait en harmonie avec l'attitude très nette que la Commission a adoptée à l'égard de la contrainte, laquelle entraîne la nullité *ab initio*.

6. M. YASSEEN n'a pas d'objection à élever contre la nouvelle rédaction de l'article 46 : il n'est pas vraiment indispensable d'y introduire la notion de bonne foi, puisqu'elle est omniprésente dans le droit des traités. En conclusion, il est d'avis que les exceptions visées au paragraphe 3 du nouveau texte de l'article 46 devraient comprendre non seulement l'article 37 sur les traités incompatibles avec le *jus cogens* et l'article 36 sur la contrainte exercée contre un Etat, mais aussi l'article 35 sur la contrainte exercée contre le représentant d'un Etat.

7. M. TOUNKINE se dit en mesure d'accepter d'une manière générale le nouveau texte que le Rapporteur spécial propose pour l'article 46. En 1963, la Commission a traité de la divisibilité des traités d'une manière quelque peu fragmentaire et, n'ayant pas eu le temps de procéder à une étude approfondie, elle n'est parvenue à aucune conclusion nette concernant le champ d'application de l'article. Le Rapporteur spécial a montré comment on peut formuler une règle générale qui permette d'éviter des dispositions répétitives dans chacun des articles traitant de cas où peut jouer le principe en question.

8. M. TOUNKINE est d'avis que la règle de la divisibilité du traité devrait s'appliquer aux cas visés par les articles 31, 32, 39, 40 et 41, mais il ne saurait appuyer la proposition du Rapporteur spécial visant à l'appliquer aux traités conclus sous l'effet d'une contrainte exercée sur la personne (art. 35). Sur ce point, ses vues coïncident dans une large mesure avec celles de M. Yasseen.

9. Il est évident que la majorité de la Commission estime qu'un traité obtenu par l'effet d'une contrainte exercée contre la personne du représentant d'un Etat est nul. L'emploi de la force ou de menaces contre le représentant d'un Etat constitue une dangereuse violation du droit international qui ressemble de très près à l'emploi de la force contre l'Etat lui-même et, dans ces cas, le résultat sera la nullité du traité. En conséquence, l'article 35 devrait être mentionné à côté des autres articles visés au paragraphe 3 du nouveau texte du Rapporteur spécial pour l'article 46.

10. M. CASTRÉN déclare que le nouveau texte du Rapporteur spécial lui donne, *grosso modo*, satisfaction, du point de vue du fond comme de la forme. Toutefois, ainsi que plusieurs orateurs l'ont fait observer, il paraît nécessaire que le Comité de rédaction examine chaque

¹ Voir 836^e séance, à la suite du par. 1, et par. 2.

article de la section 2 pour voir si la règle de la divisibilité joue et de quelle façon. M. Jiménez de Aréchaga a déjà présenté certaines propositions de modification qui paraissent justifiées.

11. Quant à la place de l'article 46, M. Castrén accepte la proposition du Rapporteur spécial de le transférer dans une nouvelle section dont le titre serait « dispositions générales », après les articles 30 et 49.

12. M. RUDA pense qu'il faut féliciter le Rapporteur spécial du soin tout particulier qu'il a mis à élaborer un article difficile. L'idée fondamentale de l'article adopté en 1963 est que la nullité, la terminaison ou la suspension de l'application d'un traité s'appliquent au traité tout entier. Cette règle générale peut comporter certaines exceptions de nature objective et subjective, si les conditions spécifiées sont remplies.

13. Un traité obtenu par la contrainte exercée contre un Etat ou un traité qui est en conflit avec une règle du *jus cogens* est nul, mais dans le cas du traité obtenu par l'effet de la contrainte exercée contre un représentant, l'Etat lésé est libre d'invoquer ou non le principe de la divisibilité du traité.

14. Pour ce qui est de la place de l'article 46, M. Ruda pense que, si la Commission accepte le plan proposé par le Rapporteur spécial, l'article devrait rester là où il est, mais si la Commission décide de revenir à la proposition faite par le Rapporteur spécial à la quinzième session, l'article devrait être transféré dans une section intitulée « Dispositions générales » au début de la deuxième partie du projet.

15. A son avis, le principe de la divisibilité du traité ne saurait s'appliquer aux cas d'incompatibilité avec les dispositions du droit interne (art. 31), car cette incompatibilité ne saurait guère affecter une partie seulement du traité.

16. En ce qui concerne la rédaction de l'article, M. Ruda estime qu'on pourrait fort bien accepter un libellé se rapprochant de celui que le Gouvernement des Pays-Bas a proposé pour le paragraphe 1 car, bien qu'il soit implicite dans le nouveau texte du Rapporteur spécial que la nullité, la terminaison ou la suspension affectent en principe l'ensemble du traité, ce point n'est pas suffisamment mis en relief. Le mot « nettement » devrait être supprimé à l'alinéa *a* du paragraphe 1, car il est trop vague et il faudrait également éliminer le mot « essentielle » à l'alinéa *b* du paragraphe 1, car ce qui peut être considéré comme essentiel par l'une des parties peut ne pas l'être par une autre.

17. Tout en approuvant la structure générale du nouveau paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial, M. Ruda partage les doutes exprimés par M. Yasseen et M. Tounkine quant au fond de ce texte.

18. A son avis, le paragraphe 3 devrait être maintenu.

19. M. DE LUNA félicite le Rapporteur spécial du nouveau texte. Il approuve entièrement la proposition visant à placer l'article 46 dans une section intitulée « Dispositions générales », auquel cas il ne serait pas nécessaire de viser expressément la règle de la divisibilité dans les articles de fond énonçant les causes de nullité, de terminaison, etc.

20. Il partage l'opinion de M. Yasseen, de M. Tounkine et de M. Ruda en ce qui concerne la mention de l'article relatif aux traités obtenus par la violence exercée directement contre le représentant d'un Etat. Il y a une différence évidente entre la violence exercée contre l'organe d'un Etat, dans ses intérêts individuels, et la violence exercée contre l'Etat lui-même. L'évolution historique a heureusement abouti à ce que, dans le nouveau droit international, la violence exercée contre l'Etat soit prosaïte, du fait que la guerre d'agression a été déclarée crime international. C'est pourquoi M. de Luna est quelque peu étonné que le paragraphe 3 de l'article 46 fasse une exception dans le cas visé par l'article 36 et non dans celui que vise l'article 35.

21. Une grande querelle théorique et pratique s'est élevée au sujet de cas comme celui du traité de Madrid de 1526, qu'avait dû signer François I^{er}, roi de France, fait prisonnier. Quelles qu'aient été les doctrines soutenues au cours des siècles, même sous la monarchie absolue, il n'a jamais été considéré que le traité, conclu sous la contrainte exercée sur le souverain prisonnier, à qui violence était faite dans ses intérêts personnels, fût valide. Par conséquent, s'il est vrai que dans toute l'histoire du droit international, un traité conclu sous la contrainte exercée sur un organe de l'Etat a été nul, alors qu'il ne l'était pas si la contrainte s'exerçait contre l'Etat lui-même, pourquoi réserver un traitement spécial aux cas visés par l'article 36 et non à ceux visés par l'article 35 ?

22. M. de Luna invoque encore à l'appui de sa thèse la rédaction de l'article 35 qui parle uniquement, et à juste titre, de la contrainte exercée sur la personne des représentants d'un Etat, sans distinguer entre les deux sortes de menace possible. De toute évidence, le cas le plus général est celui de la *vis compulsiva*, c'est-à-dire de la violence morale contre un représentant. Cette violence entraîne un vice de la volonté et la nullité du traité. M. Yasseen et M. Tounkine ont justement rappelé que la Commission a admis la nullité pour vice de volonté. Or, sous sa forme actuelle, le texte n'exclut pas l'idée de contrainte absolue, qui entraîne l'inexistence de l'acte juridique. La Commission va-t-elle admettre et appliquer le principe de la divisibilité à ce qui n'est en réalité qu'une hypothèse, mais qui n'est pas expressément exclu de l'article 35 ? Veut-elle assainir juridiquement un acte inexistant ? M. de Luna est d'avis d'inclure dans le paragraphe 3 de l'article 46 un renvoi à l'article 35 qui traite ensemble de la *vis compulsiva* et de la contrainte absolue exercées sur l'organe de l'Etat.

23. Faut-il aussi mentionner l'article 31 dans le paragraphe 3 de l'article 46 ? M. Ruda ne croit pas que l'on puisse concevoir des cas où la nullité n'affecte pas la totalité du traité. M. de Luna en est moins certain. Laisant de côté l'inconstitutionnalité matérielle, on peut concevoir l'hypothèse où un représentant est autorisé à conclure un type déterminé de traité. On sait que les traités peuvent renfermer des dispositions d'ordre très divers et combiner, par exemple, la cession d'un territoire et des clauses commerciales. Il se peut donc que le représentant dispose de pouvoirs constitutionnellement suffisants pour une partie des clauses du traité, mais qu'il soit incompétent pour souscrire aux autres. Certes, le

cas est rare, mais il peut se présenter. M. de Luna approuve donc la suggestion du Gouvernement néerlandais visant à mentionner l'article 31 dans l'article 46.

24. M. BRIGGS est disposé à accepter les propositions du Rapporteur spécial tendant à transférer l'article 46 dans la section I (Dispositions générales) de la deuxième partie du projet et à supprimer les dispositions concernant la règle de la « divisibilité » dans les différents articles où elles figurent.

25. Il doute que le principe de la divisibilité s'applique aux cas visés par les articles 31, 32 et d'autres éventuellement, mais il aurait cru que, vu la généralité des termes du paragraphe 1 de l'article 46, une énumération n'était pas nécessaire.

26. Le mot « nettement » doit être supprimé à l'alinéa *a* du paragraphe 1, mais la restriction que comporte le mot « essentielle » à l'alinéa *b* du même paragraphe a son importance et doit être maintenue.

27. Le paragraphe 2 est acceptable et, à son avis, le Rapporteur spécial a eu raison de décider que la règle de la divisibilité peut s'appliquer aux traités obtenus par l'effet d'une contrainte exercée sur la personne des représentants de l'Etat. Le paragraphe 3 est acceptable mais, peut-être, conviendrait-il de supprimer la référence à l'article 37 sur le conflit avec le *jus cogens*, car la question peut être tranchée dans le cadre du paragraphe 1.

28. Quant à savoir si le nouveau projet renverse la présomption en faisant de la divisibilité la règle et non plus l'exception, il n'est pas convaincu que le nouveau texte fasse suffisamment ressortir que si la cause d'invalidité, de terminaison, etc. se rapporte au traité tout entier, les clauses du traité ne sont pas séparables. Il conviendrait peut-être, comme l'a suggéré M. Rosenne, de retenir le paragraphe 1 de la version de 1963 en tant que paragraphe introductif, de manière à mettre en relief le principe de l'indivisibilité des traités. Viendrait ensuite le nouveau texte du paragraphe 1.

29. M. REUTER convient que le Rapporteur spécial mérite des félicitations, mais il tient, simplement par souci de clarté, à formuler les plus expresses réserves contre les points de vues exprimés sur plusieurs questions de principe qu'il juge très importantes.

30. Apparemment, on veut exclure certains traités du bénéfice de la divisibilité lorsque la violation est particulièrement grave. L'idée est noble et elle est parfaite dans une société où la souveraineté des Etats n'existe plus. Mais, là où cette souveraineté existe, le maintien, dans certains cas, de dispositions d'un traité qui ne sont pas frappées par une cause de nullité est, en réalité, une sanction. Or, M. Reuter n'est pas certain qu'en supprimant la possibilité de maintenir en vigueur certaines dispositions, on ne supprime pas pratiquement une sanction qui a quelque efficacité. Autrement dit, il s'élève contre les opinions exprimées touchant l'effet de l'article 46 sur les cas visés par l'article 35 et contre l'attitude prise par la Commission concernant la séparabilité des clauses du traité qui sont incompatibles avec le *jus cogens*. A l'appui de sa thèse, il suppose un traité de paix renfermant une clause qui apparaîtrait ultérieurement contraire à une règle de *jus cogens*, par exemple, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; les dispositions

que la Commission est en train d'adopter réduiraient à néant le traité de paix lui-même. Ce sont là des conséquences assez sérieuses qui méritent réflexion.

31. M. TOUNKINE appuie la suggestion selon laquelle on maintiendrait le paragraphe 1 du texte de 1963 parce qu'il exprime plus nettement le principe qui est à la base de l'article 46. Il approuve tout spécialement l'expression « sous réserve de ce qui est prévu dans le traité lui-même ».

32. M. LACHS fait observer que, dans son nouveau projet qui est excellent, le Rapporteur spécial a réussi à éliminer un grand nombre des défauts du texte précédent.

33. Quelques membres ont demandé que l'on omette de mentionner l'article 35 au paragraphe 2 de l'article 46 pour la raison qu'un traité obtenu par contrainte personnelle exercée sur un représentant est nul. Cependant, il pourrait y avoir des cas où des critères différents s'appliqueraient aux diverses dispositions d'un traité de ce genre et où l'Etat lésé ne désirera pas nécessairement déclarer le traité nul *ab initio*, mais essaiera plutôt d'obtenir une compensation aux termes du traité lui-même en acceptant les éléments qui ont été négociés librement et en rejetant ceux qui ont été imposés par la force. Bien que dans la majorité des cas cet Etat ne fasse probablement pas usage de son droit d'option, il est d'une importance capitale de tenir compte des intérêts de l'Etat lésé dans le cadre général de l'article 35.

34. M. ROSENNE rappelle qu'au cours de la discussion on a fait allusion aux notions de nullité absolue, de nullité relative et maintenant on introduit encore un autre concept qui est celui de la nullité « objective » d'un traité. Il se demande quelle signification il faut attribuer à cette expression.

35. A son avis, le Rapporteur spécial a eu raison de mentionner l'article 35 dans le paragraphe 2 du nouvel article 46.

36. M. TOUNKINE déclare que, si l'on admet l'idée de l'existence objective, il peut exister aussi une nullité objective mais, évidemment, les disciples de Kant qui soutiennent que nous ne savons rien de la réalité objective contesteront cette opinion.

37. Il ne partage pas l'avis de M. Lachs qui a exposé une situation très exceptionnelle. Le principal but de la Commission devrait être de décourager avec toute la rigueur possible la contrainte exercée contre des représentants d'Etats et l'emploi de la force, en déclarant que tout traité obtenu par ces procédés est nul *ab initio*. Il ne servirait à rien d'introduire une disposition accordant à l'Etat lésé la faculté de déclarer que le principe de la divisibilité s'applique à ces traités parce que cet Etat n'oserait peut-être pas invoquer la contrainte comme motif d'invalidité partielle du traité. Les cas qui relèvent de l'article 35 devraient être exclus de l'application de l'article 46.

38. M. ROSENNE fait observer que la Commission a assez à faire avec ses problèmes juridiques théoriques sans entrer encore dans les considérations philosophiques.

39. L'une des difficultés qui se posent au sujet de l'article 35 est qu'il existe un grand nombre de types différents de contraintes, notamment celle qui est exercée par un

Etat tiers et que la Commission a décidé de considérer comme entrant dans le cadre des dispositions relatives à l'erreur. La question de savoir s'il faut faire figurer dans le présent article une référence à l'article 35 ne pourra être réglée que lorsqu'une décision aura été prise au sujet du texte de l'article 35 et quand la Commission aura décidé si l'article 46 doit être rédigé sous la forme d'une règle générale déclarant les traités indivisibles en principe, avec des dispositions sur la divisibilité qui feraient exception à cette règle.

40. M. DE LUNA précise que son raisonnement concernant l'article 35 et l'article 36 se fonde sur le principe selon lequel il faut maintenir partout la même raison juridique. Chaque fois que l'on a, dans un article, une raison d'admettre la divisibilité, il faut l'admettre dans tous les articles où cette raison existe, et chaque fois que l'on refuse d'admettre la divisibilité dans un article, il faut la refuser dans tous les articles où l'on a la même raison de la refuser.

41. En ce qui concerne le problème de terminologie évoqué par M. Rosenne, M. de Luna croit que l'on applique en droit international trois catégories de nullité depuis assez longtemps pour que la Commission les admette : l'inexistence du traité, la nullité absolue appréciée d'office ; la nullité relative prononcée uniquement à la demande des parties. Or, si la Commission a décidé que tel acte juridique était inexistant ou que sa nullité était absolue, il s'ensuit logiquement qu'elle ne peut, dans l'article relatif à la divisibilité, ressusciter pour ainsi dire cet acte.

42. M. de Luna n'a pas de préférence du point de vue de la terminologie : que la nullité soit dite absolue, *ab initio* ou objective, elle n'est pas prononcée à la demande des parties et produit ses effets *erga omnes*. M. Reuter avec raison voit là une sanction. Il n'est pas étonnant qu'au cours de cette nouvelle étape du droit international l'emploi de la violence contre un organe de l'Etat ou contre l'Etat, ou une violation du *jus cogens*, soit sanctionné par la nullité. M. de Luna, pour sa part, serait partisan d'adopter des sanctions plus sévères encore pour éliminer, autant que possible, des relations internationales le recours à la violence. Le règle envisagée n'a rien de surprenant puisqu'elle rappelle l'adage latin *fraus omnia corrumpit* : la corruption n'atteint pas seulement une partie de l'instrument juridique, elle l'affecte tout entier.

43. Pour M. de Luna, la violence dans les cas envisagés par la Commission est une cause de nullité absolue. En conséquence, la Commission ne doit pas laisser la possibilité du choix, pas même à la partie lésée, laquelle peut recourir à d'autres procédures.

44. M. AGO s'inquiète de certaines des idées qui ont été développées au cours du débat. Dans le cas envisagé à l'article 35, il est difficile d'admettre qu'une règle de nullité non seulement absolue et *erga omnes*, mais aussi sans aucune possibilité de rien sauver du traité, puisse être plus favorable à l'Etat lésé qu'une règle laissant à cet Etat le libre choix entre la nullité totale et la nullité partielle du traité. Si, du fait de la contrainte exercée sur la personne de son représentant, l'Etat s'est vu imposer un traité totalement inacceptable, il pourra soutenir que l'ensemble du traité est dépourvu de validité. Mais,

c'est là un cas extrême. Ce qui peut arriver aussi c'est que le traité soit issu d'une négociation très complexe et que, à côté d'une clause imposée par la contrainte, il contienne tout un ensemble de dispositions parfaitement valables et même favorables à l'Etat qui a été victime de la contrainte sur un point particulier seulement. Il serait vraiment injuste d'obliger l'Etat lésé à faire valoir la nullité de tout le traité et, par conséquent, à perdre tous les avantages que ce traité pouvait lui assurer, et cela parce qu'une seule clause du traité est viciée.

45. M. de Luna a rappelé que *fraus omnia corrumpit*. Or, à l'article 33 sur le dol, la Commission a décidé que l'Etat victime du dol devait avoir le choix d'invoquer ou non le dol comme viciant son consentement. L'article 35 énonce déjà une règle plus sévère que l'article 33.

46. D'autre part, M. Ago appuie les observations de M. Reuter au sujet des inconvénients que peut présenter l'annulation complète d'un traité qui contient une clause contraire à une règle impérative du droit international ; cette clause peut être un élément tout à fait distinct dans un traité très complexe. Certes, le cas de violation d'une règle impérative est très grave, mais il est aussi très rare.

47. D'une manière générale, la Commission doit se garder d'étendre exagérément les cas de nullité absolue d'un traité.

48. M. TOUNKINE déclare qu'il a été surpris par certains des arguments de M. Ago au sujet de la nécessité de sauver au moins une partie d'un traité. A son avis, il est beaucoup plus important de décourager l'emploi de la force et la contrainte exercée personnellement sur des représentants, qui constituent un crime international et une menace pour la paix et les relations pacifiques entre Etats. Ce genre de contrainte a été souvent employé par les puissances coloniales dans le passé et la Commission ne doit pas se montrer tolérante à l'égard de ces pratiques. Si l'Etat lésé désire cependant un traité en la matière, le traité original obtenu par la force doit d'abord être annulé. Contre l'emploi de la force, seules de fortes sanctions seront efficaces.

49. L'argument de M. Reuter selon lequel il peut se produire des cas où seule une disposition du traité entre en conflit avec le *jus cogens* semble aller un peu trop loin. Les règles du *jus cogens* ne sont pas nombreuses, mais elles ont une importance fondamentale et, dans l'intérêt de la paix, la sanction de la violation de ces règles doit être la nullité de l'ensemble du traité.

50. M. CASTRÉN constate que la Commission peut difficilement trancher les questions qui se posent à propos de l'article 46 avant d'avoir arrêté le texte des autres articles auxquels on se réfère dans celui-ci. En conséquence, il propose que la Commission renvoie l'article 46 au Comité de rédaction.

51. M. AGO, répondant à M. Tounkine, souligne qu'aucun membre de la Commission ne songe à sauver dans un traité ce qui a été obtenu par le genre de contrainte visé à l'article 35. Il s'agit seulement de la divisibilité du traité, c'est-à-dire de donner à l'Etat victime la possibilité, soit de faire annuler tout le traité, soit de ne faire annuler que ce qui a été vicié par la contrainte. De toute manière, ce qui résulte de la contrainte est écarté. En

obligeant l'Etat lésé à renoncer à tout le traité, on risque d'en faire une victime une seconde fois car on lui ferait perdre ce qui, dans le traité, lui était favorable et avait été négocié valablement. La règle de la nullité absolue pourrait, en fait, jouer à l'avantage de l'Etat qui a exercé la contrainte.

52. L'hypothèse où une seule clause d'un traité serait contraire à une règle de *jus cogens* est sans doute plutôt théorique, mais celle où certaines clauses d'un traité seraient le résultat d'une contrainte exercée sur la personne du représentant de l'Etat ne l'est nullement ; il importe donc de chercher la règle qui aura les meilleurs effets dans la pratique.

53. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, reconnaît que dans certains cas il y a intérêt à sauver ce qui peut être sauvé d'un traité. Toutefois, il est radicalement opposé à l'idée de faire la moindre concession lorsqu'il s'agit d'un traité dont la conclusion a été le résultat d'une contrainte exercée contre la personne d'un représentant de l'Etat ou contre l'Etat lui-même. Cette contrainte n'aurait-elle porté que sur une seule clause, tout le reste du traité est forcément suspect. Même si les autres clauses paraissent avantageuses pour l'Etat victime, il se peut qu'elles n'aient été concédées que pour lui faire accepter la contrainte. De l'avis de M. Bartoš l'histoire diplomatique du dix-neuvième siècle et du début du vingtième siècle — en particulier l'expérience de son propre pays — montre que les grandes puissances ont exercé des contraintes du genre visé aux articles 35 et 36 et que bien des traités comprennent à la fois des clauses qui sont le résultat d'une contrainte directe et d'autres qui proviennent d'une contrainte indirecte. Il est impossible de départager dans un même acte ce qui résulte de la contrainte et ce qui n'en provient pas. La seule solution est de déclarer que tout le traité est nul et sans effet.

54. M. REUTER se demande, premièrement, si l'article 46 concerne les traités multilatéraux comme les traités bilatéraux et, deuxièmement, si les principes énoncés dans l'article 46 s'appliquent aussi aux clauses territoriales. Il est indispensable que ce dernier point soit élucidé.

55. M. YASSEEN précise que, dans sa première intervention, il a essayé de formuler un critère permettant de déterminer dans quels cas la divisibilité est admissible et dans quels cas elle ne l'est pas. A son avis, il est des clauses de nullité qui sont un défi à l'ordre juridique international, une atteinte grave à l'atmosphère de confiance qui est nécessaire dans les relations internationales. Lorsqu'une cause de ce genre intervient, la nullité ne saurait être limitée à une clause de traité ; c'est le traité tout entier qui en est entaché.

56. Les cas, signalés par certains membres de la Commission, où l'Etat victime pourrait avoir intérêt à sauver quelques clauses du traité sont des exceptions plutôt rares. Comme M. Tounkine, M. Yasseen estime qu'il s'agit moins de protéger un Etat que de sauvegarder l'ordre juridique international et la communauté internationale tout entière. En rangeant l'article 35 dans la même catégorie que les articles 36 et 37, qui sont exclus de l'application de l'article 46, la Commission formulerait une sanction conforme à l'évolution récente du droit

international, qui condamne tout recours à la violence et à la contrainte dans les relations internationales.

57. M. AMADO se déclare résolument partisan d'exclure le cas visé à l'article 35 du bénéfice de la divisibilité. Un traité qui a été marqué par l'emploi de la contrainte contre la personne du représentant d'un Etat ne saurait être blanchi, même partiellement ; il ne peut qu'être nul dans sa totalité.

58. Sir Humphrey WALDOCK, Rapporteur spécial, constate que dans l'ensemble les membres de la Commission approuvent l'idée exprimée dans le texte de l'article 46, ainsi que sa suggestion tendant à placer cet article dans une section contenant des règles générales relatives au défaut de validité et à la terminaison des traités.

59. Plusieurs membres sont d'avis de réintroduire dans l'article une disposition du genre de celle qui figurait dans l'ancien paragraphe 1 du texte de 1963, pour souligner qu'en règle générale, toute cause de non-validité ou de terminaison s'applique à l'ensemble du traité. Il n'est pas opposé à l'insertion, sous une forme appropriée, de la règle générale de la non-divisibilité des traités.

60. Le Rapporteur spécial n'est pas partisan de réintroduire dans le texte, comme M. Tounkine le suggère, la formule « Sous réserve de ce qui est prévu dans le traité lui-même », qui figurait dans le texte de l'article 46 adopté en 1963. Il n'est guère concevable, en effet, qu'un traité contienne des dispositions prévoyant sa non-validité. Il ne faut pas oublier que l'article 46 n'a pas trait aux cas de terminaison en vertu d'un droit conféré par le traité lui-même.

61. La proposition de supprimer le mot « nettement », qui figure dans l'alinéa *a* du paragraphe 1 de son nouveau texte pourrait être renvoyée au Comité de rédaction. Cet adverbe avait été introduit en 1963 dans le paragraphe 2 *a* du texte de l'article 46 pour souligner qu'en règle générale un traité est indivisible.

62. Pour les raisons exposées par M. Briggs, Sir Humphrey est fermement partisan de maintenir le mot « essentielle » dans l'alinéa *b* du paragraphe 1 de son nouveau texte.

63. Quant à la question fondamentale de savoir quels sont les articles qu'il faut mentionner dans les nouveaux paragraphes 2 et 3, le Rapporteur spécial a été surpris par la vive réaction qu'elle a provoquée. Cette question avait été discutée à fond en 1963 ; pendant la session d'hiver en cours, la Commission a procédé à un examen approfondi des dispositions de l'article 35 et a clairement indiqué que ce dernier doit stipuler qu'en principe un traité est nul si l'expression du consentement de l'Etat à être lié par le traité a été obtenue au moyen d'une contrainte exercée contre la personne des représentants.

64. Cependant, du simple fait qu'en vertu de l'article 35 un traité devient nul s'il a été obtenu par la contrainte exercée contre la personne d'un représentant, on ne saurait logiquement déduire que la règle de la divisibilité ne peut pas s'appliquer. Même dans les cas visés par les articles 36 et 37, on aurait pu logiquement prévoir la possibilité de diviser le traité, mais la Commission l'a jugé peu souhaitable pour des raisons de principe.

65. Il ressort du débat que certains membres voudraient que les traités négociés dans les conditions précisées à l'article 35 soient soumis, aux fins de divisibilité, aux mêmes règles que celles visées par l'article 36.

66. Il n'est nullement question de ne pas condamner, comme étant essentiellement nul, l'acte ayant consisté à obtenir le consentement d'un Etat par la contrainte exercée contre la personne de ses représentants. L'intention est simplement de donner à l'Etat lésé la faculté de maintenir en vigueur une partie du traité s'il juge qu'il est dans son intérêt de le faire. Il n'y a aucun inconvenient à accorder cette faculté à l'Etat lésé car, en l'occurrence, il s'agit d'une contrainte exercée contre ses représentants personnellement ; la situation n'est pas la même que celle prévue à l'article 36, où la contrainte est exercée contre l'Etat lui-même. La Commission a été d'avis que lorsque c'est l'Etat lui-même qui a fait l'objet d'une contrainte, le traité tout entier doit être déclaré nul et que si les Etats en cause désirent rétablir des relations conventionnelles, ils doivent repartir à zéro.

67. Ceci dit, la Commission peut, comme M. Castrén l'a suggéré, régler la question fondamentale de savoir s'il faut mentionner l'article 36 dans le paragraphe 2 ou dans le paragraphe 3 de l'article 46 à un stade ultérieur, après qu'elle aura définitivement adopté ces deux articles. Dans l'intervalle, le Comité de rédaction peut mettre au point le texte de l'article 46, puisque les modifications à apporter à ce texte à la suite de la décision que la Commission doit prendre sur le fond ne poseront pas de problèmes particuliers.

68. Au cours de la discussion, certains membres ont exprimé l'avis qu'il n'était pas nécessaire d'exclure du champ d'application de la règle de la divisibilité les traités incompatibles avec une règle de *jus cogens* (art. 37). Sir Humphrey rappelle, toutefois, qu'en 1963 la majorité de la Commission a considéré que la règle de la divisibilité ne devrait pas s'appliquer aux traités incompatibles avec une nouvelle norme de *jus cogens*.

69. Il convient de renvoyer au Comité de rédaction la question soulevée par M. Ruda à propos de l'article 31, relatif aux traités conclus en violation du droit interne.

70. Enfin, le Rapporteur spécial suggère que l'article 46 soit renvoyé au Comité de rédaction pour qu'il l'examine en tenant compte du débat.

71. M. DE LUNA déclare qu'il n'a pas confondu les cas relevant de l'article 35 avec ceux qui relèvent de l'article 36. Chaque fois qu'un traité a été obtenu par la contrainte exercée contre la personne d'un représentant, la pratique des Etats a toujours été de le déclarer nul et elle n'a absolument pas varié à cet égard. En revanche, les traités obtenus par la contrainte exercée contre l'Etat lui-même étaient considérés comme valides selon les anciennes règles du droit international ; ce n'est que récemment que l'on a reconnu le principe selon lequel un acte international obtenu par l'emploi de la force ou la menace de la force est nul et non avenue.

72. Comme M. Yasseen l'a fait observer, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative des traités dépend du degré d'importance que la communauté internationale attache à la question. Les cas de nullité qui revêtent une importance capitale pour l'ordre juridique

international ne peuvent pas être couverts par la partie lésée ; en pareil cas, la nullité est absolue et peut être déclarée d'office. Comme M. de Luna vient de le dire, en cas de contrainte exercée contre un représentant, le traité en cause est entaché de nullité absolue.

73. Ces considérations de principe mises à part, il y a des raisons pratiques de ne pas autoriser l'application de la règle de la divisibilité dans les cas où un traité a été obtenu par la contrainte exercée contre la personne d'un représentant. En effet, il est évident qu'une telle contrainte est toujours exercée par un Etat fort qui abuse de sa puissance ; si le traité est divisible, il y a tout lieu de craindre que l'Etat puissant se prévaut du principe de la divisibilité comme d'un levier pour exercer une pression sur l'Etat faible en vue de sauver une partie du traité, et ce, en apparence dans l'intérêt de l'Etat faible en question.

74. M. LACHS estime, comme le Président, qu'il sera extrêmement difficile de déterminer, en cas de contrainte contre la personne d'un représentant, que cette contrainte n'a été exercée qu'à l'égard de telle ou telle partie seulement d'un traité. Toutefois, comme M. Castrén l'a suggéré, la Commission peut se prononcer sur l'ensemble de la question lorsqu'elle aura adopté le texte définitif de l'article 35.

75. M. TSURUOKA pense que le débat est arrivé à un stade où l'article peut être renvoyé au Comité de rédaction, afin que celui-ci l'examine en toute sérénité.

76. En ce qui concerne le paragraphe 2 de la nouvelle rédaction, il faut surtout se demander comment les Etats se comporteront dans la pratique. Un Etat qui se jugerait victime d'une contrainte du genre visé dans l'article 35, et qui voudrait sauver la partie du traité qui n'est pas le résultat de cette contrainte, pourrait aussi bien invoquer le dol comme cause de nullité. Si au contraire il préfère que tout le traité soit nul, il pourra, même s'il y a eu dol, invoquer la coercition. Par conséquent, quelle que soit la décision de la Commission sur le point qui a été si vivement débattu, le résultat pratique sera à peu près le même.

77. M. CASTRÉN juge un peu artificielle la distinction que l'on veut faire entre la contrainte exercée sur l'Etat et la contrainte exercée sur le représentant de l'Etat. Un Etat ne peut agir que par ses représentants et, en dernière analyse, c'est toujours l'Etat qui a été lésé.

78. M. VERDROSS conteste ce raisonnement. Il y a une grande différence entre contraindre une personne par ce qui touche ses propres intérêts et la contraindre par ce qui touche l'intérêt de l'Etat qu'elle représente.

79. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission accepte la proposition du Rapporteur spécial tendant à renvoyer l'article 46 au Comité de rédaction pour qu'il l'examine en tenant compte du débat.

Il en est ainsi décidé ².

² Pour la suite du débat, voir 842^e séance, par. 79 à 97, et 843^e séance, par. 1 à 13.

ARTICLE 47 (Perte du droit d'alléguer la nullité d'un traité ou un motif pour y mettre fin ou pour cesser d'y être partie) (*reprise du débat de la séance précédente*)³

80. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 47.

81. M. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA rappelle qu'en 1963, la formule proposée par le Rapporteur spécial pour l'alinéa *b* a été interprétée par certains membres de la Commission comme une application de la doctrine de l'*estoppel* en *Common Law*, ainsi qu'on peut le voir au paragraphe 5 du commentaire⁴. L'un de ses membres, M. Élias, a même insisté pour que le mot « *estoppel* » soit employé dans le texte même de l'article⁵.

82. D'autres membres, cependant, ont dit qu'il n'était pas souhaitable de se servir, même dans le commentaire, du mot « *estoppel* » qui est particulier à la *Common Law*. Comme on peut le lire dans l'opinion individuelle du juge Alfaro dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear*, « il existe une différence très importante entre la règle simple et précise adoptée et appliquée dans le domaine international et les classifications, modalités, variantes et sous-variantes et les aspects procéduraux compliqués de la doctrine anglo-saxonne et l'*estoppel* »⁶.

83. Afin d'éviter ces difficultés, la Commission a décidé de ne faire figurer dans le texte de 1963 aucune mention ni de l'*estoppel* ni de la forclusion ; elle a délibérément employé l'expression « s'est conduit de manière à s'être privé de toute possibilité de nier ».

84. Ce faisant, la Commission n'a pas eu l'intention de rejeter, mais au contraire, de maintenir le principe essentiel de l'*estoppel* tel qu'il est accepté en droit international. C'est pour cette raison que la Commission a adopté une formule comportant des critères objectifs, formule qui n'a donné lieu à aucune observation des gouvernements sinon celle du Gouvernement d'Israël qui a relevé que le membre de phrase « s'être privé de toute possibilité de nier » paraît quelque peu maladroit (A/CN.4/183, p. 12). Sans doute, est-ce à la suite de cette objection de pure forme que le Rapporteur spécial propose un remaniement de l'alinéa *b* qui introduit une formule nouvelle et différente pour exprimer le principe adopté par la Commission en 1963. Ce nouveau texte remplace la formule objective de 1963 par une formule subjective, car elle parle d'un Etat qui « doit être considéré en raison de ses actes, ou du retard indu avec lequel il a invoqué ce motif, comme ayant accepté de considérer le traité comme valide ».

85. Cette formule a le défaut de mentionner un seul type d'omission : le retard indu à invoquer la cause d'invalidation ou de terminaison du traité. Or, d'autres omissions peuvent se produire en la matière, telles que le fait de n'avoir pas protesté en temps voulu, ainsi qu'il fut jugé dans l'affaire de la *Sentence arbitrale* rendue par le Roi d'Espagne⁷.

86. Toutefois, le nouveau texte proposé entraîne une conséquence plus grave : en vertu de ses dispositions, il faudra prouver que l'Etat doit être considéré comme ayant accepté de considérer le traité comme valide ou comme demeurant en vigueur. Il ne suffira pas d'établir quelle a été la conduite de l'Etat ; un élément purement subjectif est ainsi introduit dans le texte.

87. Dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear*, la Cour internationale de Justice a jugé que la Thaïlande « pendant cinquante ans, a joui des avantages que la Convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable. La France et par l'intermédiaire de celle-ci le Cambodge, se sont fiés à son acceptation de la carte ». De ces deux déterminations objectives d'un fait et sans examiner s'il existait un élément de consentement de la part de la Thaïlande, la Cour a conclu que « la Thaïlande, en raison de sa conduite ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte »⁸.

88. De même dans l'affaire de la *Sentence arbitrale* rendue par le Roi d'Espagne, la Cour a argué du fait que « le Nicaragua n'a émis de doute quant à la validité de la sentence qu'au bout de plusieurs années » pour en conclure, non pas qu'il y avait eu consentement, mais simplement que « le Nicaragua n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence »⁹.

89. Le résultat, dans ces deux affaires, ce n'est pas un consentement tacite mais le fait que l'Etat a été privé du droit de contester ou, comme la Commission l'a dit dans l'article 47 adopté en 1963, « il s'est privé de la possibilité de nier » que le traité était entré en vigueur.

90. Pour ces raisons, M. Jiménez de Aréchaga demande instamment que le Comité de rédaction rédige l'article dans des termes comportant un critérium plus objectif, en s'inspirant des décisions de la Cour internationale de Justice et du texte de 1963.

91. M. DE LUNA approuve la décision du Rapporteur spécial de ne pas employer le terme « *estoppel* » non parce que ce terme est inconnu en droit international, mais plutôt pour la raison donnée par Lord McNair, à savoir que : « On peut se demander si la notion de l'*estoppel* qui semble être reconnue de plus en plus en droit international sera la même que celle du droit anglo-saxon car il n'y a pas de raison que la formulation internationale de la règle soit identique à celle de la législation nationale¹⁰. »

92. Indépendamment de l'affaire du *Temple* à laquelle il a été fait allusion, M. de Luna peut citer l'affaire du *Groenland oriental* dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a déclaré : « En se considérant comme liée par ces traités bilatéraux et multilatéraux, la Norvège a réaffirmé qu'elle reconnaissait tout l'ensemble du Groenland comme étant territoire danois, s'interdisant par là même de contester la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groenland et en conséquence d'aller occuper ce territoire¹¹. » De même, dans la déci-

³ Voir 836^e séance, à la suite du par. 20, et par. 21.

⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 222.

⁵ *Ibid.*, vol. I, p. 202, par. 56.

⁶ C.I.J., *Recueil* 1962, p. 39.

⁷ C.I.J., *Recueil* 1960, p. 213.

⁸ C.I.J., *Recueil* 1962, p. 32.

⁹ C.I.J., *Recueil* 1960, p. 213.

¹⁰ McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 487.

¹¹ C.P.J.I., série A, n° 53, p. 68.

sion sur les *Emprunts serbes*, la Cour permanente a insisté sur le fait que la conception de l'*estoppel* en droit international n'était pas la même qu'en droit anglo-saxon¹².

93. Il est facile de voir pourquoi tant la Cour permanente que la Cour internationale de Justice ont fait valoir le caractère différent de la notion de l'*estoppel* en droit international. La doctrine de l'*estoppel* en droit anglo-saxon est le résultat d'une longue série de décisions judiciaires. Sur le continent, la question est soumise à des règles qui ont leur origine dans les maximes du droit romain *nemo contra factum suum proprium venire potest* et *allegans contraria non audiendus est*. Les règles qui, dans la législation des divers pays européens, découlent de ces maximes ne sont pas les mêmes que celles de l'*estoppel* dans le droit anglo-saxon.

94. Quant au nouveau projet du Rapporteur spécial, M. de Luna regrette de ne pouvoir accepter l'introduction d'une disposition relative au consentement ou à l'accord, si cette disposition peut être interprétée comme se référant à un traité bilatéral. En droit international, l'effet caractéristique minimum d'un acte unilatéral est de créer un *estoppel* : c'est une règle non seulement pour les actes, mais aussi pour les omissions. Dans l'affaire *Oscar Chinn*, par exemple, la Cour permanente n'a pas prononcé la non-validité de la Convention de Saint-Germain de 1919 destinée à modifier l'Acte général de Berlin de 1885 parce que les parties à l'Acte général qui n'étaient pas parties à la Convention de Saint-Germain avaient omis de protester¹³. A ce propos, il convient de rappeler également la sentence de Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas* en 1928¹⁴, parce que, dans cette sentence, le défaut de protestation des Pays-Bas, lorsqu'ils ont reçu notification du Traité de Paris conclu entre l'Espagne et les Etats-Unis d'Amérique, avait été interprété comme l'acceptation de ce traité.

95. Pour ces raisons, M. de Luna prie instamment le Comité de rédaction de bien préciser dans l'article 47 qu'il vise également le cas de reconnaissance d'un traité résultant du défaut de protestation.

La séance est levée à 18 h 5.

¹² C.P.J.I., série A, n° 20/21, p. 38 et 39.

¹³ C.P.J.I., série A/B, n° 63.

¹⁴ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2.

838° SÉANCE

Mardi 25 janvier 1966, à 11 h 30

Président : M. Milan BARTOŠ

Présents : M. Ago, M. Amado, M. Bedjaoui, M. Briggs, M. Castrén, M. Jiménez de Aréchaga, M. Lachs, M. de Luna, M. Pessou, M. Reuter, M. Rosenne, M. Ruda, M. Tounkine, M. Tsuruoka, M. Verdross, Sir Humphrey Waldock, M. Yasseen.

Droit des traités

(A/CN.4/183 et Add.1 à 4 ; A/CN.4/L.107)

[Point 2 de l'ordre du jour]

(Suite)

ARTICLE 47 (Perte du droit d'alléguer la nullité d'un traité ou un motif pour y mettre fin ou pour cesser d'y être partie) (suite)¹

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de l'article 47.

2. Pour M. YASSEEN, la Commission, lorsqu'elle a accepté l'article 47 en 1963, a montré qu'elle reconnaissait dans une certaine mesure la doctrine de l'*estoppel*. Le principe qui est à la base de cette règle ne fait aucun doute et les gouvernements, dans leurs observations, ne le contestent pas. Seulement, maintenant que la Commission a arrêté son attitude à l'égard de certaines causes de nullité, il semble que l'article 47 devrait avoir une portée quelque peu différente. Sous sa nouvelle forme, il part de l'idée non pas d'un accord tacite, mais plutôt d'une confirmation tacite, et ne doit s'appliquer qu'au cas où une confirmation est possible.

3. La Commission ayant disposé, à l'article 35 relatif à la contrainte exercée contre le représentant de l'Etat, que cette contrainte produit la nullité absolue *ab initio*, le traité qui résulte de l'exercice de la contrainte n'est pas susceptible de confirmation. L'article 35 doit donc être exclu du champ d'application de l'article 47.

4. De l'avis de M. Yasseen, le nouveau libellé de l'article 47 est meilleur, car il justifie la règle de l'article par une explication beaucoup plus acceptable, à savoir la confirmation explicite ou tacite d'un acte annulable.

5. M. TOUNKINE préfère également le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 47. Ce texte a été critiqué en raison de la clause « l'Etat... doit être considéré... comme ayant accepté de considérer le traité comme valide ou... comme demeurant en vigueur », qui peut soulever des difficultés d'interprétation. A son avis, le texte de 1963 pourrait se révéler encore plus difficile à interpréter, notamment parce qu'il ne contient aucun critère permettant de déterminer le sens de la phrase « s'est conduit de manière à s'être privé de toute possibilité de nier avoir choisi... ». Du moins, le nouveau texte contient-il une sorte de critère à l'alinéa a, bien qu'il soit de caractère plutôt général. Aux termes de cet alinéa, seuls les actes qui impliquent un consentement à consi-

¹ Voir 836° séance, à la suite du par. 20, et par. 21.