ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1959

Volume II

Documents de la onzième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale

---

NATIONS UNIES

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1959

Volume II

Documents de la onzième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale

---

NATIONS UNIES
New York, 1960

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

A/CN.4/SER.A/1959/Add.1

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : 59. V. 1. Vol. II

Prix : 1.50 dollar (E.-U.); 10/6 (stg.); 6.50 fr. suisses
(ou l'équivalent en monnaie du pays)

TABLE DES MATIÈRES

Pages

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS (point 4 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/119. — Responsabilité internationale: quatrième rapport de F. V. García Amador, rapporteur spécial 1

DROIT DES TRAITÉS (point 3 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/120. — Quatrième rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial 37

Document A/CN.4/121. — Pratique du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de certaines questions soulevées à propos des articles relatifs au droit des traités: note du Secrétariat 84

RELATIONS ET IMMUNITÉS CONSULAIRES (point 2 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/L.79. — Propositions et observations présentées par M. Alfred Verdross, au sujet du projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires (A/CN.4/108) 86

Document A/CN.4/L.82. — Propositions et observations présentées par M. Georges Scelle, au sujet du projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires (A/CN.4/108) 88

RAPPORT DE LA COMMISSION A L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Document A/4169. — Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa onzième session (20 avril-26 juin 1959) 89

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION MENTIONNÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME 128

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

DOCUMENTS DE LA ONZIÈME SESSION, Y COMPRIS LE RAPPORT DE LA COMMISSION A L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/119

Responsabilité internationale : quatrième rapport de F. V. García Amador, rapporteur spécial

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT A RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS SUR SON TERRITOIRE A LA PERSONNE OU AUX BIENS DES ÉTRANGERS
MESURES PORTANT ATTEINTE AUX DROITS ACQUIS

[Texte original en espagnol]
[26 février 1959]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 2

Chapitre premier

La protection internationale des droits acquis

I. — LE RESPECT DES DROITS ACQUIS EN TANT QUE PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL

1. Régime applicable à l'acquisition des droits patrimoniaux 3
2. Obligation internationale de respecter les droits acquis 4
3. Le principe du respect des droits acquis et ses relations avec la notion d'« enrichissement sans cause » 5
4. Portée de la protection internationale — nécessité de reviser la conception traditionnelle 5
5. La notion d'« arbitraire » et la doctrine de l'abus de droit 7

II. — NATURE ET CONTENU DES DROITS ACQUIS

6. Les droits patrimoniaux au sens large 9
7. Caractère mixte (privé et public) de certains des droits acquis 9
8. Cas particuliers où il n'y a pas droit acquis 10

Chapitre II

De l'expropriation en général

I. — LE DROIT D'« EXPROPRIATION »

9. Reconnaissance internationale du droit d'expropriation 11
10. Les divers modes d'exercice du droit d'expropriation 11
11. L'expropriation *stricto sensu* et les « nationalisations » 12

II. — AUTRES ASPECTS INTERNATIONAUX DE L'INSTITUTION

12. L'expropriation « illicite » et l'expropriation « arbitraire » 13
13. Expropriation impliquant inexécution d'un contrat ou d'une convention de concession 14
14. Motifs et buts de l'expropriation 15
15. Questions de méthode et de procédure 16

Pages

III. — L'INDEMNITÉ

16. Nature juridique de l'indemnité 16
17. L'obligation d'indemniser et le droit qui la régit 17
18. Montant de l'indemnité et critères à appliquer pour évaluer les biens expropriés 19
19. Modalités du paiement et délai dans lequel il doit intervenir 20
20. Système de l'indemnité « forfaitaire » *(lump-sum agreements)* 21
21. Considérations générales sur les conditions que doit remplir l'indemnité 22

Chapitre III

Droits contractuels

I. — LE TRAITÉ ET LE CONTRAT EN TANT QUE SOURCES DE DROITS PRIVÉS

22. Traités ayant pour objet des droits privés de caractère patrimonial 24
23. Objet et formes des contrats dits « publics » 25

II. — DROIT RÉGISSANT LES RELATIONS CONTRACTUELLES ENTRE LES ÉTATS ET LES ÉTRANGERS

24. La position traditionnelle 26
25. Les nouveaux instruments et la jurisprudence récente 27
26. Nouvelle orientation de la doctrine scientifique 28
27. Applicabilité du principe *pacta sunt servanda* — opinions récentes en faveur de cette applicabilité 29
28. Position de la doctrine et de la pratique courante 30
29. Réexamen de la position traditionnelle 31

III. — EFFETS DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

30. Inexécution « illicite » et inexécution « arbitraire » 32
31. Éléments constitutifs (généraux) de l'inexécution arbitraire 34
32. Contrats conclus *ultra vires* et contrats conclus avec des subdivisions politiques 34
33. Dettes publiques 35
34. Nature juridique de l' « indemnité » 35

Introduction

1. Dans notre deuxième rapport à la Commission du droit international (A/CN.4/106), nous avons présenté un avant-projet dont le chapitre IV traite de la responsabilité internationale que l'Etat peut encourir pour « inexécution d'obligations contractuelles et actes d'expropriation ». Cependant, nous n'avons étudié la question que sommairement et en ne retenant que les précédents et les éléments d'appréciation fournis par la doctrine et la pratique traditionnelles. Nous avons procédé ainsi parce que nous désirions saisir la Commission le plus tôt possible d'un avant-projet portant sur tous les cas où la responsabilité de l'Etat est engagée « à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers ». Cependant, cette tâche terminée et pour nous conformer à l'invitation de la Commission qui a demandé que le rapporteur spécial continue son travail, nous nous sommes attaché à une question qui, selon nous, mérite plus que toute autre une étude minutieuse et, en un sens, un réexamen total — à savoir la responsabilité de l'Etat dans les cas envisagés au chapitre IV de l'avant-projet.

2. Nous nous permettons de souligner, pour préciser, que le présent rapport ne diffère pas seulement du chapitre IV du deuxième rapport du point de vue de la longueur de l'étude; il en diffère aussi du point de vue de la méthode. Une fois examinées de très près la doctrine et la pratique traditionnelles en la matière, le présent rapport étudie les tendances et les orientations nouvelles, sur les plans doctrinal et pratique, qui se sont surtout manifestées depuis la dernière guerre. Certes, elles ne vont pas toutes dans le même sens et quelques-unes d'entre elles sont même contradictoires, mais il est incontestable qu'elles exercent une influence profonde sur les notions et les concepts traditionnels. L'ignorer serait faire preuve d'un manque total de réalisme, comme ce le serait de contester le rôle important que ces tendances et orientations nouvelles peuvent jouer dans le développement et la codification de ce domaine particulier de la responsabilité internationale.

3. Pour ce qui est de la méthode, nous sommes parti du principe du « respect des droits acquis ». Nous avons accepté le postulat que le respect des droits patrimoniaux privés est l'un des principes de droit international qui régissent la condition des étrangers. Même si l'on admet la nécessité de reviser le contenu traditionnel de ce principe, on ne peut nier, en l'état actuel du droit international, son existence et sa validité; on peut même dire que, joint au principe de l'« enrichissement sans cause », il constitue la seule base solide sur laquelle puisse se fonder la responsabilité internationale de l'Etat en la matière. Qui plus est, sous l'angle de la technique juridique, c'est en réalité le seul d'où l'on puisse partir pour examiner et exposer la question de manière systématique et cohérente. A cet égard, il ne fait pas de doute que, quels que soient la nature précise des droits patrimoniaux ou le caractère des mesures

adoptées par l'Etat, la responsabilité internationale de celui-ci sera toujours et nécessairement liée au principe du respect des droits acquis par les étrangers.

4. Nous réservant de développer ces considérations au chapitre premier, nous nous bornerons à exposer succinctement le contenu du rapport. Le chapitre premier indique les notions qui sont à la base du régime actuel de la protection internationale des droits acquis ainsi que les composantes de la responsabilité de l'Etat en la matière. Le chapitre II porte sur l'expropriation en général et vise les divers aspects de cette mesure. Le chapitre III concerne les droits contractuels; les conditions et les circonstances dans lesquelles la responsabilité de l'Etat peut jouer y sont exposées. Malheureusement, nous avons dû, faute de temps, laisser de côté certaines questions qui présentent, surtout à l'heure actuelle, une importance fondamentale. Nous voulons parler en particulier des effets extra-territoriaux des actes d'expropriation, de divers problèmes de droit international « privé », des méthodes et procédures de règlement spécialement applicables aux différends internationaux nés de mesures portant atteinte aux droits patrimoniaux des étrangers.

CHAPITRE PREMIER
LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS ACQUIS

I. — Le respect des droits acquis en tant que principe de droit international

5. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, le présent rapport part du postulat que le respect des droits privés de caractère patrimonial est l'un des principes de droit international qui régissent la condition des étrangers. Cependant, bien qu'il y ait, en ce qui concerne la « doctrine des droits acquis », des analogies et des points communs entre l'ordre juridique international et les autres, l'application internationale de cette doctrine n'en présente pas moins des traits et des caractéristiques propres; surtout, elle vise des situations juridiques beaucoup plus complexes. C'est pourquoi, il est utile d'exposer le problème dans ses grandes lignes avant d'examiner la portée du régime actuel de protection internationale des droits de l'étranger dans les divers cas concrets. A cette fin, il convient de traiter d'abord de la question de l'acquisition des droits; il s'agit en d'autres termes de savoir de quelle règle juridique dépend la possibilité pour des étrangers d'acquérir des droits de caractère patrimonial.

1. — Régime applicable a l'acquisition des droits patrimoniaux

6. Selon le droit international, l'acquisition de droits privés patrimoniaux est encore entièrement régie par le droit interne. Cela n'empêche naturellement pas les étrangers de pouvoir acquérir des droits de cette nature par le jeu d'un traité international, comme le prouve d'ailleurs abondamment la pratique et comme le reconnaît expressément la jurisprudence internationale. Mais telle est bien la situation lorsqu'aucune norme conventionnelle ne règle la question (nous nous réservons de revenir ultérieurement sur ce point). En particulier, lorsqu'il s'agit du droit de propriété et des autres droits réels, l'application de la *lex rei sitae* est obligatoire. En effet, l'Etat peut empêcher les étrangers d'acquérir des immeubles sur son territoire, encore que cette interdiction soit rare; il peut aussi, et le cas est moins exceptionnel, interdire ou restreindre l'acquisition de certains droits patrimoniaux. L'article 116 du Code interaméricain de droit international privé (code Bustamante) énonce formellement ce principe qui confirme la souveraineté exclusive de l'Etat pour tout ce qui concerne la structure économique et sociale du pays [1].

7. Rompant en apparence avec le principe en question, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (Bogota, mars 1948) et la Déclaration universelle des droits de l'homme (Paris, décembre 1948) reconnaissent formellement que « Toute personne... a droit à la propriété ». On a voulu, sans aucun doute, conférer à tout individu, au moins en principe, la faculté d'acquérir n'importe où des droits patrimoniaux. Cependant, le but essentiel que se proposent et la Déclaration universelle elle-même et les instruments postérieurs sur la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales est bien plutôt la protection de la propriété privée « acquise » contre les actes « arbitraires » de l'Etat. C'est assurément pour cette raison que, comme on le verra plus loin, aucun de ces instruments n'institue de régime applicable à l'acquisition de la propriété et des autres droits patrimoniaux. Cette particularité des droits privés de caractère patrimonial est l'un des éléments fondamentaux qui les distinguent des autres droits visés par les instruments susmentionnés et des droits traditionnellement reconnus aux étrangers dans l'Etat de leur résidence. En effet, l'acquisition de ces autres droits ne relève en rien de la loi interne, puisque les étrangers en jouissent n'importe où, en vertu des principes du droit international régissant la condition des étrangers. Il est tout naturel que cette particularité des droits patrimoniaux ait pour conséquence un traitement différent sur le plan de la jouissance et de l'exercice. S'ils méritent, une fois « acquis », la protection du droit international, l'obligation que celui-ci impose aux Etats de les respecter ne peut avoir ni la même nature ni la même portée que lorsqu'il s'agit de droits inhérents à la personne humaine.

8. Nous en arrivons maintenant au deuxième mode d'acquisition: la conclusion de traités ou d'accords internationaux qui confèrent ou reconnaissent aux ressortissants des Etats contractants la faculté d'acquérir des biens et des droits patrimoniaux. Le Traité de commerce et de navigation du 22 mai 1924 entre l'Autriche et la Grande-Bretagne fournit un exemple de ce genre; son article 3 contient la clause de la nation la plus favorisée:

> « Les sujets ou citoyens de chacune des Parties contractantes résidant dans les territoires de l'autre Partie auront pleine liberté d'acquérir et de posséder toutes les catégories de biens, meubles et immeubles, que la législation de l'autre Partie contractante permet ou permettra aux sujets ou citoyens d'un autre pays étranger quelconque d'acquérir et de posséder [2].»

Selon l'article 10 du projet de convention élaboré par le Comité économique de la SDN pour la Conférence

[1] Voir *The International Conferences of American States*, 1889-1928, p. 315.

[2] Voir SDN, *Recueil des Traités* (1925), vol. XXXV, p. 195.

internationale sur le traitement des étrangers qui s'est tenue à Paris en 1929:

« 1. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes seront placés sur un pied de complète égalité avec les nationaux en ce qui concerne les droits patrimoniaux, le droit d'acquérir, de posséder [3]...»

Une convention européenne récente dispose:

« Les ressortissants des Parties contractantes bénéficient sur le territoire des autres Parties d'un traitement égal à celui des nationaux en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits civils, soit de nature personnelle soit de nature patrimoniale [4].»

2. — Obligation internationale de respecter les droits acquis

9. Le fait qu'en l'absence de traité l'acquisition des droits patrimoniaux relève exclusivement de l'ordre juridique interne n'empêche pas qu'en droit international, tout Etat est tenu de respecter ces droits lorsqu'ils revêtent le caractère de « droits acquis ». Cette obligation joue pratiquement dans deux cas: lorsqu'il y a succession d'Etats et lorsque, par des actes ou omissions, des organes étatiques portent atteinte à des droits acquis. Nous verrons d'abord brièvement comment se pose le problème lorsqu'un Etat acquiert d'un autre tout ou partie de son territoire.

10. La pratique diplomatique et la jurisprudence internationale ont établi par de nombreux précédents et avec une assez grande clarté les normes applicables en la matière. Pour ce qui est du principe général, la Cour permanente de Justice internationale s'est prononcée sans équivoque. Dans son avis consultatif sur les colons d'origine allemande en Pologne (1923), elle a déclaré:

« Des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté ».

Développant cette idée, elle a ajouté:

« ... même ceux qui contestent l'existence en droit international du principe de la succession d'Etats ne vont pas jusqu'à maintenir que les droits privés, y compris ceux qui ont été acquis de l'Etat en tant que propriétaire foncier, ne peuvent être valablement opposés à celui qui succède à la souveraineté. »

Selon la Cour,

« ... aucune disposition conventionnelle n'est nécessaire pour protéger les droits et pour maintenir les obligations de cette nature » [5].

Il résulte de ces déclarations de la Cour permanente de justice que le droit international impose l'obligation de respecter, en cas de changements territoriaux, les droits que les particuliers ont acquis en vertu de l'ordre juridique antérieur [6].

11. Cette obligation existe également dans le cas de droits acquis en vertu de l'ordre juridique antérieur. Dans ce cas — qui est celui qui nous intéresse tout particulièrement dans le présent rapport — la situation est sensiblement la même en ce qui concerne l'application du principe général en vertu duquel l'Etat est tenu de respecter les droits précédemment accordés. Dans l'un des arrêtés cités au paragraphe précédent, la Cour a déclaré que:

« le principe du respect des droits acquis ... fait partie du droit international commun [*generally accepted international law*] » [7].

De son côté, le Tribunal arbitral spécial roumano-allemand, chargé de régler les réclamations prévues au paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles, a formulé ainsi ce principe:

« Le respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens [8].»

Comme on pourra le voir par la suite, la jurisprudence internationale offre de nombreux exemples d'applications concrètes du principe, à l'occasion d'actes ou d'omissions portant atteinte à des droits acquis. On peut faire la même constatation en ce qui concerne le droit conventionnel. Pour l'instant et à titre d'exemple, il suffit de citer la Convention économique de Bogota dont l'article 22 dispose:

« Les capitaux étrangers bénéficieront d'un traitement équitable. Par suite, les Etats s'engagent à ne prendre aucune mesure sans justification ou sans raison valable ou discriminatoire pouvant porter préjudice aux droits légalement acquis ou accordés aux nationaux d'autres pays ou à leurs intérêts, lorsqu'ils sont engagés dans des entreprises, spécialités, capitaux, arts ou technologies que ceux-ci auraient établis [9].»

12. A propos de cette obligation de l'Etat, on peut se demander si les droits de caractère patrimonial font partie des « droits de l'homme et des libertés fondamentales » reconnus sur le plan international par la Charte des Nations Unies et divers autres instruments de l'après-guerre. Comme nous l'avons vu dans le deuxième rapport (A/CN.4/106, chap. III, sect. 10, *b*), certains de ces instruments consacrent formellement le droit à la propriété privée et fixent des normes destinées à la protéger

---

[3] Voir SDN, doc. C.36.M.21.1929.II, p. 5.

[4] La convention contient néanmoins une disposition selon laquelle: « Par dérogation aux dispositions de l'article 4 de la présente Convention, chaque Partie contractante, pour des raisons relevant de la sécurité ou de la défense nationales, peut, en ce qui concerne toutes catégories de biens, en réserver à ses nationaux l'acquisition, la possession ou la jouissance, ou soumettre les ressortissants des autres Parties à des conditions spéciales applicables aux étrangers.» Voir la Convention européenne d'établissement (Paris, 13 déc. 1955), art. 4 et 5, *Revue générale de droit international public*, 1956, p. 132.

[5] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série B, nº 6, p. 36 et 38. Voir également l'opinion de la Cour dans l'affaire des concessions Mavrommatis (1924), série A, nº 2, p. 28, et dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1926), série A, nº 7, p. 22 et 42.

[6] D'autres précédents concernant l'application du principe en cas de « succession d'Etats » sont cités dans Sayre, « Change of Sovereignty and Private Ownership in Land », *American Journal of International Law* (1918), vol. 12, p. 475 à 497, et « Change of Sovereignty and Concessions », *ibid.*, p. 705 à 743; Makarov, « Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers », *Annuaire de l'Institut de droit international* (1950), vol. I, p. 208 à 255; O'Connell, *The Law of State Succession* (1956), *passim*.

[7] Publications de la Cour permanente de Justice internationale *(Arrêts)*, série A, nº 7, p. 42.

[8] Voir affaire Goldenberg (1928), ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 909.

[9] Voir Convention économique de Bogota, *Série sur le droit et les traités*, nº 7, Union panaméricaine, Washington (D. C.), 1948.

contre une action « arbitraire » de l'Etat. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement lorsque nous étudierons la portée de la protection internationale des droits acquis et les composantes de la notion d'arbitraire — notion sur laquelle repose la responsabilité internationale de l'Etat en la matière.

3. — Le principe du respect des droits acquis et ses relations avec la notion d' « enrichissement sans cause »

13. Dans la jurisprudence internationale, celle de la Cour permanente de justice en particulier, on a utilisé la notion d' « enrichissement sans cause » pour fixer le montant de la réparation due à la suite de dommages causés par des actes ou des omissions contraires au droit international [10]. Mais ce n'est pas le seul rôle joué par cette notion dans la pratique. Elle a servi aussi à déterminer les éléments constitutifs de la responsabilité internationale dans un grand nombre des cas qui nous intéressent aux fins du présent rapport, bien qu'une commission des réclamations connue ait un jour soutenu que l'enrichissement sans cause, comme principe général de droit reconnu par les nations civilisées, « ... n'avait pas encore été transplanté dans le domaine du droit international » [11]. Ainsi qu'on aura l'occasion de le montrer, l'enrichissement sans cause ainsi caractérisé « est reconnu de longue date comme une cause légitime de réclamation dans divers systèmes juridiques et notamment en droit international » [12]. C'est sous cet aspect et en tant qu'elle traduit des obligations quasi contractuelles entre Etats et étrangers, dont l'inexécution peut engager la responsabilité internationale des Etats, que la notion d'enrichissement sans cause est liée — fort étroitement d'ailleurs — au principe du respect des droits acquis.

14. Mais cette étroite relation entre les deux notions n'apparaît pas seulement dans le cas particulier de responsabilité que nous venons de mentionner; elle apparaît aussi dans d'autres cas, à l'intérieur du système international de protection des droits acquis. C'est ainsi que le versement d'une indemnité dans les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique trouve sa justification essentielle dans l'idée que l'Etat, c'est-à-dire la collectivité, ne doit pas réaliser (indûment) un profit aux dépens des particuliers. Il en résulte, inversement, que les particuliers ne doivent pas voir dans l'indemnité d'expropriation une « source d'enrichissement » [13]. Dans ces conditions, on a pu dire à juste titre qu'une théorie de l'indemnité fondée sur l'enrichissement est beaucoup plus souple qu'une théorie fondée sur le principe du respect des droits acquis, puisqu'elle permet de tenir compte de considérations d'équité non seulement en faveur de l'individu mais aussi en faveur de la collectivité [14].

4. — Portée de la protection internationale — nécessité de reviser la conception traditionnelle

15. Le droit international impose à l'Etat l'obligation de respecter les droits patrimoniaux des étrangers. Mais le principe du respect des droits acquis n'implique pas une obligation absolue, inconditionnelle. Le « respect » n'équivaut en aucune manière à « l'inviolabilité ». D'un point de vue strictement juridique, aucun des droits de l'homme et aucune des libertés fondamentales — pas même le droit à la vie et à la sûreté de la personne — n'est absolument inviolable et c'est bien ce que reconnaissent les instruments internationaux d'après guerre [15]. Les droits de caractère patrimonial jouissent d'une protection pour ainsi dire plus « relative » que les autres [16]. En réalité, en droit international, le respect des droits acquis est subordonné aux exigences et aux intérêts supérieurs de l'Etat qui priment. Ce fait ne résulte pas seulement de ce que, « en principe, dans tous les Etats, les droits de propriété et les droits contractuels des particuliers relèvent du droit interne » [17]. Il tient aussi et encore plus à ce que, en vertu d'un principe juridique fondamental, les intérêts et les droits des particuliers, quelles qu'en soient la nature et l'origine et quelle que soit la nationalité des titulaires, doivent céder devant les intérêts et les droits de la collectivité. Le droit international ne peut méconnaître ce postulat universel. Comme l'a dit un tribunal arbitral « le droit des gens exige le respect de la propriété privée mais il reconnaît à l'Etat le droit de déroger à ce principe, lorsque son intérêt supérieur l'exige » [18].

16. Dans ces conditions, ce qui importe, aux fins du présent rapport, c'est de déterminer dans quelle mesure le droit international protège les droits patrimoniaux des étrangers, autrement dit, de préciser le contenu et les limites exacts de l'obligation qui est faite à l'Etat de respecter ces droits. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourra connaître les éléments constitutifs de la responsabilité internationale dans les divers cas concrets. Comme on le verra, la portée de la protection internationale et, par suite, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité dépendront, dans chaque cas, autant du « droit acquis » en cause que des conditions et des circonstances dans lesquelles s'est produit l'acte ou l'omission de l'Etat. Mais avant de dégager les critères qui permettent de déterminer les composantes de la responsabilité, il importe d'étudier si les critiques et les objections qui ont été souvent formulées ces dernières années à l'encontre du principe même du respect des droits acquis

---

[10] Sur ce point, voir les références données par Schwarzenberger, *International Law*, vol. I: *International Law as applied by International Courts and Tribunals* (3e éd., 1957), p. 557, 653 et suiv.

[11] Voir General Claims Commission (Etats-Unis c. Mexique), affaire Dickson Car Wheel Co. (1931), ONU, vol. IV, p. 676.

[12] Nussbaum, « The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd., and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly* (1950), vol. 36, p. 41.

[13] Dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa (1900), le tribunal arbitral a déclaré expressément qu' « il serait... contraire à l'équité la plus élémentaire de faire [de l'indemnité] une source d'enrichissement pour [la compagnie]... ». Voir Martens, II (30) N.R.G., p. 413.

[14] Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 48.

[15] Sur ce point, voir notre deuxième rapport (A/CN.4/106), chap. III, sect. 10, *b*).

[16] Au cours des délibérations de l'Institut de droit international (session de Sienne), A. de Luna a assimilé la propriété à ce que les classiques nommaient un *jus naturae secondarium*. Voir *Annuaire de l'Institut de droit international* (1952), vol. II, p. 254.

[17] Voir Cour permanente de Justice internationale, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*, affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (1939), série A/B, nº 76, p. 18.

[18] Voir arbitrage entre le Portugal et l'Allemagne (1919), sentence II (1930), ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1039.

sont fondées. D'une façon générale, ces critiques sont de deux ordres, selon qu'elles s'appuient sur des motifs d'ordre politico-social ou sur des considérations de pure technique juridique.

17. Parmi les critiques de la première catégorie, l'une des plus graves est faite par Friedman; non seulement cet auteur juge la notion des droits acquis « ambiguë, obscure, indéfinissable », mais encore il estime qu'étant « sans fondement dans la jurisprudence internationale et pratiquement niée par les Etats lors des travaux préparatoires de la Conférence de codification [de 1930], [elle] ne peut donc être élevée à la dignité d'un principe de droit [international] » [19]. Les critiques ou objections les plus fréquentes sont aussi plus modérées. Ainsi Kaeckenbeeck a dit que, pour régler les conflits issus des grandes réformes sociales (les nationalisations), « la notion des droits acquis s'est révélée totalement inadéquate et impuissante ... » [20]. Dans le même ordre d'idées, Foighel a souligné que la jurisprudence internationale (traditionnelle) correspondait à une période de l'histoire où le libéralisme était le seul système économique reconnu dans les grands pays mais que, à l'heure actuelle, les conditions et les circonstances dans lesquelles il était né ayant changé, le principe du respect des droits acquis ne pouvait plus servir à fixer la norme *(standard)* minimum de droit international que les Etats sont tenus d'observer inconditionnellement dans leurs relations avec les étrangers [21].

18. En ce qui concerne la position adoptée par les gouvernements à l'occasion de la Conférence de codification de La Haye (1930), on doit noter qu'aucun de ceux qui ont répondu au Comité préparatoire n'a nié l'obligation de l'Etat de respecter les droits acquis des étrangers, en alléguant que l'Etat bénéficiait d'une indépendance législative (ou administrative) absolue en la matière. Ils ont tous admis, au contraire, que la faculté pour l'Etat de porter atteinte aux droits patrimoniaux des étrangers était soumise à certaines conditions [22]. On arrive, pour l'essentiel, à la même conclusion si l'on examine la position prise par les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies lors des débats qui se sont déroulés à l'ONU sur les questions d'expropriation et de nationalisation [23].

19. Au reste, la notion essentielle de « respect des droits acquis » fait partie du système actuel de protection internationale des « droits de l'homme et des libertés fondamentales », comme on pourra s'en rendre compte à la section suivante. Bien entendu, il ne résulte nullement de ce qui précède que le principe puisse conserver son sens ou sa portée traditionnelle et moins encore que l'on puisse l'interpréter conformément à la conception « orthodoxe » [24]. En attendant de démontrer — ce qui sera fait ultérieurement — dans quelle mesure les critiques et objections formulées contre la conception « traditionnelle » sont fondées, on ne peut nier qu'il soit nécessaire de reviser cette conception: il faut en effet que le principe du respect des droits acquis par des étrangers tienne pleinement compte de l'idée que la propriété privée et les autres droits patrimoniaux remplissent une fonction sociale obligeant le titulaire du droit — quelle que soit d'ailleurs sa nationalité — à consentir des sacrifices toujours plus grands dans l'intérêt de la collectivité; cette idée apparaît comme le dénominateur commun de tous les pays du monde, aussi bien sur le plan économico-social que sur le plan juridique. Sur ce point et pour prendre en considération certains faits récents d'un genre différent, on devra aussi reviser la position traditionnelle adoptée en ce qui concerne certaines applications du principe.

20. Il est bon d'étudier maintenant les critiques et les objections qui ont été faites au principe du respect des droits acquis pour des raisons de pure technique juridique [25]. Certains publicistes ont mis en doute son utilité pratique en tant que principe de caractère général et suggéré que l'on considère séparément et un par un les divers droits patrimoniaux protégés sur le plan international. Pour Cavaglieri, par exemple, le problème consisterait bien plutôt à déterminer, dans chaque cas d'espèce, si la mesure adoptée par l'Etat à l'égard des biens d'un étranger se conforme au *minimum* de droits que le droit international reconnaît aux étrangers [26]. Plus récemment, Guggenheim s'est demandé, lui aussi, s'il ne vaudrait pas mieux renoncer à examiner le problème de la protection des droits patrimoniaux sous l'aspect traditionnel des « droits acquis » et étudier au contraire chacune des catégories concrètes de droits (droits réels, droits de concession, etc.) qui jouent un rôle pratique dans la protection de la propriété privée, conformément au droit des gens [27].

21. Dans ces conditions, il n'est pas douteux que tous les droits patrimoniaux ne méritent pas la même protection et que l'étendue de cette protection varie nécessairement selon les conditions et circonstances dans les-

[19] S. Friedman, « L'expropriation en droit international public », *L'Egypte contemporaine*, n° 257-258, mars-avril 1950, p. 326.

[20] G. Kaeckenbeeck, « La protection internationale des droits acquis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1937-I), vol. 59, p. 361.

[21] Foighel, *Nationalization, A Study in the Protection of Alien Property in International Law* (1957), p. 43 et 54. Voir en ce sens K. Katzarov, « Rapport sur la nationalisation », *International Law Association, New York University Conference, 1-7 September* 1958, p. 10, et, du même auteur, « La propriété privée et le droit international public », *Journal du droit international* (1957), n° 1, p. 6 à 51.

[22] SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, t. III, doc. C.75.M.69.1929. Voir p. 33 à 37.

[23] Pour des indications plus récentes sur la position des gouvernements en la matière, voir M. Brandon, « The Record in the United Nations of Member States on Nationalization » (1958), document présenté à la 48e Conférence de l'Association de droit international, *passim*.

[24] Comme on le verra dans les chapitres qui vont suivre, en vertu de la conception « orthodoxe », l'expropriation, à quelque catégorie qu'elle appartienne, et quelles que soient les conditions dans lesquelles elle s'est produite, comporte l'obligation de verser une indemnité « adéquate », « prompte » et « effective »; dans les cas où il existe un lien contractuel entre l'Etat et l'étranger, la responsabilité internationale est la conséquence directe de la simple inexécution, du fait de l'application du principe *pacta sunt servanda* aux relations et aux obligations contractuelles.

[25] L'expression « droit acquis » elle-même a été critiquée, notamment par Duguit qui a écrit: « Jamais personne n'a vu ce que c'était qu'un droit non acquis. Si l'on admet l'existence de droits subjectifs, ces droits existent ou n'existent pas; telle personne est titulaire d'un droit ou non. Le droit non acquis est l'absence de droit.» Voir *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, p. 201.

[26] Cavaglieri, « La notion des droits acquis et son application en droit international public », *Revue générale de droit international public* (1931), vol. 38, p. 293.

[27] P. Guggenheim, « Les principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1952-I), vol. 80, p. 126.

quelles l'Etat a pris les mesures en question. Ainsi, on pourra se demander si l'obligation de verser une indemnité pour expropriation a le même contenu dans le cas des expropriations personnelles et classiques et dans celui où, résultant d'un changement de la structure économique et sociale de l'Etat, elles revêtent un caractère général et impersonnel. On pourra se demander aussi — ce n'est qu'un autre exemple — si l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale dépendent de circonstances identiques dans les divers cas d'inexécution d'obligations contractuelles. On pourrait démontrer par de nombreux exemples de ce genre la variété et la complexité des situations dans lesquelles se pose le problème de la protection internationale des droits acquis. Cependant, et si nécessaire qu'il soit d'étudier et de régler une par une les situations ou catégories de situations qui peuvent se présenter, le « principe du respect des droits acquis » en tant que principe général n'en a pas moins une utilité technique et pratique indiscutable. C'est le principe fondamental sur lequel repose l'obligation (ou les obligations) de l'Etat en la matière et par suite l'unique raison d'être de la responsabilité internationale. Complété par la notion de « l'enrichissement sans cause », sous la forme indiquée plus haut, il pourra continuer à fournir les critères de base applicables à l'indemnisation, laquelle est en réalité le problème essentiel auquel on se heurte dans ce domaine particulier de la responsabilité internationale.

5. — La notion d' « arbitraire » et la doctrine de l'abus de droit

22. Il convient d'examiner enfin les éléments constitutifs de la responsabilité internationale à raison des actes ou omissions dont traite le présent rapport. Comme nous venons de l'indiquer, l'étendue de la protection que le droit international assure en la matière aux étrangers et, en conséquence, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité dépendent dans chaque cas non seulement du « droit acquis » considéré, mais également des conditions et des circonstances dans lesquelles s'est produit l'acte ou l'omission de l'Etat. En ce sens — et à la différence des autres cas de responsabilité internationale pour dommages causés à des étrangers — on peut grouper les actes ou omissions imputables à l'Etat en deux grandes catégories: *a*) ceux qui comportent en eux-mêmes un élément « illicite », *b*) ceux qui comportent simplement un élément « arbitraire ». S'il est facile de comprendre la raison d'être de cette distinction, qu'il n'est pas toujours aisé de faire en ce qui concerne les autres actes ou omissions portant atteinte aux droits des étrangers, il n'est pas difficile non plus de voir que, selon la catégorie dont ils relèvent, les actes ou omissions de l'Etat entraînent des conséquences juridiques différentes.

23. Les actes ou omissions de caractère « illicite » sont ceux qui résultent de l'inexécution par l'Etat d'une obligation conventionnelle qu'il a contractée en ce qui concerne les droits patrimoniaux d'un étranger. L'origine — ou source — de cette obligation qui impose une norme de conduite définie peut être soit un traité conclu avec l'Etat de la nationalité de l'étranger, soit un lien contractuel entre l'Etat et l'étranger lui-même, à condition que, dans le second cas, l'obligation revête un caractère véritablement « international ». Les conséquences juridiques de la simple inexécution de l'obligation sont évidentes: dès lors qu'il s'agit d'actes « intrinsèquement » contraires au droit international, non seulement ces actes engendrent directement et immédiatement la responsabilité de l'Etat, mais encore ils font naître le « devoir de réparer » au sens strict; autrement dit, la réparation doit consister soit en une restitution en nature, soit en des dommages-intérêts si la restitution est impossible ou ne suffit pas à réparer le dommage de façon adéquate. La pratique traditionnelle ne fournit pas beaucoup d'exemples d'obligations internationales pouvant donner lieu à des actes ou omissions de ce genre mais, depuis une date relativement récente, les choses ont changé et il se pose maintenant, sur le plan des relations contractuelles entre Etats et étrangers, des questions et des problèmes d'un grand intérêt pour le développement et la codification du droit international.

24. Les actes ou omissions « arbitraires », tout en impliquant aussi de la part de l'Etat un comportement contraire au droit international, découlent de faits en eux-mêmes « licites ». En réalité, dans les cas de responsabilité internationale étudiés dans le présent rapport, l'Etat exerce un droit — le droit de « porter atteinte » de diverses manières aux droits patrimoniaux des particuliers, pour des raisons et à des fins variées — de sorte que sa responsabilité ne peut être engagée que s'il exerce ce droit dans des conditions et dans des circonstances supposant un acte ou une omission contraire au droit international. En ce sens, à la différence des actes et omissions de caractère « illicite », la simple « violation » du principe du respect des droits acquis ne fait pas naître la responsabilité internationale de l'Etat. L'existence et l'imputabilité de la responsabilité dépendront de l' « arbitraire » dont on estimera que l'Etat a fait preuve dans l'exercice du droit énoncé plus haut. Par suite, du fait que la mesure qui porte atteinte aux droits des étrangers est en soi légitime, on ne peut attribuer aux actes ou aux omissions « arbitraires » imputables à l'Etat les mêmes conséquences juridiques qu'aux actes purement et simplement « illicites ». Comme on le verra ultérieurement, la responsabilité internationale dans des cas de ce genre ne peut ni ne doit engendrer un « droit de réparer » proprement dit.

25. La distinction entre actes ou omissions de caractère « illicite » et actes ou omissions de caractère « arbitraire » a été explicitement reconnue par la Cour permanente de Justice internationale dans le cas des expropriations (voir le chapitre suivant); elle l'a été aussi en général par la pratique diplomatique, la jurisprudence internationale et la doctrine en ce qui concerne l'inexécution d'obligations contractuelles dont l'Etat est tenu à l'égard des étrangers. Pour ce qui est de la notion d' « arbitraire », il est intéressant de souligner qu'elle est parfaitement compatible avec l'idée fondamentale dont s'inspire le système actuel de protection internationale dans le domaine des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En vertu de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 17, par. 2): « Nul ne peut être *arbitrairement* privé de sa propriété. » L'emploi du mot « arbitrairement » que nous soulignons n'est pas purement accidentel; il tend à subordonner à certaines conditions déterminées l'exercice du droit de l'Etat de porter atteinte à la propriété privée. Comme le montre l'historique de l'article 17 de la Déclaration, tout le problème était uniquement de savoir quelles étaient ces conditions et ce que l'on entendait par le terme « arbitraire-

ment » [28]. A cet égard, on peut citer l'article premier du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952: « ... Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. » Sans être d'une très grande précision, ce texte indique beaucoup plus nettement les conditions qui régissent l'exercice de la compétence étatique.

26. Dans ces conditions, quels sont les éléments constitutifs de l' « arbitraire »? En d'autres termes, quels sont le ou les critères qui nous permettent de savoir quand il s'agit d'un acte ou d'une omission « arbitraire »? Il faut avant tout distinguer entre les critères généraux et les critères qui ne s'appliquent qu'à des actes ou omissions déterminés. Il va sans dire que nous ne pouvons pas pour le moment nous occuper de ces derniers, et que nous ne traitons que des critères qui, d'une façon générale, sont valables pour tous les cas. Les motifs et les buts de l'Etat peuvent fournir l'un de ces critères. Certes, on peut, semble-t-il, penser de prime abord que la question relève du domaine purement interne, en ce sens qu'il n'appartient pas au droit international de se prononcer sur les motifs et les buts en considération desquels l'Etat a pris une mesure touchant les droits patrimoniaux des particuliers, nationaux ou étrangers; toutefois, l'examen de la pratique nous amène à une autre conclusion. En principe tout au moins, la question intéresse le droit international; celui-ci a donc compétence pour déterminer les motifs et les buts qui peuvent justifier l'action de l'Etat ou, en tout cas, définir ceux qui ne la justifient pas. La méthode et la procédure suivies par les organes de l'Etat fournissent un autre critère d'application générale. Bien que ce critère laisse à l'Etat une liberté d'action beaucoup plus grande que celui des motifs et des buts, il est indéniable que la question relève également du droit international. Concrètement, il s'agit du cas où l'Etat pourrait être rendu responsable d'un acte ou d'une omission comportant un « déni de justice ». Dans ce cas comme dans celui où la mesure n'est pas justifiée par un intérêt public authentique, le caractère arbitraire de l'acte ou de l'omission serait évident.

27. Le troisième et en un sens le plus important des critères généraux procède du principe de la distinction entre nationaux et étrangers [29]. Sur ce point, on pose traditionnellement le problème de la manière suivante: même quand il s'agit d'autres actes ou omissions lésant les étrangers, on estime la responsabilité de l'Etat engagée s'il n'agit pas conformément à la norme internationale de justice *(international standard of justice)* alors même qu'il applique les mêmes mesures à ses nationaux. En un mot, même dans ce domaine, on a voulu imposer un traitement préférentiel en faveur des étrangers. A ceci près qu'en matière de droits patrimoniaux, ce traitement se justifie beaucoup moins qu'en ce qui concerne les droits inhérents à la personne humaine, le problème ne peut plus être envisagé sous l'angle de ce qu'on appelle les normes minimums. Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises dans nos rapports antérieurs, la reconnaissance internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne tient aucun compte de la distinction entre nationaux et étrangers, ce qui entraîne nécessairement un régime d' « égalité » pour ce qui est de la jouissance et de l'exercice de ces droits et libertés. Ainsi, s'agissant de la notion d' « arbitraire », l'étranger a uniquement droit à ce que l'Etat ne fasse aucune discrimination à son égard lors de l'adoption et de l'exécution de la mesure considérée et à ce que cette mesure n'ait pas été prise uniquement du fait de sa qualité d'étranger.

28. Les considérations précédentes soulignent le rôle joué par la « doctrine de l'abus de droit » dans ce domaine de la responsabilité internationale. Comme nous l'avons dit dans nos rapports antérieurs, on conçoit généralement la responsabilité internationale comme la conséquence de l'inexécution ou de l'inobservation d'une obligation internationale. Toutefois, la doctrine comme la pratique diplomatique et la jurisprudence ont admis que la responsabilité internationale de l'Etat peut aussi être engagée lorsque l'Etat cause un dommage du fait de l'exercice « abusif » d'un droit, c'est-à-dire quand il excède les limites auxquelles sa compétence est nécessairement soumise et qui ne correspondent pas toujours à des obligations internationales précises et bien définies [30]. Il est facile de comprendre pourquoi l'on a dit récemment que « l'*exercice arbitraire* de compétences qui, en soi, appartiennent à l'Etat, ainsi que l'utilisation d'institutions juridiques dans des buts qui leur sont étrangers ne sont rien d'autre que des « *abus de droit* » [31].

29. En fait, la notion d' « arbitraire » est tellement liée à la « doctrine de l'abus de droit » qu'elle se confond pratiquement avec elle. Les actes ou omissions susceptibles d'engendrer la responsabilité internationale dans les cas visés dans le présent rapport résultent de l'exercice des droits de l'Etat. D'où la nécessité de tenir compte des limitations que le droit international impose à l'exercice de la compétence étatique en la matière. Cela ne sera pas nécessaire lorsqu'il existe des obligations internationales dont l'inexécution ou l'inobservation se traduit par des actes « illicites » qui engendrent la responsabilité directe et immédiate de l'Etat. Mais cela sera nécessaire dans toutes les autres hypothèses dès lors que l'acte ou l'omission imputable à l'Etat est lié à une

[28] Si nous renvoyons à l'histoire de l'article, ce n'est pas pour rappeler que les amendements tendant à remplacer « arbitrairement » par « illégalement » et dont le but véritable était de restreindre la portée de la disposition ont été repoussés (voir E/CN.4/SR.61), mais pour souligner que l'on a cherché, au cours de la discussion, à déterminer les conditions auxquelles l'exercice du droit de l'Etat serait subordonné, notamment sur le plan de l'indemnisation (voir E/CN.4/AC.1/SR.38). Les différences entre les critères proposés expliquent dans une large mesure que l'on ait décidé d'ajourner *sine die* l'examen de la question, lors de l'élaboration du projet de pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (voir E/CN.4/SR.418).

[29] Le caractère « arbitraire » de la mesure adoptée par l'Etat peut aussi être fonction de l'indemnité accordée. Cependant, en fait, comme on le verra ultérieurement, il ne convient pas d'en parler à propos des critères généraux.

[30] Sur l'évolution théorique et les applications pratiques de la « doctrine de l'abus de droit », voir García Amador, « State Responsibility — Some New Problems », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1958).

[31] R. L. Bindschedler, « La protection de la propriété privée en droit international privé », *ibid.* (1956-II), vol. 90, p. 212 et 213. On a pu dire à propos de l'expropriation que « Tout en laissant sans aucun doute à l'Etat une grande latitude dans l'exercice de son droit d'exproprier des biens privés étrangers, le droit international n'en interviendrait pas moins dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres en cas d'abus manifeste... ». Voir Bin Cheng, « Expropriation in International Law », dans *The Solicitor* (Londres, 1954), vol. 21, p 99.

mesure légitime en soi. Ce faisant, nous n'ignorons pas que nous nous éloignons de la conception traditionnelle puisque nous qualifierions simplement d' « arbitraires » des actes ou des omissions qui, comme le déni de justice, ont toujours été considérés comme des actes « illicites » et ont fait naître, pour cette raison, le « devoir de réparer ». Quoi qu'il en soit, si nous devons élaborer un système compatible avec la nature particulière des cas de responsabilité internationale dont il est question dans le présent rapport, il ne semble pas y avoir d'autre voie à suivre.

II. — Nature et contenu des droits acquis

30. Si paradoxal que cela paraisse, le droit international a consacré le principe du respect des droits acquis sans définir ces droits et sans en établir non plus une classification systématique. Cela tient en partie à ce que les droits privés patrimoniaux, quelles que soient leur nature ou la nationalité de leur titulaire, relèvent, d'après le droit international, de l'ordre juridique interne, à moins qu'il existe un traité ou que certaines relations contractuelles lient un Etat et des particuliers étrangers. Il n'en reste pas moins que la nature et le contenu des « droits acquis » soulèvent des problèmes d'un caractère indiscutablement international dont beaucoup paraissent avoir été résolus dans la pratique.

6. — Les droits patrimoniaux au sens large

31. Le premier problème que posent la définition et la classification systématique des droits acquis, tant sur le plan international qu'en droit comparé, est un problème de terminologie. A l'intérieur même d'un système juridique (*common law*, système dit de droit continental, etc.), le manque d'uniformité des termes employés, dans les divers pays est évident. Ce défaut d'uniformité apparaît aussi assez fréquemment lorsque l'on traite du fond, c'est-à-dire de la nature et du contenu mêmes des droits acquis. Il va sans dire que si l'on étudie le droit interne de pays appartenant à des systèmes juridiques différents, l'absence d'institutions et de notions communes ressort encore beaucoup plus nettement. Malgré cela, ce que l'on appelle les « droits subjectifs » peuvent être classés, dans tout système juridique, en deux grandes catégories, les droits « patrimoniaux » et les droits « personnels ». Les premiers ont un contenu essentiellement économique et s'évaluent en argent à la différence des seconds dont le caractère est purement moral ou politique. A cela, on peut encore ajouter qu'en général les droits patrimoniaux comprennent aussi bien le droit de propriété sur des meubles ou des immeubles et les autres droits réels sur des biens corporels que les droits sur des biens incorporels parmi lesquels figurent les droits contractuels de nature économique.

32. La pratique diplomatique et la jurisprudence internationale fournissent divers exemples qui illustrent ce qui précède et éclairent dans une certaine mesure la nature et le contenu des « droits acquis » ou patrimoniaux. Tout d'abord — et sur ce point l'uniformité est absolue — le droit de propriété (privée) sur des biens corporels est le type même du « droit acquis » auquel on assimile, en leur donnant les mêmes effets, les autres droits réels sur les biens corporels, mobiliers ou immobiliers. Lorsqu'il s'agit de biens qualifiés d' « incorporels », la situation n'est pas aussi simple. Certains traités de paix signés à la fin de la première et de la seconde guerre mondiale visent, dans des dispositions relatives à la protection de la « propriété » privée, à la fois les biens corporels, mobiliers ou immobiliers, et les « droits » ou « intérêts » de toutes catégories, y compris les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique [32]. La nature et le contenu des biens sont entendus de la même manière dans certaines conventions conclues après la dernière guerre en vue du règlement des indemnités à verser aux étrangers dont « les biens, droits et intérêts » ont été nationalisés [33]. Mais sur ce point particulier, ce qui nous intéresse surtout aux fins du présent rapport, c'est de déterminer si le groupe des droits incorporels comprend les « droits contractuels », c'est-à-dire les droits acquis par des étrangers en vertu d'un contrat signé avec un Etat ou d'une relation contractuelle de toute autre nature (concessions, dettes publiques, etc.).

33. Les difficultés qui naissent en la matière tiennent surtout à ce que l'on n'a pas toujours cherché à résoudre la question selon le même critère et aux mêmes fins. Il est indéniable que, du point de vue de leur nature juridique, les droits contractuels dont il s'agit entrent, en raison de leur contenu économique caractéristique, dans la catégorie générale des droits patrimoniaux. A cet égard, la doctrine et la pratique sont quasi unanimes [34]. Le problème se pose, dans les faits, à propos du traitement qu'il convient de réserver aux droits contractuels lorsque l'Etat prend des mesures qui y portent atteinte; il s'agit de savoir par exemple s'ils peuvent comme les biens corporels être « expropriés » ou s'il faut à leur égard appliquer uniquement les règles traditionnelles de droit international relatives à l'inexécution par l'Etat des obligations contractuelles qu'il a assumées [35]. Mais c'est là un problème tout différent qui sera étudié de manière approfondie au chapitre III.

7. — Caractère mixte (privé et public) de certains des droits acquis

34. A l'intérieur du groupe général des « droits subjectifs », les droits acquis ou patrimoniaux constituent une catégorie à laquelle on attribue communément le caractère de droits « privés ». Pourtant, tant en doctrine qu'en pratique, la question de leur véritable nature juridique se pose assez souvent, en raison du caractère mixte (public et privé) de certains d'entre eux. On s'est heurté surtout à cette difficulté à propos de droits acquis en vertu de concessions accordées par l'Etat à des étrangers. Ce caractère mixte a été reconnu expressément dans des décisions arbitrales. C'est ainsi que dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie (1932), Asser, arbitre unique, a déclaré « la concession accordée par la Ville à la Compagnie a, comme généralement toutes les concessions, un caractère double: elle relève tant du droit public que du droit privé » [36]. La Cour permanente de

[32] Voir, par exemple, l'art. 297, *c*, du Traité de Versailles (1919) et l'art. 78, par. 9, *c*, du Traité de paix avec l'Italie (1947).

[33] Sur ces conventions, voir le chap. II, sect. III, s.-sect. 18.

[34] Voir les nombreux exemples tirés de la doctrine et de la pratique dans Herz, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* (1941), vol. 35, p. 243 à 262, n. 7 et 8.

[35] Sur cette distinction, voir S. Friedman, *op. cit.*, p. 151 à 153 et suiv.

[36] Voir ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1687.

Justice internationale a examiné la question dans l'affaire des colons d'origine allemande en Pologne (1923) [37]. Le rapport de la Commission des concessions du Transvaal a formellement reconnu cette dualité [38]. Certains publicistes vont plus loin et estiment que les concessions, entre autres, constituent, par nature, des « droits *publics* subjectifs » [39].

35. Quelles conséquences juridiques attribue-t-on à cette distinction du point de vue de la responsabilité internationale? La portée des obligations de l'Etat à l'égard des droits des étrangers en dépend-elle? Se référant au cas d'une succession d'Etat, Kaeckenbeeck a soutenu que « l'application du principe du respect des droits privés variera selon que le caractère public ou privé [de la concession] dominera. Il ne fait aucun doute que l'opinion juridique moderne est entièrement favorable à l'obligation de respecter les concessions. Toutefois, vu les intérêts publics considérables qui peuvent entrer en jeu, il serait peut-être d'un optimisme exagéré de croire le débat définitivement clos ». Précisant ensuite sa position, il ajoute: « cependant, à notre avis, l'essentiel est que le principe du respect des droits acquis s'applique lorsqu'il y a changement de souveraineté tant que le caractère privé l'emporte, mais qu'il ne s'applique plus dans ce cas lorsque le caractère public prédomine » [40]. Comme on pourra s'en rendre compte au chapitre III, le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes quand c'est l'Etat qui a lui-même accordé la concession, en particulier s'il s'agit d'un type de concession qu'on ne peut assimiler aux concessions traditionnelles par la forme ou les modalités. En tout cas, il est indéniable que le caractère mixte de ces relations juridiques a une influence sur la portée de l'obligation de l'Etat.

8. — Cas particuliers où il n'y a pas droit acquis

36. En pratique, il est parfois nécessaire de déterminer si, dans le cas de certains intérêts, de certaines expectatives *(expectancies)* et dans d'autres situations particulières, on est en présence d'un « droit acquis » au sens où l'on entend cette expression du point de vue de la protection internationale. Comme l'a dit Herz, presque toutes les dispositions de droit civil et de nombreuses dispositions de droit constitutionnel et administratif créent des situations au maintien desquelles les particuliers peuvent avoir intérêt. Ces situations peuvent être modifiées par le législateur ou l'exécutif, de sorte que si l'on reconnaît aux étrangers des « droits acquis » en cas de changement possible, on leur accorde en fait une assurance contre toute mesure pouvant porter atteinte à leurs intérêts. Il importe donc de faire le départ entre les droits acquis proprement dits et les droits qui n'entrent pas dans cette catégorie. Si le droit international n'offre comme l'indique également Herz, aucune solution définitive [41], la pratique offre des exemples de situations de ce genre.

37. C'est ainsi que la clientèle — c'est-à-dire la jouissance d'une certaine situation commerciale ou industrielle — a été l'objet d'un litige et que la Cour permanente de Justice internationale n'y a pas vu un droit acquis. A cette occasion, on a dit qu'il y avait « droit acquis » du fait qu'un ressortissant du pays demandeur avait une situation qui comportait « la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit » [42]. Dans son opinion individuelle, sir Cecil Hurst s'est écarté du critère adopté par la majorité et a estimé qu'un « droit acquis » aurait été lésé si le Gouvernement belge avait par exemple entravé l'exécution d'un contrat que Chinn aurait conclu avec un tiers [43]. Selon l'avis du Tribunal arbitral pour la Haute-Silésie: « En règle générale, les libertés relatives à l'exploitation du travail et à une activité lucrative qui reposent sur la liberté générale de l'industrie et du commerce ne sont pas des droits acquis subjectifs. Ceux-ci doivent bien plutôt se baser sur un titre d'acquisition spécial; l'ordre juridique doit les considérer comme des droits concrets [44] ... ».

38. La propriété industrielle, littéraire et artistique ne peut pas non plus, semble-t-il, faire l'objet de réclamations internationales fondées sur la notion de « droit acquis », à moins qu'il n'existe des conventions entre Etats comme celles que l'on a mentionnées plus haut [45]. Sans doute pourrait-on encore tirer de la pratique internationale d'autres exemples de cas particuliers, mais ceux qui précèdent permettent de se faire une idée du critère de base que l'on paraît avoir retenu. Il ne faudrait pas manquer de signaler, par contre, les situations qu'ont engendrées les créations de monopoles par l'Etat, dans le domaine des assurances notamment, situations abondamment étudiées et sur lesquelles les opinions sont assez divergentes [46].

CHAPITRE II
DE L'EXPROPRIATION EN GÉNÉRAL

I. — Le droit d'« expropriation »

39. L'Etat peut « porter atteinte » aux droits patrimoniaux des particuliers non seulement par des mesures d'expropriation proprement dites mais également de diverses autres manières et pour des motifs et des objets très différents eux aussi. La doctrine anglo-saxonne emploie de plus en plus fréquemment le terme *taking*, dont la portée est sans doute plus étendue que celle que l'on donne généralement au terme « expropriation » mais qui a l'inconvénient, du moins quand on le traduit, de ne pas s'appliquer exactement à certaines hypothèses, par exemple à celle où l'action de l'Etat consiste ou équivaut à détruire la propriété privée ou à ne pas exécuter certains contrats et conventions de concession. Quoi qu'il en soit, le problème de terminologie n'a pas vraiment d'importance, et il serait d'ailleurs très

[37] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série B. n° 6, p. 39.
[38] Voir Kaeckenbeeck, *loc. cit.*, p. 350.
[39] Bindschedler, *loc. cit.*, p. 221.
[40] « The Protection of Vested Rights in International Law », *British Year Book of International Law* (1936), p. 11 et 12.
[41] Voir Herz, *loc. cit.*, p. 245 et 246.
[42] Affaire Oscar Chinn (1934), Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A/B, n° 63, p. 88.
[43] *Ibid.*, p. 122.
[44] Cas Jablonsky cité par Bindschelder, *loc. cit.*, p. 224.
[45] Sur cette situation particulière, voir S. Basdevant, *Répertoire de droit international*, vol. VIII, p. 46.
[46] Voir par exemple Fachiri, « International Law and the Property of Aliens », *British Year Book of International Law* (1925), p. 50. Selon un projet de convention approuvé par l'International Law Association, la création de monopoles d'Etat pouvant mettre fin à des commerces ou entreprises donnerait lieu à une indemnisation complète en faveur des étrangers qui en sont propriétaires. Voir *Report of the 37th Conference* (1932), p. 61.

difficile à résoudre vu la diversité des notions juridiques que révèle le droit comparé, vu aussi les lacunes du droit international en la matière.

40. Ce qui importe, en revanche, c'est la question de fond et, à cet égard, ce qui est intéressant, c'est la notion de ce droit qu'a l'Etat de « porter atteinte » au patrimoine des particuliers de diverses manières et pour des motifs et à des objets également très différents. Cette « atteinte », prise dans son sens étymologique et, jusqu'à un certain point juridique, vise donc toute mesure qui consiste ou équivaut, directement on indirectement, à supprimer, totalement ou partiellement, temporairement ou de façon permanente, des droits privés de caractère patrimonial. Partant de là, et en nous réservant de revenir plus longuement sur cette question tant dans le présent chapitre que dans le chapitre suivant, nous pouvons aborder l'examen des aspects internationaux de ce droit d'« expropriation » de l'Etat, terme qu'il convient aussi d'utiliser sous réserve des distinctions et des définitions qui seront données plus loin.

9. — Reconnaissance internationale du droit d'expropriation

41. Le droit d' « expropriation », même pris dans son acception la plus étendue, est reconnu dans l'ordre juridique international, quels que soient les droits patrimoniaux en cause ou la nationalité de leur titulaire. Le droit a été reconnu sur le plan international à d'innombrables reprises par la pratique diplomatique et la jurisprudence des tribunaux arbitraux et des commissions d'arbitrage et, depuis une époque récente, dans des déclarations d'organisations et de conférences internationales. Il est traditionnellement considéré comme une faculté inhérente à la souveraineté et à la juridiction que l'Etat exerce sur les personnes et sur les choses qui se trouvent sur son territoire ou au droit dit d' « autoconservation » qui lui permet notamment de veiller au bien-être et au progrès économique de sa population. S'agissant des pays insuffisamment développés, l'Assemblée générale a déclaré dans sa résolution 626 (VII), du 21 décembre 1952, que « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations Unies ».

42. Il importe évidemment, aux fins du présent rapport, de souligner que le droit d'« expropriation » a aussi été expressément reconnu par l'ordre juridique international. De fait, sauf dans les hypothèses exceptionnelles qui seront examinées le moment venu, l'acte d'expropriation pur et simple constitue une mesure légitime de la part de l'Etat et, par conséquent, n'engage nullement, par lui-même, sa responsabilité internationale. Comme nous l'avons dit dans le chapitre précédent (s.-sect. 5), pour que cette responsabilité existe et puisse être imputée, il faut que l'expropriation, ou la mesure considérée, intervienne dans des conditions ou des circonstances contraires aux règles internationales qui régissent l'exercice de ce droit de l'Etat, c'est-à-dire en violation des règles qui protègent les droits acquis des étrangers contre les actes ou omissions « arbitraires » de l'Etat en ce domaine. Comme on le verra, la notion d'« arbitraire » qui nous a paru déterminante lorsqu'il s'agit de savoir quand la responsabilité internationale est engagée s'applique, encore que ce ne soit pas toujours dans la même mesure, aux divers modes d'exercice de ce droit de l'Etat. Voyons cependant pour commencer quelles sont les diverses manières dont l'Etat peut « exproprier » les droits patrimoniaux des étrangers ou leur « porter atteinte », afin de retenir celles qui présentent le plus d'intérêt du point de vue de la responsabilité internationale.

10. — Les divers modes d'exercice du droit d'expropriation

43. Les mesures que peut prendre l'Etat et qui « portent atteinte » aux droits patrimoniaux des étrangers n'intéressent naturellement pas toutes le droit international au même degré et de la même manière et, dans quelques cas, elles sont même pratiquement dépourvues d'intérêt dans l'ordre juridique international. Il en est généralement ainsi de la confiscation, de l'amende et des autres mesures imposées à titre de sanction pénale. Il y a, dans la jurisprudence internationale, des précédents qui établissent pleinement que ces mesures sont compatibles avec les normes internationales régissant la condition des étrangers [47]. La légitimité intrinsèque de ces mesures n'exclut pas, bien entendu, que leur adoption ou leur application puisse constituer un « déni de justice » et que, par suite, l'acte ou l'omission engage la responsabilité internationale de l'Etat [48]. La responsabilité internationale de l'Etat est également rarement engagée lorsqu'il détruit des biens appartenant à des étrangers pour des raisons de sécurité ou de santé publiques, à condition que l'on se trouve en présence d'un cas de force majeure ou de nécessité reconnu par le droit international [49]. La jurisprudence internationale a aussi invoqué le « pouvoir de police » de l'Etat pour justifier l'exonération de la responsabilité [50].

44. Bien qu'on ait soutenu que le droit international impose des limites à la faculté qu'a l'Etat d'assujettir à des impôts, taxes ou autres contributions les biens, droits ou autres intérêts des étrangers, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures discriminatoires contre ces derniers [51], il est certain que très rares ont été ceux qui ont contesté, sur le plan international, la légitimité de cette catégorie de mesures, quelle que soit leur nature ou leur portée. Le seul élément qui pourrait engager la responsabilité internationale de l'Etat serait le caractère discriminatoire de la mesure prise, mais comme le montre la pratique, il s'agit d'une éventualité très

[47] Voir, notamment, l'affaire Robert Wilson (1841), dans Moore, *History and Digest of Arbitrations*, etc. (1898), vol. IV, p. 3373; l'affaire Chazen (1930), ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 564.

[48] Voir, par exemple, l'affaire Bronner (1868), dans Whiteman, *Damages in International Law*, vol. II, p. 931. Sur l' « abus de compétence » en ce domaine, voir Witenberg, « La protection de la propriété immobilière des étrangers », *Journal Clunet* (1928), vol. 55, p. 579.

[49] Voir à ce sujet notre 3e rapport, (A/CN.4/III), Chap. VI, sect. 4.

[50] Voir, notamment, l'affaire J. Parsons (1925), dans F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitrations*, etc. (1926), p. 587.

[51] Sur ce point, voir « Report by Dr. J. C. Witenberg to the Protection of Private Property Committee », dans *Report of the 36th Conference of the International Law Association* (1930), p. 322 à 325.

improbable [52]. Les droits d'importation ou d'exportation, comme l'interdiction d'importer ou d'exporter certaines marchandises déterminées, créent des situations analogues [53]. Lorsque la mesure n'est pas générale, mais individuelle et arbitraire, on a admis naturellement la responsabilité internationale de l'Etat [54]. N'est pas davantage soumis à des limitations de caractère international, bien que l'opinion contraire ait aussi été soutenue [55], le droit de l'Etat de contrôler le change de sa monnaie et de dévaluer celle-ci. Dans une affaire jugée après la seconde guerre mondiale, on a décidé que les créanciers qui avaient effectué des dépôts bancaires avant la dévaluation de la monnaie ayant cours légal n'avaient pas le droit de réclamer le remboursement sur la base de la valeur antérieure de cette monnaie [56].

45. L'énumération qui précède n'est nullement une liste complète des diverses manières dont l'Etat peut « porter atteinte » aux droits patrimoniaux des particuliers. Outre l'expropriation *stricto sensu* (et la « nationalisation ») et les autres formes d'expropriation « indirecte », il existe une catégorie spéciale de mesures qui intéressent les droits de nature ou d'origine contractuelle. Lorsqu'on étudie les mesures qui portent atteinte à ces droits patrimoniaux, il convient de distinguer entre celles qui portent uniquement atteinte aux droits de cette catégorie et celles qui comportent en outre une expropriation de biens corporels. Nous reviendrons sur ces dernières plus loin, lorsque nous examinerons les autres aspects internationaux de l'institution.

[52] La Conférence de l'International Law Association, mentionnée dans la note précédente, a décidé qu' « il existe, en droit international, une limite à la faculté qu'a l'Etat d'assujettir à des impôts les biens, droits et intérêts des étrangers, mais cette limite est une question de fait et de degré. En particulier, les impôts qui constituent une discrimination à l'encontre des étrangers sont contraires au droit international ». *Ibid.*, p. 361 et 362. Dans le projet de convention qu'elle a adopté à sa session d'Oxford, l'ILA a accepté le critère de la non-discrimination en ce sens que l'Etat ne saurait soumettre les étrangers à des impôts ou contributions différents ou plus élevés que ceux qu'il exige de ses nationaux. Voir *Report of the 37th Conference* (1932), p. 60. Dans le même sens, voir l'art. 7 du « Code international de traitement équitable des placements à l'étranger », approuvé par la Chambre de commerce internationale à son 12e Congrès (Québec, 1949), brochure 129 (Paris, août 1949), p. 14.

[53] Voir Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 182.

[54] Voir l'affaire Lalanne et Ledour (1903), dans Ralston, *Venezuela Arbitrations of 1903* (1904), p. 501.

[55] Voir Dupuis, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1930-II), vol. 32, p. 163. Ce qu'on peut admettre, c'est que « la loi interne — y compris la loi monétaire — peut être contraire, dans son intention ou dans ses effets, aux obligations internationales de l'Etat ». Voir l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens (1957), arrêt du 6 juillet 1957, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 37.

[56] Affaire Fabar (Etats-Unis c. Yougoslavie), dans *Settlement of Claims by Foreign Claims Settlement Commission* (1955), p. 23. Dans l'affaire des emprunts serbes, la Cour permanente a eu l'occasion de déclarer que « ... c'est un principe généralement reconnu que l'Etat a le droit de déterminer lui-même ses monnaies ». Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, n° 20-21, p. 44. En ce qui concerne la portée de ce droit de l'Etat, voir Mann, « Money in Public International Law », *British Year Book of International Law* (1949), p. 259 et suiv.

11. — L'EXPROPRIATION *stricto sensu* ET LES NATIONALISATIONS

46. Il est indéniable que certaines des mesures que nous venons de mentionner procurent à l'Etat un avantage économique direct aux dépens des titulaires des biens touchés. Toutefois, de même que ce résultat ne se produit pas toujours, l'avantage économique n'est pas le but qui motive et justifie juridiquement la mesure dans tous les cas. En revanche, la situation est parfaitement claire lorsqu'il s'agit d'une expropriation *stricto sensu*. La définition que nous avons donnée au début de ce chapitre du droit qu'a l'Etat de « porter atteinte » d'une manière générale à la propriété privée, permet de caractériser cette forme particulière d'atteinte et de la distinguer des autres en la définissant comme l'action par laquelle l'Etat s'approprie des droits patrimoniaux appartenant à des particuliers dans le dessein de les affecter à un usage public ou à un service public. On remarquera que cette définition, qui complète la définition précédente, retient uniquement les deux éléments constitutifs essentiels de l'expropriation: l' « appropriation » de droits privés patrimoniaux et l' « affectation » qu'on entend leur donner en les expropriant. Une définition plus explicite, qui mentionnerait non seulement le contenu et le but de l'acte de l'Etat, mais encore les motifs qui l'inspirent ou sur lesquels il est fondé, la méthode ou la procédure selon laquelle il est exécuté, son caractère individuel ou général et impersonnel, sa forme directe ou indirecte et ce qui a trait à l'obligation de verser une indemnité pour les biens expropriés, outre qu'elle se révélerait actuellement assez difficile, risquerait de créer des complications inutiles du point de vue du droit international. Même la distinction entre l'expropriation fondée sur le droit de « domaine éminent » de l'Etat et l'expropriation qui implique l'exercice de son pouvoir de police — distinction qui repose tant sur les motifs et les buts des mesures prises que sur ce qui touche l'indemnité — devient chaque jour plus difficile en raison de l'évolution des idées sur les fonctions sociales de l'Etat dans les deux domaines [57].

47. Nous aurons l'occasion, dans la suite du présent chapitre, de signaler les différences — parfois importantes — que l'on relève actuellement, d'un pays à l'autre ou d'un groupe de pays à l'autre, en ce qui concerne la notion d'expropriation et le régime auquel elle est soumise. Or, quelles conséquences l'absence d'uniformité du droit interne en la matière peut-elle avoir du point de vue de la responsabilité internationale? Tout en nous réservant de donner à cette question une réponse plus complète le moment venu, nous devons signaler maintenant cet autre fait: le droit international n'a pas plus établi de régime commun ou universel en matière d'expropriation qu'il n'a, de la propriété privée, une notion qui lui soit propre. Sans préjudice naturellement des normes internationales en vigueur qui régissent certains aspects de l'institution, le droit interne de l'Etat qui procède à l'expropriation ne jouera-t-il pas nécessairement un rôle important? La réponse est évidente si l'on tient compte du fait que, dans ce domaine de la protection internationale des droits acquis, les normes traditionnelles se sont bornées à refléter fidèlement les principes de droit interne, qui, pour l'essentiel, étaient

[57] Sur ce point, voir Herz, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* (1941), vol. 35, p. 251 et 252.

alors très semblables, en raison de l'uniformité remarquable qui existait en la matière. Pour la même raison, la transformation profonde qu'ont subie depuis 40 ans la fonction sociale de la propriété privée et le caractère de l'expropriation n'aura-t-elle pas nécessairement des conséquences capitales?

48. Avant la première guerre mondiale, les expropriations portaient normalement sur des biens individualisés, mais, après cette guerre, plusieurs Etats ont commencé de généraliser la pratique — qui s'est encore accentuée depuis la seconde guerre mondiale — consistant à procéder sur une grande échelle à des expropriations de caractère impersonnel. C'est à ce type ou genre d'expropriation qu'on a coutume de donner le nom de « nationalisation » [58]. Contrairement à l'expropriation individualisée et personnelle, les nationalisations sont dues à des changements survenus dans la structure économico-sociale de l'Etat (réforme agraire, socialisation de l'industrie ou de certains secteurs de l'industrie, exclusion du capital privé de certaines branches de l'économie nationale); ou, si l'on préfère, les nationalisations sont l'instrument au moyen duquel ces modifications sont apportées aux anciens régimes d'économie libérale. Bien que les mesures de cette catégorie soient prévues parfois dans les textes constitutionnels, elles sont prises en règle générale et en tous cas appliquées en vertu d'une législation spéciale fixant les conditions et la procédure de la nationalisation [59]. On pourrait signaler d'autres différences, certaines même plus précises, entre la nationalisation et l'expropriation pure et simple, mais l'on s'apercevrait alors que nombre des traits caractéristiques que l'on attribue à la première peuvent se retrouver et, en fait, se retrouvent dans la seconde, et vice versa [60]. En somme, si on laisse de côté l'aspect concernant l'indemnisation, dans lequel nous relèverons des différences importantes, il s'agit essentiellement de la même institution juridique, tout au moins du point de vue du droit international.

II. — Autres aspects internationaux de l'institution

49. De tous les aspects de l'expropriation, celui qui offre indiscutablement le plus grand intérêt pour le droit international est celui qui concerne l'indemnité et, pour cette raison, nous l'examinons dans une section distincte du présent chapitre. Nous nous attacherons ici à d'autres aspects de l'institution pour voir dans quelle mesure ils intéressent le droit international. Il nous faut, cependant, examiner auparavant l'expropriation « illicite », expressément reconnue par la pratique, pour l'opposer à la notion d'expropriation « arbitraire » et, dans le même ordre d'idées, examiner le problème spécial que posent les expropriations résultant de l'inexécution de contrats ou de conventions de concession.

12. — L'expropriation « illicite » et l'expropriation « arbitraire »

50. Voyons tout d'abord ce que l'on entend par expropriation « illicite ». Conformément à une notion communément reçue, l' « illicéité » d'une expropriation ne résulte pas du simple fait que l'acte imputable à l'Etat est contraire au droit international. A la différence des autres actes et omissions qui ont ce caractère et que l'on qualifie de la même façon, en matière d'expropriation, on réserve le terme « illicite » aux situations dans lesquelles l'acte de l'Etat est expressément interdit par un traité ou une convention internationale. On considère que rentrent, par analogie, dans la même catégorie, les expropriations qui ne respectent pas les conditions de forme ou de fond stipulées dans un instrument international. Cette qualification, qui découle de l'idée que l'expropriation est intrinsèquement légitime tant du point de vue interne que du point de vue international, a été consacrée par la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et d'autres organes judiciaires. Ainsi par exemple, dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1926 et 1928), la Cour permanente n'a considéré comme « illicites » que les expropriations faites dans les deux hypothèses indiquées [61]. Nous nous réservons de revenir sur d'autres aspects de la question mais ce qu'il est intéressant de noter pour l'instant c'est que l' « illicéité » d'une expropriation assimile cette dernière, en ce qui concerne l'existence et l'imputation de la responsabilité internationale, aux autres actes ou omissions engageant directement et immédiatement la responsabilité de l'Etat. Ou, en d'autres termes, dans les cas d'expropriation dite illicite, la responsabilité naît et est imputable par le simple accomplissement de l'acte de l'Etat, même si la mesure d'expropriation satisfait pleinement aux conditions ou exigences (de droit interne ou international) auxquelles serait soumis l'exercice de ce droit en l'absence d'un traité [62].

51. Cela étant, et si l'on se souvient en outre des considérations présentées au chapitre précédent (s.-sect. 5), il n'est pas difficile de définir ce que l'on entend par expropriation « arbitraire ». Rentrent dans cette seconde catégorie les expropriations qui ne respectent pas les conditions et les limitations internationales auxquelles l'exercice de ce droit est soumis et qui, par suite, constituent un « abus de droit ». Or, quelles sont les « limi-

[58] Pour un exposé sommaire sur les « nationalisations » opérées avant 1917 et pendant la période comprise entre les deux guerres mondiales, voir Friedman, *Expropriation in International Law* (1953), p. 12 et suiv. Sur la réforme agraire et la nationalisation de l'industrie pétrolière au Mexique, voir Kunz, « The Mexican Expropriations », *New York University Law School Pamphlets* (1940), série 5, n° 1. Sur la réforme agraire en Roumanie, voir Deák, *The Hungarian-Rumanian Land Dispute* (1928), *passim*. Sur les nationalisations effectuées depuis 1945, voir Doman, « Postwar Nationalization of Foreign Property in Europe », *Columbia Law Review* (1948), vol. 48, p. 1140 et suiv.

[59] En ce qui concerne les constitutions qui prévoient la « nationalisation », voir K. Katzarov, « Rapport sur la nationalisation », *International Law Association, New York University Conference, 1-7 September* 1958, p. 11.

[60] Sur les diverses définitions qui ont été proposées de la « nationalisation » voir en particulier Foighel, *Nationalization, A study of the Protection of Alien Property in International Law* (1957), p. 13 à 20; Perroux, *Les nationalisations* (1945). Sur les divers aspects que présentent les nationalisations de l'après-guerre et sur les problèmes qu'elles posent du point de vue interne, voir Scammel, « Nationalisation in Legal Perspective », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 30 à 54.

[61] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, arrêt n° 7 (fond), p. 21 et 22, et *ibid.*, série A, n° 7, arrêt n° 13 (Indemnités), p. 46 et 47.

[62] Lorsque, au lieu d'un traité, c'est un contrat ou une convention de concession conclu avec l'étranger qui interdit l'expropriation, la situation se présente différemment comme on le verra dans la sous-section suivante.

tations » auxquelles est soumis l'exercice du droit d'expropriation? Ou, pour poser la question en termes plus simples, à quels aspects de l'institution peut-on appliquer la notion d' « arbitraire »? L'étude de la pratique diplomatique et de la jurisprudence internationale montre qu'en matière d'expropriation, que la mesure soit individuelle ou générale, cette notion peut s'appliquer aux trois aspects suivants: motifs et buts de l'expropriation, méthode ou procédure d'expropriation et, surtout, indemnisation pour les biens expropriés [63].

13. — Expropriation impliquant inexécution d'un contrat ou d'une convention de concession

52. On constate depuis une date relativement récente, chez des auteurs éminents, une tendance à étendre la notion d'expropriation « illicite » au cas où il existe une relation contractuelle entre l'Etat et l'étranger. A cet égard, l'une des deux situations suivantes peut se présenter dans la pratique: ou bien l'expropriation affecte simplement (annule, rescinde ou modifie) un contrat ou une convention de concession en vertu desquels les biens ou les entreprises expropriés ont été acquis ou bien l'expropriation suppose l'inexécution de l'obligation formelle de ne pas exproprier ou de ne pas porter atteinte de quelque autre manière aux stipulations du contrat ou de la convention de concession [64]. La tendance à laquelle nous faisons allusion se fonde sur l'idée que, par analogie avec ce qui se passe dans le cas d'un traité, l'inexécution par l'Etat des obligations qu'il a pu contracter en signant le contrat ou la convention de concession constitue un fait illicite qui engage directement et immédiatement sa responsabilité internationale. En un mot, le principe *pacta sunt servanda* s'applique tant aux traités qu'aux relations contractuelles entre l'Etat et les particuliers étrangers.

53. En attendant d'examiner en détail, dans le chapitre suivant, comment le principe en question s'applique à ces relations contractuelles, voyons quelques manifestations concrètes de la tendance que nous venons de mentionner. Dans le projet que Lapradelle a présenté à l'Institut de droit international, il est dit que « la nationalisation, acte unilatéral de souveraineté, doit respecter les engagements valablement conclus soit par traité soit par contrat » [65]. Beaucoup plus explicite, la résolution adoptée en comité par l'International Bar Association à la session de Cologne (juillet 1958) affirme que « le droit international reconnaît que le principe *pacta sunt servanda* s'applique aux engagements particuliers pris par l'Etat à l'égard d'autres Etats étrangers ou de ressortissants de ces Etats et que, par suite, l'expropriation de biens privés, en violation d'un contrat particulier de l'Etat, est contraire au droit international » [66]. Dans le même sens, on a été jusqu'à dire que l'existence d'un engagement de ne pas exproprier crée une « obligation supérieure » *(higher obligation)*, dont l'inobservation non seulement donne lieu au versement d'une indemnité pour les biens ou les entreprises expropriés mais aussi crée le devoir de verser des dommages-intérêts à l'étranger [67].

54. Cependant, la majorité de la doctrine ne paraît pas avoir suivi cette tendance. A sa session de Sienne, l'Institut de droit international a repoussé une proposition selon laquelle l'Etat serait tenu de respecter les engagements (exprès ou tacites) de ne pas nationaliser pris tant vis-à-vis de l'Etat que du ressortissant étranger [68]. Pour justifier cette attitude, on invoque à la fois la nature juridique des relations contractuelles entre Etats et particuliers et l'inaliénabilité du droit de domaine éminent. Foighel, par exemple, a dit à ce sujet qu' « il n'existe aucune règle de droit international qui protège mieux les droits patrimoniaux » [69]. Sur le deuxième point, R. Delson a déclaré à la récente réunion de l'International Law Association que « le droit de l'Etat d'affecter la propriété privée *(taking)* à un usage public est si essentiel qu'il est impossible d'y renoncer même par contrat (quoique l'Etat doive naturellement verser une indemnité du fait de l'appropriation) » [70].

55. En ce qui concerne ce dernier aspect de la question, il ne peut y avoir le moindre doute, du moins du point de vue du droit interne [71]. Mais ce qu'il est naturellement intéressant de savoir c'est si la situation est la même en droit international. Schwarzenberger, pour qui

---

[63] Sur les différentes conséquences juridiques qu'entraînent le caractère « illicite » et le caractère « arbitraire » des mesures portant atteinte aux droits patrimoniaux, voir aussi chap. Ier s.-sect. 5, ci-dessus.

[64] La convention de concession accordée le 29 avril 1933 à l'Anglo-Persian Oil Co. disposait sur ce point: « Cette concession ne sera pas annulée par le gouvernement et les dispositions y contenues ne seront altérées ni par une législation générale ou spéciale future ni par des mesures administratives ou tous autres actes des autorités exécutives » (art. 21). Par la concession qu'il a accordée en 1951 à trois compagnies étrangères pour l'établissement de raffineries de pétrole, le Gouvernement de l'Inde s'est engagé à ne pas exproprier ces sociétés et à ne pas reprendre *(take over)* leur exploitation pendant 25 ans; il s'est engagé également à payer une indemnité raisonnable en cas d'expropriation une fois ce délai expiré. Dans d'autres instruments, seules sont stipulées les circonstances dans lesquelles l'Etat peut révoquer la concession; tel est le cas par exemple pour une concession accordée par le Royaume-Uni de Libye (voir *Official Gazette of the U.K. of Libya*, 19 juin 1955, clause 27, p. 71 et 72).

[65] Voir Lapradelle, « Les effets internationaux des nationalisations », *Annuaire de l'Institut de droit international* 1950, vol. 43, I, p. 68.

[66] Au moment où nous écrivons nous ne disposons pas encore du texte imprimé de la résolution. Le problème s'était déjà posé auparavant au sein de l'Association elle-même. A cette occasion, la même opinion avait été soutenue, notamment par F. M. Joseph, « The International Aspects of Nationalization: An Outline », International Bar Association, *Fifth International Conference of the Legal Profession*, Monte-Carlo (Monaco, 19-24 juil. 1954), p. 2.

[67] Voir sir Hartley Shawcross, « Some Problems of Nationalization in International Law », *ibid.*, p. 17 et 18.

[68] La proposition a été repoussée par 20 voix contre 16, avec 22 abstentions. Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, vol. II, p. 318. L'Institut a accepté par 50 voix la proposition relative aux engagements contractés vis-à-vis de l'Etat, *Ibid.*, p. 317.

[69] Foighel, *op. cit.*, p. 74.

[70] Voir R. Delson, « Nationalization Comments » (étude présentée au cours de la 48e Conférence de l'Association, New-York, sept. 1958), p. 3. Voir dans le même sens Farfanfarma, « The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium: the Law Controlling », *Texas Law Review* (1955), vol. 34, p. 271.

[71] L'opinion exprimée par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Georgia c. City of Chattanooga (264 US 472, 480 [1924], citée par Delson) nous donne une idée de la position que prendraient les tribunaux de n'importe quel pays sur ce point: « L'expropriation (*taking*) de biens privés pour cause d'utilité publique moyennant une juste indemnité est si souvent nécessaire pour exercer comme il convient les fonctions gouvernementales que ce droit est considéré comme indispensable à la vie de l'Etat. Il est inaliénable et si l'Etat y renonçait par contrat il pourrait le revendiquer à son gré.»

ces engagements « cristallisent » les relations entre les parties sur la base du droit national du concédant en vigueur lors de l'octroi de la concession, pose en principe la validité internationale de ces engagements — en raisonnant aussi par analogie avec les traités — sauf dans les cas où des dispositions constitutionnelles spéciales ou générales ne permettent pas aux organes de l'Etat de les contracter [72]. Sans parler du problème que pose ce raisonnement à propos des vices du consentement, peut-on, en droit pur, l'appliquer aux relations contractuelles entre l'Etat et des particuliers étrangers? Nous nous trouvons pratiquement ramenés, une fois encore, à la question de savoir si le principe *pacta sunt servanda*, en tant que principe de droit international, est applicable à ces relations.

56. Compte tenu des considérations que nous exposons au chapitre suivant, il faudrait commencer par distinguer, d'une part, les contrats et les conventions de concession soumis au droit interne et, d'autre part, les instruments modernes soumis au droit international ou à un système juridique autre que le droit interne. Dans la première hypothèse, celle que nous examinons dans la présente section, l'intérêt de l'Etat et la notion d'utilité publique, fondements du droit d'expropriation, doivent continuer à l'emporter sur les intérêts privés. Aucun particulier, national ou étranger, ne peut ignorer cette réalité juridique universelle et tout ce qu'il a le droit d'exiger c'est une indemnité pour les biens expropriés. Dans la seconde hypothèse, la situation est différente, si l'instrument considéré a en quelque sorte « internationalisé » la relation contractuelle dans une mesure qui ne permet pas à l'Etat d'invoquer l'exception de la compétence nationale.

14. — Motifs et buts de l'expropriation

57. Lorsque nous avons distingué l'expropriation *stricto sensu* des autres formes sous lesquelles se manifeste le droit de l'Etat de « porter atteinte » aux biens des particuliers, nous avons signalé, comme un de ses éléments constitutifs essentiels, l' « affectation » donnée aux biens expropriés, c'est-à-dire les motifs et les buts auxquels doit correspondre l'acte de l'Etat. Or, jusqu'à quel point, ou dans quelle mesure, le droit international réglemente-t-il cet aspect de l'institution? De l'avis de certains auteurs, « même dans le cas extrême où un Etat s'approprie des biens étrangers sans donner de raisons ou de motifs justifiant sa conduite, le droit international ne contient aucune règle spéciale qui diffère en quoi que ce soit de celle qui s'applique à l'expropriation ordinaire pour cause d'utilité publique » [73]. D'autres auteurs, tout en admettant que seules sont légitimes les expropriations pour cause d'utilité publique, reconnaissent qu'en cette matière l'Etat jouit de pouvoirs discrétionnaires illimités [74].

58. On a soutenu, au contraire, que le droit d'expropriation a son fondement juridique dans les exigences du « bien public » ou du « bien-être général » de la collectivité et que, quoique ces notions revêtent une importance telle en droit international qu'elles autorisent des dérogations au principe du respect des droits privés, ces dérogations sont néanmoins subordonnées à l'existence d'un véritable état de nécessité publique et sont soumises aux exigences de la bonne foi [75]. Cette opinion s'appuie sur un certain nombre de décisions judiciaires. Par exemple, dans l'affaire des réclamations norvégiennes (1922), la Cour permanente d'arbitrage, définissant le droit d'expropriation, l'a expressément limité aux cas où son exercice est requis « par le bien public » ou par le « bien-être général » [76]. Et, dans l'affaire Walter Fletcher Smith (1929), l'arbitre a déclaré que l'expropriation « ne pouvait être considérée comme ayant été faite, de bonne foi, dans un but d'utilité publique ... les biens ont été immédiatement remis à la société défenderesse, en apparence à des fins publiques, mais en réalité pour être utilisés par la demanderesse à des fins de divertissement et à des fins lucratives, sans relation aucune avec l'utilité publique » [77]. Certains traités internationaux exigent aussi que l'expropriation soit motivée par l'existence d'un intérêt public [78].

59. Il est indéniable qu'en principe du moins, la notion d' « arbitraire » se rapporte ou est applicable aux motifs et aux buts de l'expropriation. La raison en est évidente: si le droit international reconnaît à l'Etat la faculté — certes très étendue — de s'approprier des biens appartenant à des étrangers parce que, en droit interne, l'intérêt particulier doit le céder à l'intérêt général et aux exigences publiques, le moins qu'on puisse exiger de l'Etat, c'est qu'il n'exerce cette faculté que lorsque l'utilité publique de la mesure prise la justifie vraiment. Soutenir le contraire, ce serait permettre, voire même encourager, l'exercice abusif du droit d'expropriation et sanctionner juridiquement des expropriations franchement arbitraires. Peut-être qu'à d'autres égards, comme on le verra plus loin, il convient de dispenser l'Etat de satisfaire à des conditions aussi essentielles que celles-ci en apparence, mais alors il y a à l'exception une raison qui la justifie. Ici, rien ne pourrait justifier ni expliquer que l'Etat, soit de façon purement arbitraire, soit pour un motif ou à des fins qui ne seraient pas d'utilité publique, prenne une mesure de ce genre et que le droit international en admette la validité. Ceci ne va nullement à l'encontre de l'idée, fort justement avancée par certains, qu'en ce domaine le pouvoir discrétionnaire de l'Etat est pratiquement illimité, à condition que cela veuille dire que c'est au droit interne, et non au droit international, qu'il appartient de définir dans chaque cas la notion d' « utilité publique » ou tout autre motif ou but du même ordre auquel l'expropriation correspond. Surtout à l'heure actuelle, où il existe, en matière de propriété privée, des conceptions et des régi-

[72] Voir G. Schwarzenberger, « The Protection of British Property Abroad », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 313 et 314.

[73] J. H. Herz, *loc. cit.*, p. 253. Friedman déclare que cet aspect de l'expropriation est indifférent en droit international étant donné que ce dernier ne définit pas l'« utilité publique ». *Op. cit.*, p. 141.

[74] Voir Bourquin, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1931-I), vol. 35, p. 166; Kunz, *loc. cit.*, p. 55.

[75] Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 38 à 40.

[76] *The Hague Court Reports* (éd. par J. B. Scott, 1932), vol. II, p. 66.

[77] ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 917 et 918. Voir les autres affaires mentionnées dans Cheng, *op. cit.*, p. 39.

[78] Voir, par exemple, l'art. 22 de la Convention de Bogota, cité à la n. 9 du chapitre précédent, et l'art. III du Traité de commerce entre l'Afghanistan et l'Inde, du 4 avril 1950, dans ONU, *Recueil des Traités*, vol. 167, p. 112.

mes très divers, il serait inutile d'en vouloir « internationaliser » un, si répandu qu'il paraisse, et de l'imposer aux Etats qui s'en sont donné un autre dans leur constitution. Il suffit par conséquent d'exiger de tous les Etats qu'ils satisfassent à la condition ou à l'exigence qui leur est en fait commune, c'est-à-dire qu'ils ne fassent usage de leur droit d'expropriation que lorsque la mesure est requise ou justifiée par un motif ou un but vraiment d'intérêt public. Si cette raison d'être de l'expropriation fait manifestement défaut, la mesure devient « arbitraire » et, par suite, engage la responsabilité internationale de l'Etat.

15. — Questions de méthode et de procédure

60. S'agissant de la méthode et de la procédure d'expropriation, le droit international reconnaît à l'Etat une liberté d'action à certains égards plus grande que lorsqu'il s'agit des motifs et des buts de l'expropriation. Par exemple, le système d'expropriation prévu pour l'ordre constitutionnel ou celui qu'instituent des lois spéciales, comme c'est ordinairement le cas pour les « nationalisations », ne présente ni intérêt ni importance du point de vue international [79]. Cependant, comme l'admettent même les partisans les plus résolus de la prééminence du droit interne en matière d'expropriation, les actes d'expropriation « doivent, à cet égard, présenter les mêmes caractéristiques que les actes par lesquels s'exerce ordinairement le pouvoir gouvernemental. Ils doivent être le résultat normal du fonctionnement égal et régulier de l'appareil gouvernemental, faute de quoi ces actes seraient illicites » [80].

61. Schwarzenberger, se fondant sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, donne comme exemples l'expropriation sommaire sans enquête préalable dans chaque cas d'espèce, l'absence de recours juridiques permettant d'attaquer la mesure ou l'inobservation des règles de procédure impératives. Quand l'acte d'expropriation ne satisfait pas à ces normes minima, il importe peu qu'une indemnité adéquate soit versée [81]. Le droit conventionnel stipule parfois des conditions de ce genre. Ainsi, le Traité d'amitié, de commerce et consulaire signé entre les Etats-Unis et l'Allemagne, le 8 décembre 1923, prévoit qu'aucune expropriation n'aura lieu sinon en vertu d'une procédure dûment légale (art. Ier) [82]. Le protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 20 mars 1952, qui exige encore d'autres conditions et se rapporte à d'autres aspects de l'expropriation, dispose que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » (art. Ier) [83].

62. Il ne semble donc pas faire de doute non plus que la notion d' « arbitraire » puisse être appliquée à la méthode et à la procédure suivies pour l'expropriation de biens appartenant à des étrangers. La raison en est fort simple: l'expropriation, comme toute autre mesure que l'Etat peut prendre à l'égard des droits patrimoniaux des étrangers, peut comporter, à un moment quelconque de la procédure, un « déni de justice » et, en pareille hypothèse, la responsabilité internationale de l'Etat est indiscutable. L'exemple le plus évident auquel on pense est naturellement celui de procédures qui établiraient des distinctions injustifiées entre nationaux et étrangers au préjudice de ces derniers. Mais en dehors de ce cas, très peu probable quand il s'agit d'expropriations individuelles, le « déni de justice » peut résulter de graves irrégularités de procédure ou de l'une des nombreuses circonstances qui constituent un déni de justice au sens le plus large [84]. Sous ces réserves, qui nous paraissent s'imposer vu les principes généraux mais essentiels qui régissent la responsabilité internationale de l'Etat, on peut dire qu'il n'existe aucune obligation de suivre une méthode ou une procédure déterminée autres que celles que prévoit le droit interne. On peut même admettre que l'Etat a le droit, lorsque des circonstances spéciales l'exigent ou le justifient, de s'écarter des méthodes et de la procédure ordinaires, à condition que, ce faisant, il ne fasse pas de discrimination contre les étrangers ni ne se rende coupable d'aucun autre acte ou omission manifestement « arbitraire ». En résumé, on peut répéter qu'en ce qui concerne cet aspect de l'expropriation, la liberté d'action dont jouit l'Etat est dans un certain sens plus étendue que lorsqu'il s'agit des motifs et des buts de l'expropriation.

III. — L'indemnité

63. Du point de vue international, la question de l'indemnisation est sans conteste l'aspect capital de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Bien que le caractère « arbitraire » d'une mesure d'expropriation puisse résulter aussi de l'inobservation de l'une des conditions que nous avons mentionnées plus haut, le versement d'une indemnité reste la condition essentielle même dans les expropriations de caractère général et impersonnel. C'est ce qui explique la place éminente que cette question a occupé tant dans la pratique diplomatique et la jurisprudence que dans la doctrine.

16. — Nature juridique de l'indemnité

64. Il convient de définir ou de délimiter d'emblée l'indemnité en tant qu'élément constitutif de l'expropriation, étant donné que le même terme désigne une des formes ou espèces de « réparation » à laquelle donnent lieu les actes ou omissions contraires au droit international, c'est-à-dire, pour employer une terminologie qui nous est déjà familière, les actes ou omissions purement et simplement « illicites » [85]. Bien que les deux notions aient entre elles certains points communs — qui ont d'ailleurs amené certains auteurs à étudier la première en fonction des principes qui régissent la seconde — il

[79] Voir à ce sujet Herz, *loc. cit.*, p. 247.
[80] Friedman, *op. cit.*, p. 136.
[81] Schwarzenberger, *International Law*, vol. I: *International Law as applied by International Courts and Tribunals* (3e éd. 1957), p. 206.
[82] On retrouve la même disposition à l'art. Ier du Traité conclu entre les Etats-Unis et la Norvège le 5 juin 1928.
[83] Voir dans le même sens la disposition de la Convention de Bogota citée dans la n. 103 ci-dessous.
[84] Sur le « déni de justice » au sens large, voir notre 2e rapport (A/CN.4/106), chap. II, Sect. 8.
[85] Comme nous l'avons indiqué dans nos rapports antérieurs, la réparation dans son sens le plus large comprend tant la « satisfaction » que la réparation *stricto sensu*, cette dernière comprenant elle-même la restitution en nature (*restitutio in integrum*) et l'indemnité ou dommages-intérêts. Voir en particulier 3e rapport, (A/CN.4/III), chap. IX, sect. 19.

s'agit indiscutablement de deux notions juridiques entièrement différentes. La distinction, comme l'a indiqué la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'usine de Chorzów, tient au caractère du fait qui donne lieu à l' « indemnité ». Quand il s'agit de faits « illicites », notamment d'une expropriation « illicite » comme celle dont la Cour était saisie, l'indemnité constitue une des manières de « réparer » le dommage causé et, comme telle, elle peut correspondre non seulement au dommage direct mais encore à tout autre préjudice qui a pu être occasionné par l'acte ou l'omission illicite donnant lieu à réparation. En revanche, l'indemnité versée en cas d'expropriation légitime constitue exclusivement une compensation pour les biens expropriés [86]. Alors que, dans le cas de faits illicites, la responsabilité découle directement et immédiatement de l'acte ou de l'omission dommageable, en cas d'expropriation (légitime), la responsabilité, lorsqu'elle existe, dépendra exclusivement, en ce qui concerne l'indemnité, du montant de cette dernière ou de la promptitude et des modalités du paiement. En un mot, la responsabilité dépendra du caractère « arbitraire » de l'indemnité. Il s'ensuit que la détermination exacte de la nature juridique de l'indemnité pour expropriation n'a pas seulement d'intérêt pour savoir à quel moment et pour quelle raison la responsabilité internationale est engagée, mais aussi — et dans un certain sens surtout — pour éviter toute confusion dans le critère ou les critères à appliquer lorsque vient le moment de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités du paiement.

65. Dans un autre ordre d'idées, l'indemnité constitue-t-elle un élément *sine qua non* de l'expropriation pour cause d'utilité publique? En doctrine comme en pratique, l'opinion dominante considère que l'expropriation qui n'est pas accompagnée du paiement d'une indemnité pour les biens expropriés constitue une « confiscation ». On a même assez souvent soutenu qu'ont aussi le caractère de « confiscations » les expropriations qui ne sont pas accompagnées du paiement d'une indemnité conforme aux exigences du droit international. La première de ces règles pose naturellement la question de savoir s'il existe ou non une obligation de verser une indemnité pour les biens étrangers touchés par l'expropriation. La seconde, de son côté, pose la question de savoir dans quelle mesure le droit international, au cas où il imposerait effectivement cette obligation à l'Etat, fixe et régit les conditions ou exigences auxquelles doit satisfaire l'indemnité. Ces deux questions seront examinées dans la présente section, mais nous pouvons dire dès maintenant qu'en admettant même que l'indemnité soit inséparable de l'expropriation, on ne saurait confondre, comme on le fait parfois, la « confiscation » avec les expropriations dites « illicites ». Comme c'est l' « illicite » d'une expropriation qui en fait un acte intrinsèquement contraire au droit international et, par suite, un acte pouvant engager directement et immédiatement la responsabilité de l'Etat, les mesures qui n'ont pas ce caractère ne pourront avoir les mêmes conséquences juridiques. En revanche, l'analogie vaut pour les expropriations que nous avons appelées « arbitraires », en ce sens que, même si l'on fait du versement de l'indemnité une condition essentielle, la « confiscation » constitue une mesure légitime en soi, ou résulte d'une mesure légitime en soi, de sorte que la responsabilité internationale de l'Etat ne pourrait être engagée qu'en cas d'inobservation d'une des conditions que doit remplir l'indemnité [87]. D'ailleurs, ce qui est peut-être plus important c'est le fait que, à l'époque actuelle du moins, la véritable différence entre l'expropriation et la confiscation ne tient pas tant à l'existence ou a l'absence d'une indemnité qu'au caractère de la mesure que prend l'Etat, c'est-à-dire au motif ou au but qui inspire sa décision. En effet, si l'on considère qu'il peut y avoir des expropriations légitimes sans indemnité (même du point de vue international), le terme de « confiscation » devra être réservé aux mesures qui ont un caractère punitif ou qui sont prises pour des raisons d'ordre politique. Par conséquent, ce qui importe vraiment dans les mesures de cette catégorie, c'est l'aspect que nous avons souligné lorsque nous en avons parlé dans la section I, sous-section 10, du présent chapitre: leur caractère « arbitraire » dû à un acte ou une omission impliquant un « déni de justice » de la part de l'Etat.

17. — L'obligation d'indemniser et le droit qui la régit

66. On aperçoit sans peine l'importance qu'il y a, au début de cette étude du troisième aspect de l'expropriation, à savoir si cette dernière implique, du point de vue du droit international, l'obligation d'indemniser les étrangers, propriétaires ou titulaires de droits, et, dans l'affirmative, de connaître le régime juridique auquel est soumise cette obligation. En fait il ne s'agit pas simplement de savoir si cette obligation internationale existe, mais aussi — et peut-être surtout — de déterminer le droit qui la régit, c'est-à-dire, une fois admise l'existence de cette obligation, de savoir dans quelle mesure elle est réglementée par le droit international lui-même ou jusqu'à quel point il appartient au droit interne de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités de son paiement. Bien qu'il puisse paraître illogique de penser qu'une obligation créée par le droit international puisse être régie par un autre droit, il s'agit en réalité d'un phénomène juridique qu'il n'est pas rare de rencontrer lorsqu'on étudie les rapports organiques et fonctionnels entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne. Il s'agit simplement, en effet, du problème de l'attribution et de la délimitation des fonctions et des compétences entre les deux ordres juridiques, problème qui peut se poser à propos de l'obligation d'indemniser et qui revêt, en outre, une importance particulière.

67. Voyons tout d'abord, cependant, si le droit international impose à l'Etat l'obligation d'indemniser les étrangers à raison des biens dont ils ont été expropriés; c'est la une question fondamentale et essentielle. A cette question, certains auteurs répondent par la négative. Strupp, par exemple, estime qu' « il n'existe aucune règle en droit international coutumier qui interdise à l'Etat de prendre des mesures d'expropriation à l'égard des nationaux d'un autre Etat moyennant indemnité ou sans indemnité, étant bien entendu que l'application de ces mesures ne doit donner lieu à aucune différence de traitement ni à aucune inégalité entre les nationaux de

[86] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, n° 17, arrêt n° 13 (indemnités), p. 46 à 48.

[87] Voir, par exemple, Fachiri, « International Law and the Property of Aliens », *British Year Book of International Law* (1929), p. 46, 54 et 55.

l'Etat qui les applique et les étrangers (en l'absence de traité, l'égalité de traitement avec les nationaux est le maximum qu'un étranger puisse exiger), et que les mesures ne doivent pas être dirigées en fait ou en droit contre les étrangers ou contre certains d'entre eux en tant que tels » [88]. Kaeckenbeeck, de son côté, a exprimé l'avis que « ... la suppression par voie législative d'un droit acquis ne doit pas toujours donner lieu à compensation » et que « ce qu'il faut donc rechercher c'est si, en l'occurrence, le droit international fournit un critère ou un standard permettant de déterminer dans quel cas le paiement d'une compensation est indispensable »; il conclut en disant que le seul critère ou standard effectivement reconnu est le principe de non-discrimination [89]. On pourrait citer d'autres auteurs encore qui se sont prononcés dans le même sens [90], mais, comme on le verra, la majorité de la doctrine est en faveur de la thèse selon laquelle l'Etat est soumis à l'obligation internationale d'indemniser les propriétaires étrangers, indépendamment de la question de savoir quelles sont les conditions que doit remplir l'indemnité.

68. L'examen de la pratique internationale ne semble pas confirmer la thèse négative. Du moins, la jurisprudence (traditionnelle), fondée sur le principe du respect des droits acquis et du principe interdisant l' « enrichissement sans cause », fournit-elle des précédents suffisants en faveur de la thèse contraire. Dans l'affaire Upton (1903), la commission mixte des réclamations a déclaré que « le droit d'un Etat... de s'approprier des biens privés pour les affecter à l'usage public est incontestable, mais il s'accompagne de l'obligation de verser une indemnité équitable au propriétaire » [91]. Dans l'affaire de Sabla (1933), la Commission a posé directement le problème du point de vue de la responsabilité internationale: « C'est un axiome que les actes par lesquels un gouvernement prive les étrangers de leurs biens, sans compensation, engage leur responsabilité internationale [92].» Dans un autre cas, on a considéré que l'expropriation « ... n'existait pas en tant que droit à moins d'être liée à l'obligation d'indemniser » [93]. Sous une forme un peu plus indirecte, la Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion de déclarer, dans l'affaire de l'usine de Chorzów, que la légitimité d'une expropriation dépend du paiement d'une indemnité équitable [94]. A ces précédents et à d'autres, s'ajoutent ceux qu'on trouve dans la jurisprudence internationale touchant les réquisitions en temps de guerre ou de crise nationale [95].

69. Cette jurisprudence abondante et concluante a toutefois son origine et son fondement dans la conception et le régime de la propriété privée qui ont dominé en droit interne jusqu'à la première guerre mondiale. Depuis lors, certaines tendances et variations sont apparues qui ont rompu cette uniformité et introduit des différences, parfois très marquées, dans le droit comparé; ces différences permettent de classer les sytèmes actuels, du point de vue qui nous intéresse ici, en trois catégories. Dans un premier groupe d'Etats, où les principes du libéralisme restent dans l'ensemble la règle et qui constituent encore la grande majorité, l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est permise que moyennant paiement d'une indemnité. Dans un second groupe, en raison de la fonction sociale très marquée que l'on attribue à la propriété, l'indemnité perd son caractère d'élément essentiel de l'expropriation. Enfin, dans le troisième groupe, où la socialisation de l'économie a fait passer la propriété des moyens de production à l'Etat et a réduit au minimum le domaine de la propriété privée, l'indemnité perd définitivement le caractère obligatoire qu'elle avait à l'origine pour dépendre entièrement de la volonté ou du pouvoir discrétionnaire de l'Etat [96].

70. Il ne faudrait naturellement pas conclure de ce qui précède que le manque d'uniformité qui se manifeste maintenant dans le droit interne prive de tout fondement l'obligation internationale qu'a l'Etat d'indemniser les étrangers qu'il a expropriés pour cause d'utilité publique. Cette obligation, bien qu'elle ait été à l'origine un « principe général de droit reconnu par les nations civilisées », en est venue à prendre le caractère d'un principe de droit international coutumier. Comme cela peut se produire pour n'importe quel autre principe, et comme cela s'est produit en fait pour certains, l'obligation internationale d'indemniser est susceptible d'être modifiée et même de perdre toute valeur si elle devient incompatible avec les nécessités et les intérêts de la communauté internationale. Tant que ce n'est pas le cas, le principe du respect des droits acquis des étrangers exigera le versement d'une indemnité lorsqu'il s'agit de mesures constituant une expropriation pour cause d'utilité publique, qu'il s'agisse d'une expropriation individuelle ou générale. Comme pour n'importe quelle autre obligation internationale, l'Etat ne peut exciper de son droit interne.

71. Il se peut néanmoins que le principe, sans rien perdre de sa valeur traditionnelle ni de son efficacité, souffre certaines exceptions. Il nous paraît qu'une exception serait entièrement justifiée dans le cas d'expropriation de biens acquis sous l'empire d'un système juridique interne qui ne connaît pas l'indemnisation ou la laisse à l'entière discrétion de l'Etat. Un étranger qui fait un investissement dans de telles conditions reste soumis à ce système juridique et accepte comme valables, du point de vue international, les actes accom-

[88] « Le litige roumano-hongrois concernant les optants hongrois en territoire roumain », dans *La réforme agraire en Roumanie* (1927), p. 450.

[89] « La protection internationale des droits acquis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1937-I), vol. 59, p. 360 à 362.

[90] Voir, par exemple, Friedman, *op. cit.*, p. 3, 204 et suiv. N. Doman, « Compensation for Nationalized Property in Post-War Europe », *The International Quarterly Review* (juil. 1950), vol. 3, p. 324.

[91] United States, *Venezuela Mixed Claims Commission* (1903), p. 174. Voir dans le même sens la déclaration de l'arbitre dans l'affaire David Goldenberg (1928), citée à la n. 109 ci-dessous.

[92] American and Panamanian General Claims Arbitration, *Report of B. L. Hunt* (1934), p. 447.

[93] Affaire de l'Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (1923), F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitrations*, etc. (1926), p. 76.

[94] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des Arrêts*, série A, nº 17, p. 46.

[95] Sur ces décisions, voit Bin Cheng, *op. cit.*, p. 45 et 46.

[96] Sur ce point, voir Friedman, *op. cit.*, p. 7 à 12. Pour une étude détaillée et systématique de la position adoptée par les Etats Membres des Nations Unies lorsque la question a été examinée à l'Assemblée générale, à la Commission des droits de l'homme et au Conseil économique et social, voir M. Brandon, *The Record in the United Nations of Member States on Nationalization* (1958), étude présentée à la 48e Conférence de l'International Law Association, *passim*.

plis par les organes compétents de l'Etat conformément à ce système. Comme on le voit, il s'agit là d'une situation entièrement différente de celle où se trouvent les étrangers atteints par des mesures d'expropriation violant le droit qui était en vigueur lors de l'acquisition des biens ou par des mesures prises en vertu d'une législation nouvelle qui abroge ou modifie avec effet rétroactif le droit antérieur. La situation n'est pas nécessairement la même lorsque l'Etat invite ou stimule, par de la publicité ou par d'autres moyens, l'investissement de capitaux étrangers dans l'industrie ou dans certaines industries destinées à favoriser le développement économique du pays. On a dit que, dans ce cas, l'application du principe de l'*estoppel* ou du *venire contra factum proprium* empêcherait que l'expropriation ait lieu sans indemnité [97]. A moins que l'Etat ne se soit expressément engagé à ne pas exproprier sans indemnité, on ne voit pas comment le capitaliste étranger peut avoir « acquis » le droit d'être indemnisé en cas d'expropriation du seul fait qu'il y a eu sollicitation. Si, au moment de l'invitation, rien n'a été dit à ce sujet, l'étranger ne pourra acquérir plus de droits que n'en prévoit la législation interne en vigueur au moment de l'investissement.

72. Passons maintenant à la seconde question, celle de savoir dans quelle mesure l'obligation d'indemniser est régie par le droit international lui-même ou jusqu'à quel point il appartient au droit interne de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités de son paiement. La question, comme nous l'avons indiqué, revêt d'autant plus d'importance que, dans la pratique contemporaine surtout, elle est souvent la seule qui donne lieu à de graves difficultés. En effet, même si l'on accepte le principe selon lequel l'Etat est tenu, du point de vue international, d'indemniser les titulaires étrangers de droits, sauf dans l'hypothèse d'un traité déterminant l'importance, le moment et les modalités de l'indemnisation, ce principe ne permet pas, à lui seul, de savoir quelles sont les normes applicables à ces divers égards. Conformément à une théorie que certains Etats défendent depuis très longtemps et qui, depuis une date relativement récente, connaît un certain crédit dans la doctrine, le droit international non seulement impose l'obligation d'indemniser mais encore dispose que l'indemnité, pour être valable et efficace en droit international, doit être « juste » (ou « adéquate »), « prompte » et « effective » [98].

73. Cette théorie — dans laquelle s'exprime le point de vue orthodoxe en la matière — reflète-t-elle fidèlement la pratique internationale contemporaine ou, tout au moins, peut-on la justifier par la jurisprudence traditionnelle? Les deux questions seront examinées dans la suite du chapitre mais il convient de se poser maintenant cette troisième question, fondamentale: les conditions ou les exigences auxquelles doit satisfaire l'indemnité sont-elles les mêmes en cas d'expropriation individuelle qu'en cas de « nationalisation »? Les constitutions qui prescrivent encore le paiement rapide d'une indemnité juste et effective visent l'expropriation ordinaire et courante, c'est-à-dire celle qui revêt un caractère individuel et personnel. Bien mieux, même les pays dont la constitution prévoit ce genre d'indemnisation, lorsqu'ils procèdent à des expropriations générales et impersonnelles, adoptent un système différent pour les réglementer. On verra plus loin, en examinant la pratique relative aux « nationalisations », les conséquences internationales qu'a eues l'institution de ce système nouveau. Commençons toutefois par examiner le système suivi pour l'expropriation ordinaire et courante, bien que la distinction ne puisse être formulée en termes absolus, étant donné que, techniquement, chacun des deux systèmes peut s'appliquer aux expropriations de l'une et l'autre catégorie. Néanmoins, la distinction a de l'importance lorsqu'il s'agit d'apprécier comme il convient les deux grandes tendances de la pratique en ce domaine.

18. — Montant de l'indemnité et critères a appliquer pour évaluer les biens expropriés

74. En ce qui concerne le montant de l'indemnité, la tendance générale, dans les expropriations individuelles, a été et continue d'être en faveur du paiement d'une indemnité « juste » ou « adéquate ». C'est ce que confirme la jurisprudence internationale, encore qu'elle ne soit ni très abondante ni précise sur ce sujet, du moins pour ce qui est de la pratique traditionnelle. Dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa (1900), le tribunal, aux termes du compromis du 13 juin 1891, était chargé de « ... fixer comme il le jugera le plus juste le montant de la compensation due par le Gouvernement portugais ... » [99]. Le tribunal a ordonné le versement d'une somme de 15.500.000 francs à titre d'indemnité [100]. Dans l'affaire des réclamations norvégiennes (1922), la Cour permanente d'arbitrage a déclaré que les demandeurs avaient droit à une « ... juste indemnité ... conformément au droit interne des Etats-Unis et au droit international ... » [101]. La Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire de l'usine de Chorzów, a déclaré que l'indemnité « équitable » est une condition de la légalité de l'expropriation [102].

---

[97] Voir W. Friedman, « Some Impacts of Social Organization on International Law », *American Journal of International Law* (1956), vol. 50, p. 506.

[98] Voir par exemple Viénot, *Nationalisations étrangères et intérêts français* (1953), p. 38; Report of the Committee on Nationalization of Property, dans *Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the International Law Association* (1957, 1958), p. 66 et 67; Report of the Netherlands Branch, dans *International Law Association*, New-York, *University Conference* (1958), p. 18 et 22; résolution du Comité pour la protection des investissements à l'étranger en temps de paix, adoptée à la Conférence de Cologne (1958) de l'International Bar Association et citée à la n. 66 ci-dessus; Barros Jarpa, *Answers to the Questionnaire of the International Committee on Nationalization*, étude distribuée en anglais au cours de la Conférence de l'ILA (1958), p. 2. Selon Viénot, « Cette compensation doit présenter un triple caractère selon les termes maintenant très généralement adoptés; elle doit être prompte, adéquate et effective... La rapidité du versement de l'indemnité est incontestablement un élément fondamental de la valeur de l'indemnisation. Quant à l'adjectif « adéquate », il implique une équitable estimation du préjudice subi et la remise au propriétaire dépossédé d'une masse de biens en nature ou en espèces, équivalente à celle dont il a été privé. Le terme « effective » implique que l'indemnisation ne doit pas être une simple promesse, ou revêtir des modalités telles que le bénéficiaire ne puisse disposer de l'indemnité.»

[99] Voir Moore, *op. cit.*, vol. II, p. 1875.

[100] Voir *Sentence finale du Tribunal arbitral de Delagoa* (Berne, 1900), p. 89. Toutefois, en ce qui concerne la nature véritable de cette « indemnité », voir s.-sect. 32 ci-dessous.

[101] Voir *The Hague Court Reports* (1932), vol. II, p. 69.

[102] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des Arrêts*, série A, n° 17, p. 46. Comme on le verra plus loin, le terme « équitable » avait le même sens pour la Cour que le mot « juste » ou « adéquate ».

75. L'expression « indemnité *adéquate* » et d'autres expressions semblables figurent dans un certain nombre de traités, à la majorité desquels les Etats-Unis sont parties. Généralement, ces instruments mentionnent, à titre complémentaire, les deux autres conditions que doit remplir l'indemnité selon la conception orthodoxe, c'est-à-dire exigent qu'elle soit en outre « prompte » et « effective ». On peut citer, à titre d'exemple, le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu avec la Grèce le 3 août 1951, dont l'article VII prévoit « le paiement rapide d'une indemnité équitable ... sous une forme aisément convertible en espèces ... [correspondant] à la valeur intégrale des biens ... », le traité de même objet signé avec le Japon le 2 avril 1958, qui contient une disposition semblable et l'accord concernant la politique commerciale conclu le 14 novembre 1946 avec la Tchécoslovaquie et prévoyant une « indemnité convenable et substantielle ». La Convention économique de Bogota signée à la neuvième Conférence internationale américaine (1948) est le plus explicite sur ce point: « Les Etats n'entreprendront aucune mesure discriminatoire contre les investissements, pouvant priver de leur droit de propriété légalement acquis les entreprises ou les capitaux étrangers pour des raisons ou dans des conditions autres que celles prévues par la Constitution ou les lois de chaque pays au sujet de l'expropriation de propriétés nationales. Toute expropriation sera accompagnée du paiement d'un juste prix de façon diligente, adéquate et effective [103].» La Convention entre la Belgique et la Pologne concernant certaines questions relatives aux biens, droits et intérêts, du 30 décembre 1922, prévoyait une indemnité « convenable » (art. IV) et l'Accord préliminaire danorusse, du 23 avril 1923, une « pleine et entière » compensation (art. IV). Certains traités conclus depuis la dernière guerre entre pays européens contiennent aussi une clause prévoyant une indemnité juste ou adéquate [104].

76. Etant donné la forte influence que le droit interne a exercée tant sur la jurisprudence internationale et sur les traités que nous venons de citer que sur la doctrine générale touchant cette question, il n'est pas inutile de souligner l'évolution que semblent révéler les constitutions les plus récentes. Les constitutions d'avant-guerre prescrivaient généralement — ou prescrivent lorsqu'elles sont encore en vigueur — une indemnité « juste », « adéquate » ou « totale ». En revanche, les constitutions postérieures à la guerre emploient fréquemment des termes tels que « équitable » *(fair, equitable)* et « raisonnable ». Bien entendu, ces différences peuvent très bien s'expliquer, du moins dans certains cas, par des raisons de pure terminologie et non par une transformation de la notion et du régime de la propriété privée et, par conséquent, des règles relatives au montant de l'indemnité due par l'Etat. Ce qui est beaucoup plus important, c'est qu'un grand nombre de constitutions modernes qui font de l'indemnité une condition de l'expropriation pour cause d'utilité publique ou bien sont muettes sur ce que doit être l'indemnité ou bien autorisent l'Etat à la fixer au moment de l'expropriation [105].

77. En dépit des considérations qui précèdent, il est indiscutable que pour déterminer le quantum de l'indemnité, il ne suffit pas de dire simplement qu'elle doit être « adéquate » ou « juste » ou d'employer quelque autre qualificatif. L'emploi d'un de ces termes, même lorsque son interprétation ne laisse place à aucun doute, soulève immédiatement la question de savoir quel est en fait le montant de l'indemnité qu'il convient de verser au propriétaire des biens expropriés dans les différentes hypothèses et circonstances qui peuvent se présenter. En d'autres termes, il faut connaître le critère ou les critères selon lesquels on calculera la valeur des biens qui ont fait l'objet de l'expropriation. A cet égard, il nous faut avant tout rappeler que, malgré leur analogie indéniable et leurs points communs, il ne faut pas confondre les critères que nous venons de mentionner avec ceux qu'on applique pour fixer l' « indemnité » en cas de dommage causé par des actes ou des omissions « illicites » imputables à l'Etat. Malheureusement, lorsqu'on ramène le problème à celui des critères applicables aux cas d'expropriation proprement dite, il est très difficile sinon tout à fait impossible de présenter de façon systématique ceux qui semblent avoir été suivis dans la pratique. Par exemple, on relève dans la jurisprudence internationale celui qu'a énoncé, bien que de façon indirecte, la Cour permanente dans l'affaire souvent citée dans la présente section: « ... la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement » [106].

78. Même ainsi, les difficultés ne sont pas toutes résolues. Par exemple, quel rôle doit jouer, dans le calcul de leur valeur (marchande), la dépréciation qu'ont pu subir les biens ou la monnaie dans laquelle on indemnisera les propriétaires? Comment procédera-t-on pour évaluer les créances et autres biens incorporels? Ces questions et beaucoup d'autres, qui peuvent se présenter dans la pratique et qui se sont présentées en fait, n'ont pas reçu dans tous les cas la même réponse et ne seront pas toujours susceptibles, non plus, d'être résolues selon des critères rigides et préétablis. Cette incertitude très grande tient, nous le répétons, aux différentes situations qui résultent de l'expropriation, dues elles-mêmes à la variété des biens qui peuvent faire l'objet d'une expropriation et à la diversité des situations dans lesquelles elle a lieu [107].

19. — Modalités du paiement et délai dans lequel il doit intervenir

79. Les deux autres conditions requises par la théorie orthodoxe pour que l'indemnité satisfasse aux exigences du droit international — à savoir que l'indemnité soit « prompte » et « effective » — ne sont pas aussi bien établies en jurisprudence que la condition que nous venons d'examiner, même pour les expropriations individuelles. L'absence de précédents suffisants à cet égard est particulièrement sensible pour ce qui est du caractère « effectif » de l'indemnité. En revanche, il existe dans la jurisprudence internationale un certain nombre de décisions mentionnant expressément la promptitude

[103] Art. 25. Toutefois, sept des pays signataires ont formulé des réserves à l'égard de cette disposition de l'Accord. Voir *Conferencias Internacionales Americanas*, 2e suppl., 1945-1954 (1956), p. 163, 169 et 170.

[104] Voir Foighel, *op. cit.*, p. 116.

[105] Voir Peaslee, *Constitutions of Nations* (1950).

[106] *Loc. cit.*, série A, n° 17, p. 47.

[107] En ce qui concerne les critères et les considérations dont il y a lieu de tenir compte pour évaluer les biens expropriés, voir Joseph, *loc. cit.*, p. 4 et 5, et Brandon, « Legal Aspects of Private Foreign Investments », *The Federal Bar Journal* (Washington, 1958), vol. 18, p. 314 et 315.

(ou la diligence) avec laquelle le paiement doit être effectué. Par exemple, dans l'affaire des réclamations norvégiennes, la Cour a parlé d'une « ... juste indemnité sans retard » [108] et, dans l'affaire Goldenberg (Allemagne c. Roumanie, 1928), l'arbitre a déclaré que « ... si le droit des gens autorise un Etat, pour des motifs d'utilité publique, à déroger au principe du respect de la propriété privée des étrangers, c'est à la condition *sine qua non* que les biens expropriés ou réquisitionnés seront équitablement payés le plus rapidement possible » [109].

80. Sur ce point, nous l'avons vu, les traités exigent en général non seulement que l'indemnité soit « adéquate », mais encore que le paiement soit « prompt » et « effectif ». Mais on trouve aussi une autre catégorie de traités, caractéristiques de la période d'après guerre, qui prévoient expressément l'exécution en plusieurs versements *(instalments)* ou acomptes échelonnés parfois sur un certain nombre d'années. Les instruments auxquels nous faisons allusion ne sont pas ceux qu'on appelle les *lump-sum agreements*, typiques d'une pratique nouvelle que nous examinerons plus loin, mais les traités qui envisagent essentiellement le paiement d'une indemnité couvrant la valeur totale des biens expropriés [110]. Il faut cependant tenir compte aussi du fait que les traités de cette seconde catégorie plus récente consacrent le règlement intervenu entre les Etats intéressés dans les cas de « nationalisation » opérée par l'un d'entre eux. En revanche, les traités de la première catégorie ont un caractère nominatif. En attendant de voir, plus loin, les conclusions qu'il est possible de tirer à ce sujet, examinons la situation en droit interne.

81. Nous avons vu que la grande majorité des dispositions constitutionnelles relatives à l'expropriation prescrivent encore le paiement d'une indemnité correspondant à la valeur des biens expropriés. Cependant, environ la moitié d'entre elles seulement exigent le paiement « préalable » ou le « prompt » paiement de l'indemnité. Celles qui n'imposent pas à l'Etat cette obligation supplémentaire, ou bien sont muettes sur ce point ou même disposent expressément que dans certains cas d'urgence le paiement de l'indemnité peut être différé [111]. En ce qui concerne le caractère « effectif », on ne peut pas s'attendre, pour des raisons évidentes, à ce que les constitutions contiennent des dispositions fixant les modalités du paiement. Dans la pratique courante, le paiement se fait en espèces et au comptant, bien entendu dans la monnaie ayant cours légal. Les lois portant nationalisation qui ont été adoptées après la guerre en Europe instituent fréquemment, même dans certains pays d'Europe occidentale, le système du paiement différé. Comme on le verra dans la section suivante, le paiement a eu lieu sous forme de remise de titres de l'Etat.

20. — Système de l'indemnité « forfaitaire » *(lump-sum agreements)*

82. Jusqu'ici, nous avons surtout examiné la pratique relative aux expropriations individuelles. Nous allons examiner maintenant la pratique touchant les nationalisations, en particulier celles qui ont eu lieu immédiatement après la deuxième guerre mondiale, dans le cadre du vaste programme de réformes économiques et sociales entrepris par divers pays d'Europe orientale et occidentale. C'est à propos de ces expropriations de caractère général et impersonnel qu'ont été conclus les accords appelés *lump-sum agreements;* il s'agit d'un système en vertu duquel l'Etat expropriant et l'Etat dont sont ressortissants les étrangers touchés par les mesures d'expropriation conviennent du versement d'une somme « globale » ou « forfaitaire » à titre d'indemnité pour l'ensemble des biens expropriés, quelle que soit leur valeur réelle. Le système présente toutefois de l'intérêt non seulement du point de vue du montant de l'indemnité mais encore, dans une plus ou moins grande mesure, du point de vue des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité comme on pourra le voir plus loin [112].

83. Les nationalisations effectuées en Europe après la guerre présentent, du point de vue de l'indemnité, certains aspects et particularités qu'il est possible de résumer comme suit. En premier lieu, l'indemnisation pour les biens ou entreprises expropriés a été prévue dans tous les cas. Dans les pays d'Europe centrale, une exception a été faite pour les personnes qui avaient collaboré avec l'ennemi pendant la guerre ou dont la conduite avait été antipatriotique, auquel cas le défaut d'indemnité a donné à l'expropriation le caractère d'une confiscation imposée à titre de sanction pénale. Dans les autres cas l'indemnité n'a pas correspondu généralement à la totalité de la valeur des biens ou des entreprises, ni même parfois à la moitié de cette valeur, calculée selon les divers critères adoptés à cet effet. Dans des cas exceptionnels, on a prévu le paiement immédiat de l'indemnité, effectué, en règle générale par la remise de bons d'Etat, ou parfois d'actions des entreprises expropriées elles-mêmes, remboursables dans des délais plus ou moins longs. Par ailleurs, pratiquement aucune loi n'a fait de différence selon la nationalité des intéressés, et certaines d'entre elles ont même accordé un traitement préférentiel aux étrangers touchés par la nationalisation [113].

84. Le système institué par les accords que nous avons mentionnés présente certaines caractéristiques générales qu'il conviendrait de signaler avant d'examiner les aspects concernant plus directement l'indemnité [114]. Tout d'abord, comme nous l'avons dit, à la différence des accords conclus en vue de fixer pour l'avenir le quantum, le moment et la forme de l'indemnité, ces accords sont conclus à posteriori et règlent un litige ou mettent fin à une certaine situation entre les

[108] Voir *loc. cit.*, n. 76 ci-dessus.

[109] ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 909. Dans une autre décision arbitrale (Portugal c. Allemagne, 1930), on a parlé d'un « délai raisonnable ». Voir *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, années 1929-1930, p. 151.

[110] Voir sur ces instruments Foighel, *op. cit.*, p. 120 et 121.

[111] Voir Peaslee, *op. cit.*, *passim*.

[112] Ce système semble avoir été adopté pour la première fois dans l'accord conclu entre la Suède et l'Union soviétique, le 30 mai 1941, et dont le texte n'a pas été publié. Voir Foighel, *op. cit.*, p. 97. On pourrait aussi en voir des applications dans les sommes versées pour désintéresser les entreprises pétrolières américaines et britanniques nationalisées par le Mexique avant la guerre. Voir Friedman, *op. cit.*, p. 28 et 29.

[113] Sur ces caractéristiques et certaines autres que présentent à cet égard les lois européennes d'après guerre, voir Doman, « Postwar Nationalization of Foreign Property in Europe », *Columbia Law Review* (1948), vol. 48, p. 1140 et suiv.

[114] La liste de ces accords — 25 au total — est donnée dans Foighel, *op. cit.*, p. 133.

deux Etats intéressés. Dans cet ordre d'idées, le système envisage une indemnité « négociée », distincte et indépendante de celle que peuvent avoir fixée unilatéralement les lois de nationalisation. De ce fait, les accords utilisent en règle générale des formules de « compromis », qui varient selon les cas et les circonstances. A cet égard, le système présente une analogie marquée avec celui qui a été appliqué dans d'autres accords conclus dans le passé pour fixer aussi le montant forfaitaire à verser à titre de « réparation » intégrale des dommages causés à des étrangers par des actes ou des omissions illicites imputables aux Etats contractants, et qui ont eu pour effet de liquider ou de satisfaire les réclamations individuelles motivées par lesdits actes ou omissions [115]. C'est là ce qui donne à son tour aux accords que nous examinons une autre de leurs caractéristiques, à savoir leur effet libératoire. L'accord suisso-yougoslave, par exemple, stipule en son article 3 qu'une fois effectué le versement de l'indemnité convenue, le Gouvernement suisse considérera comme définitivement liquidées toutes les réclamations formulées par des Suisses. Le système offre d'autres caractéristiques et présente d'autres aspects qui n'ont pas autant d'intérêt aux fins du présent rapport [116].

85. Bien que le système des *lump-sum agreements* offre aussi de l'intérêt du point de vue des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité, ce qui le caractérise essentiellement c'est que l'on convient d'une somme forfaitaire pour indemniser les nationaux de l'Etat demandeur de la totalité des biens expropriés. Le rapport entre cette somme et la valeur réelle des biens ou, le cas échéant, le montant total des réclamations varie sensiblement d'un accord à l'autre. On a calculé par exemple que l'indemnité que la Pologne a convenu de verser à la Grande-Bretagne ne couvrait qu'un tiers de la valeur des investissements britanniques et la proportion a été la même pour l'indemnité convenue avec la Tchécoslovaquie. En revanche, on estime qu'en vertu de l'arrangement conclu avec la Yougoslavie, l'indemnité a atteint la moitié de la valeur des investissements et que, dans l'accord conclu avec la France au sujet des intérêts britanniques dans l'industrie du gaz et de l'électricité, l'indemnité s'élève à 70 pour 100 de la valeur des investissements [117]. Ces exemples, qui donnent une idée du rapport pouvant exister entre le montant de l'indemnité stipulée dans d'autres accords et la valeur estimative des biens ou le montant total des réclamations, démontrent que le système, loin d'envisager une compensation « juste » ou « adéquate », prévoit une indemnité « partielle », dont le montant varie sensiblement selon le cas et les circonstances. Par ailleurs, le système ne présente pas d'uniformité absolue quant au critère à appliquer pour évaluer les biens et déterminer le montant de l'indemnité [118], ce qui s'explique très bien si l'on considère la variété et la diversité des situations qui donnent lieu à ce genre de règlement international.

[115] Sur ce point voir Whiteman, *op. cit.*, vol. III, p. 2067 et 2068.

[116] Sur ces autres aspects et caractéristiques voir Bindschedler, « La protection de la propriété privée en droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1956-II), vol. 90, p. 278 à 297.

[117] Voir Schwarzenberger, « The Protection of British Property Abroad », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 307.

[118] Voir à ce sujet Foighel, *op. cit.*, p. 117 à 119.

86. Quant à la « promptitude », on ne convient pas, en règle générale, du paiement immédiat de la totalité de l'indemnité. On trouve une exception à cette règle dans l'accord conclu entre la Yougoslavie et les Etats-Unis et prévoyant l'utilisation d'une partie des fonds que le Gouvernement yougoslave avait transférés à la Federal Reserve Bank pendant l'occupation allemande. Les autres accords prévoient le paiement de l'indemnité en deux ou plusieurs versements, avec ou sans intérêts et souvent sous forme d'obligations ou d'actions des industries ou entreprises expropriées. Par exemple, selon l'accord franco-britannique mentionné au paragraphe précédent, les titres de créances devaient être payés en sept annuités et porter intérêt à 3 pour 100. Dans les accords conclus avec les pays d'Europe orientale, les versements s'échelonnent sur 17 ans; toutefois, aux termes de certains de ces accords, le premier versement représente une très importante fraction de l'indemnité. Comme on pourra s'en rendre compte, la « promptitude » avec laquelle le paiement de l'indemnité convenue doit être effectué dépend nécessairement, dans chaque cas, des circonstances et, en particulier, des ressources et de la capacité de paiement réelle de l'Etat expropriant. Même lorsqu'il s'est agi d'indemnité « partielle », très peu d'Etats se sont trouvés en fait dans une situation économique et financière suffisamment aisée pour pouvoir verser en une seule fois et immédiatement la totalité de l'indemnité convenue.

87. Il en est de même en ce qui concerne le caractère « effectif » de l'indemnité. Bien que les accords prévoient des formes très diverses et différentes de paiement de l'indemnité, ce paiement s'effectue généralement sous forme de cession, par l'Etat expropriant, d'avoirs qui étaient bloqués dans l'autre Etat ou sous forme de livraison ou de fourniture de certaines matières premières ou d'autres marchandises. On trouve des exemples de ce mode de paiement en nature dans l'accord franco-polonais qui prévoit la livraison de quantités déterminées de charbon pendant un certain nombre d'années. Comme exemple de paiements effectués sous la première forme, on peut citer, outre l'accord américano-yougoslave dont nous avons parlé, celui qu'ont conclu la Suisse et la Roumanie et en vertu duquel 25 pour 100 de l'indemnité convenue devaient être payés sur les fonds roumains bloqués dans des banques suisses. L'accord hungaro-suisse, en revanche, stipulait qu'une partie de l'indemnité serait versée dans la monnaie légale de l'Etat expropriant.

21. — Considérations générales sur les conditions que doit remplir l'indemnité

88. Lorsque nous avons examiné précédemment l'obligation internationale qui incombe à l'Etat d'indemniser les titulaires de droits étrangers, nous avons laissé de côté la question de savoir quel est le droit qui la régit, c'est-à-dire la question de savoir, une fois admise l'existence de cette obligation, dans quelle mesure elle est régie par le droit international lui-même ou jusqu'à quel point il appartient au droit interne de fixer le quantum de l'indemnité ainsi que le moment et les modalités de son paiement. Cette deuxième question, qui est d'ordinaire celle qui suscite vraiment les plus grandes difficultés, peut être examinée maintenant à la lumière des précédents cités plus haut. Pour rester fidèle

à la méthode que nous avons suivie jusqu'ici, nous distinguerons de nouveau entre l'expropriation individuelle et les nationalisations, parce que les conditions que doit remplir l'indemnité ne pourront pas toujours être les mêmes dans les deux cas.

89. Voyons tout d'abord les conditions auxquelles doit satisfaire l'indemnité lorsqu'il s'agit d'expropriations ordinaires et courantes. En ce qui concerne son « quantum », le principe général consacré par la pratique judiciaire et diplomatique et même par la majorité des constitutions nationales, veut que l'indemnité soit « adéquate », c'est-à-dire qu'elle corresponde à la valeur des biens expropriés. Nous disons principe « général » parce qu'il peut y avoir des cas ou des situations dans lesquels il y a lieu de considérer comme valables et effectives, tant du point de vue interne que du point de vue international, des indemnités qui n'arrivent pas à couvrir la valeur totale des biens. Par exemple, si des capitaux étrangers ont été investis dans un pays dont le droit ne prévoit pas le paiement d'une indemnité intégrale ou complète, rien ne permettra d'exiger de cet Etat une indemnité correspondant à la valeur réelle des biens. Parmi les exceptions auxquelles peut être soumis le principe général imposant à l'Etat l'obligation d'indemniser, mentionnons aussi le cas des investissements régis par un système constitutionnel qui ne prescrit pas le versement d'une indemnité ou laisse la question à l'entière discrétion de l'Etat. La situation est sensiblement la même et doit être réglée de la même façon. Dans aucun de ces cas, on ne serait fondé à invoquer le principe du respect des droits acquis.

90. En revanche, ce qui serait contraire au droit international, ce serait que l'Etat expropriant, lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité, fasse une distinction entre nationaux et étrangers au préjudice de ces derniers, dans l'hypothèse, peu fréquente en pratique, où les expropriations de cette catégorie porteraient atteinte aux droits de propriétaires ou de titulaires nationaux et étrangers. Fisher Williams a dit, il y a assez longtemps déjà, formulant ainsi ce qui a fini par devenir la doctrine dominante en cette matière, que « dans le cas d'un traité ou d'une autre obligation contractuelle ou quasi-contractuelle imposant à l'Etat une attitude déterminée à l'égard des propriétaires étrangers, il n'existe aucun principe général de droit international qui l'oblige à ne pas exproprier sauf à être tenu de verser une indemnité complète *(full)* ou « adéquate »... Cette conclusion n'implique pas qu'un Etat, en l'absence d'un traité ou d'une autre obligation contractuelle, soit libre de faire une distinction au préjudice des étrangers et de porter atteinte *(attack)* à leurs biens seulement »[119]. Les mêmes observations et les mêmes principes valent lorsqu'il s'agit des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité. Sur ces deux points, la pratique permet encore moins d'affirmer avec certitude l'existence de règles précises de droit international. Si le moment et les modalités du paiement sont conformes aux exigences du droit interne et si, de plus, l'indemnité ne paraît arbitraire à aucun de ces deux égards, il ne semble pas qu'il y ait aucune raison d'exiger de l'Etat qu'il hâte le paiement ou qu'il s'exécute sous une forme plus effective. Malgré l'absence de normes internationales réglant avec précision ces deux aspects de l'indemnité, il sera possible d'exiger pour les étrangers le traitement juridique le plus favorable auquel les nationaux de l'Etat expropriant peuvent prétendre dans les mêmes circonstances.

91. Passons maintenant aux « nationalisations ». En ce qui concerne les expropriations de cette catégorie, du fait sans doute de la complexité des situations qu'elles créent et de l'imprécision qui caractérise encore la pratique, trois tendances différentes continuent de se manifester en doctrine. La première est représentée par la thèse orthodoxe, soutenue non seulement par les auteurs et les associations cités dans la note 98, mais par d'autres encore qui estiment aussi que la distinction entre les deux catégories d'expropriations n'a aucun effet juridique sur le « quantum » de l'indemnité pas plus que les caractères « prompt » et « effectif » du paiement parce que les principes fondamentaux restent les mêmes[120]. Lorsque Lapradelle a présenté son projet à l'Institut de droit international, certains des membres de l'Institut en ont critiqué la disposition relative à cette question en soutenant que la théorie orthodoxe s'appliquait aux nationalisations[121]. A l'autre extrême, d'autres auteurs estiment qu'en cas de nationalisations impliquant un changement de la structure économique et sociale du pays, la question de l'indemnité relève, sous tous ses aspects, du pouvoir discrétionnaire de l'Etat; ils font ainsi leur la position prise ou soutenue par certains gouvernements dans le passé comme à l'heure actuelle[122]. Un troisième groupe d'auteurs qui tend, semble-t-il, à constituer la majorité est nettement favorable à l'application de principes plus souples et, par conséquent, conformes au système des *lump-sum agreements*. Un des premiers à soutenir que l'obligation de payer une indemnité intégrale pourrait rendre pratiquement impossible une réforme envisagée a été le juge Lauterpacht[123]. Cette idée de l' « impossibilité » matérielle est partagée par d'autres auteurs appartenant au même groupe[124]. D'autres sont plus explicites et insistent sur le fait que parmi les facteurs dont il y a lieu de tenir compte, tant en ce qui concerne le montant de l'indemnité que le moment et les modalités du paiement, figure au premier plan « la capacité de paiement » de l'Etat qui procède aux nationalisations[125].

[119] « International Law and the Property of Aliens », *British Year Book of International Law* (1928), p. 28. Voir dans le même sens Cavaglieri, « La notion des droits acquis et son application en droit international public », *Revue générale de droit international public* (1931), vol. 38, p. 296. Voir aussi les auteurs cités dans les n. 89 à 91-ci-dessus.

[120] Voir Podestá Costa, *Derecho Internacional Público* (3e éd. 1955), vol I, p. 469 et 470; Bullington, « Treatment of Private Property of Aliens in Land in Time of Peace », *Proceedings of the American Society of International Law* (1933), p. 108; Rubin, « Nationalization and Compensation: a Comparative Approach », *University of Chicago Law Review* (1950), vol. 17, p. 460.

[121] Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, vol. I, p. 73 à 112, et 1952, vol. II, p. 251 et suiv.

[122] En ce sens, voir, par exemple, Friedman, *op. cit.*, p. 208.

[123] « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1937-IV), vol. 62, p. 346. Voir aussi Oppenheim-Lauterpacht, *International Law* (8e éd., 1955), vol. I, p. 352. L'argument de l' « impossibilité financière » a été invoqué par la Roumanie lors de la réforme agraire effectuée dans ce pays entre 1920 et 1930 (voir l'ouvrage cité dans la n. 58, ci-dessus), puis par le Mexique à l'occasion aussi de la réforme agraire (voir Kunz, *loc. cit.*, p. 27).

[124] Voir De Visscher, *Théories et réalités en droit international public;* Bindschedler, *loc. cit.*, p. 250.

[125] Voir notamment Lapradelle, « Les effets internationaux des nationalisations », art. 11 du projet présenté à l'Institut de droit international, *Annuaire*, 1950, vol. I, p. 69; Chargue-

92. Approuvant sans réserve cette dernière tendance de la doctrine, nous pouvons ajouter que la solution du problème exige que l'on tienne compte non seulement de considérations de caractère juridique mais encore de motifs d'équité et de raisons d'ordre pratique, technique et politique. L'argument de l' « impossibilité » a une grande importance en ce sens que si l'on veut appliquer logiquement l'idée même qui légitime l'expropriation en général — à savoir que l'intérêt privé, national ou étranger, doit le céder à l'intérêt de la collectivité — il ne serait pas juste de priver les Etats qui ne se trouvent pas dans une situation financière aisée, pour ne rien dire des Etats insuffisamment développés, de la faculté d'exploiter directement leurs ressources naturelles et les industries et entreprises de services publics ou autres qui ont pu s'établir chez eux. La « capacité de paiement » a aussi de l'importance du point de vue des caractères « prompt » et « effectif » de l'indemnité non seulement en ce sens qu'il faut en tenir compte à ces deux égards, mais encore parce que si l'on ne presse pas l'Etat expropriant de payer ou si on lui donne des facilités quant aux modalités du paiement, dans beaucoup de cas il pourra certainement verser une indemnité plus « adéquate » compte tenu de la valeur des biens [126]. En conclusion, dans les cas de « nationalisation », l'indemnité doit satisfaire à des conditions ou exigences souples, beaucoup moins rigides que celles qu'il convient d'imposer dans les cas d'expropriations ordinaires et courantes. Toutefois, ni cette règle, ni rien de ce que nous avons dit ne doit être interprété comme un abandon du principe de la non-distinction entre nationaux et étrangers au préjudice de ces derniers, principe dont le respect est de rigueur dans toute mesure portant atteinte à des droits acquis; ces considérations n'autorisent pas davantage l'Etat à fixer une indemnité qui, soit par son montant, soit par le moment ou par les modalités de son paiement, transforme l'expropriation en une mesure de confiscation ou en une véritable spoliation.

CHAPITRE III

DROITS CONTRACTUELS

I. — Le traité et le contrat en tant que sources de droits privés

93. La thèse selon laquelle l'Etat a les mêmes obligations internationales dans ses relations contractuelles avec les particuliers étrangers que dans les relations de même caractère qu'il entretient avec des Etats tiers s'est affirmée récemment. Plus exactement, le principe *pacta sunt servanda*, qui consacre le respect des droits privés acquis en vertu d'un traité, s'applique également aux droits acquis en vertu de contrats passés entre l'Etat et des étrangers. Les conséquences de cette thèse sont évidentes: dans l'un et l'autre cas, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale découlent ou dépendent exclusivement de la simple inexécution de l'obligation contractuelle en cause.

94. Cependant, en dehors de l'analogie purement formelle qui existe entre le traité et ces relations contractuelles et sur laquelle repose la thèse en question, y a-t-il une autre justification permettant d'assimiler, du point de vue de la responsabilité, ces deux catégories de relations, de droits et d'obligations? A l'heure actuelle, le problème ne se pose naturellement pas de la même façon que dans la doctrine et dans la pratique traditionnelles et on ne peut pas non plus le résoudre entièrement à l'aide des notions et des principes que l'une et l'autre ont consacrés. La présence de certaines particularités dans les relations contractuelles entre les Etats et les étrangers oblige à réexaminer certains des aspects fondamentaux de la question; c'est ce que nous nous proposons de faire dans le présent chapitre.

22. — Traités ayant pour objet des droits privés de caractère patrimonial

95. Voyons d'abord quelle est la situation qui existe en ce qui concerne les droits privés acquis en vertu d'un traité international. Les instruments dont nous parlons se présentent sous des formes diverses, ce qui n'offre d'ailleurs pas nécessairement une importance particulière aux fins du présent rapport. Cela est vrai notamment de la distinction que l'on établit souvent entre les traités qui se bornent à créer des droits et des obligations entre les Etats contractants et ceux qui, en outre, confèrent directement certains droits aux ressortissants de tous les Etats parties à l'instrument ou de certains d'entre eux. L'exemple que l'on cite le plus souvent à cet égard est le traité de 1921 entre la Pologne et la Ville de Dantzig *(Beamtenabkommen)* au sujet duquel la Cour permanente de Justice internationale a déclaré que, si telle était l'intention des parties contractantes, rien n'empêchait les individus d'acquérir directement des droits en vertu d'un traité [127]. Comme on le verra plus loin, la question qui est d'une importance fondamentale du point de vue de la responsabilité internationale est uniquement celle de savoir si l'Etat n'a pas exécuté les obligations stipulées dans le traité; à cet égard, l'acte ou l'omission qu'on peut lui imputer n'ont aucune importance.

96. Les traités qui interdisent expressément à un Etat contractant d'exproprier certains biens déterminés constituent l'une des catégories d'instruments dont nous voulons parler. Quelques-uns des traités de paix conclus après la première guerre mondiale contenaient des dispositions de ce genre. La Convention de Genève du 15 mai 1922, entre l'Allemagne et la Pologne, qui interdisait à celle-ci d'exproprier certains biens en Haute-Silésie polonaise, a permis à la Cour permanente de se prononcer sur les effets juridiques de l'inexécution d'une clause de ce genre [128]. Il existe un acte précédent à ce type de traités: les traités de commerce et de navigation que le Japon a conclus à la fin du siècle dernier avec le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France, et qui ont donné eux aussi lieu

raud-Hartman, « Les intérêts étrangers et la nationalisation », *Etudes internationales*, 1948, vol. I, p. 348; Vitta, *La Responsabilità Internazionale dello Stato per Atti Legislativi* (1953), p. 143 et suiv.; Guggenheim, « Les principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1952-I), vol. 80, p. 128. A l'opposé de cette opinion, on a soutenu que « ... le droit d'exproprier d'un souverain doit être subordonné à sa capacité de paiement ». Voir Charles Ch. Hyde, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law*, 1939, vol. 33, p. 112.

[126] On a fait valoir que le système des *lump-sum agreements* présentait d'autres avantages d'ordre pratique, technique et politique. Sur ce point, voir Foighel, *op. cit.*, p. 98.

[127] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, avis consultatifs, série B, nº 15, p. 17 et 18.

[128] A ce sujet voir chap. II, s.-sect. 12 ci-dessus.

à un litige dont la Cour permanente d'arbitrage a été saisie [129]. Les instruments qui visent à protéger la propriété privée et d'autres droits patrimoniaux, sans interdire l'expropriation mais en la soumettant à diverses conditions, demeurent assez fréquents.

97. Les traités de cette catégorie n'accordent pas tous le même système de protection. Cependant, l'objet de ces instruments est en général de protéger la propriété privée contre l'exercice arbitraire du droit d'expropriation, en particulier en ce qui concerne les conditions de l'indemnisation. Certains se bornent à exiger une indemnité pour tous les biens ou pour certaines catégories de biens expressément mentionnés dans le traité. D'autres exigent en outre le respect des conditions prescrites par le droit interne de la même façon que pour les ressortissants de chacun des Etats contractants. Certains, en revanche, fixent directement et expressément les conditions qui doivent être remplies. Nous avons eu l'occasion, dans le chapitre précédent, de donner des exemples de ces différentes formes et modalités [130].

98. Il n'est pas nécessaire d'insister sur le fondement de la responsabilité internationale de l'Etat dans des cas de ce genre: la simple inobservation de l'interdiction d'exproprier ou des conditions auxquelles est soumis l'exercice du droit d'expropriation implique l'inexécution d'une obligation « internationale ». Conformément à la terminologie employée dans le présent rapport, il s'agit d'une inexécution « illicite » (s.-sect. 28 ci-dessous). Il reste cependant l'éventualité assez vraisemblable qu'un instrument du genre de ceux que nous avons mentionnés ne soit pas suffisamment explicite et qu'il faille recourir aux règles du droit international relatives à l'interprétation et à l'application des traités pour savoir si la mesure prise par l'Etat est entièrement conforme aux clauses de l'instrument. Par cette voie, on peut arriver à une autre hypothèse: celle dans laquelle la mesure considérée ou les circonstances dans lesquelles elle a été prise ou exécutée prouvent qu'il s'agit d'une situation qu'il conviendrait, au mieux, de considérer comme un « abus de droit » de la part de l'Etat et qui a causé à l'étranger un dommage injustifié et incompatible avec les buts de l'instrument. Dans une telle hypothèse, l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale dépendraient plutôt de la notion d' « arbitraire ».

23. — Objet et formes des contrats dits « publics »

99. De même qu'avec ses propres ressortissants, l'Etat entretient avec des personnes physiques ou morales étrangères, des relations contractuelles à des fins multiples et au moyen d'instruments de formes diverses. Par leur but ou leur objet, ces instruments peuvent en fait porter aussi bien sur l'achat-vente de marchandises diverses que sur la prestation de services déterminés, techniques ou professionnels. Un troisième groupe comprend les instruments dont l'objet est la mise en valeur de certaines ressources naturelles du pays, pétrole et autres minéraux par exemple, ou l'exploitation de certains services publics, moyens de transport ou fourniture de courant électrique, par exemple. On peut classer dans un quatrième groupe les instruments dont la nature ou le contenu est très différent: les emprunts et les bons émis par l'Etat. Comme nous le verrons dans la section II du présent chapitre, ils créent aussi essentiellement une relation contractuelle, malgré les particularités qui les caractérisent [131].

100. Les instruments que nous venons de mentionner, et plus particulièrement certains d'entre eux, sont généralement conclus entre des Etats « insuffisamment développés », c'est-à-dire ne disposant pas des moyens qu'offre la technique moderne, et des particuliers ou des sociétés ressortissants d'Etats hautement industrialisés qui ont les moyens techniques voulus pour mener à bien l'exploitation intensive des ressources naturelles des pays insuffisamment développés ou pour leur fournir les services publics indispensables à la vie moderne. Ces instruments sont donc la base sur laquelle repose la quasi-totalité des investissements de capitaux étrangers de caractère privé.

101. Du point de vue de leur nature juridique, ces instruments se présentent sous des formes différentes. Mettant à part les bons et autres titres de créance que nous avons mentionnés, on a voulu établir une distinction entre les contrats ordinaires et courants et les concessions. En premier lieu, le terme « concession », tant en droit interne que dans les relations internationales en général, s'emploie pour désigner une si grande variété d'activités qu'on a pu dire avec raison qu'en droit international, il n'existait pas de définition de ce terme [132]. Evidemment, en raison de leur contenu, les concessions supposent parfois pour le contractant, individu ou société, des droits, des prérogatives et même des devoirs de caractère semi-politique, tels que la faculté d'importer et d'exporter sans avoir à verser de droits ni d'impôts à l'Etat, le contrôle ou l'autorité sur la partie du territoire sur laquelle opère l'entreprise étrangère, notamment l'obligation de maintenir l'ordre public, le droit d'exproprier les terres nécessaires aux fins de l'exploitation, etc. [133]. Mais en dehors de cela et de leurs caractéristiques formelles, les concessions ne diffèrent pas quant au fond des contrats ordinaires et courants. Aussi estime-t-on de façon quasi unanime que les concessions constituent une des catégories de contrats que l'Etat conclut avec les particuliers [134].

---

[129] Voir S. Friedman, *Expropriation in International Law* (1953), p. 187 et 188.

[130] On trouvera d'autres clauses illustrant les différents systèmes de protection dans Wilson, « Property-Protection Provisions in the United States Commercial Treaties », *American Journal of International Law* (1951), vol. 51, p. 83 à 107, et dans M. Brandon, « Provisions Relating to Nationalization in Treaties Registered and Published by the United Nations », dans *International Bar Association, Fifth International Conference of the Legal Profession* (Monte-Carlo, 1954), p. 59 et suiv.

[131] Au sujet des différentes façons dont on a essayé d'expliquer la nature juridique particulière des « emprunts publics », voir Borchard, « International Loans and International Law », *Proceedings of the American Society of International Law* (1932), p. 143 à 148.

[132] Voir Huang, « Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question », *American Journal of International Law* (1957), vol. 51, p. 296.

[133] A cet égard voir McNair, « The General Principles of Law recognized by Civilized Nations », *British Year Book of International Law* (1957), p. 3.

[134] Voir Gidel, *Des effets de l'annexion sur les concessions*, (1904), p. 123. Comme on l'a dit plus récemment, une concession économique « ... est un contrat entre une autorité publique et le concessionnaire... Quelle qu'en soit la forme, une concession suppose toujours un ensemble complexe de droits et d'obligations entre le concessionnaire d'une part et l'Etat d'autre part. Ces relations ont un caractère mixte et relèvent à la fois du droit public et du droit privé ». Voir

102. En raison des particularités que nous venons de signaler et de leur importance économique, on en est venu récemment à considérer les conventions de concession comme des instruments *sui generis*, et même à les désigner sous d'autres noms [135]. On a suggéré par exemple d'adopter l'expression « accords internationaux pour le développement économique » *(international economic development agreements)*, pour souligner leur caractère international qui a pour effet d'engager la responsabilité internationale de l'Etat en cas d'inexécution [136]. Mais on touche là déjà au fond de la question, c'est-à-dire au droit qui régit les différentes relations contractuelles que l'Etat peut nouer avec des étrangers.

II. — Droit régissant les relations contractuelles entre les États et les étrangers

103. Les relations contractuelles entre l'Etat et les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère étant analogues aux relations de même nature que les Etats établissent entre eux, peut-on affirmer en toute rigueur juridique que le principe *pacta sunt servanda* s'applique également à ces relations? Pour poser et résoudre cette question de façon satisfaisante, il faut connaître d'abord le droit ou le système juridique applicable aux différentes relations contractuelles que l'Etat peut nouer avec un étranger. Le problème est analogue, et même identique à certains égards, à celui que l'on appelle communément en droit international privé « le choix du droit applicable » *(choice of law)*, et que l'on nomme simplement, dans les cas qui nous intéressent, la « loi du contrat »: il s'agit du droit ou des règles juridiques qui, en vertu d'un accord exprès, tacite ou présumé des parties — ou le cas échéant, en vertu des dispositions impératives de la législation nationale — régissent les droits et obligations stipulés dans le contrat. Ce n'est qu'après avoir résolu cette question préalable que l'on peut savoir la mesure dans laquelle le principe *pacta sunt servanda* (en tant que principe de droit international) s'applique aux relations contractuelles entre l'Etat et les étrangers.

24. — La position traditionnelle

104. A strictement parler, le problème ne se posait même pas en droit international, puisque, comme nous l'avons indiqué dans notre deuxième rapport (A/CN.4/106, chap. IV, sect. 12), on partait du principe que ces relations contractuelles relevaient toujours du droit interne. Un des exposés les plus clairs et les plus explicites de la thèse traditionnelle figure dans l'arrêt que la Cour permanente de Justice internationale a rendu dans l'affaire des emprunts serbes (1929). En effet, de l'avis de la Cour:

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas, avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne. La Cour, saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des parties [137].»

105. Dans ces deux affaires, la Cour permanente ne considérait la question du « droit applicable » que du seul point de vue du droit international privé, c'est-à-dire envisageait la possibilité que le droit applicable pût être celui d'un Etat autre que l'Etat contractant, si les parties en avaient ainsi convenu expressément ou si l'on pouvait le présumer d'après les termes de l'instrument [138]. Mais ce qui nous intéresse maintenant c'est de savoir quel est le droit qui régit quant au « fond » les relations contractuelles entre l'Etat et le ressortissant étranger. Sur ce point, il est évident que la Cour considérait comme allant de soi que ces relations étaient régies, pour ce qui est de la validité et des autres aspects fondamentaux de l'instrument en question, par le droit interne d'un Etat. Mais dans l'hypothèse où les règles relatives au conflit des lois, du fait qu'elles avaient été établies par des conventions internationales ou des coutumes, auraient revêtu le caractère d'un « vrai droit international régissant les rapports entre des Etats », ces règles, de par leur caractère strictement « accessoire », n'auraient d'autre rôle que de résoudre le conflit entre les divers droits éventuellement applicables. En un mot, le « droit applicable » était toujours en dernière analyse le droit interne d'un Etat.

106. La thèse traditionnelle a été souvent énoncée dans la jurisprudence des commissions de réclamations [139]. Se fondant sur ces précédents judiciaires et sur d'autres précédents tirés de la pratique diplomatique, le Comité pour l'étude des contrats d'emprunts internanaux, créé par la Société des Nations, avait été forcé de reconnaître que: « Tout contrat qui ne constitue pas un accord international — c'est-à-dire un traité entre Etats — est, dans l'état actuel du droit, soumis à une loi nationale ... » [140]. Il s'agit parfois de déterminer — comme dans les affaires soumises à la Cour permanente et dans d'autres dont ont eu à connaître des commissions arbitrales — quel est le droit interne (celui de l'Etat contractant, celui de l'Etat de la nationalité de l'individu ou celui d'un Etat tiers) qui régit les relations

O'Connell, *The Laws of State Succession* (1956), p. 167. Au sujet des diverses opinions qui ont été exprimées sur la nature juridique des concessions, voir Carlston, « International Role of Concession Agreements », *Northwestern University Law Review* (1957), vol. 52, p. 620 à 622.

[135] Au sujet de l'importance des concessions dans l'économie mondiale, voir Carlston, *loc. cit.*, p. 629 et suiv.

[136] Voir J. N. Hyde, « Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources », *American Journal of International Law* (1956), vol. 60, p. 862, et Carlston, « Concession Agreements and Nationalization », *ibid.*, (1958), vol. 52, p. 260.

[137] Publications de la Cour de Justice internationale, série A, n° 20/21, p. 41. Voir, dans le même sens, l'arrêt relatif aux emprunts brésiliens, *ibid.*, p. 121.

[138] *Ibid.*, p. 42 et 123.

[139] Voir, entre autres sources, Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934* (1935), p. 178.

[140] Voir Publications de la SDN, Rapport du Comité pour l'étude des contrats d'emprunts internationaux (Doc. C.145.M.93.1939.II.A), p. 22.

contractuelles. Cet aspect de la question cependant n'offre pas d'intérêt pour le problème précis que nous étudions, sauf dans la mesure où dans la majorité des cas le droit applicable est celui de l'Etat contractant [141]. Cela se comprend aisément si l'on tient compte de la nature et de l'objet des relations contractuelles du type ordinaire et courant, qui ne sont guère susceptibles d'être régies par un droit autre que celui de l'Etat contractant.

25. — Les nouveaux instruments et la jurisprudence récente

107. Il est certain que le type de relations contractuelles sur lequel s'est édifiée la thèse traditionnelle est celui qui caractérise les « contrats publics » ordinaires et courants. Cependant, certains des types d'instruments les plus récents que nous avons étudiés dans la section précédente contiennent des clauses qui ne permettent pas de les assimiler — du moins complètement — à ces contrats. En effet, les clauses dont nous parlons stipulent précisément que, à tous égards ou à certains égards seulement, les relations contractuelles seront soumises à un système ou à certaines normes juridiques, autres que le droit interne de l'Etat contractant ou d'un autre Etat quelconque. Un des premiers précédents que l'on peut citer à cet égard est celui des « bons 5 pour 100, 1932 et 1935 » émis par la République tchécoslovaque, garantis par le Gouvernement français et au sujet desquels un contrat avait été conclu avec des banquiers français; ce contrat stipulait: « Tous litiges qui pourraient survenir concernant l'interprétation ou l'exécution des présentes seront soumis à la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale siégeant à la Haye, fonctionnant en exécution de l'Article 14 du Pacte de la Société des Nations. L'Etat tchécoslovaque s'engage à saisir de ces litiges la Cour permanente de Justice internationale dont il accepte la compétence.» Comme l'a fait observer Mann en commentant cette dernière disposition, le fait d'accepter la juridiction d'un tribunal donné suppose, conformément à un principe généralement admis, que l'on accepte le droit appliqué par ce tribunal [142].

108. La concession accordée par le Gouvernement iranien à l'Anglo-Persian Oil Co., le 29 avril 1933, prévoyait aussi le recours à une juridiction internationale, mais elle était beaucoup plus explicite sur le point que nous venons de mentionner. L'article 22, en effet, après avoir stipulé que les différends de toute nature qui pourraient surgir entre les parties seraient réglés par voie d'arbitrage selon les méthodes et la procédure fixées dans ledit article, ajoutait: « La sentence sera fondée sur les principes juridiques énoncés à l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.» On trouve, dans ces instruments, une autre disposition qui figure notamment à l'article 21 de la concession iraniennne et qui a été adoptée pour la première fois dans la concession accordée en 1925 par l'Union soviétique à la Lena Goldfields Limited. Cette clause est ainsi conçue: « En ce qui concerne la présente Convention, les parties fondent leurs relations sur le principe de la bonne volonté et de la bonne foi, ainsi que sur l'interprétation raisonnable des clauses de la présente Convention.» Une disposition analogue figurait dans la concession du 11 janvier 1939, accordée par le cheik Chakhbut d'Abu Dhabi à la Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd.

109. Cette règle est formulée de façon plus complète et plus précise dans l'article 45 du *Consortium Agreement* de 1954 entre l'Iran, une société privée ayant la nationalité de l'Etat contractant et d'autres sociétés de différentes nationalités étrangères. Cet article dispose ce qui suit: « Etant donné la diversité des nationalités des parties à la présente Convention, ladite Convention sera régie par les principes de droit communs à l'Iran et aux différents pays dans lesquels sont constituées les autres sociétés, et sera interprétée et appliquée conformément auxdits principes; à défaut de principes communs, les principes de droit reconnus par les nations civilisées en général, y compris les principes que peuvent avoir retenus les tribunaux internationaux, seront applicables. Cette convention prévoit aussi des méthodes et des procédures de réglement détaillées, qui ont un caractère nettement « international » [143]. Une concession accordée par le Gouvernement libyen prévoit que l'instrument « ... sera régi par les lois libyennes et les principes et normes de droit international applicables et sera interprété conformément à ces lois, principes et normes sur lesquels le surarbitre ou l'arbitre unique fondera sa sentence » [144].

110. La jurisprudence internationale relative à ces instruments, bien qu'elle ne soit ni abondante ni en aucune façon concluante, jette une lumière suffisante sur la nature du droit applicable. Voyons quelle a été la position adoptée dans l'arbitrage entre la Lena Goldfields Ltd. et le Gouvernement de l'URSS (1930). Sur le point qui nous intéresse, le tribunal a accepté la distinction établie par l'agent de la société demanderesse, et qui était la suivante: pour toutes les questions d'ordre interne, pour lesquelles le contrat ne prévoyait pas d'exception, notamment pour l'exécution du contrat par les deux parties sur le territoire de l'URSS, la loi soviétique était la « loi du contrat »; mais pour les autres questions, la « loi applicable » était constituée par les principes généraux de droit reconnus à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et cela, notamment, parce que dans de nombreuses clauses de la concession on envisageait l'application de principes juridiques internationaux plutôt qu'internes. Au sujet de l'indemnisation des dommages, le tribunal a déclaré qu'il préférait fonder sa sentence sur le principe de « l'enrichissement sans cause », en tant que principe général de droit reconnu par les nations civilisées [145]. Dans l'arbitrage auquel a donné lieu la concession de la Petroleum Development (1951), l'arbitre unique, lord Asquith, a lui aussi interprété la clause relative au droit

[141] Au sujet des critères qui ont été appliqués par la jurisprudence internationale pour résoudre les conflits des lois dans ce domaine, voir Schwarzenberger, *International Law*, vol. I: *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (3e éd., 1957).

[142] Voir Mann, « The Law Governing State Contracts », *British Year Book of International Law* (1944), p. 21.

[143] Voir art. 42 à 44, dans J. C. Hurewitz, *Diplomacy in the Near and Middle East, A Documentary Record : 1914-1956* (1956), p. 48.

[144] Voir *The Official Gazette of the United Kingdom of Libya*, 19 juin 1955, p. 73. La concession accordée par le même gouvernement à la Gulf Oil Co., le 8 avril 1957, contient une clause arbitrale (clause 28) de même teneur.

[145] Voir Nussbaum, « The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly* (1950), vol. 36, p. 51.

régissant l'instrument, et dont la rédaction était, nous l'avons vu, très voisine de celle de la clause applicable dans l'espèce précédente; il a déclaré ce qui suit: « La clause 17 de la Convention... écarte la possibilité d'appliquer, en tant que tel, le droit interne d'un pays quelconque.» A son avis, les termes dans lesquels la clause était rédigée exigeaient certainement l'application de « principes fondés sur le bon sens et la pratique commune aux nations civilisées en général — une espèce de droit naturel moderne » [146]. Dans un arbitrage postérieur, relatif à une concession qui ne contenait aucune disposition sur le droit applicable, l'arbitre a fait valoir des considérations et formulé des conclusions analogues à celles de l'affaire précédente [147].

26. — Nouvelle orientation de la doctrine scientifique

111. La doctrine traditionnelle, fidèle au critère suivi dans la pratique, était quasi unanime à soutenir la thèse selon laquelle les relations contractuelles entre les Etats et les étrangers sont régies par le droit interne, et elle acceptait les conséquences de cette thèse pour ce qui est de la responsabilité internationale. Récemment, cependant, un groupe d'auteurs, se fondant surtout sur les instruments et la jurisprudence que nous avons mentionnés, ont souligné la nécessité de reconsidérer la question et de reviser la thèse traditionnelle. Mann a été l'un des premiers à le faire [148]. A son avis, étant donné l'affaire de l'emprunt Young et d'autres précédents, la formule selon laquelle le contrat doit être « localisé » *(localized)* dans un pays donné est trop étroite. C'est à un « système juridique » que ces instruments sont soumis. Ainsi, les parties peuvent les soumettre au droit international, c'est-à-dire les « internationaliser », et notamment à des règles de droit international public, au sens strict de l'expression. Dans quelques cas, même lorsque ces instruments sont soumis en apparence au droit interne, les parties les ont en réalité soumis au droit international plutôt qu'au droit d'un pays déterminé, comme cela s'est passé pour les bons tchécoslovaques et dans d'autres cas. En outre, en l'absence d'une clause expresse, le contrat doit être considéré comme « internationalisé » s'il est fondé sur le droit international de telle manière qu'il est impossible de présumer que les parties ont eu l'intention de le soumettre à un système juridique national. Mann cite l'affaire de l'emprunt Young comme exemple de cette « internationalisation » implicite du contrat [149].

112. Schwarzenberger envisage aussi la question principalement du point de vue de l'intention des parties quant au système juridique qui doit régir leurs relations contractuelles. On doit présumer que l'Etat qui accorde la concession est habilité à la soumettre à un droit interne étranger ou au droit international. Dans ces cas, il est évident que l'intention des parties est d'éviter que la concession ne soit affectée par les changements qui pourraient intervenir dans le droit interne de l'Etat ou par toute autre forme d'ingérence de la part des organes de l'Etat [150]. Farmanfarma, pour qui l'intention des parties est également essentielle, examine en outre la façon dont la nouvelle jurisprudence arbitrale a modifié les notions traditionnelles relatives au droit international public et au droit international privé. A son avis, on est obligé d'admettre que la ligne de séparation entre ces deux droits n'est pas nette. Il s'est créé, entre eux, une zone qui semble s'élargir à mesure que se multiplient les grandes sociétés, notamment celles qui se consacrent à l'exploitation pétrolière. Dans un autre ordre d'idées, lorsqu'il y a dans le contrat une clause compromissoire, la société s'est soustraite au domaine du droit et de la juridiction internes pour se soumettre à un système juridique intermédiaire entre le droit international public et le droit international privé [151].

113. Jessup envisage le problème du point de vue de la notion du « droit transnational », qu'il a imaginée: ce droit comprend le droit réglementant les actes ou les faits qui débordent les frontières nationales et il englobe le droit international public et le droit international privé, ainsi que d'autres règles qui ne relèvent pas exactement de ces deux catégories types. A son avis, rien dans la nature des parties n'empêche d'appliquer l'une ou l'autre des deux branches traditionnelles du droit. La responsabilité de l'Etat peut être régie par le droit international (public), par des règles du conflit des lois, par le droit interne de l'Etat en cause ou par un droit étranger; rien non plus dans la nature du tribunal n'empêche celui-ci d'appliquer l'un quelconque de ces systèmes juridiques [152]. Pour sa part, Huang qui rejette la doctrine traditionnelle, a déclaré que l'existence de facteurs « internationalisants », qui sont inhérents aux concessions de portée internationale, était un argument convaincant en faveur de l'application du droit international public. Ces facteurs constituent « des points de contact » ou « des éléments de liaison » qu'un tribunal national ou international appliquant les règles du conflit des lois prendrait en considération en recherchant la loi applicable au contrat ou à la transaction [153].

114. Enfin, lord McNair, qui a procédé récemment à une étude approfondie de la question, estime qu'il faut distinguer entre deux situations différentes. Quand l'Etat contractant et l'Etat de la nationalité de l'étranger ont des systèmes juridiques suffisamment évolués, capables de régir des instruments modernes, les parties qui négocient les instruments ou les tribunaux qui statuent sur les différends auxquels ils donnent lieu, adopteront un de ces deux systèmes, ou l'un d'eux pour certains aspects du contrat et le deuxième pour les autres aspects. Mais, lorsque le système juridique du pays où le contrat doit être exécuté en majeure partie n'est pas suffisamment « modernisé » pour réglementer ce type d'instrument, il ne faut pas s'attendre à ce que le droit national de l'une des parties puisse fournir une solution raisonnable aux parties ou au tribunal, sauf

[146] Le texte complet de la sentence est reproduit dans l'*International and Comparative Law Quarterly*, 1952, p. 247 à 261; le texte cité figure à la p. 251.

[147] Voir l'arbitrage Ruler of Qatar c. International Marine Oil Co., Ltd., dans *International Law Reports* (édité par Lauterpacht), année 1953, p. 541.

[148] La théorie selon laquelle certaines de ces relations contractuelles sont régies par le droit international avait en réalité déjà été exposée au début de ce siècle, à propos des « dettes publiques », par Wuarin, Freund et von Liszt. Voir Borchard, *loc. cit.*, p. 148.

[149] Mann, *op. cit.*, p. 19 à 21.

[150] Schwarzenberger, « The Protection of British Property Abroad », *Current Legal Problems* (1952), vol. 5, p. 315.

[151] Voir Farmanfarma «The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium: the Law Controlling », *Texas Law Review* (1955), vol. 34, p. 287.

[152] Voir Jessup. *Transnational Law* (1956), p. 2 et 102.

[153] Voir Huang, *loc. cit.*, p. 285.

pour certaines obligations qui sont expressément soumises au droit interne, par exemple les obligations relatives à l'emploi de travailleurs locaux. Dans cette deuxième hypothèse, le système le plus approprié ne serait pas non plus le droit international public *stricto sensu*, puisqu'il ne s'agit pas de contrats entre Etats, mais les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées [154].

27. — APPLICABILITÉ DU PRINCIPE *pacta sunt servanda*. OPINIONS RÉCENTES EN FAVEUR DE CETTE APPLICABILITÉ

115. Compte tenu des précédents fournis par la pratique et des tendances de la doctrine scientifique concernant le droit qui régit les relations contractuelles entre Etats et étrangers, il importe d'examiner maintenant dans quelle mesure le principe *pacta sunt servanda* (en tant que principe de droit international) s'applique à ces relations contractuelles — la solution de cette question étant fondamentale du point de vue de la responsabilité internationale. Ainsi qu'on l'a indiqué au début du chapitre, si ce principe joue, comme dans le cas des conventions entre Etats, la simple inexécution des obligations énoncées dans le contrat ou la convention de concession entraînera l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale de l'Etat.

116. Le problème, au moins sous son aspect actuel, a été soulevé, pour la première fois semble-t-il, par le Gouvernement suisse dans le mémoire qu'il a présenté à la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire Losinger et C^ie (1936). A cette occasion, la Suisse a soutenu la thèse de l'applicabilité du principe, en se fondant sur les considérations suivantes: « Le principe *pacta sunt servanda* ... s'impose non seulement à propos d'accords directement conclus entre Etats, mais aussi pour ceux passés entre un Etat et des étrangers; en raison précisément de leur caractère international, [ces accords] peuvent faire l'objet d'un litige dans lequel un Etat se substitue à ses ressortissants pour obtenir le respect des engagements contractuels assumés envers eux. Le principe *pacta sunt servanda* permet donc à un Etat de s'opposer à l'inobservation des obligations conventionnelles prises envers des ressortissants de cet Etat par un autre Etat ... L'Etat ne peut se libérer d'obligations contractuelles valables ni par son droit privé interne, ni par ses dispositions légales de droit public. La thèse contraire équivaudrait à rendre aléatoires tous les contrats conclus par des étrangers avec un Etat, puisque celui-ci aurait toujours la faculté d'anéantir ses engagements en promulguant des lois spéciales, comme il l'a fait en l'espèce [155].»

117. Comme on peut le constater, c'est en partant d'une analogie, supposée, entre les traités et les contrats conclus entre Etats et étrangers, que l'on postule l'applicabilité du principe *pacta sunt servanda* à titre de principe de droit international. Autrement dit, si l'on applique ce principe aux contrats, c'est en vertu de leur « caractère international », et aussi parce que nier son applicabilité reviendrait à subordonner la validité et l'efficacité des obligations contractées par un Etat envers un étranger au bon plaisir de l'Etat contractant. Dans d'autres cas, au contraire, le principe est appliqué en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées ». Le règlement de l'affaire Losinger et C^ie a empêché la Cour permanente de Justice de se prononcer sur ce point, mais, dans l'arbitrage qui a eu lieu avant que la Cour ne fût saisie de l'affaire, H. Thelin, surarbitre, a déclaré: « On doit donc partir de l'idée que le droit yougoslave consacre, comme les autres droits européens, le principe de la fidélité au contrat, fidélité sans laquelle il n'y a plus de sécurité dans les transactions. *Pacta sunt servanda; pactis standum est; jura vigilantibus scripta;* ces anciennes règles romaines gardent encore leur valeur aujourd'hui [156].»

118. Certains publicistes ont fait leur cette conception sans pour autant rejeter l'autre. C'est ainsi que d'après L. Wadmond, les contrats entre Etats et étrangers « ... obligent les deux parties. Ils sont obligatoires tant en vertu du droit international qu'en vertu des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » [157].

119. Des études faites récemment par certaines organisations non gouvernementales sur les mesures étatiques portant atteinte aux droits patrimoniaux des étrangers justifient jusqu'à un certain point la position de la Suisse. La résolution suivante que l'International Bar Association a adoptée en comité, à la session de Cologne (1958), et dont il a déjà été fait mention au chapitre précédent, contient l'une des formules les plus explicites à cet égard: « Le droit international reconnaît que le principe *pacta sunt servanda* s'applique aux engagements particuliers pris par l'Etat à l'égard d'Etats étrangers ou de ressortissants de ces Etats et que, par suite, l'expropriation de biens privés, en violation d'un contrat particulier de l'Etat, est contraire au droit international [158].» Certaines des réponses faites au questionnaire préparé pour la 48^e Conférence de l'International Law Association (New-York, 1958) reposent également sur le même postulat. La branche américaine soutient dans sa réponse que « ... les obligations contractuelles assumées par un Etat [à l'égard d'étrangers] ne sont pas moins obligatoires que les obligations découlant des traités » [159]. D'autres réponses reçues par le Comité international de l'International Law Association admettent aussi cette analogie; pour leurs auteurs, l'applicabilité du principe *pacta sunt servanda* est absolue — l'Etat ne pouvant considérer comme venu à terme un contrat ou une concession avant la date de l'expiration [160].

---

[154] Voir McNair, *op. cit.*, p. 19. Conformément à une des propositions présentées par le comité de la Société des Nations que nous avons mentionné lorsque nous avons étudié la position traditionnelle, le tribunal des emprunts internationaux dont on envisageait la création aurait jugé « sur la base des contrats intervenus, des lois applicables ... ainsi que sur la base des principes généraux du droit ». Publication de la SDN, 1939.II.A.10 (doc. C.145.M.93.1939. II.A).

[155] Voir Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C, n° 78, p. 32.

[156] *Ibid.*, p. 83 et 84.

[157] « The Sanctity of Contract between a Sovereign and a Foreign National ». Discours prononcé lors de la session de Londres de l'American Bar Association (26 juil. 1957), p. 6.

[158] Voir n. 66. On a pu dire en ce sens que les obligations contractuelles reposent sur le principe de la bonne foi — que les Etats sont tenus d'observer dans leurs relations avec les étrangers — et cela bien que les instruments qui les énoncent ne soient pas à proprement parler des conventions internationales. Voir M. Brandon, « Legal Aspects of Private Foreign Investments », *The Federal Bar Journal* (Washington, 1958), vol. 18, p. 338 et 339.

[159] Voir *loc. cit.* (n. 98), p. 68.

[160] Voir les réponses des Prs Gihl et Weiss-Tessbach dans *International Law Association, New York University Conference, 1958*, International Committee on Nationalization, p. 9.

120. Certaines réponses traduisent en revanche une position un peu plus libérale et un peu plus souple. Selon quelques-unes d'entre elles, l'Etat peut mettre fin prématurément à un contrat sans violer le droit international, dès lors qu'il verse au contractant étranger une indemnité adéquate, rapide et effective [161]. Dans d'autres réponses, cette solution n'est admise que si l'acte de l'Etat est justifié par une très grave modification de la situation, un cas de force majeure par exemple [162]. Pour l'un des tenants de cette opinion, les obligations contractées par les pays importateurs de capitaux peuvent être atténuées par le jeu de la clause *rebus sic stantibus* [163]. On a soutenu, par ailleurs, que si la concession avait un certain *caractère* international — si, par exemple, un arbitrage international était prévu ou si un « *umbrella agreement* » international était conclu pour la garantir *(shield)* — l'inexécution de ces dispositions constituerait certainement un acte illicite [164]. La Conférence de l'International Law Association s'est bornée à déclarer, dans la résolution adoptée en la matière: « Les principes du droit international qui établissent l'inviolabilité des engagements de l'Etat et le respect des droits acquis des étrangers requièrent ... ii) que l'Etat et le particulier étranger, parties à un contrat, soient tenus d'exécuter leurs engagements de bonne foi. Les voies de recours *(remedies)* appropriées sont ouvertes contre la partie défaillante [165].»

28. — Position de la doctrine et de la pratique courantes

121. Alors que, d'après la doctrine que nous venons d'exposer, la simple inexécution d'un contrat serait, au moins en principe, un acte « illicite », cette inexécution n'engage la responsabilité de l'Etat, d'après la pratique et la théorie traditionnelles, que lorsqu'elle suppose un acte ou une omission contraires au droit international. Borchard est, dans ce domaine, l'un des premiers qui ait formulé la doctrine classique. Il affirme, quant à la possibilité d'une intervention diplomatique dans des cas de ce genre, qu' « on ne doit pas y avoir recours pour sanctionner les conséquences normales ou prévisibles du contrat mais uniquement lorsqu'on est en présence d'incidents ou de résultats arbitraires, comme un déni de justice ou une violation flagrante du droit interne ou international » [166]. Selon Mlle Whiteman, il est souvent impossible dans des cas de ce genre de démontrer l'existence d'un acte illicite ou de prouver que l'une des parties est bien titulaire du droit dont elle se réclame en vertu du contrat, avant que les tribunaux compétents aient établi les faits et statué sur la question. Pour cette raison, il est nécessaire, si l'on veut présenter une réclamation internationale de cette nature, de démontrer que le gouvernement défendeur, par l'intermédiaire d'organes dûment qualifiés, a commis un acte illicite ou que le demandeur a été victime d'un déni de justice lorsqu'il a cherché à obtenir réparation [167]. D'autres publicistes de la même nationalité se sont exprimés dans les mêmes termes ou en des termes analogues [168]. Les théoriciens européens ont partagé eux aussi cette opinion. Ainsi, Lipstein soutient que « ... l'inexécution par un Etat de ses obligations contractuelles [à l'égard d'un étranger] ne constitue pas *ipso facto* une violation du droit international, s'il n'y a ni confiscation, ni discrimination » [169]. Hoijer avait déjà affirmé que « le droit des gens n'est pas violé du seul fait d'une lésion illégitime des droits [contractuels] de l'étranger, mais seulement à raison de ce que réparation du préjudice est refusée, après l'épuisement des voies ordinaires de recours, instituées par les lois du pays » [170].

122. Les projets de codification officiels ou privés qui envisagent les divers cas où la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée pour inexécution d'obligations contractuelles assumées à l'égard d'étrangers s'inspirent en général de la même conception des actes ou omissions susceptibles de faire naître la responsabilité. A l'exception des Bases de discussion élaborées par le Comité préparatoire de la Conférence de La Haye (1930) selon lesquelles l'Etat est responsable lorsqu'il « porte *directement* atteinte aux droits acquis des étrangers », les autres projets appliquent le critère traditionnel. Ainsi, selon le projet de Harvard (1929), l'Etat n'est pas responsable à raison de l'inexécution d'un contrat si les recours internes n'ont pas été épuisés ou si l'inexécution ne suppose pas un acte illicite [171].

123. La pratique diplomatique et la jurisprudence internationale admettent traditionnellement, comme un dogme pourrait-on dire, que l'inexécution pure et simple par un Etat des obligations découlant d'un contrat conclu avec un étranger ne suffit pas nécessairement à engager la responsabilité internationale de l'Etat. Nous réservant de mentionner systématiquement dans la dernière section du chapitre les nombreux précédents qui existent en la matière, nous allons citer à titre d'exemples quelques décisions arbitrales exposant nettement la position traditionnelle. Dans l'affaire Cook (1930), la Commission générale américano-mexicaine des réclamations a dit: « Le dernier point dont il faille tenir compte pour déterminer s'il y a responsabilité est le suivant: peut-on prouver qu'il y a comportement illicite au regard du droit international et que par suite la responsabilité du gouvernement défendeur est engagée [172]? » La même commission a déclaré encore plus explicitement dans l'affaire des International Fisheries

[161] Réponses des Prs Foighel et Röed et des branches hollandaise et suisse, *ibid.*

[162] Réponses du Pr Magerstein et de la branche suédoise, *ibid.*, p. 10.

[163] *Ibid.*, p. 13.

[164] Réponses des Prs A. Magarasevic et Magerstein et de la branche suisse. Pour le Pr E. Lauterpacht, il peut non seulement y avoir fait illicite en cas de violation d'un traité, mais aussi en cas de violation des « intérêts internationaux », lorsqu'il est porté atteinte à un service public international, par exemple. *Ibid.*, p. 10.

[165] Au moment où nous écrivons, nous ne disposons pas encore du texte imprimé de la résolution.

[166] *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 284.

[167] *Damages in International Law* (1943), vol. III, p. 1158.

[168] Voir, notamment, Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 160, 167 et 168; Feller, *op. cit.*, p. 173 et 174; Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), p. 111 et 112.

[169] « The Place of the Calvo Clause in International Law », *British Yearbook of International Law* (1945), p. 134.

[170] Olof Hoijer, *La responsabilité internationale des Etats* (1930), p. 118. Voir dans le même sens Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1932-III), vol. 41, p. 57 et 58.

[171] Sur ces projets de codification, voir notre 2e rapport (A/CN.4/106), chap. IV, sect. 12.

[172] ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 215 et 216.

Co. (1931): « Si tout manquement à un contrat de la part d'un gouvernement devait entraîner *ipso facto* la présomption que l'on se trouve en présence d'un acte arbitraire, lequel devait par suite être évité, les gouvernements seraient dans une situation plus défavorable que n'importe quel particulier signataire d'un contrat [173].» On pourrait citer quelques décisions où, par exception, on a fait apparemment découler la responsabilité de l'Etat du fait même de l'inexécution parce qu'on a estimé, selon la théorie exposée par le commissaire américain Nielsen, que cette inexécution impliquait un acte de « confiscation ». Mais l'examen de ces décisions montre fort clairement que l'élément « confiscation » était soit un déni de justice soit une rupture arbitraire du contrat par l'exécutif [174].

29. — Réexamen de la position traditionnelle

124. Il ressort nettement de l'exposé précédent que la position traditionnelle en ce qui concerne l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale dans les cas de relations contractuelles entre Etats et étrangers doit être réexaminée. Cette position a été adoptée en fonction des relations contractuelles du type normal et courant à l'époque; aussi l'application stricte des principes classiques ne permettra-t-elle pas toujours de résoudre de manière satisfaisante les difficultés que soulèvent de nos jours les contrats. Ainsi donc, pour affirmer l'applicabilité du principe *pacta sunt servanda*, avec toutes les conséquences juridiques que celui-ci implique du point de vue de l'Etat contractant, il faudra avant tout savoir si le contrat ou la relation contractuelle dont il s'agit relève (directement) du droit international public ou d'un système juridique autre que le droit interne d'un pays. En d'autres termes, il faudra déterminer si les obligations stipulées dans l'instrument juridique considéré sont de véritables « obligations internationales ». Comme on le verra ultérieurement, d'un point de vue purement juridique, ce n'est que dans cette hypothèse que le principe *pacta sunt servanda* s'applique, par analogie avec le cas des traités et conventions interétatiques. En gardant ces considérations à l'esprit, on peut classer les relations contractuelles entre l'Etat et les étrangers en deux grands groupes.

125. Le premier correspond aux relations contractuelles de type traditionnel, aujourd'hui encore les plus nombreuses et les plus fréquentes, découlant d'un contrat qui, à aucun égard, n'est soumis, ni expressément ni implicitement, à des principes juridiques de caractère international [175]. Le caractère « interne » des obligations ainsi contractées par l'Etat dans des cas de ce genre est évident puisque — nous l'avons indiqué dans notre deuxième rapport (A/CN.4/106, chap. IV, sect. 12) — le particulier qui se lie par contrat avec un gouvernement étranger se soumet au droit local pour tout ce qui touche aux effets juridiques du contrat. C'est pourquoi, s'agissant de ces obligations, le principe *pacta sunt servanda* doit s'appliquer uniquement comme principe de droit interne et avec la portée que lui attribue le droit de l'Etat contractant. Si, comme nous l'avons vu plus haut, on a pu soutenir que le principe était applicable en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées », on ne peut néanmoins manquer de constater que la faculté pour l'Etat de mettre fin avant la date de l'expiration à un contrat le liant à un particulier est l'une de celles que lui confère le droit de porter atteinte à la propriété privée quelle qu'en soit la nature et quelle que soit la nationalité de l'intéressé [176]. Par conséquent, les seules obligations de caractère international qui s'imposent à l'Etat visent les conditions et les circonstances dans lesquelles se produit l'inexécution. En résumé, l'élément générateur de la responsabilité internationale dans des espèces de ce genre n'est nullement la violation du principe *pacta sunt servanda* mais le fait que l'inexécution du contrat résulte d'un acte ou d'une omission contraire au droit international — c'est-à-dire non pas l'inexécution en soi mais son caractère « arbitraire ». Nous reviendrons sur ce point à la section III lorsque nous étudierons ce qui distingue une inexécution « illicite » d'une inexécution « arbitraire ».

126. Les relations contractuelles du deuxième groupe correspondent à des situations plus complexes dues surtout à la diversité des dispositions insérées dans les instruments modernes. Comme nous l'avons vu, ces instruments contiennent en général deux sortes de dispositions: *a*) des dispositions stipulant, expressément ou non, que l'instrument est, en tout ou en partie, régi par le droit international (public), par « les principes généraux de droit » (considérés comme source de droit dans l'ordre international) ou par un autre « système juridique » moins précis que « les principes » mais assez semblable par le contenu; *b*) des dispositions contenant une clause compromissoire qui prévoit le règlement des différends par un arbitrage international ou toute autre procédure. Contrairement à ce qu'ont suggéré certains publicistes [177], nous ne pensons pas que l'on puisse classer avec ces dispositions celles qui figurent dans des contrats ou conventions de concession qui, par leur nature, leur objet et leur importance pour l'économie mondiale, sont « imprégnés d'un intérêt international ». Bien qu'à première vue le critère paraisse logique et juridiquement valable, puisque la présence de cet intérêt de fait « internationalise » la relation contractuelle, il s'agit en réalité d'un critère ou élément de jugement si vague et si imprécis que son application pratique entraînerait inévitablement des difficultés fréquentes. Comme on le verra plus loin, on doit présumer, sauf stipulation contraire, expresse ou implicite, que le droit interne régit les contrats ou concessions de ce genre.

127. Dans les instruments contenant des dispositions du premier type, le fait que l'on prévoit expressément l'application de certaines règles de droit positives suppose nécessairement chez les parties l'intention de soustraire au droit interne tout ou partie de leurs relations contractuelles. Comme l'ont observé certains des publicistes cités à la sous-section 24, ce fait « internationalise » les relations contractuelles en les soumettant à des systèmes ou à des principes juridiques étrangers ou supérieurs à l'ordre interne. Puisqu'il s'agit alors d'obligations ayant un véritable caractère « international », l'application du principe *pacta sunt*

[173] *Ibid.*, p. 700.

[174] Voir en ce sens Feller, *op. cit.*, p. 174 et 175.

[175] Ceci sans préjudice, bien entendu, des problèmes de droit international privé qui se posent lorsque le « choix de la loi du contrat » met en jeu le droit interne de plus d'un Etat.

[176] Voir sur ce point, déjà examiné, la s.-sect. 13 ci-dessus.

[177] Voir Wadmond, *op. cit.*, (n. 157) et E. Lauterpacht, *loc. cit.* (n. 160).

servanda est parfaitement fondée [178]. Dans la mesure où le contrat est soumis à des systèmes ou à des principes juridiques internationaux, la simple inexécution par un Etat engage directement la responsabilité de cet Etat — tout comme ce serait le cas si l'inexécution était imputable à un acte ou à une omission incompatible avec les normes stipulées dans un traité ou dans une autre convention internationale. Comme nous le verrons, si « l'internationalisation » de la relation contractuelle a un sens ou un but, ce ne peut être que de « libérer » pour ainsi dire cette relation du droit interne, de façon que l'Etat ne puisse invoquer ce droit comme une excuse pour ne pas remplir des obligations contractées à l'égard d'un étranger.

128. Dans les instruments où figurent des dispositions du deuxième type, la situation est très semblable mais plus simple. Le seul fait que l'Etat convient avec un étranger de recourir à un mode de règlement de caractère international suffit à soustraire le contrat, au moins en ce qui concerne son aspect personnel, à l'emprise du droit interne [179]. Alors que dans la clause Calvo on réaffirme la compétence exclusive des organes internes, dans des conventions de ce genre, c'est l'Etat lui-même qui en quelque sorte « renonce » à exercer sa compétence. Si la clause compromissoire était régie par le droit interne, l'Etat pourrait la modifier ou l'abroger ultérieurement par un acte unilatéral; cela serait incompatible avec les fins essentielles auxquelles répondent les dispositions de ce genre, quel que soit d'ailleurs l'objet de la convention ou le caractère des cocontractants. Par conséquent, s'agissant d'une obligation de nature indubitablement internationale, l'inexécution de la clause compromissoire engagerait directement la responsabilité internationale de l'Etat. Au reste, et pour ce qui est des règles de droit positif que devra appliquer l'organisme arbitral envisagé, on a tout lieu de présumer, sauf disposition contraire, expresse ou implicite, que les parties ont eu l'intention de soumettre le contrat au droit interne tant pour son interprétation que pour son application. Le fondement de cette présomption nous semble évident: étant donné la nature et la portée des prérogatives de l'Etat quant aux droits patrimoniaux, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent et quelle que soit la nationalité des titulaires de ces droits, il faut, pour que la relation contractuelle soit régie quant au fond par un système juridique distinct du droit interne, qu'il existe une disposition expresse à cet effet, ou au moins, une manifestation tacite de volonté en ce sens.

129. A ce qui précède, on ne saurait opposer la conception traditionnelle concernant les sujets du droit international, conception selon laquelle, du fait que l'individu n'a pas la personnalité internationale, il n'est pas possible d'attribuer un « caractère international » aux droits et obligations découlant des contrats qu'il conclut avec l'Etat. Il n'est pas nécessaire d'insister de nouveau sur un sujet qui a déjà été traité à plusieurs reprises dans nos rapports antérieurs [180]. Nous devons simplement nous borner à observer que, comme l'a indiqué Jessup, rien ni dans le caractère des parties ni dans celui du for ne s'oppose à l'application d'un système juridique autre que le droit interne, même si ce système est le droit international (public) [181]. De manière encore plus explicite, Schwarzenberger a dit: « Le chef de l'Etat ou du gouvernement a le pouvoir discrétionnaire de reconnaître à une entité la personnalité internationale et d'établir avec elle des relations régies par le droit international. S'il déclare le droit international applicable à une concession, la situation est à peu près celle-ci: aux fins de l'interprétation et de l'application de la convention de concession, [l'Etat] concédant convient de traiter le [particulier] concessionnaire comme s'il avait la personnalité internationale [182].» En fait, en matière contractuelle, l'individu a la personnalité et la capacité internationales qui lui sont reconnues dans ses relations juridiques avec l'Etat. A la différence des conventions régies exclusivement par le droit interne, celles qui, sous une forme ou sous une autre, prévoient l'application de systèmes ou de principes étrangers au droit interne ou l'obligation de soumettre les différends à des méthodes et à des procédures internationales de règlement, confèrent nécessairement au particulier — du fait qu'elles placent sur le plan international les relations entre l'Etat et ce particulier — la personnalité et la capacité dont il a besoin pour agir internationalement.

III. — Effets de l'inexécution des obligations contractuelles

130. Il convient d'examiner pour terminer les conditions et les circonstances dont dépendent l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale de l'Etat en cas d'inexécution d'obligations contractées envers des étrangers. Cela nous permettra, en outre, de déterminer les conséquences juridiques de l'inexécution et, plus particulièrement, la véritable nature de l'« indemnité » qui en résulte, lorsque les relations contractuelles sont soumises au droit interne. Mais il importe en premier lieu de faire une distinction correspondant aux diverses catégories de relations contractuelles dont il a été question à la section précédente.

30. — Inexécution « illicite » et inexécution « arbitraire »

131. Compte tenu des observations présentées ci-dessus, il est facile de comprendre et de justifier la

[178] Il ne faut pas confondre cette conception avec celle sur laquelle repose le mémoire du Gouvernement suisse présenté dans l'affaire Losinger et Cie: « *Sensu lato*, la notion des obligations ou des engagements internationaux n'embrasse pas seulement ceux qui existent directement entre Etats, mais aussi ceux entre Etats et personnes privées protégées par leurs gouvernements, lorsqu'ils ont une irradiation internationale et que, par leur genèse ou leurs effets, ils s'étendent en réalité à plusieurs pays.» Voir *loc. cit.*, p. 128. La position suisse est tout à fait conforme à la « théorie du contrat international » de la jurisprudence française mentionnée par J. Donnedieu de Vabres dans *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois* (1938), p. 561 (cité dans *Proceedings of the American Society of International Law* [1958], p. 269).

[179] Voir en ce sens Barros Jarpa, *op. cit.*, p. 5 (n. 169). Il va sans dire que nous faisons allusion à des méthodes ou procédures de règlement véritablement internationales, comme celles qui sont énoncées dans les instruments cités à la s.-sect. 23; nous ne visons pas celles qui étaient stipulées jadis dans nombre de contrats et de concessions où l'on prévoyait un arbitrage ou un autre moyen de règlement relevant aussi du droit interne.

[180] Voir notre 1er rapport (A/CN.4/96, chap. V, sect. 16, 17 et 18) et notre 3e rapport (A/CN.4/111, chap. VIII, sect. 15).

[181] Voir *op. cit.* (n. 152 ci-dessus).

[182] Voir *loc. cit.* (n. 150 ci-dessus).

distinction entre l'inexécution « illicite » et l'inexécution « arbitraire » par l'Etat d'obligations contractuelles le liant à des particuliers étrangers. Au reste, cette terminologie et le sens de chacun des termes nous sont déjà connus puisque la même distinction a été étudiée dans le chapitre relatif à l'expropriation en général (chap. II, s.-sect. 12). En réalité, la distinction qui nous occupe n'est qu'une expression nouvelle de la même idée essentielle. La seule différence concerne l'inexécution « illicite » puisqu'en matière d'expropriation de biens corporels, l'illicéité ne peut découler que de la violation d'un traité, alors qu'en matière de droits contractuels, il faut, comme on a pu le remarquer, envisager un cas différent — celui où il existe entre Etats et étrangers des relations contractuelles génératrices d'obligations de caractère « international ». Lorsque l'on est en présence de contrats ou de concessions, régis par des systèmes juridiques ou des principes internationaux, ou prévoyant un mode de règlement véritablement international, les étrangers tiennent leurs droits d'une source « internationale » — tout comme dans le cas d'un traité — et les obligations de l'Etat à leur égard sont elles aussi nécessairement internationales. Il en résulte que l'inexécution pure et simple de ces obligations engendre aussi, directement et immédiatement, la responsabilité de l'Etat.

132. En dehors de cette hypothèse, la situation est toute différente. Selon la doctrine traditionnelle, la simple inexécution d'obligations contractées à l'égard des étrangers (et régies par le droit interne) ne met pas en jeu directement et immédiatement la responsabilité internationale de l'Etat. Pour que la responsabilité existe bien et soit imputable, il faut que l'inexécution ait lieu dans des conditions et des circonstances contraires au droit international. Par conséquent, selon la même doctrine traditionnelle, la présence de l'une de ces conditions ou circonstances transforme l'inexécution en un fait (acte ou omission) « illicite » ou, pour reprendre la terminologie anglo-américaine, en un *tortious breach*. En d'autres termes, on assimile l'inexécution, lorsqu'elle se produit dans de telles conditions ou circonstances, aux autres actes ou omissions qui font naître la « responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers ». Toutefois, s'agissant d'obligations contractuelles soumises au droit interne, est-il de bonne technique juridique d'assimiler l'inexécution, quelles que soient les conditions ou circonstances où elle intervient, aux actes ou omissions qui engendrent la responsabilité de l'Etat pour faits simplement « illicites »? Si l'on réfléchit au vrai caractère des actes ou omissions qui entraînent l'inexécution d'obligations contractées par l'Etat envers des particuliers, et notamment envers des étrangers, on constatera tout de suite que, juridiquement, on ne peut les assimiler à des faits purement et simplement « illicites ».

133. La raison en est fort simple et l'on pourrait même dire que dans une certaine mesure elle est évidente. En effet, pourquoi a-t-on soutenu traditionnellement que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée du fait de la « simple » inexécution par l'Etat des obligations contractuelles le liant à un étranger? Autrement dit, quel est le fondement véritable, la raison d'être de la distinction que l'on fait entre les actes et omissions de cette catégorie et ceux qui engendrent, directement et immédiatement, la responsabilité internationale? Dans les deux chapitres précédents, et en particulier à propos de l'expropriation en général, on a vu que l'existence et l'imputabilité de la responsabilité internationale ne pouvaient découler de l'acte d'expropriation lui-même — puisque l'Etat a le droit d'exproprier — mais qu'elles résultaient de l'inobservation par l'Etat des normes internationales qui régissent l'exercice de ce droit. A cette occasion, on a indiqué aussi que le droit d'expropriation, au sens large, comprenait la faculté de rescinder ou de modifier les contrats conclus avec des particuliers. Sur ce point, le droit interne ne paraît laisser planer aucun doute: l'Etat jouit de cette faculté en vertu de son droit de « domaine éminent », de son pouvoir de police ou de tout autre droit inhérent à la souveraineté qu'il exerce sur son territoire, à l'égard des personnes, des choses et des relations juridiques [183]. En conséquence, si l'inexécution par l'Etat d'une obligation contractuelle de la catégorie qui vient d'être mentionnée résulte de l'exercice d'un droit, au moins en principe, on n'est nullement justifié à suivre — pour déterminer la responsabilité internationale de l'Etat — un système différent de celui que l'on applique au cas d'expropriation de biens corporels.

134. Dans cet ordre d'idées, la conception traditionnelle ne semble pas du tout logique puisque c'est seulement en reconnaissant que l'Etat exerce un droit quand il n'exécute pas une obligation contractuelle le liant à un particulier que l'on peut soutenir que la simple inexécution n'engendre pas, directement ou immédiatement, sa responsabilité internationale. L'illogisme vient, par conséquent, de ce que l'on a admis, implicitement au moins, cette « faculté de ne pas exécuter » tout en considérant les actes ou omissions générateurs de responsabilité dans des cas de ce genre comme des faits purement et simplement « illicites », dont l'illicéité vient précisément de ce qu'ils sont contraires au droit international. Pour surmonter cet illogisme et qualifier l'inexécution qui se produit dans des conditions ou circonstances propres à engendrer la responsabilité internationale de l'Etat, on ne peut qu'employer le mot « arbitraire » [184]. En réalité, comme dans le cas des autres actes d'expropriation, la responsabilité ne peut être engagée — s'il y a inexécution d'obligations contractuelles soumises au droit interne — que si la mesure, l'acte ou l'omission imputable à l'Etat est « arbitraire ». Quand on a admis que l'inexécution est intrinsèquement un fait licite, l'inobservation par l'Etat des conditions juridiques (internationales) auxquelles est subordonné l'exercice de ce droit ne peut transformer le manquement au contrat en un fait « illicite ». Pour reprendre encore une fois l'analogie avec l'expropriation, l'inobservation par l'Etat de l'une de ces conditions, même celles qui concernent l'indemnisation, ne convertit pas non plus l'inexécution en un fait « illicite » proprement dit. La responsabilité existe et elle est imputable, mais elle a un autre fondement et des conséquences juridiques très différentes.

135. Sur ces deux points, la notion de l'inexécution « arbitraire » que nous venons d'exposer est d'une importance évidente. Nous reviendrons sur les conséquences

[183] Voir, sur ce point, s.-sect. 13 et n. 68 à 71.

[184] Il est certain que, dans la pratique diplomatique et judiciaire comme dans la doctrine, on emploie ce mot assez couramment pour qualifier l'inexécution des obligations contractuelles de l'Etat, mais on l'applique alors à des actes ou omissions de caractère « illicite ».

juridiques à la fin du chapitre. Pour le moment, nous nous bornerons à étudier l'essentiel, c'est-à-dire les conditions et les circonstances dans lesquelles le manquement doit intervenir pour que la responsabilité internationale naisse et soit imputable à l'Etat. Bien entendu, le problème se pose, en gros, dans les mêmes termes que lorsqu'il s'agit de l'expropriation « arbitraire » de biens ou, plus généralement, de l'une des autres formes sous lesquelles se manifeste le droit de l'Etat de « porter atteinte » aux droits patrimoniaux des particuliers.

136. Dans l'avant-projet que nous avons présenté à la Commission dans nos deux rapports, nous avons indiqué trois catégories d'actes ou d'omissions contraires au droit international. Il s'agit: *a*) d'actes ne se justifiant pas par des raisons d'utilité publique ou de nécessité économique de l'Etat; *b*) d'actes constituant des mesures discriminatoires entre les nationaux et les étrangers au détriment de ces derniers; *c*) d'actes impliquant un « déni de justice » au sens de l'article 4 de l'avant-projet [185]. Ces normes qui fixent les éléments constitutifs (généraux) de l'inexécution « arbitraire » et qui traduisent la pratique généralement acceptée comme étant le droit en la matière, doivent être complétées par les normes relatives à l' « indemnité » pour répondre à la distinction que nous avons faite entre l'inexécution « arbitraire » et l'inexécution « illicite ». Il importe d'étudier d'abord les précédents jurisprudentiels que nous n'avons pas examinés dans nos *rapports* antérieurs, dans la mesure où ils concernent les éléments constitutifs (généraux ou spéciaux) de l'inexécution « arbitraire ».

31. — Eléments constitutifs (généraux) de l'inexécution arbitraire

137. Pas plus que les trois qui vont suivre, la présente rubrique ne prétend être exhaustive. Son objet est simplement de préciser quels ont été les éléments constitutifs que la jurisprudence internationale a retenus lorsqu'elle a imputé à des Etats la responsabilité de l'inexécution d'obligations contractuelles qu'ils avaient assumées à l'égard d'étrangers. L'exposé n'ayant qu'un caractère d'illustration, nous nous efforcerons de faire ressortir les causes et les circonstances dont a découlé la responsabilité de l'Etat dans les divers cas ou groupes de cas. Etant donné qu'une classification plus rigoureuse des contrats aurait l'inconvénient d'être très difficile à formuler et ne nous serait d'ailleurs d'aucune utilité, nous nous bornerons à distinguer dans les contrats ceux qui sont conclus *ultra vires*, ceux qui sont conclus avec des subdivisions politiques et ceux qui concernent les dettes publiques. Bien évidemment, cette classification n'exclut pas que certaines des conditions et circonstances génératrices de responsabilité se retrouvent ou puissent se retrouver dans toutes les relations contractuelles entre Etats et étrangers. C'est ce qui se passe, en particulier, dans les hypothèses que nous allons étudier [186].

138. Dans la grande majorité des cas dont ont eu à connaître les instances judiciaires internationales, le caractère « arbitraire » de l'inexécution paraît lié à la notion de « déni de justice », entendue assez largement pour comprendre les actes ou omissions de l'exécutif et du législatif. Certaines décisions ont qualifié l'inexécution du contrat « d'injustice grave » *(gross injustice)* commise à l'égard de l'étranger [177]. Les autres se bornent en général à déclarer la réclamation recevable ou irrecevable, selon que l'on a prouvé ou non un déni de justice de la part des organes de l'Etat [188]. Parfois, on a fait découler la responsabilité internationale de l'Etat de ce que son comportement traduisait des préoccupations purement politiques et constituait un acte de représailles contre l'Etat dont l'étranger contractant était ressortissant [189]. Dans un autre groupe de cas, la responsabilité de l'Etat a été fondée sur la notion d' « enrichissement sans cause », l'Etat ayant retiré un avantage économique ou financier de l'inexécution de ses obligations contractuelles envers un étranger [190].

32. — Contrats conclus *ultra vires* et contrats conclus avec des subdivisions politiques

139. Une question se pose à propos des contrats de ce genre: il s'agit de savoir si la responsabilité internationale de l'Etat est engagée pour inexécution ou répudiation du contrat lorsque le fonctionnaire avec qui l'étranger a contracté n'avait pas compétence pour le faire. En d'autres termes, l'Etat peut-il dégager sa responsabilité en alléguant que ces contrats ont été conclus *ultra vires?* Comme on l'a indiqué récemment, la jurisprudence internationale reconnaît plus libéralement l'existence de la responsabilité, spécialement dans les cas où il y a « compétence apparente » *(apparent authority)* de la part du fonctionnaire en cause [191]. Les sentences arbitrales rendues au XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ montrent nettement la tendance alors dominante à ne pas considérer la responsabilité de l'Etat comme engagée par la répudiation des contrats en question. Ces décisions avaient apparemment le fondement suivant: « Il faut qu'un individu ait sans conteste le droit de contracter au nom de son gouvernement pour que ledit gouvernement puisse endosser la responsabilité. Il ne suffit pas ... de démontrer que la personne avec qui le contrat a été signé est une de celles qui... sont chargées de ravitailler la garnison, il faut encore prouver qu'elle avait la capacité voulue pour conclure un contrat à cet effet au nom du gouvernement [192]. »

---

[185] Voir art. 7 dans A/CN.4/III, append. Conformément au dernier paragraphe de cet article, sont exclus les cas où le contrat ou la concession contient la clause Calvo. Selon d'autres dispositions de l'avant-projet (art. 13), l'Etat n'est pas responsable non plus si les mesures qu'il a prises sont dues à la force majeure ou se justifient par l'existence d'une autre cause exclusive de responsabilité.

[186] Voir sur ce point le commentaire sur l'art. 8 du projet de Harvard, *op. cit.*, p. 169 à 173, et Eagleton, *op. cit.*, p. 160 et suiv.

[187] Voir les affaires Pond et Treadwell, dans Moore, *Digest and History of Arbitrations*, etc. (1915), vol. IV, p. 3467 et 3468.

[188] Voir par exemple l'affaire de la Salvador Commercial Co., dans *Foreign Relations of the United States* (1902), p. 844 et 845.

[189] Voir l'affaire de la Compagnie générale de l'Orénoque, dans J. H. Ralston, *Report on the French-Venezuelan Mixed Claims Commission of 1902* (1906), p. 360 à 367.

[190] Voir sur ce point les espèces citées au chap. I^er^, s.-sect. 3 et à la n. 193 ci-dessous.

[191] Sur l'évolution de la jurisprudence en la matière, voir l'étude remarquable récemment publiée par Th. Meron, « Repudiation of *Ultra Vires* State Contracts and the International Responsability of States », *International and Comparative Law Quarterly* (1957), vol. 6, p. 273 à 289.

[192] Voir l'affaire Smith, dans Moore, *op. cit.*, vol. 4, p. 3456. Voir également l'affaire Beales, Nobles and Garrison, *ibid.*, p. 3548, et l'affaire dite Tinoco, ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 387, 397 à 399.

140. Les décisions qui ont admis la responsabilité internationale de l'Etat ne reposent pas toujours sur les mêmes considérations. Certaines sont fondées sur la notion d' « enrichissement sans cause » — l'inexécution injustifiée d'une obligation quasi contractuelle étant imputable à l'Etat [193]. Selon d'autres, la responsabilité internationale découle du fait que l'Etat a, par des actes postérieurs à la signature du contrat, « ratifié » et donc validé ledit contrat. Diverses décisions [194] énoncent expressément cette idée que les organes de l'Etat peuvent, par un ou plusieurs actes, valider un contrat nul *ab initio*, en vertu du droit interne. Dans ces cas, et plus particulièrement dans d'autres, le tribunal ou la commission d'arbitrage a souligné la « compétence apparente » du fonctionnaire contractant, faisant découler la responsabilité internationale de l'Etat du fait que l'Etat avait répudié le contrat de façon arbitraire et injustifiée [195].

141. Dans nos rapports précédents, comme dans l'avant-projet que nous avons présenté à la Commission, nous avons laissé délibérément de côté les questions relatives à la responsabilité internationale de l'Etat à raison d'actes ou omissions des organes ou fonctionnaires de ses subdivisions politiques. La raison donnée pour justifier cette omission — le développement marqué de la personnalité internationale de certaines entités — explique aussi que nous nous abstenions d'étudier la jurisprudence internationale concernant les contrats passés entre des étrangers et les subdivisions politiques d'un Etat (voir en particulier dans le deuxième rapport les commentaires au chapitre II). En effet, ces contrats ne posent pas seulement la question de savoir quelle serait la responsabilité qu'il faudrait imputer à l'Etat en cas d'inexécution du contrat par la subdivision politique contractante. Ils posent aussi dans certains cas la question de savoir si l'Etat doit être tenu responsable d'actes ou d'omissions qui constituent des « ingérences » dans l'exécution ou l'inexécution du contrat. Sur ce plan et par analogie entre les relations contractuelles de cette nature et les relations contractuelles de caractère purement privé (entre étrangers et nationaux de l'Etat défendeur), une autre question se pose: celle de la responsabilité internationale de l'Etat pour actes ou omissions ayant les conséquences qui viennent d'être énoncées.

33. — Dettes publiques

142. Nous avons indiqué, dans notre deuxième rapport (chap. IV, sect. 13), la position généralement adoptée par les codifications et la doctrine, en ce qui concerne la responsabilité internationale de l'Etat lorsqu'il répudie ou prétend annuler ses dettes publiques ou lorsqu'il décide la suspension ou la modification, totale ou partielle, du service de la dette; cette position fait ressortir les différences qui existent entre les relations de cette nature et les autres relations contractuelles et conduit à déterminer la responsabilité de l'Etat dans des cas de ce genre selon des principes moins rigides. Cette position, tout comme les raisonnements et les considérations sur lesquels elle se fonde, coïncide dans l'ensemble avec l'orientation suivie en la matière par la jurisprudence internation ale.Nous ne citerons, à titre d'exemple, que quelques-unes des espèces les plus connues.

143. Dans un cas, l'arbitre a déclaré explicitement qu'une personne qui a acquis un intérêt dans la dette publique d'un Etat étranger est dans la même situation, pour réclamer et obtenir le paiement de son dû, que celle qui a souffert un dommage à la suite d'une injustice ou d'une violence directes [196]. On a soutenu, dans une autre affaire, que: « C'est un principe de droit international que la dette interne d'un Etat, qualifiée de publique ... ne peut jamais faire l'objet d'une réclamation tendant au paiement immédiat et effectif ... » [197]. Tout comme cela s'est produit dans la jurisprudence relative aux autres relations contractuelles, on a parfois admis que le défaut de paiement engageait la responsabilité internationale de l'Etat — il s'agit alors de cas où l'acte ou l'omission imputable était manifestement et totalement arbitraire ou injustifié. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'on a soutenu, à l'encontre de l'opinion la plus répandue, que: « Fondamentalement ... il n'y a pas de différence de principe entre les dommages *(wrongs)* causés par l'inexécution d'une convention monétaire et les autres dommages qui engagent immédiatement la responsabilité de l'Etat ». [198]

34. — Nature juridique de l « indemnité »

144. Comme nous l'avons fait observer plus haut (s.-sect. 30), l'inexécution par l'Etat de ses obligations contractuelles à l'égard des étrangers, lorsqu'elle se produit dans des conditions et des circonstances contraires au droit international, est assimilée par la doctrine traditionnelle aux actes ou omissions qui font naître, par leur caractère « illicite », la responsabilité internationale. Cette notion de l'inexécution « illicite » est liée logiquement à celle de « réparation », c'est-à-dire au devoir de l'Etat de verser, à titre d'indemnité, des dommages-intérêts à l'étranger si la restitution en nature est impossible ou ne suffit pas à réparer le dommage de façon adéquate — pour ne rien dire de la « satisfaction » qui constitue parfois aussi une mesure de réparation. A cet égard, la jurisprudence des tribunaux et des commissions d'arbitrage compte de nombreux précédents qui mettent en relief le caractère et la portée de l' « indemnité » que le responsable a dû payer pour n'avoir pas honoré ses obligations contractuelles [199]. La sentence rendue dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa en est une excellente illustration. Bien qu'il s'agît d'un cas typique d'expropriation de biens corporels, le tribunal, après avoir fait une distinction nette entre les deux manières de calculer

[193] Voir, par exemple, l'affaire Parker, *ibid.*, vol. IV, p. 35, et l'affaire, plus récente, de la General Finance Corporation (1942), *United States Department of State Publication 2859*, p. 541 à 548.

[194] Voir notamment l'affaire H. J. Randolph Hemming, ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 53, et l'affaire Jalapa R. R. and Power Co., *United States Department of State Publication 2859*, p. 542 et 543.

[195] Voir dans ce sens l'affaire Trumbull, dans Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 3569 et 3570, et l'affaire Aibolard, dans la *Revue de droit international privé et de droit pénal international* (1905), vol. I, p. 893.

[196] Voir Colombian Bond Cases, dans Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 3612.

[197] Voir l'affaire Ballistini, Ralston's Report (1904), p. 503.

[198] Voir l'affaire Aspinwall, dans Moore, *op. cit.*, vol. IV, p. 3649.

[199] Voir M.M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington [D.C.], United States Government Printing office, 1943), vol. III, p. 1577 à 1579.

l'indemnité, a déclaré: « ... l'Etat, auteur d'une telle dépossession, est tenu à la réparation intégrale *(to make full reparation)* du préjudice par lui causé [200].

145. Nous avons vu cependant que lorsque l'inexécution d'obligations contractuelles se produit dans des conditions et des circonstances contraires au droit international — de même que l'expropriation de biens corporels et pour les mêmes raisons — elle ne peut consister qu'en des actes ou omissions « arbitraires ». En conséquence, par suite d'une analogie qui s'impose avec l'institution fondamentale (l'expropriation), tout ce que l'on peut exiger c'est une « indemnité » du genre de celle dont nous avons parlé à la section III du chapitre précédent, c'est-à-dire une simple indemnisation au titre des intérêts de l'étranger auxquels l'inexécution a « porté atteinte ». Ainsi donc, en dehors de l'hypothèse où l'inexécution implique une expropriation de biens corporels, inexécution à laquelle s'appliqueraient les normes que nous avons étudiées au chapitre II, on peut se demander comment cette réparation ou indemnisation sera déterminée. S'agissant de relations juridiques relevant du droit interne, il faudra nécessairement s'en tenir aux dispositions de ce droit. Si l'ordre juridique interne ne prévoit aucune indemnisation ou prévoit une indemnisation inférieure à celle qui est accordée dans la plupart des pays, on devra présumer que l'étranger ne l'ignorait pas et que c'est sur cette base qu'il a volontairement contracté avec l'Etat. Il ne pourrait pas, par conséquent, alléguer son ignorance et prétendre être indemnisé par l'Etat selon des normes étrangères au droit interne et différentes de celles-ci. Il en irait différemment si l'on se trouvait en présence de mesures rétroactives — l'étranger aurait alors droit à une réparation conforme aux normes en vigueur au moment de la signature du contrat. Il serait difficile de formuler d'autres normes valables pour tous les cas où il peut y avoir inexécution d'obligations contractuelles car les ciconstances dans lesquelles cette inexécution peut se produire sont extrêmement variées. La seule autre norme qu'il convienne de retenir, car elle est étroitement liée au principe du respect des droits acquis et joue un rôle important dans la pratique, est celle qui prescrit l'obligation de verser une indemnité lorsque l'Etat s'enrichit directement du fait de l'inexécution. Les vastes pouvoirs de l'Etat en la matière ne peuvent lui permettre de s'enrichir au détriment des particuliers qui ont contracté avec lui et se sont acquittés de leurs prestations.

146. Au reste, si le contrat ou la concession est soumis non au droit interne mais à des systèmes et principes juridiques de caractère international, la situation est différente puisque l'inexécution est alors « illicite ». Mais il va sans dire que cette situation ne résulte pas toujours des mêmes circonstances; celles-ci peuvent beaucoup varier. Il suffit de dire que l'inexécution dans ce cas entraîne en principe « réparation ».

[200] *Ibid.*, p. 1698. Cependant, aux termes du mandat qu'il avait reçu, le tribunal devait fixer, comme il le jugerait le plus juste, « le montant de la compensation (*indemnity*) due par le Portugal ... par suite de la rescision de la concession ... et de la prise de possession de ce chemin de fer ...». Voir Moore, *Digest and History of International Arbitrations* (1898), vol. II, p. 1875.

DROIT DES TRAITÉS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/120

Quatrième rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial

[Texte original en anglais et en français]
[17 mars 1959]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 40

I. — Texte des articles

CHAPITRE II. — EFFETS DES TRAITÉS

Première partie. — Effets des traités à l'égard des parties (Application, exécution et garanties d'exécution)

Article premier. — Portée de la première partie 42

Division A. — Application et exécution des traités 43

Section 1. — Caractère, étendue et limites de l'obligation conventionnelle 43

Article 2. — Principes fondamentaux régissant l'obligation conventionnelle ... 43

Sous-section i. — Nature et étendue de l'obligation conventionnelle 43

Article 3. — Caractère obligatoire des traités: *ex consensu advenit vinculum* ... 43

Article 4. — Caractère obligatoire des traités: *pacta sunt servanda* 43

Article 5. — Caractère obligatoire des traités: rapport entre les obligations et les droits 43

Article 6. — Caractère obligatoire des traités: principe de l'unité et de la continuité de l'Etat 43

Article 7. — Caractère obligatoire des traités: principe de la primauté du droit international sur le droit interne 44

Article 8. — Caractère obligatoire des traités: cas du conflit entre obligations conventionnelles 44

Sous-section ii. — Limites de l'obligation conventionnelle (circonstances qui justifient la non-exécution) 44

Rubrique *a.* — Principes généraux et classification 44

Article 9. — Définition générale de la non-exécution justifiée par application de la règle de droit 44

Article 10. — Portée de la présente sous-section 44

Article 11. — Classification 44

Article 12. — De certaines considérations générales applicables dans tous les cas où est invoqué un droit de non-exécution par application de la règle de droit 45

Rubrique *b.* — Non-exécution justifiée *ab extra* par l'application d'une règle générale de droit international 45

Article 13. — Acceptation de la non-exécution par l'autre partie ou les autres parties 45

Article 14. — Impossibilité d'exécution 45

Article 15. — Légitime défense militaire 45

Article 16. — Troubles civils 46

Article 17. — De certaines autres situations exceptionnelles 46

Article 17*bis*. — Non-exécution préalable par une autre partie 46

Article 18. — Non-exécution à titre de représailles légitimes 46

Rubrique *c.* — Non-exécution justifiée *ab intra* par une condition implicitement contenue dans le traité du fait du droit international 47

Article 19. — Portée de la présente rubrique 47

Article 20. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de réciprocité ou de non-cessation d'exécution par l'autre partie ou les autres parties 47

Pages

Article 21. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de maintien de la compatibilité avec le droit international 47
Article 22. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de statut inchangé des parties 47
Article 23. — Conditions implicites dans certaines catégories de traités 48
Section 2. — Questions particulières soulevées par l'application des traités 48
Sous-section i. — Application temporelle et application territoriale des traités 48
Rubrique *a.* — Application temporelle 48
Article 24. — Commencement et durée de l'obligation conventionnelle 48
Rubrique *b.* — Application territoriale 48
Article 25. — Principes généraux 48
Article 26. — Application au territoire métropolitain 49
Article 27. — Application aux territoires dépendants 49
Article 28. — Détermination du statut de territoire métropolitain et de territoire dépendant 49
Sous-section ii. — Effet du traité sur le plan interne 49
Rubrique *a.* — Effet des traités à l'égard des institutions de l'Etat 49
Article 29. — Intérêt des aspects internes de l'application des traités 49
Article 30. — Devoirs des Etats du point de vue de leurs lois et de leur constitution 49
Article 31. — Situation et devoirs des divers organes de l'Etat 50
Rubrique *b.* — Effets des traités à l'égard des personnes physiques et des personnes morales à l'intérieur de l'Etat 50
Article 32. — Traités imposant des obligations à des personnes physiques ou à des personnes morales 50
Article 33. — Traités bénéficiant à des personnes physiques ou à des personnes morales 50
Sous-section iii. — Questions diverses soulevées par l'application des traités 50

Division B. — Conséquences de la violation du traité et modalités d'utilisation des voies de droit 50
Section 1. — Conséquences de la violation du traité 50
Article 34. — Principes fondamentaux 50
Article 35. — Moyens de se libérer de la responsabilité découlant de la violation d'un traité 51
Article 36. — Conséquences de la violation de traités qui bénéficient à des particuliers 51
Section 2. — Modalités d'utilisation des voies de droit en cas de violation du traité ... 51
Sous-section i. — Exposé général des moyens d'action disponibles 51
Article 37. — Voies de droit ouvertes aux parties 51
Sous-section ii. — Considérations spéciales de procédure concernant certaines voies de droit 51
Article 38. — Cas *c* de l'article 37 51
Article 39. — Cas *e* et *f* de l'article 37 51

II. — Commentaire relatif aux articles

Chapitre II. — Effets des traités

Première partie. — Effets des traités à l'égard des parties (Application, exécution et garanties d'exécution)

Article premier. — Portée de la première partie 52

Division A. — Application et exécution des traités 53
Section 1. — Caractère, étendue et limites de l'obligation conventionnelle 53
Article 2. — Principes fondamentaux régissant l'obligation conventionnelle ... 53
Sous-section i. — Nature et étendue de l'obligation conventionnelle 54
Article 3. — Caractère obligatoire des traités: *ex consensu advenit vinculum* ... 54
Article 4. — Caractère obligatoire des traités: *pacta sunt servanda* 54
Article 5. — Caractère obligatoire des traités: rapport entre les obligations et les droits 55

Pages

Article 6. — Caractère obligatoire des traités: principe de l'unité et de la continuité de l'Etat 55
Article 7. — Caractère obligatoire des traités: principe de la primauté du droit international sur le droit interne 59
Article 8. — Caractère obligatoire des traités: cas du conflit entre obligations conventionnelles 62

Sous-section ii. — Limites de l'obligation conventionnelle (circonstances qui justifient la non-exécution) 63

Rubrique *a.* — Principes généraux et classification 63
Article 9. — Définition générale de la non-exécution justifiée par application de la règle de droit 63
Article 10. — Portée de la présente sous-section 63
Article 11. — Classification 64
Article 12. — De certaines considérations générales applicables dans tous les cas où est invoqué un droit de non-exécution par application de la règle de droit 64

Rubrique *b.* — Non-exécution justifiée *ab extra* par l'application d'une règle générale de droit international 64
Article 13. — Acceptation de la non-exécution par l'autre partie ou les autres parties 64
Article 14. — Impossibilité d'exécution 65
Article 15. — Légitime défense militaire 65
Article 16. — Troubles civils 66
Article 17. — De certaines autres situations exceptionnelles 67
Article 17*bis*. — Non-exécution préalable par une autre partie 67
Article 18. — Non-exécution à titre de représailles légitimes 67

Rubrique *c.* — Non-exécution justifiée *ab intra* par une condition implicitement contenue dans le traité du fait du droit international 71
Article 19. — Portée de la présente rubrique 71
Article 20. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de réciprocité ou de non-cessation d'exécution par l'autre partie ou les autres parties 71
Article 21. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de maintien de la compatibilité avec le droit international 72
Article 22. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de statut inchangé des parties 73
Article 23. — Conditions implicites dans certaines catégories de traités..... 73

Section 2. — Questions particulières soulevées par l'application des traités 75

Sous-section i. — Application temporelle et application territoriale des traités 75

Rubrique *a.* — Application temporelle 75
Article 24. — Commencement et durée de l'obligation conventionnelle 75

Rubrique *b.* — Application territoriale 75
Article 25. — Principes généraux 75
Article 26. — Application au territoire métropolitain 76
Article 27. — Application aux territoires dépendants 76
Article 28. — Détermination du statut de territoire métropolitain et de territoire dépendant 77

Sous-section ii. — Effet du traité sur le plan interne 77

Rubrique *a.* — Effet des traités à l'égard des institutions de l'Etat 77
Article 29. — Intérêt des aspects internes de l'application des traités 77
Article 30. — Devoirs des Etats du point de vue de leurs lois et de leur constitution 77
Article 31. — Situation et devoirs des divers organes de l'Etat 79

Rubrique *b.* — Effets des traités à l'égard des personnes physiques et des personnes morales à l'intérieur de l'Etat 79
Article 32. — Traités imposant des obligations à des personnes physiques ou à des personnes morales 79
Article 33. — Traités bénéficiant à des personnes physiques ou à des personnes morales 80

Sous-section iii. — Questions diverses soulevées par l'application des traités 81

Pages

Division B. — Conséquences de la violation du traité et modalités d'utilisation des voies de droit 81

Section 1. — Conséquences de la violation du traité 81
Article 34. — Principes fondamentaux 81
Article 35. — Moyens de se libérer de la responsabilité découlant de la violation d'un traité 81
Article 36. — Conséquences de la violation de traités qui bénéficient à des particuliers 82

Section 2. — Modalités d'utilisation des voies de droit en cas de violation du traité ... 82

Sous-section i. — Exposé général des moyens d'action disponibles 82
Article 37. — Voies de droit ouvertes aux parties 82

Sous-section ii. — Considérations spéciales de procédure concernant certaines voies de droit 82
Article 38. — Cas *c* de l'article 37 82
Article 39. — Cas *d*, *e* et *f* de l'article 37 82

INTRODUCTION

1. Dans nos trois premiers rapports [1], nous avons étudié la conclusion et l'extinction des traités (validité formelle et temporelle) ainsi que la question de leur validité substantielle; il se peut que nous soyons amenés à suggérer des modifications à certains des articles proposés et à certaines des idées exprimées dans ces rapports, mais ces articles constituent d'ores et déjà un premier chapitre — consacré à la question générale de la validité — d'un code du droit des traités. Il nous appartient maintenant d'étudier le reste du sujet. Après avoir examiné comment un traité prend naissance, quelles sont ses conditions de validité et comment il prend fin, il nous faut examiner quels sont ses effets pendant qu'il existe.

2. Il s'agit là, de toute évidence, d'une question qui dépend essentiellement des termes mêmes du traité et qui, sous ce rapport, est particulière à chaque traité pris individuellement — ou tout au plus à chaque catégorie de traités. On ne peut dès lors formuler à cet égard d'autres règles que les règles d'interprétation des traités — et celles-ci ne visent pas tant à déterminer ce que sont en fait les effets des traités qu'à permettre de décider en quelque sorte comment on peut déterminer l'effet de tel ou tel traité ou de telle ou telle clause de traité, ou encore d'une catégorie de traités ou de clauses. En bref, les règles d'interprétation concernent plutôt la forme que le fond du droit. De plus, elles sont nécessaires non seulement pour déterminer les effets d'un traité donné mais aussi pour résoudre diverses questions touchant à sa conclusion et à son entrée en vigueur, à sa validité substantielle et à son extinction. En d'autres termes, les règles d'interprétation des traités intéressent l'ensemble du sujet et non pas seulement la partie concernant les effets proprement dits des traités. C'est pourquoi, bien que « interprétation » et « effets » soient souvent associés — à preuve des formules comme « Interprétation et application des traités » — nous estimons que ce sont deux notions distinctes et qu'il convient de les étudier séparément. La question de l'interprétation fera donc l'objet d'un chapitre distinct du code, chapitre dont les dispositions devront, dans la mesure nécessaire, correspondre à toutes les autres parties du code et pouvoir servir à leur application.

3. Mais si la question de l'interprétation doit être dissociée de celle des effets, et si en outre les effets d'un traité donné dépendent essentiellement des termes mêmes de ce traité — et partant ne peuvent être déterminés à priori — que reste-t-il qui puisse servir de matière à un chapitre sur les « effets des traités »? Ce qui reste, et ce qui fera l'objet de ce chapitre, ce seront de toute évidence toutes les règles qui remplissent simultanément les deux conditions suivantes, savoir:

a) Dépendre non de l'interprétation de tel ou tel traité, mais de règles objectives du droit international général extérieures à ce traité — règles applicables *aux* traités mais qui ne découlent pas *des* traités;

b) Etre applicables d'une façon générale, et indifféremment, soit à *tous* les traités quel que soit leur contenu soit, dans certains cas, uniquement à certaines *catégories* bien définies de traités — mais, ici encore, quel que soit le contenu du traité dans sa catégorie.

Rempliront ces conditions, tout d'abord, un important ensemble de règles générales régissant la nature juridique de l'obligation découlant du traité, ou obligation conventionnelle, sa portée (c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles l'obligation doit nécessairement être exécutée à peine de mise en cause de la responsabilité pour non-exécution, et les conflits ou les vices qui ne font pas disparaître cette obligation) et enfin ses limites (c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles la non-exécution sera justifiée et ne mettra pas en cause la responsabilité). Viendront ensuite les règles régissant des questions d'application plus particulière (tout en étant encore communes à tous les traités ou à la plupart d'entre eux), telles que les questions d'application territoriale, d'application à l'égard des divers organes ou institutions de l'Etat sur le plan interne, et d'application à l'égard des personnes physiques ou des personnes morales à l'intérieur de

[1] A/CN.4/101, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international* 1956, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente: 1956.V.3.Vol.II), p. 106; A/CN.4/107, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1957*, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente: 1957.V.5.Vol.II), p. 17; A/CN.4/115, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1958*, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente: 58.V.1.Vol.II), p. 20.

l'Etat. Enfin, il y aura la question des conséquences de la violation d'une obligation conventionnelle, et des voies de droit ouvertes aux parties en cas de violation (parfois appelées, de façon assez inexacte, « garanties d'exécution »). On pourrait faire valoir que cette dernière question n'appartient pas vraiment au domaine des « effets » du traité. Mais on verra qu'elle y est liée de façon si intime qu'elle en est en fait indissociable.

4. Les questions que nous venons de mentionner concernent principalement l'application du traité à l'égard des parties elles-mêmes. Elles sont examinées dans le présent rapport et constituent la première partie d'un chapitre consacré aux « effets des traités ». Mais il y a aussi la question des effets des traités à l'égard des « Etats tiers », non parties au traité considéré. Cette question constituera la deuxième partie du chapitre et fera l'objet d'un rapport ultérieur.

5. Le sujet dont traite le présent rapport a mis le rapporteur en face d'un certain nombre de difficultés. L'une d'elles (et elle vient sans doute précisément de ce que les effets d'un traité dépendent essentiellement de ses termes mêmes, plutôt que des règles générales du droit) est que la plupart des auteurs lui consacrent très peu de développements; rares sont ceux qui s'efforcent de l'étudier systématiquement — plus rares encore ceux qui cherchent à le faire de façon complète. Rousseau [2] se montre systématique et plus complet que la plupart des auteurs. L'ouvrage de la Harvard Law School relatif aux traités [3] examine de façon assez exhaustive les aspects positifs du caractère de l'obligation conventionnelle, mais ne va guère plus loin. L'ouvrage d'Arnold McNair, intitulé *Law of Treaties* [4], fondé sur les opinions des légistes de la Couronne britannique, apporte des lumières sur un grand nombre de points de détail. Certains des codes privés (Field, Fiore, Bluntschli, Bustamante, et autres [5]) contiennent un certain nombre de dispositions sur la question. Mais beaucoup d'auteurs y touchent à peine, ou seulement à propos de l'interprétation des traités. C'est pourquoi nous avons dû faire assez souvent appel à notre propre expérience et à nos propres idées pour combler des lacunes ou traiter de certains points obscurs.

6. Vient ensuite une autre difficulté: bien que nous nous soyons efforcé de rédiger un rapport aussi complet que possible, un examen plus approfondi de la question ferait sans doute apparaître un très grand nombre de points qui, sans toucher en aucune façon à la question des effets de « tous » les traités, pourraient intéresser un nombre suffisamment élevé (ou des catégories suffisamment importantes) de traités pour mériter de trouver place dans ce rapport. Mais vouloir approfondir dès maintenant obligerait non seulement à entreprendre une étude systématique d'un grand nombre de traités individuels, mais encore, selon toute vraisemblance, à demander aux gouvernements des renseignements sur la pratique qu'ils suivent au sujet de ces traités ou catégories de traités. Nous n'avons pas encore été en mesure d'entreprendre une telle étude; qui plus est, bien que nous fassions allusion à la question dans le corps du rapport [6], nous ne sommes pas du tout certain que, pour les besoins immédiats de ce rapport, il soit nécessaire de le faire. Mieux vaut commencer par poser les principes généraux. Si plus tard il semble souhaitable et possible de le faire, il sera toujours temps d'ajouter une ou plusieurs sections consacrées aux questions de détail soulevées par l'application de certains traités ou de certaines catégories de traités.

7. Viennent ensuite les difficultés habituelles de classification, de plan et de double emploi. Ces difficultés sont, pour ainsi dire, d'ordre à la fois « interne » et « externe ». Du point de vue « interne », certaines parties du présent texte auraient pu être classées ou disposées différemment, et elles tendent à faire double emploi avec d'autres. Ainsi, toute la question des conséquences de la violation d'un traité est étroitement liée à celle des cas où la non-exécution du traité pourrait être justifiée. De même, les aspects de détail de la question de l'effet d'un traité sur le plan interne, à l'égard des organes et institutions de l'Etat, ne sont en réalité qu'un élément, qu'une conséquence, de principes généraux concernant le caractère juridique de l'obligation conventionnelle, tels que le principe de la primauté du droit international sur le droit interne en ce qui concerne l'exécution par un Etat de ses obligations internationales. Mais, là encore, on peut se demander sous quelle rubrique il y a lieu de classer le principe de réciprocité dans l'application des traités. Toutes ces questions sont examinées plus en détail dans le corps du rapport [7]. Dans l'ensemble, nous avons, pour la classification et le plan, suivi dans le présent rapport le système de Rousseau, sans d'ailleurs être sûr d'avoir tiré le meilleur parti possible de ce système. Peut-être pourra-t-on proposer des améliorations ultérieurement, avant que la Commission n'aborde cette partie du sujet.

8. Du point de vue « externe » certains doubles emplois avec les rapports précédents sont inévitables. En matière de droit des traités, il faut toujours s'attendre à trouver que telles parties théoriquement distinctes ont en fait des liens ou des rapports marqués avec telles autres. Certains des principes généraux étudiés dans le présent rapport ont déjà été évoqués à propos de questions traitées dans les rapports précédents. De même, certains des motifs qui autorisent la non-exécution d'une obligation conventionnelle donnée sont identiques à ceux qui causent ou qui justifient l'*extinction* d'un traité. Mais, pour des raisons expliquées en détail dans le corps du rapport [8], les deux sujets sont tout à fait distincts, ne serait-ce que parce que l'extinction (étudiée dans notre deuxième rapport) met entièrement fin au traité, alors que dans le cas de la non-exécution (étudiée dans le présent rapport) il n'en est généralement pas ainsi: bien que la chose puisse paraître paradoxale, la non-exécution n'est pas seulement justifiée, elle représente en fait une sorte de « transition » vers une reprise de l'exécution dès que les facteurs causant et justifiant cette non-exécution auront disparu. Peut-être pourra-t-on, en fin de compte, unir certains éléments qui sont

[2] Charles Rousseau, dans *Principes généraux du droit international public*, Paris, éd. A. Pédone, 1944, vol. I. p. 355 à 451.

[3] Harvard Law School, *Research in International Law*, III: *Law of Treaties* dans le suppl. à l'*American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, Washington (D.C.), The American Society of International Law, édit. p. 707 à 710.

[4] Oxford, Clarendon Press, 1938.

[5] On trouvera le texte de certains de ces codes dans les annexes au volume mentionné de la Harvard Law School.

[6] Voir art. 23 et par. 113 et 162 du commentaire.

[7] Voir par. 172, 142 et 101 du commentaire.

[8] Voir par. 55 à 57 et 67 du commentaire.

à présent traités dans des rapports différents, mais il est encore trop tôt pour y songer.

9. Enfin, il y a les difficultés inhérentes à l'ensemble du sujet, et dont nous avons déjà eu l'occasion de parler dans les introductions aux rapports précédents — par exemple la difficulté de trouver des formules ou des principes qui soient vraiment applicables à tous les traités, et la nécessité d'établir, à certaines fins, une distinction entre telle catégorie et telle autre. De même, des formules générales telles que « violation du traité » reviennent constamment; mais les violations ou infractions ne sont pas toutes du même ordre. Les infractions peuvent revêtir des formes diverses, par exemple: *a*) le manquement d'une partie à une obligation positive à laquelle elle est personnellement tenue; *b*) — et il s'agit ici d'une subdivision, d'une variante de l'infraction *a* — le fait pour une partie de ne pas accorder ou de refuser à l'autre un traitement auquel cette autre partie a droit de par le traité; *c*) le fait de ne pas accorder ou de refuser à l'autre partie la possibilité d'accomplir un acte, ou d'exercer un droit ou un privilège, que cette autre partie est autorisée à accomplir ou à exercer de par le traité; *d*) le fait pour une partie de prendre une mesure *interdite* par le traité. Il importe d'établir une distinction entre ces différents cas, du moins du point de vue des conséquences d'une violation d'un traité, et il se peut, d'ailleurs, qu'un examen approfondi révèle que cette distinction s'impose aussi à d'autres égards.

10. En conclusion, nous signalerons que nous avons suivi les précédents de nos rapports antérieurs à trois points de vue: premièrement, en rédigeant les articles non pas dans les termes précis et assez stricts qui conviennent à une convention internationale, appelée à être signée et ratifiée par des Etats, mais plutôt dans le style plus courant et moins formaliste qui — jusqu'à un certain point, bien entendu — est de mise, voire souhaitable, peut-être, dans un code; deuxièmement, en rendant les articles aussi complets que possible sans en surcharger le texte, de façon que ces articles s'expliquent plus ou moins d'eux-mêmes et puissent se passer de commentaire, encore qu'un commentaire y soit ajouté en fait; troisièmement, en évitant d'éluder ou de sous-estimer — en nous efforçant au contraire de mettre en relief — les difficultés du sujet, que l'on a souvent tendance à masquer ou même à passer complètement sous silence.

11. Pour ce qui est du dernier de ces points, nous estimons que c'est seulement si elle se rend pleinement compte des difficultés de la matière que la Commission pourra finalement parvenir à établir un texte satisfaisant, probablement plus simple et bien meilleur. C'est pourquoi nous avons, comme dans les rapports précédents, jugé qu'il était de notre devoir de rapporteur de chercher à attirer l'attention sur tous les facteurs et aspects pertinents du sujet.

I. — TEXTE DES ARTICLES

Chapitre II. — Effets des traités

[1. Le présent rapport marque le début d'un chapitre II d'un projet de code des traités, consacré aux effets des traités. Nos trois rapports précédents (parus en 1956, 1957 et 1958) constituaient un chapitre premier consacré à la validité (formelle, temporelle et substantielle — ou conclusion, extinction et validité substantielle — des traités).

2. Sous réserve de modifications ultérieures, le présent chapitre — chapitre II — qui sera suivi d'un chapitre III consacré à l'interprétation des traités, comprendra deux parties principales:

Première partie. — Effets des traités à l'égard des parties (application, exécution et garanties d'exécution); c'est la partie dont traite le présent rapport.

Deuxième partie. — Effets des traités à l'égard des Etats tiers; cette partie fera l'objet de notre prochain rapport (1960).]

Première partie. — Effets des traités à l'égard des parties (application, exécution et garanties d'exécution) [9]

Article premier. — Portée de la première partie

1. L'effet d'un traité à l'égard des parties dépend essentiellement de la substance et des termes du traité, correctement interprétés et déterminés d'après les principes d'interprétation énoncés au chapitre III du présent code (lequel fera l'objet d'un rapport ultérieur). En conséquence, le présent chapitre vise uniquement à énoncer ceux des principes et règles de caractère général relatifs aux effets des traités qui sont applicables à tous les traités sans distinction, quel que soit leur contenu.

2. Sauf dans le cas des principes fondamentaux du droit conventionnel énoncés à l'article 2 ci-dessous et

[9] La présente première partie compte deux grandes divisions:

A. Application et exécution des traités;

B. Conséquences de la violation du traité et moyens d'y remédier (garanties d'exécution).

Ces divisions se subdivisent à leur tour comme suit:

Division A:
- Section 1. — Caractère, étendue et limites de l'obligation conventionnelle.
  - Sous-section i. — Nature et étendue de l'obligation conventionnelle;
  - Sous-section ii. — Limites de l'obligation conventionnelle (circonstances qui justifient la non-exécution).
    - Rubrique *a*. — Principes généraux et classification;
    - Rubrique *b*. — Non-exécution justifiée *ab extra* par l'application d'une règle générale de droit international;
    - Rubrique *c*. — Non-exécution justifiée *ab intra* par une condition implicitement contenue dans le traité du fait du droit international.
- Section 2. — Questions particulières soulevées par l'application des traités.
  - Sous-section i. — Application temporelle et application territoriale des traités.
    - Rubrique *a*. — Application temporelle;
    - Rubrique *b*. — Application territoriale.
  - Sous-section ii. — Effets du traité sur le plan interne.
    - Rubrique *a*. — Effets des traités à l'égard des institutions de l'Etat;
    - Rubrique *b*. — Effets des traités à l'égard des personnes physiques et des persones morales à l'intérieur de l'Etat.

Division B:
- Section 1. — Conséquences de la violation du traité.
- Section 2. — Modalités d'utilisation des voies de droit en cas de violation du traité.
  - Sous-section i. — Exposé général des moyens d'action disponibles;
  - Sous-section ii. — Considérations spéciales de procédure concernant certaines voies de droit.

développés dans certains articles subséquents, l'application de toute disposition de la présente partie du présent chapitre peut être écartée ou modifiée par une clause expresse du traité.

DIVISION A. — APPLICATION ET EXÉCUTION DES TRAITÉS

SECTION 1. CARACTÈRE, ÉTENDUE ET LIMITES DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE

Article 2. — Principes fondamentaux régissant l'obligation conventionnelle

1. D'une façon générale, et sous réserve des dispositions de détail de la présente partie du présent chapitre, les effets des traités (autres que ceux qui découlent du contenu même du traité) dépendent de l'application des principes suivants du droit international général, dont il convient de tirer les conséquences appropriées:

a) Le principe du consentement *(ex consensu advenit vinculum)*;

b) Le principe *pacta sunt servanda*;

c) Le principe de l'unité et de la continuité de l'Etat;

d) Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne;

e) Le principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt.*

SOUS-SECTION 1. — NATURE ET ÉTENDUE DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE

Article 3. — Caractère obligatoire des traités : ex consensu advenit vinculum

1. Le fondement immédiat de l'obligation conventionnelle est le consentement des parties; c'est en effet un principe préexistant du droit international que le consentement définitif et valide crée une obligation juridiquement exécutoire.

2. Les droits conventionnels se fondent également sur le consentement donné à la jouissance de ces droits, et sur l'engagement de les accorder.

Article 4. — Caractère obligatoire des traités : pacta sunt servanda

1. Un traité étant un instrument qui contient des engagements obligatoires et crée des droits acquis, les parties sont juridiquement tenues de l'exécuter.

2. Un traité doit être exécuté de bonne foi, et de manière à produire des effets raisonnables et équitables eu égard à une interprétation correcte de ses termes.

3. L'application des dispositions qui précèdent à un traité donné suppose que ce traité possède la validité nécessaire conformément au chapitre premier du présent code — c'est-à-dire qu'il a été régulièrement conclu et qu'il est régulièrement entré en vigueur conformément aux dispositions de la première partie dudit chapitre; qu'il possède la validité substantielle conformément à la deuxième partie; enfin, qu'il est encore en vigueur et n'a pas valablement pris fin conformément à la troisième partie. Dans le cas de traités multilatéraux, ces conditions doivent être réunies en ce qui concerne non seulement le traité lui-même, mais aussi la participation de la partie dont les droits ou obligations sont en cause.

4. Il découle des dispositions ci-dessus du présent article que l'existence de circonstances rentrant dans l'une ou l'autre des deux catégories ci-après ne peut par elle-même justifier la non-exécution de l'obligation conventionnelle:

a) Le fait que les parties sont en litige ou en désaccord, que leurs relations sont tendues ou que les relations diplomatiques ont été rompues;

b) Le fait que l'exécution de l'obligation conventionnelle est devenue difficile ou onéreuse pour la partie intéressée ou que, de l'avis de cette partie, l'obligation est devenue inéquitable ou préjudiciable à ses intérêts.

Article 5. — Caractère obligatoire des traités : rapport entre les obligations et les droits

1. D'une façon générale, mais plus particulièrement dans le cas des traités multilatéraux:

a) Toute partie à un traité est tenue envers l'autre partie ou les autres parties de l'exécuter, que cette autre partie ou ces autres parties retirent ou non un avantage direct de cette exécution; inversement, toute partie à un traité a, en contrepartie de sa propre obligation, le droit d'exiger de toute autre partie qu'elle exécute les obligations que le traité met à sa charge, et ce, que la première partie en retire ou non un avantage direct;

b) Chaque partie est tenue de s'abstenir de tout acte (mesure d'application du traité, acte concernant le traité ou autre acte ou comportement) visant à compromettre la force du traité dans son ensemble, à affaiblir l'obligation conventionnelle ou à porter atteinte à la jouissance — par l'autre partie ou les autres parties en tant que telles ou par toute personne physique ou morale — des droits ou avantages découlant du traité.

Article 6. — Caractère obligatoire des traités : principe de l'unité et de la continuité de l'Etat

1. Les droits et obligations énoncés dans le traité s'attachent aux parties en tant qu'Etats, quelles que soient les formes et modalités de conclusion du traité considéré. Le gouvernement ou l'administration de l'Etat, quel que soit le caractère de leur origine et qu'ils aient accédé au pouvoir avant ou après la conclusion du traité, exécutent le traité et revendiquent les droits et avantages qui en découlent en tant qu'agents de l'Etat; leurs obligations et leurs droits s'établissent en conséquence.

2. En conséquence, l'obligation conventionnelle, une fois assumée par l'Etat ou pour son compte, n'est affectée dans sa validité internationale ou sa force exécutoire par aucune des circonstances suivantes:

a) Le fait qu'il y a eu un changement de gouvernement ou de régime dans l'un quelconque des Etats parties au traité;

b) Le fait qu'un organe de l'Etat (exécutif, administratif, législatif ou judiciaire) est responsable d'une violation quelconque du traité;

c) Le fait qu'il y a eu diminution des avoirs de l'Etat ou qu'il s'est produit des modifications territoriales affectant les limites spatiales de l'Etat par suite de pertes ou de cessions de territoires (mais n'affectant ni l'existence de cet Etat ni sa qualité d'Etat), à moins que le traité lui-même ne vise expressément les avoirs ou les territoires en question.

Dans tous ces cas, l'obligation conventionnelle conserve sa validité internationale, et l'Etat qui ne l'exécute pas engage sa responsabilité.

Article 7. — Caractère obligatoire des traités : principe de la primauté du droit international sur le droit interne

1. En cas de conflit, les obligations découlant d'un traité ont la primauté et prévalent internationalement sur les dispositions du droit interne ou de la constitution de toute partie à ce traité.

2. En conséquence, l'obligation conventionnelle, une fois assumée, n'est pas affectée dans sa validité internationale ni dans sa force exécutoire par l'existence d'incompatibilités entre elle-même et les dispositions du droit interne ou de la constitution de la partie en cause, que celles-ci aient été promulguées avant ou après l'entrée en vigueur du traité; elle n'est pas affectée non plus par les imperfections, lacunes, caractéristiques ou particularités du droit, de la constitution ou de l'organisation gouvernementale de ladite partie qui seraient de nature à compromettre l'exécution de l'obligation sur le plan interne. Dans tous ces cas, l'obligation conserve sa validité internationale, et l'Etat qui ne l'exécute pas engage sa responsabilité.

3. Les dispositions ci-dessus du présent article sont applicables lorsqu'une disposition quelconque de la loi interne ou de la constitution a pour effet d'exclure ou d'empêcher l'exécution de l'obligation conventionnelle ou de justifier sa non-exécution sur le plan interne — et ce quel que soit le sujet particulier de cette disposition, qu'elle soit ou non censée se rapporter spécifiquement au traité ou à la matière du traité, ou qu'elle soit ou non réputée avoir un objet ou un but différent de celui du traité.

Article 8. — Caractère obligatoire des traités : cas du conflit entre obligations conventionnelles

1. Sauf disposition contraire du paragraphe 3 ci-dessous, un conflit entre deux traités, l'un et l'autre valablement conclus, ne peut en principe être résolu que sur la base suivante: les deux traités sont égaux quant à leur force et à leurs effets, en ce sens que les parties assument des responsabilités internationales en vertu de l'un comme de l'autre. En pareil cas, la question de savoir lequel des deux traités doit en fait être exécuté — et lequel, du fait qu'il ne peut l'être ou qu'il ne l'est pas, donne naissance à une obligation de verser des dommages-intérêts ou de fournir une autre réparation appropriée à raison du manquement — est régie par les dispositions des articles 18 et 19 de la deuxième partie du chapitre premier du présent code.

2. En conséquence, le simple fait qu'une obligation conventionnelle est incompatible avec les obligations découlant d'un autre traité n'est pas en soi un motif valable de non-exécution.

3. Les dispositions ci-dessus du présent article ne s'appliquent pas:

a) Lorsqu'une obligation découlant d'un traité est rendue caduque, annulée ou remplacée par une obligation découlant d'un traité conclu ultérieurement entre les mêmes parties;

b) Dans les rapports entre des Etats parties aux deux traités et qui ont manifesté l'intention, dans leurs rapports entre eux, de rendre caduque, d'annuler ou de remplacer la première obligation;

c) Lorsque, par application de l'article 18 de la deuxième partie du chapitre premier du présent code, l'un des traités ou l'une des obligations conventionnelles en question sont annulés du fait d'un conflit avec l'autre;

d) Par application de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies:

i) Dans les rapports entre Etats Membres des Nations Unies, en ce qui concerne toute obligation conventionnelle en conflit avec les obligations découlant de la Charte;

ii) Dans les rapports entre un Etat Membre et un Etat non membre en ce qui concerne l'exécution de toute obligation en conflit avec les obligations découlant de la Charte, mais non en ce qui concerne la responsabilité internationale pour la non-exécution qui en résulte.

SOUS-SECTION ii. — LIMITES DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE (CIRCONSTANCES QUI JUSTIFIENT LA NON-EXÉCUTION)

RUBRIQUE *a*. — PRINCIPES GÉNÉRAUX ET CLASSIFICATION

Article 9. — Définition générale de la non-exécution justifiée par application de la règle de droit

1. Dans certains cas spéciaux, l'application de droit international confère un droit de non-exécution qui, normalement, ne découlerait pas des termes, exprès ou implicites, du traité lui-même.

2. En pareils cas, le droit international s'applique nécessairement en marge des termes du traité ou de tout accord spécial conclu entre les parties touchant la non-exécution, en ce sens qu'il prévoit des motifs de non-exécution qui peuvent jouer même s'ils ne sont pas expressément envisagés dans le traité ou dans l'accord des parties.

Article 10. — Portée de la présente sous-section

1. La présente sous-section a trait aux circonstances qui justifient la non-exécution *ad hoc* soit de l'ensemble, soit d'une clause donnée du traité — ce dernier étant, et demeurant, pleinement en vigueur. La question distincte, quoique connexe, des circonstances qui causent ou justifient l'extinction ou la suspension indéfinie de tout ou partie du traité est étudiée dans la troisième partie du chapitre premier du présent code.

2. Il s'ensuit que, sauf dans les cas où la nature des circonstances exige qu'il s'ensuive autrement (ce qui pourra se produire, par exemple, en application des articles 21, 23 et 24), la présente sous-section vise les cas dans lesquels l'exécution peut et doit reprendre dès que les circonstances justifiant la non-exécution disparaissent.

Article 11. — Classification

1. La non-exécution ne peut résulter que du traité lui-même ou de l'application de la règle de droit. Les seuls cas dans lesquels elle est justifiée sont donc les suivants:

a) Si elle survient dans des circonstances expressément envisagées et précisées dans le traité ou que les termes du traité sous-entendent nécessairement;

b) Si les circonstances sont telles qu'elles donnent naissance à l'une des situations prévues aux articles 13 à 23 ci-dessous.

2. Il s'ensuit que, sauf dans les cas où la non-exécution est envisagée par une clause expresse ou tacite du traité, elle ne peut se justifier que par l'application de la règle de droit, c'est-à-dire:

a) Soit *ab extra*, par l'application d'une règle générale de droit international autorisant la non-exécution en certaines circonstances;

b) Soit *ab intra*, par l'application d'une condition qui, sans être nécessairement indiquée dans le traité, est réputée, en vertu du droit international, implicite soit dans tous les traités soit dans la catégorie particulière à laquelle appartient le traité considéré.

Article 12. — De certaines considérations générales applicables dans tous les cas où est invoqué un droit de non-exécution par application de la règle de droit

1. Lorsque les dispositions d'un traité excluent expressément tout motif de non-exécution, ces dispositions doivent l'emporter, quand bien même la non-exécution à raison de ces motifs serait normalement justifiée par application de la règle de droit. Il en est de même lorsqu'une obligation conventionnelle est expressément assumée comme suite (et pour s'appliquer) à un état de choses qui pourrait normalement créer un droit de non-exécution.

2. Dans les cas où l'application du droit international donne à une partie la faculté de non-exécution, ladite partie doit user de cette faculté dans un délai raisonnable après le moment où elle prétend que celle-ci a pris naissance. Sinon, l'autre partie ou les autres parties peuvent réclamer l'exécution intégrale du traité, à condition de l'exécuter dûment elles-mêmes.

3. Si l'événement, le fait ou la circonstance qui donne naissance au motif de non-exécution par application de la règle de droit est directement ou partiellement imputable à un acte ou à une omission de la partie qui invoque ce motif (à moins que cet acte ou cette omission soit à la fois nécessaire et licite), ladite partie ou bien sera irrecevable à invoquer le motif en question, ou bien (si l'événement, le fait ou la circonstance exclut nécessairement toute possibilité d'exécution) sera responsable de tout dommage ou préjudice éventuel et sera tenue de le réparer.

4. La non-exécution d'une obligation conventionnelle par application de la règle de droit est, *mutatis mutandis*, soumise aux considérations et aux règles qui sont énoncées à l'article 16, paragraphe 5, de la troisième partie du chapitre premier du présent code, à propos de l'extinction ou de la suspension d'un traité par application de la règle de droit.

RUBRIQUE *b*. — NON-EXÉCUTION JUSTIFIÉE *ab extra* PAR L'APPLICATION D'UNE RÈGLE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL

Article 13. — Acceptation de la non-exécution par l'autre partie ou les autres parties

1. La non-exécution totale ou partielle d'une obligation conventionnelle ne constitue pas, ou cesse de constituer, une violation du traité dès lors que, soit par accord exprès, soit tacitement (par exemple en cas d'acquiescement ou d'absence d'objection), cette non-exécution est acceptée par l'autre partie au traité ou, dans le cas d'un traité multilatéral, par toutes les autres parties (si, dans cette dernière hypothèse, l'obligation n'existe qu'au bénéfice d'une ou de quelques-unes des parties seulement, l'acceptation par cette dernière ou ces dernières suffira).

2. L'acceptation, même tacite, doit être claire et sans équivoque et doit permettre de conclure, ou amener à conclure, que la non-exécution a été effectivement acceptée. Le simple fait qu'une partie s'abstient de demander réparation pour non-exécution, de se prévaloir des moyens d'action prévus par le traité ou autrement, ou de prendre des contre-mesures, ne vaut pas en soi acceptation de la non-exécution ni acquiescement.

Article 14. — Impossibilité d'exécution

1. L'impossibilité temporaire ou *ad hoc* d'exécution [10] justifie la non-exécution d'une obligation conventionnelle si la situation rend l'exécution littéralement et réellement impossible, en ce sens qu'elle crée un obstacle ou une entrave insurmontable équivalant à un empêchement dû à la force majeure, et n'est pas simplement de nature à rendre l'exécution difficile, onéreuse ou vexatoire.

2. L'exécution du traité doit reprendre dès que l'obstacle se trouve écarté ou dès que l'exécution redevient autrement possible.

3. Une situation nouvelle qui ne va pas jusqu'à rendre l'exécution impossible ne suffit pas à justifier la non-exécution. Le principe *rebus sic stantibus* qui peut, dans les circonstances et aux conditions indiquées aux articles 21 à 23 de la troisième partie du chapitre premier du présent code, justifier la suspension et même l'extinction d'un traité, ne joue pas dans le cas d'une non-exécution limitée d'une obligation conventionnelle.

Article 15. — Légitime défense militaire

1. Les exigences de la légitime défense militaire [11] justifient la non-exécution d'une obligation conventionnelle lorsque la situation requiert cette légitime défense, à condition:

a) Que, sous réserve du paragraphe 3 ci-après, des opérations navales, militaires ou aériennes soient effectivement en cours ou soient envisagées pour un avenir immédiat;

b) Qu'il s'agisse d'un cas de légitime défense conforme aux principes admis du droit international et à toute obligation conventionnelle applicable;

c) Que la non-exécution soit indispensable vu les circonstances, c'est-à-dire que l'exécution soit incompatible avec les nécessités de la légitime défense ou soit de

[10] Voir art. 10. L'impossibilité temporaire ou *ad hoc* est nécessairement la seule dont il puisse s'agir ici, puisqu'une impossibilité permanente constituerait un motif d'extinction absolue, ou du moins de suspension indéfinie du traité ou de l'obligation conventionnelle, et non pas seulement un motif de non-exécution limitée. L'impossibilité qui entraîne l'extinction ou la suspension indéfinie est traitée à l'art. 17 de la 3e partie du chap. 1er du présent code.

[11] Le cas envisagé ici se distingue de celui de l'extinction ou de la suspension indéfinie de traités ou de parties de traités du fait d'une guerre ou d'hostilités équivalant à une guerre (voir plus loin par. 70 du commentaire).

nature à compromettre gravement les opérations de défense;

d) Que la non-exécution soit circonscrite dans toute la mesure du possible et soit limitée à ce qu'exigent strictement les besoins immédiats de la légitime défense.

2. Sauf dans les cas où la guerre ou les autres hostilités justifient l'extinction ou la suspension permanente d'un traité ou d'une obligation conventionnelle, l'exécution de ce traité ou de cette obligation, ou de toute partie qui n'a pas été exécutée, doit reprendre dès que les besoins de la légitime défense ont été satisfaits ou n'exigent plus la non-exécution, ou encore dès que les circonstances qui ont donné naissance à ces besoins ont cessé d'exister.

3. Une menace de guerre ou d'autres hostilités, ou la menace d'événements qui appellent l'exercice du droit de légitime défense, ne justifie la non-exécution d'une obligation conventionnelle que dans les cas où l'exécution contribuerait directement, par elle-même, à susciter ces événements ou à faire que la menace se concrétise.

Article 16. — Troubles civils

Les dispositions de l'article 15 s'appliquent, *mutatis mutandis*, au cas d'émeutes et autres troubles civils, ainsi qu'au cas de guerre civile.

Article 17. — De certaines autres situations exceptionnelles

1. Dans les mêmes conditions, *mutatis mutandis*, que celles qui sont indiquées plus haut aux alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'article 15, la non-exécution d'un traité ou d'une partie d'un traité est justifiée si elle est rendue absolument nécessaire par une catastrophe naturelle majeure, par exemple un ouragan, une inondation, un tremblement de terre, une éruption volcanique, une épidémie ou une maladie des végétaux frappant la totalité ou la quasi-totalité d'un pays.

2. Pour justifier la non-exécution en pareil cas, les circonstances doivent être telles que l'exécution aggraverait la situation exceptionnelle, serait incompatible avec les mesures nécessaires pour y mettre fin ou rendrait ces mesures inefficaces ou indûment difficiles à prendre.

3. Sauf dans les cas où la situation exceptionnelle fait qu'il est absolument impossible de poursuivre l'exécution et entraîne de ce fait l'extinction de l'obligation dans son ensemble, l'exécution doit reprendre dès que la situation exceptionnelle a pris fin ou que les conditions se prêtent à une reprise.

4. En l'absence de conditions exceptionnelles dont la nature affecte clairement l'exécution de l'obligation conventionnelle de la manière indiquée aux paragraphes 1 et 2, la présence de circonstances qui rendent l'exécution difficile ou onéreuse n'est pas un motif valable de non-exécution.

Article 17 bis. *— Non-exécution préalable par une autre partie*

[Voir plus loin art. 20. Nous pourrions faire figurer ici un article sur ce sujet, mais il nous a semblé préférable, pour les raisons données au paragraphe 102 du commentaire, de le faire figurer sous la rubrique *c*.]

Article 18. — Non-exécution à titre de représailles légitimes

1. Dans les cas où la non-observation réciproque, équivalente et correspondante d'une obligation conventionnelle, en réponse à une non-observation préalable de la part d'une autre partie au traité (voir plus loin art. 20) ne fournirait pas une réparation adéquate ou serait irréalisable, la non-observation d'une autre obligation découlant du même traité ou, selon les circonstances, d'une obligation découlant d'un traité différent peut, sous réserve des paragraphes 3 et 4 ci-dessous, être justifiée à titre de représailles légitimes.

2. Le principe des représailles peut également être invoqué, sous réserve des paragraphes 3 et 4 ci-dessous, pour justifier la non-observation d'une obligation conventionnelle en réponse à une violation, par une autre partie au traité, d'une règle générale de droit international.

3. Quelles que soient les circonstances, il ne peut être recouru aux représailles que dans les cas suivants:

a) Si, comme il est dit au paragraphe 1 du présent article, la question ne peut être réglée par l'application de la règle de réciprocité prévue plus loin à l'article 20;

b) Si la violation du traité ou la mesure illicite qui provoque les représailles a été dûment établie ou est manifeste;

c) Si des négociations ou des échanges de vues préalables entre les parties n'ont pas mené à une solution ou à un règlement, ou si des demandes de négociation, de reprise de l'exécution ou de cessation de la violation du traité ont été rejetées ou sont restées sans réponse;

d) Si, dans les cas où la contre-mesure ne consiste pas uniquement en une non-observation correspondante de la même obligation, il peut être établi que, dans les circonstances, cette contre-mesure est nécessaire pour aboutir à une réparation adéquate ou éviter un nouveau préjudice;

e) A condition qu'il ne s'agisse pas d'un traité multilatéral de type « intégral » tel que le définissent l'article 19, point *b*, de la deuxième partie du chapitre premier du présent code et l'article 19, alinéa IV, du paragraphe 1 de la troisième partie, dans quel cas la force de l'obligation est autonome, absolue et intrinsèque pour chaque partie et ne dépend nullement d'une exécution correspondante par les autres parties [12];

f) A condition qu'aient d'abord été suivies les procédures appropriées visées plus loin à l'article 39.

4. Les mesures de représailles adoptées doivent être appropriées aux circonstances qui leur donnent naissance; elles doivent en outre être proportionnées, dans leurs effets, au préjudice causé par la non-observation préalable de l'obligation conventionnelle ou de l'obligation de droit international par l'autre Etat en cause, et limitées à ce qui est nécessaire pour compenser cette non-observation. Elles doivent être exécutées conformément aux principes généraux de droit international qui régissent la réparation par voie de représailles.

5. La non-observation à titre de représailles légitimes doit cesser dès que cessent les circonstances qui l'ont

[12] On peut citer, comme exemples de traités de ce genre, les traités de caractère social ou humanitaire qui sont conclus essentiellement au profit des individus.

motivée, c'est-à-dire dès que l'autre partie ou les autres parties en cause reprennent l'exécution de leurs propres obligations.

RUBRIQUE *c.* — NON-EXÉCUTION JUSTIFIÉE *ab intra* PAR UNE CONDITION IMPLICITEMENT CONTENUE DANS LE TRAITÉ DU FAIT DU DROIT INTERNATIONAL

Article 19. — Portée de la présente rubrique

1. Lorsque le droit de ne pas exécuter une obligation conventionnelle dans certaines circonstances données découle implicitement — ou est réputé découler implicitement — de l'un des termes du traité, l'existence et l'étendue de ce droit dépendent de l'interprétation correcte du traité lui-même, et cette interprétation est régie par les règles générales d'interprétation des traités contenues dans le troisième chapitre du présent code (lequel fera l'objet d'un rapport ultérieur). La présente rubrique vise uniquement les conditions qui sont implicitement contenues dans le traité ou qui s'attachent au traité par application de la règle de droit.

2. En d'autres termes, les cas dont traite la présente rubrique impliquent que le traité dont il s'agit crée à priori une obligation déterminée, si bien que la question qui se pose est de savoir si l'on peut déduire implicitement du droit international une condition permettant de ne pas exécuter cette obligation dans certaines circonstances. Puisque la question même de savoir si la non-exécution est justifiée suppose l'existence d'une présomption d'obligation conventionnelle, ou d'une obligation conventionnelle apparente, les conditions expressément ou implicitement contenues dans les dispositions du traité lui-même concernent l'existence et l'étendue de l'obligation, et non pas la justification d'une non-exécution.

3. Toute condition de ce genre découlant implicitement de la règle de droit peut être implicite dans tous les traités ou seulement dans certaines catégories de traités.

Article 20. — Conditions implicites dans tous les traités : condition de réciprocité ou de non-cessation d'exécution par l'autre partie ou les autres parties

1. En application du principe de la réciprocité, et sauf pour la catégorie de traités mentionnée à l'alinéa *e* du paragraphe 3 de l'article 18, la non-exécution d'une obligation conventionnelle par une partie au traité justifie, tant qu'elle dure, une non-exécution équivalente et correspondante par l'autre partie ou les autres parties.

2. Dans le cas de traités multilatéraux, toutefois, cette non-exécution n'est justifiée qu'à l'égard de la partie qui ne respecte pas le traité.

3. Lorsqu'un traité dispose qu'une mesure donnée doit être prise par les parties agissant conjointement ou de commun accord, le fait que l'une des parties s'abstient ou refuse de prendre cette mesure, ou de prêter son concours pour la prendre, ne donne pas nécessairement à l'autre partie ou aux autres parties le droit d'agir seules. La question dépend de l'interprétation du traité considéré. Toutefois, le fait qu'une partie renonce à exercer son droit qui doit être exercé conjointement, ou s'abstient de le faire, ne porte pas atteinte au droit de l'autre partie ou des autres parties.

Article 21. — Conditions implicites dans tous les traités: condition de maintien de la compatibilité avec le droit international

1. Une obligation conventionnelle qui, au moment de la conclusion du traité, est incompatible avec une règle ou une interdiction du droit international général *(jus cogens)* manque de validité substantielle *ab initio*, avec les conséquences qu'attachent à ce fait les articles 21 et 22 de la deuxième partie du chapitre premier du présent code. En conséquence, les cas envisagés dans le présent article sont ceux où l'incompatibilité avec une règle ou une interdiction du droit international survient après coup.

2. Une obligation conventionnelle dont l'observation est incompatible avec une nouvelle règle ou interdiction du droit international *(jus cogens)* justifie (et exige même) la non-exécution de cette obligation conventionnelle sous réserve, *mutatis mutandis*, des conditions énoncées au point vi de l'article 17 de la troisième partie du chapitre premier du présent code en ce qui concerne l'extinction ou la suspension indéfinie du traité.

3. Le même principe vaut lorsque, postérieurement à la conclusion du traité, des circonstances surviennent qui font jouer une règle existante du droit international laquelle ne s'appliquait pas à la situation telle qu'elle existait au moment de la conclusion du traité.

4. Il n'y a pas de motif de non-exécution lorsque les circonstances n'entraînent pas une incompatibilité avec une règle ou une interdiction du *jus cogens* et qu'il ne s'agit pour les parties que de déroger (dans leurs rapports entre elles) à une règle du *jus dispositivum*, ou de la modifier.

Article 22. — Conditions implicites dans tous les traités : condition de statut inchangé des parties

1. Dans les cas où l'une ou l'autre des parties à un traité bilatéral n'a pas la capacité de conclure des traités, le traité manque de validité substantielle *ab initio*. Il en est de même, dans le cas des traités multilatéraux, de la validité de la participation au traité de toute entité à qui cette capacité fait défaut. Ces cas sont traités à l'article 8 de la deuxième partie du chapitre premier du présent code. Le présent article vise donc uniquement le cas où le statut de parties qui possédaient à l'origine la capacité de conclure des traités est modifié après coup.

2. Le cas de modification du statut international avec changement ou perte totale d'identité de la partie en cause, et menant (sous réserve des règles applicables à la succession d'Etats) à l'extinction du traité dans son ensemble, est régi par les dispositions du point i de l'article 17 de la troisième partie du chapitre premier du présent code.

3. Sous réserve des règles applicables à la succession d'Etats, une modification survenant après coup dans le statut international mais n'entraînant pas perte totale ou changement de personnalité justifie la non-exécution d'une obligation conventionnelle dans les cas où, du fait de cette modification, l'exécution cesse de dépendre de la seule volonté de la partie considérée. En pareilles circonstances, toutefois, il se peut que naisse pour une autre entité internationale l'obligation d'exécuter l'obligation conventionnelle ou de veiller à son exécution.

Article 23. — Conditions implicites dans certaines catégories de traités

1. Certaines catégories de traités ou d'obligations conventionnelles doivent être considérées comme étant automatiquement soumises à certains termes ou certaines conditions implicites justifiant la non-exécution dans des circonstances données (et ce, quelle que soit la rédaction utilisée), à moins que cette rédaction n'exclue expressément — ou implicitement, mais nécessairement — ces termes ou conditions.

2. Les catégories, termes et conditions dont il s'agit dépendent de l'état du droit international et de l'évolution de la pratique et de la procédure en matière de traités, et ne peuvent donc être énumérés de façon limitative. Voici quelques exemples [13]:

a) Les traités comportant des engagements ressortissant au droit international privé s'entendent sous la condition implicite ou l'exception de l'ordre public, c'est-à-dire que les parties ne sont pas tenues d'exécuter le traité si, ce faisant, elles devaient aller à l'encontre des notions juridiques d'ordre public telles que les appliquent leurs tribunaux. Sauf clause expresse à cet effet, cette condition ne doit pas être considérée comme figurant dans les traités ou clauses conventionnelles qui n'appartiennent pas à cette catégorie.

b) Les clauses d'établissement des accords commerciaux s'entendent normalement sous réserve de la condition implicite suivante: les autorités locales conservent le droit de refuser l'admission de tel ou tel individu, soit pour des raisons qui tiennent à la personne de ce dernier, soit en application d'une politique générale d'immigration ou d'emploi suivie pour tous les étrangers sans distinction; elles se réservent de même le droit d'expulser ou de refouler des individus.

c) Les clauses de traités commerciaux relatives à l'admission ou à l'importation de marchandises et de cargaisons s'entendent normalement sous réserve d'une condition implicite permettant aux autorités locales d'interdire complètement, ou de réglementer de façon spéciale, l'importation ou l'exportation de certaines catégories d'articles pour des raisons d'ordre public, de santé ou de quarantaine (armes, lingots d'or, stupéfiants, œuvres d'art, plantes vecteurs de parasites, etc.) ou de prendre de telles mesures à titre exceptionnel lorsque les circonstances locales l'exigent (par exemple, d'interdire l'importation de bétail en provenance d'une région infectée).

d) L'application des traités de garantie est soumise à la condition implicite que l'Etat en faveur de qui joue la garantie se comportera comme il se doit. En conséquence, il n'y aura pas obligation d'agir conformément à la garantie si l'Etat au bénéfice duquel la garantie a été instituée est lui-même responsable du fait qui fait jouer la garantie, ou bien a refusé, ou s'est abstenu, de prendre des mesures licites et possibles qui auraient évité d'avoir à recourir à la garantie ou auraient rendu les mesures de garantie sensiblement moins onéreuses.

[13] On pourrait citer de nombreuses catégories de traités, par exemple les conventions relatives aux transports aériens, les conventions maritimes, les conventions du travail, les traités d'extradition, etc. Une étude approfondie de la question (qu'il nous semble inutile d'entreprendre pour le moment) obligerait à examiner en détail un grand nombre de traités et conventions appartenant à chacune des différentes catégories et à se renseigner auprès des gouvernements sur la pratique qu'ils suivent pour l'application de ces traités. Une étude de ce genre devra sans doute se fonder sur des renseignements fournis ou rassemblés par le Secrétariat.

Section 2. — Questions particulières soulevées par l'application des traités

Sous-section 1. — Application temporelle et application territoriale des traités

Rubrique *a*. — Application temporelle

Article 24. — Commencement et durée de l'obligation conventionnelle

1. Sous réserve des articles 41 et 42 de la première partie du chapitre premier du présent code, et à moins que le traité lui-même n'en dispose autrement, les parties sont liées par le traité — et tenues de l'exécuter — dès son entrée en vigueur. Il en est de même pour la faculté de revendiquer les droits découlant du traité.

2. Dans le cas des traités multilatéraux, le moment à prendre en considération est celui où le traité entre en vigueur à l'égard de la partie dont les droits et obligations sont en cause (voir art. 41, par. 4, de la 1re partie du chapitre 1er du présent code).

3. Sous réserve des articles 27 à 31 de la troisième partie du chapitre premier du présent code, les droits et obligations découlant d'un traité existent tant qu'il n'est pas valablement mis fin au traité conformément aux dispositions de ladite partie.

4. A moins qu'un traité ne le dispose expressément, ou que cette conséquence ne découle nécessairement de ses termes, le traité ne peut créer des droits ou obligations rétroactifs, et il existe une présomption de non-rétroactivité.

Rubrique *b*. — Application territoriale

Article 25. — Principes généraux

1. Les dispositions de la présente sous-section ne s'appliquent pas aux catégories de traités ou de clauses conventionnelles qui ne soulèvent normalement aucune question d'application territoriale, comme les traités d'alliance, de garantie, de défense collective, de paix et d'amitié, de reconnaissance, d'établissement de relations diplomatiques, etc.

2. Dans les cas où la question de l'application territoriale se pose, elle est régie au premier chef par les termes du traité lui-même ou de tous instruments connexes l'accompagnant, ou encore, si le traité l'autorise, par les termes de toute déclaration faite par une partie au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion.

3. Dans tous les autres cas, et à moins que l'application du traité ne soit expressément, de par les termes du traité — ou nécessairement, de par sa nature — limitée à telle ou telle partie du territoire, ou de certains territoires donnés, de l'une ou de plusieurs des parties contractantes, l'application territoriale du traité est régie par les dispositions des articles suivants de la présente rubrique.

Article 26. — Application au territoire métropolitain

1. A moins qu'il n'en dispose autrement, le traité s'applique automatiquement à l'ensemble du territoire métropolitain (ou à tous les territoires faisant partie du territoire métropolitain) de chacune des parties contractantes.

2. Sous réserve du paragraphe 3 ci-dessous, le « territoire métropolitain » s'entend de tous les territoires d'une partie contractante qui sont administrés directement par le gouvernement central en vertu de la loi constitutionnelle fondamentale de l'Etat, de telle manière que ce gouvernement n'est soumis, ni sur le plan interne ni sur le plan international, à aucune autorité autre ou supérieure.

3. Les Etats particuliers, provinces ou parties d'une union fédérale ou d'une fédération, quelque autonomie locale qu'ils puissent posséder en vertu de la constitution de l'union ou de la fédération, sont considérés comme partie du territoire métropolitain aux fins des traités et aux autres fins internationales.

Article 27. — Application aux territoires dépendants

1. L'expression « territoires dépendants » vise tous les territoires d'un Etat qui ne sont pas territoires métropolitains au sens du paragraphe 2 de l'article précédent.

2. Sous réserve du paragraphe 3 ci-dessous, un traité s'étend automatiquement à tous les territoires dépendants des parties contractantes à moins qu'il ne contienne une disposition contraire ou une clause permettant d'étendre ou d'appliquer séparément le traité à ces territoires.

3. Toutefois, sauf disposition contraire expresse du traité, le traité ne s'étend pas automatiquement aux territoires dépendants qui rentrent dans l'une quelconque des catégories suivantes:

a) Territoires qui, tout en étant dépendants du point de vue des relations extérieures, sont pleinement autonomes sur le plan interne;

b) Territoires qui, sans être pleinement autonomes sur le plan interne, le sont en ce qui concerne la question ou le domaine visés dans le traité;

c) Territoires qui, sans être pleinement autonomes ni d'une façon générale ni du point de vue de la question ou du domaine visés dans le traité considéré, possèdent leurs propres organes législatifs ou administratifs locaux, quasi-autonomes et responsables, et dans lesquels lesdits organes doivent, en vertu des relations constitutionnelles existant entre ces territoires et le gouvernement de la métropole, être consultés au sujet de l'application de tout traité ou bien doivent intervenir pour que le traité puisse être mis en œuvre localement, s'il devient applicable au territoire.

4. Dans les cas visés au paragraphe précédent, le fait que le gouvernement de la métropole possède et peut en dernière analyse exercer des pouvoirs supérieurs qui lui permettraient d'imposer l'application du traité au territoire en question, ne constitue pas un motif d'application automatique du traité.

Article 28. — Détermination du statut de territoire métropolitain et de territoire dépendant

1. La question de savoir si un territoire a le statut de territoire métropolitain ou de territoire dépendant est une question de droit et de fait qui dépend de l'interprétation correcte des dispositions constitutionnelles et des instruments internationaux applicables.

2. Sous réserve de toute disposition conventionnelle applicable et éventuellement de tout droit international de recours,

a) Cette détermination relève, au premier chef, du gouvernement de la métropole;

b) Le gouvernement de la métropole peut également indiquer à quoi s'applique ou à quoi ne s'applique pas telle ou telle appellation territoriale ou telle ou telle description géographique.

3. Si le gouvernement de la métropole, en déterminant ce statut ou en donnant cette indication, s'écarte de ce qui semble être l'usage géographique ou politique établi, il doit, pour que cette détermination ou cette indication soit valable aux fins d'un traité donné, la faire connaître au moment de la conclusion du traité, à moins qu'elle n'ait été notifiée ou publiée d'avance.

4. Toutefois, le paragraphe 3 du présent article ne vise pas en soi toute détermination ou indication correspondant à un changement véritable dans le statut ou dans la situation constitutionnelle du territoire en question, ou dans les relations entre ce territoire et le gouvernement de la métropole. En pareils cas, l'applicabilité du traité au territoire en question dépendra des termes du traité ainsi que des règles de succession d'Etats (ou de règles analogues).

SOUS-SECTION ii. — EFFET DU TRAITÉ SUR LE PLAN INTERNE

RUBRIQUE *a*. — EFFET DES TRAITÉS A L'ÉGARD DES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT

Article 29. — Intérêt des aspects internes de l'application des traités

L'obligation conventionnelle produit ses effets surtout dans le domaine international, puisque c'est dans ce domaine que les parties doivent l'exécuter. La question de ses effets sur le plan interne n'a d'intérêt que pour autant qu'elle touche à la capacité des parties de s'acquitter de ce devoir.

Article 30. — Devoirs des Etats du point de vue de leurs lois et de leur constitution

1. Tout Etat a le devoir de se donner des lois et une constitution telles qu'il puisse, en ce qui les concerne, exécuter tout traité auquel il devient partie, et qu'il puisse donner à toute obligation conventionnelle contractée par lui les effets internes que le traité ou l'obligation conventionnelle peuvent exiger.

2. Du point de vue international, ce but est atteint dans l'un quelconque des cas suivants: les lois internes et la constitution ne placent aucun obstacle à l'exécution de l'obligation conventionnelle; en vertu des lois internes et de la constitution, les traités dûment conclus sont automatiquement applicables et exécutoires sur le plan interne, sans qu'il y ait besoin d'aucune autre mesure interne, d'ordre législatif ou autre; les mesures législatives ou autres nécessaires ont en fait été prises; ou enfin le traité, de par sa nature, peut être exécuté sans qu'il y ait à tenir compte de la situation au regard des lois internes ou de la constitution.

3. Si toutefois une partie ne peut exécuter le traité sans prendre certaines mesures internes déterminées, d'ordre législatif, administratif ou autre, cette partie est tenue de prendre lesdites mesures.

4. De même, l'Etat qui a assumé une obligation conventionnelle est tenu de s'abstenir — aussi bien au moment de l'entrée en vigueur du traité que pendant toute la durée de sa validité — de prendre aucune mesure d'ordre législatif, administratif ou autre qui rendrait l'obligation impossible à exécuter sur le plan interne.

5. Les clauses de traité déclarant expressément que les parties s'engagent à prendre les mesures législatives et autres nécessaires à l'exécution du traité sont, du point de vue de leur effet juridique, de simples clauses déclaratoires. L'absence d'une clause à cet effet dans un traité ne relève en aucune façon les parties à ce traité de leurs obligations à cet égard, qui sont inhérentes à la nature de tout traité et aux règles générales du droit international applicables aux traités.

Article 31. — Situation et devoirs des divers organes de l'Etat

1. Du point de vue international, et que sa constitution nationale soit celle d'un Etat unitaire ou celle d'un Etat fédéral, l'Etat constitue une entité une et indivisible, et c'est à cette entité qu'incombe le devoir d'exécuter les obligations conventionnelles. La détermination du service ou organe étatique responsable sur le plan interne de l'exécution du traité ou, éventuellement, responsable en cas de non-exécution, est une question purement interne et non internationale.

2. Il s'ensuit que l'Etat, en tant qu'entité internationale, est, en ce qui concerne toute obligation conventionnelle assumée par lui, à la fois internationalement tenu de veiller à ce que cette obligation soit dûment exécutée par ses organes législatifs, judiciaires, administratifs ou autres, et internationalement responsable de tout manquement de leur part à cet égard.

3. Le fait que tel ou tel organe de l'Etat est, sur le plan interne, fondé à ne pas exécuter — voire tenu de ne pas exécuter — le traité est sans aucun effet sur la responsabilité internationale de l'Etat.

RUBRIQUE *b*. — EFFETS DES TRAITÉS A L'ÉGARD DES PERSONNES PHYSIQUES ET DES PERSONNES MORALES A L'INTÉRIEUR DE L'ÉTAT

Article 32. — Traités imposant des obligations à des personnes physiques ou à des personnes morales

Lorsqu'un traité impose des obligations, à titre individuel, à des ressortissants des Etats contractants (y compris les personnes morales), ou bien interdit ou restreint certaines activités individuelles, les Etats contractants sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer que leurs ressortissants — personnes physiques ou personnes morales — sont libres, en vertu des lois internes applicables, d'exécuter ces obligations et de se conformer à ces interdictions ou restrictions; ils doivent en outre faire en sorte, dans la mesure du nécessaire, que lesdits ressortissants soient tenus par les lois internes de le faire.

Article 33. — Traités bénéficiant à des personnes physiques ou à des personnes morales

1. Sous réserve du paragraphe 2 ci-dessous, lorsqu'un traité confère des droits, intérêts ou profits à des personnes physiques ou morales ou leur bénéficie de toute autre manière, les Etats contractants ont le devoir de ne mettre aucun obstacle à la jouissance de ces droits, intérêts, profits et avantages par les personnes physiques ou morales en question et à prendre toutes mesures nécessaires pour rendre ces droits, intérêts, profits et avantages effectifs sur le plan interne.

2. Les dispositions du paragraphe précédent ne portent pas atteinte au pouvoir discrétionnaire de renonciation, de transaction ou d'abandon qu'a tout Etat ou tout gouvernement touchant les droits, intérêts, profits et avantages conférés à ses ressortissants en vertu d'un traité auquel il est partie. Les personnes physiques et les personnes morales peuvent elles aussi, en ce qui les concerne, exercer un droit de renonciation, de transaction ou d'abandon touchant les droits, intérêts, profits ou avantages qui leur sont réservés ou qui leur reviennent, directement ou indirectement, en vertu d'un traité. Toutefois, si elles le font, leur Etat ou leur gouvernement ne perd pas le droit, en tant que partie au traité, de réclamer ou d'exiger l'exécution intégrale du traité.

SOUS-SECTION iii. — QUESTIONS DIVERSES SOULEVÉES PAR L'APPLICATION DES TRAITÉS

[Pour les raisons indiquées dans le commentaire, cette sous-section est pour le moment laissée en blanc.]

DIVISION B. — CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DU TRAITÉ ET MODALITÉS D'UTILISATION DES VOIES DE DROIT

SECTION 1. — CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DU TRAITÉ

Article 34. — Principes fondamentaux

1. La non-exécution des dispositions d'un traité constitue une violation dudit traité ou encore implique un acte illicite — c'est-à-dire une violation du droit international — à moins qu'elle ne se produise dans les circonstances, indiquées plus haut dans la division A, qui justifient la non-exécution.

2. Toute violation d'un traité, quelle que soit sa nature ou sa gravité, engage la responsabilité internationale de l'Etat qui la commet. Cet Etat doit se libérer de cette responsabilité le plus rapidement possible en employant les moyens nécessaires ou appropriés à cette fin, conformément aux dispositions de la présente section.

3. L'Etat qui a violé un traité est tenu de prendre lui-même les mesures nécessaires pour faire cesser cette violation et pour fournir toute réparation due à raison de la violation, conformément aux dispositions de la présente section.

4. Lorsqu'une partie viole un traité ou s'abstient de prendre les mesures nécessaires pour se libérer de la responsabilité qui découle de cette violation, il en résulte pour l'autre partie ou les autres parties un droit

à réparation, et le droit de prendre des mesures en vue de cette réparation, comme il est dit plus loin dans la section 2.

Article 35. — Moyens de se libérer de la responsabilité découlant de la violation d'un traité

1. Les moyens de se libérer de la responsabilité découlant de la violation du traité, ou de fournir la réparation due à raison de cette violation, dépendent, au premier chef, des dispositions du traité ou, si le traité est muet sur ce point, et sous réserve des dispositions de la présente section, des règles générales de droit international concernant la responsabilité des Etats.

2. La violation d'un traité peut revêtir de nombreuses formes; se rend notamment coupable d'une violation:

a) L'Etat qui prend une mesure interdite par le traité;

b) L'Etat qui n'exécute pas une obligation précise du traité (par exemple, l'Etat qui n'accomplit pas un acte donné, qui n'accorde pas un traitement donné ou qui n'autorise pas l'exercice de certains droits ou l'accomplissement de certains actes);

c) L'Etat qui agit d'une façon ou à des fins non conformes au traité.

3. Dans les catégories de cas indiquées au paragraphe précédent, l'Etat qui a commis la violation doit, pour se libérer de sa responsabilité internationale, prendre les mesures suivantes:

i) Dans le cas *a*. — Il doit immédiatement rapporter la mesure interdite par le traité si celle-ci se poursuit et fournir une réparation appropriée, sous forme d'indemnité ou autrement, pour la violation commise;

ii) Dans le cas *b*. — Il doit exécuter immédiatement l'obligation en question et fournir une réparation appropriée pour la non-exécution antérieure; ou bien, si l'exécution n'est plus possible ou ne serait plus appropriée aux circonstances, il doit verser une indemnité ou fournir une autre réparation pour la non-exécution;

iii) Dans le cas *c*. — Il doit rectifier son comportement ou y mettre fin, selon le cas, et fournir une réparation appropriée pour tout préjudice occasionné.

4. Sous réserve de toutes dispositions expresses du traité lui-même, les questions concernant par exemple la juste mesure de l'indemnité, les dommages indirects, les dommages dérivés, les paiements sous forme d'intérêts, etc., sont régies par les principes ordinaires de droit international applicables à la réparation des préjudices internationaux.

Article 36. — Conséquences de la violation des traités qui bénéficient à des particuliers

En cas de violation d'une obligation conventionnelle bénéficiant à des particuliers, la mesure de la réparation due — sous forme d'indemnité ou autrement — est à priori, et indépendamment de toute obligation éventuelle d'exécution intégrale, le préjudice causé au particulier dont il s'agit. Toutefois, si la violation entraîne un préjudice précis pour l'Etat contractant lui-même, en sus, ou indépendamment, du préjudice causé à l'individu, une réparation supplémentaire est due de ce chef.

SECTION 2. — MODALITÉS D'UTILISATION DES VOIES DE DROIT EN CAS DE VIOLATION DU TRAITÉ

SOUS-SECTION i. — EXPOSÉ GÉNÉRAL DES MOYENS D'ACTION DISPONIBLES

Article 37. — Voies de droit ouvertes aux parties

Si une partie viole le traité ou ne prend pas les mesures de réparation nécessaires dont il est question plus haut dans la section 1, l'autre partie ou les autres parties ont, sous réserve des dispositions de la présente section, la faculté:

a) De prendre toute mesure, ou de chercher à utiliser tout moyen d'action ou tout moyen de recours, expressément prévus dans le traité lui-même;

b) D'utiliser tout moyen de recours disponible s'il n'en est prévu aucun dans le traité;

c) Sous réserve de l'article 38 ci-dessous, de considérer l'obligation conventionnelle comme définitivement éteinte si la violation dont il s'agit est une violation fondamentale au sens des articles 18 à 20 de la troisième partie du chapitre premier du présent code, et si en outre le traité n'est pas un traité multilatéral de la catégorie décrite à l'alinéa *e* du paragraphe 3 de l'article 18;

d) Sous réserve de l'article 20 et de l'article 39, de recourir à une non-exécution équivalente et correspondante du traité;

e) Sous réserve de l'article 39, de mettre sous séquestre, conserver ou placer sous embargo tout bien ou avoir public appartenant à la partie qui a commis la violation et placé sous la juridiction de l'autre partie ou des autres parties, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un bien ou avoir diplomatique ou consulaire;

f) Sous réserve de l'article 18 et de l'article 39, de recourir, à titre de représailles, à la non-exécution d'une autre clause du traité, ou d'un autre traité conclu avec la partie qui a commis la violation ou encore, vis-à-vis de cette partie, d'une règle générale de droit international qui normalement devrait être respectée.

SOUS-SECTION ii. — CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES DE PROCÉDURE CONCERNANT CERTAINES VOIES DE DROIT

Article 38. — Cas c *de l'article 37*

Seule peut se prévaloir de l'alinéa *c* de l'article 37 la partie qui s'est strictement conformée aux conditions et procédures indiquées aux articles 18 à 20 de la troisième partie du chapitre premier du présent code.

Article 39. — Cas e *et* f *de l'article 37*

1. Pour qu'une partie puisse prendre les mesures envisagées aux alinéas *e* ou *f* de l'article 37, il faut:

i) Soit que la violation, à moins qu'elle n'ait été avouée, ait été officiellement constatée par un tribunal arbitral ou judiciaire international compétent;

ii) Soit que la contre-mesure s'accompagne de l'offre de recourir à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire si la violation est niée, ou de l'acceptation d'une demande à cet effet qui serait présentée par l'autre partie.

2. Lorsqu'une offre ou une demande d'arbitrage ou de règlement judiciaire a été acceptée comme il est dit à l'alinéa ii du paragraphe 1 ci-dessus, les contre-mesures instituées en application de l'alinéa *e* de l'ar-

ticle 37 ne peuvent prendre la forme que d'un embargo ou d'une saisie conservatoire en attendant la décision définitive au fond du tribunal. Toutefois, dans le cas de contre-mesures instituées en application de l'alinéa *f* de l'article 37, le tribunal peut, s'il le juge bon, ordonner la suspension desdites contre-mesures.

3. Les contre-mesures instituées:

a) Doivent être, eu égard aux circonstances, nécessaires pour constituer la réparation adéquate ou pour prévenir tout nouveau préjudice;

b) Doivent être proportionnées à la violation qui les justifie;

c) Doivent cesser dès que leur raison d'être disparaît, soit qu'il y ait reprise d'exécution de l'obligation conventionnelle, soit qu'il y ait cessation de l'infraction, à condition toutefois que réparation soit fournie pour la non-exécution ou l'infraction.

II. — COMMENTAIRE RELATIF AUX ARTICLES

[NOTE. — Le texte des articles n'est pas reproduit dans le commentaire. Le numéro de la page où ils figurent est indiqué dans la table des matières, au début du rapport [14].

Observation générale. — En rédigeant le présent commentaire, nous avons supposé connus les principes fondamentaux du droit des traités, et nous nous sommes bornés à commenter les points qui appelaient des observations particulières. En outre, afin de ne pas alourdir un rapport déjà volumineux, nous n'avons pas cité de noms d'auteurs lorsque nous avons invoqué des principes connus ou lorsque le lecteur peut aisément trouver ces renseignements dans n'importe quel manuel; nous nous sommes contenté de le faire à propos des questions qui prêtent à controverse ou quand, pour toute autre raison, cela paraissait nécessaire.]

Chapitre II. — Effets des traités

Première partie. — Effets des traités à l'égard des parties (application, exécution et garanties d'exécution)

Article premier. — Portée de la première partie

1. La première partie du présent chapitre traite des effets des traités à l'égard des parties. Les effets des traités à l'égard des Etats tiers et la situation de ces derniers à l'égard d'un traité auquel ils ne sont pas parties seront étudiés dans la deuxième partie du chapitre, qui fera l'objet d'un rapport ultérieur.

2. Les termes « application, exécution et garanties d'exécution » qui figurent dans le titre de la première partie sont plus ou moins traditionnels. Il serait peut-être préférable de dire « force exécutoire, exécution et moyens d'action en cas de violation ». Il est possible, en particulier, que l'expression « garanties d'exécution » ne soit pas très satisfaisante, puisqu'en l'état actuel de l'organisation internationale, normalement, l'exécution des traités ne peut pas être imposée directement.

3. Le *paragraphe 1* exprime ce fait qu'en définitive l'effet d'un traité dépend d'abord et avant tout du texte du traité lui-même. Nous l'avons déjà signalé dans l'introduction du présent rapport, où nous avons fait observer qu'un chapitre sur les effets des traités ne peut avoir qu'un caractère très général et énoncer les effets que l'on peut considérer comme plus ou moins communs à tous les traités, quels qu'en soient le caractère ou le contenu.

4. On ne pourrait formuler des dispositions plus détaillées sur les effets des traités qu'en ce qui concerne certaines catégories de traités présentant un élément commun, et il faudrait alors procéder, au préalable, à un étude très minutieuse d'un grand nombre de ces traités et très probablement effectuer une enquête auprès des gouvernements au sujet de la pratique qu'ils suivent à cet égard. Il n'est pas possible à l'heure actuelle, dans le cadre du présent chapitre, d'entreprendre cette étude ni cette enquête, mais si, en définitive, on jugeait souhaitable qu'un code du droit des traités traite assez en détail des questions intéressant certaines catégories de traités (traités de commerce, traités maritimes, conventions relatives à l'aviation civile, accords commerciaux, etc.), on pourrait consacrer ultérieurement à ces questions une section distincte.

5. *Paragraphe 2.* — Bien que certaines règles et certains principes régissant l'exécution des traités s'appliquent d'une façon générale à tous les traités, les parties à un traité donné ont normalement la possibilité d'écarter ou de modifier telle ou telle règle du droit des traités qui serait normalement applicable. Il semble toutefois qu'il ne puisse en être ainsi des principes fondamentaux du droit des traités. Des principes tels que *pacta sunt servanda*, la continuité de l'Etat, la primauté du droit international sur le droit interne, etc., sont des faits juridiques. Ils sont immuables, parce que sans eux il ne pourrait y avoir de traités ayant force obligatoire.

6. A cet égard, il nous est difficile d'accepter l'opinion retenue dans une disposition telle que l'article 23 du projet de Harvard pour une convention sur les traités [15]. Dans l'article en question, l'énoncé de la règle selon laquelle on ne peut justifier la non-exécution d'une obligation conventionnelle en excipant de lacunes de la législation nationale ou de difficultés constitutionnelles est précédé de la disposition suivante: « A moins que le traité n'en dispose autrement ». Les auteurs du projet de Harvard ont fait à juste titre observer que « bien que de telles dispositions n'aient été introduites que rarement dans des traités... on en trouve cependant des exemples »; le projet mentionne la clause suivante qui figure dans certains traités: « Si l'une des parties est ultérieurement empêchée, du fait d'une décision du pouvoir législatif, d'exécuter les dispositions du présent arrangement, les obligations qui en découlent deviendront caduques.»

7. A notre avis, un « arrangement » de ce type n'est pas à proprement parler un traité, il n'entraîne pas

[14] En ce qui concerne le plan adopté pour le présent chapitre, voir n. 9.

[15] Harvard Law School, *Research in International Law*, III: *Law of Treaties*, dans le suppl. à l'*American Journal of International Law*, vol. 29, 1935. Dans la disposition correspondante du rapport précédent, qui traitait de l'extinction des traités (art. 5 du 2e rapport de 1957), nous avons suivi, sans le commenter, le projet de Harvard. Nous présentons maintenant une opinion revisée.

d'obligation juridique, mais tout au plus des obligations morales, et constitue une sorte d'accord politique ou administratif — peut-être une espèce de *gentlemen's agreement* entre gouvernements. Les clauses en question reposent sur une erreur fondamentale: elles confondent la partie au traité (qui est en fait l'*Etat*, et l'*ensemble* de l'Etat) avec ce qui n'est qu'un organe ou un élément de l'Etat, à savoir le gouvernement ou l'administration. Les traités (considérés comme des instruments juridiques) sont obligatoires pour tous les organes de l'Etat, et la non-exécution d'un traité imputable à l'un quelconque de ses organes (y compris le législatif) constitue une violation du traité et engage la responsabilité internationale de l'Etat. L'existence d'une clause du genre de celle que nous avons mentionnée ci-dessus signifie simplement que la partie au traité, l'Etat, peut à tout moment (par l'intermédiaire du législatif) s'abstenir légitimement d'exécuter le traité ou mettre fin à « l'obligation ». Il ne s'agit donc que d'un engagement volontaire sans continuité ou force juridique supérieure, que l'on ne peut faire entrer dans le droit des traités proprement dit.

8. La question générale des traités et du droit interne des parties est étudiée plus loin à propos de l'article 7; des considérations du même genre s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la suggestion figurant à l'article 24 du projet de Harvard, aux termes de laquelle les parties à un traité peuvent également « écarter » la règle (découlant du principe de l'unité et de la continuité de l'Etat) selon laquelle les changements de gouvernement sont sans influence sur les obligations conventionnelles de l'Etat; à cet égard, voir plus loin le commentaire relatif à l'article 6.

DIVISION A. — APPLICATION ET EXÉCUTION DES TRAITÉS

SECTION 1. — CARACTÈRE, ÉTENDUE ET LIMITES DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE

Article 2. — Principes fondamentaux régissant l'obligation conventionnelle

9. La présente section traite de la question générale du caractère et de l'étendue de l'obligation conventionnelle et des limites de cette obligation. Une deuxième section de la division A traite de certaines questions particulières que pose l'application du traité; la division B traite des conséquences de la violation du traité et de l'utilisation des voies de droit en cas de violation (ce que nous avons appelé les garanties d'exécution).

10. L'article 2 énonce en termes très généraux certains principes fondamentaux du droit des traités que nous avons déjà mentionnés à deux reprises dans nos rapports précédents. Nous les avons signalés tout d'abord dans notre premier rapport de 1956 (A/CN.4/101, p. 110 à 111 et 121 à 122). Ce rapport, qui portait principalement sur la question de la conclusion des traités, contenait une section intitulée « Quelques principes fondamentaux du droit des traités », dont les articles 4 à 6 traitaient de certains des principes mentionnés à l'article 2 de la présente section. Dans notre commentaire relatif à ces articles, nous avons fait observer que ces principes se rapportaient plutôt à la question de l'application et des effets des traités, mais nous ne nous en sommes pas moins demandé s'il n'était pas souhaitable de les énoncer au début du code. A sa huitième session, en 1956, la Commission a consacré deux ou trois séances à une discussion très générale de notre premier rapport, au cours de laquelle cette question parmi d'autres a été évoquée. Aucune conclusion définitive n'a été adoptée, mais nous avons eu l'impression que la Commission ne pensait pas qu'il fût nécessaire d'inscrire ces principes au début du code et qu'elle préférait qu'ils occupent leur place logique et normale dans les parties consacrées à l'application et aux effets des traités. Il ne sera donc pas difficile d'omettre, le cas échéant, dans notre premier rapport, les articles relatifs à ces questions.

11. Entre-temps, cependant, il est apparu que ces mêmes principes intéressaient directement la question de l'extinction des traités, sur laquelle portait notre deuxième rapport de 1957 (A/CN.4/107, p. 25 et p. 44 à 48). Bien que cela ne fût peut-être pas indispensable, nous avons jugé souhaitable de faire figurer dans cette section du code un article (art. 5 de la troisième partie du chapitre premier) énonçant un certain nombre de causes qui ne justifient *pas* qu'une partie prétende mettre fin à un traité ou considérer que l'obligation est éteinte [16]. Comme nous l'avons déjà expliqué dans l'introduction du présent rapport, la question de l'extinction des traités, que nous avons étudiée dans notre rapport de 1957, a des liens très étroits avec une partie du sujet du présent chapitre, puisque ce dernier traite des motifs qui peuvent justifier l'inexécution d'une obligation conventionnelle par une partie et de ceux qui ne peuvent pas la justifier. De même que certains motifs peuvent, selon les circonstances, soit justifier l'inexécution *ad hoc* d'une obligation conventionnelle déterminée (sans mettre fin cependant au traité lui-même ou à l'obligation), soit justifier l'extinction complète de l'ensemble du traité, de même certains de ces motifs, bien que souvent invoqués, ne justifient *pas* l'inexécution d'une obligation conventionnelle donnée ni l'extinction de l'ensemble du traité ou de l'obligation. Dans ces conditions, et sans préjuger du plan qui sera en fin de compte adopté pour le présent code, il semble préférable de ne rien changer aux dispositions relatives à cette question et aux commentaires les concernant, qui figurent dans la troisième partie du chapitre premier du code (deuxième rapport, 1957), et de renvoyer le cas échéant à ces dispositions dans les commentaires relatifs aux articles correspondants du présent chapitre.

12. Il est évident qu'un commentaire détaillé des principes énoncés à l'article 2 de la présente section ressemblerait à un traité sur la philosophie du droit international; une telle étude n'est pas nécessaire aux fins du présent code. Comme nous l'avons déjà indiqué, cependant, nous avons présenté certaines observations dans le commentaire relatif à l'article 5, dans notre

[16] Cela n'était pas absolument indispensable; étant donné en effet que l'objet de cette section était d'énoncer de façon explicite et de façon exhaustive les facteurs qui provoquent l'extinction d'un traité ou que les parties peuvent invoquer pour y mettre fin, on pouvait considérer qu'il s'ensuivrait automatiquement que toute autre cause était nécessairement exclue. Cependant, comme nous l'avons expliqué en commentant l'article 5 dans notre 2e rapport, certaines causes ont été si souvent invoquées par des gouvernements pour justifier leur prétention de mettre fin au traité, qu'il semblait souhaitable d'indiquer expressément qu'elles étaient insuffisantes.

deuxième rapport (1957); nous renvoyons donc le lecteur à ce commentaire, ainsi qu'aux commentaires ci-après sur les articles 3 à 8.

SOUS-SECTION 1. — NATURE ET ÉTENDUE DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE

Article 3. — Caractère obligatoire des traités : ex consensu advenit vinculum

13. *Paragraphe 1.* — Cette disposition est suffisamment expliquée par les observations présentées plus haut à propos de l'article 2. Cependant, ce paragraphe vise à donner effet à l'important principe selon lequel l'obligation contractuelle ne se fonde pas en réalité sur le traité lui-même, même si les apparences peuvent le laisser croire. Aucun traité ne serait obligatoire s'il n'existait déjà une règle de droit aux termes de laquelle les engagements souscrits dans certaines circonstances et sous une forme donnée créent des obligations qui lient les parties. Une telle règle doit nécessairement être extérieure au traité, car aucun instrument ne peut tirer uniquement de lui-même sa force obligatoire. Le principe selon lequel le consentement donné en bonne et due forme crée une obligation juridique n'est pas une règle conventionnelle, bien que tout le droit des traités repose sur elle. Une telle règle ne pouvait être créée par voie de traité, parce que le traité qui viserait à l'établir ne serait pas lui-même obligatoire si la règle ne préexistait pas de façon indépendante, en tant que règle du droit international général (naturellement, la règle selon laquelle le consentement crée l'obligation a des applications bien plus vastes que celles qui se rapportent au domaine particulier des traités).

14. *Paragraphe 2.* — En ce qui concerne les droits conventionnels, la situation est la même qu'en ce qui concerne les obligations conventionnelles. Il a semblé toutefois souhaitable d'inscrire dans le code une disposition de ce genre, parce qu'on a peut-être tendance à trop insister sur le rôle des traités en tant que sources d'obligations, au détriment de leur rôle en tant que sources de droits. Il est exact que certains traités créent uniquement ou presque uniquement des obligations [17], mais dans la plupart des cas, l'intention des parties est que l'exécution par l'une d'elles de ses obligations conventionnelles procure à l'autre (ou aux autres) un avantage que cette autre ou ces autres parties peuvent légitimement revendiquer, la réciproque étant généralement de règle. Même lorsqu'un traité semble n'avoir d'autre objet que de créer des obligations pour une ou plusieurs parties ou pour toutes les parties, chacune a le droit d'exiger cependant, même si elle n'en tire aucun avantage direct, que toutes les autres exécutent l'obligation conventionnelle.

[17] Par exemple, en vertu des traités de caractère social ou humanitaire, les parties s'engagent à se conformer à certaines normes de conduite, principalement dans l'intérêt de certaines personnes prises individuellement, quelle que soit leur nationalité, et les Etats parties au traité n'en retirent aucun avantage matériel direct, sinon celui qui peut découler de la bonne volonté et de l'amélioration des relations internationales et autres que l'on peut escompter de l'application de traités de cette nature. Les traités relatifs aux droits de l'homme constituent un excellent exemple de ce type de traités.

Article 4. — Caractère obligatoire des traités: pacta sunt servanda

15. *Paragraphe 1.* — Ce paragraphe n'appelle pas de commentaire particulier, après les observations générales que nous avons présentées. Il n'est pas nécessaire de se livrer à une discussion philosophique, puisqu'il est évident que les traités perdraient tout objet et toute raison d'être en tant qu'instruments juridiques s'il en était autrement.

16. *Paragraphe 2.* — La question de ce qu'on peut appeler l'esprit dans lesquel un traité doit être exécuté relève peut-être à proprement parler du domaine de l'interprétation des traités, laquelle fera l'objet d'un rapport ultérieur. Il paraît souhaitable cependant de faire figurer dans le présent chapitre une déclaration de principe, de caractère général. Les principes selon lesquels les traités doivent être exécutés de bonne foi et raisonnablement (ces deux principes ne sont pas tout-à-fait identiques) sont très généralement reconnus et ont été appliqués par des tribunaux internationaux [18]. Le fait même qu'il n'y a pas, sur le plan international, les mêmes possibilités d'exécution forcée que pour les contrats de droit privé impose aux Etats et aux gouvernements une sorte de devoir en droit international d'agir avec la plus grande bonne foi dans l'exécution des traités [19].

17. « ... de manière à produire des effets raisonnables et équitables... ». La question de savoir s'il faut ou non, et dans l'affirmative dans quelles circonstances, faire produire à un traité les effets « maximums » qu'il est capable de produire, est elle aussi une question d'interprétation. C'est la question bien connue de l'interprétation restrictive ou de l'interprétation libérale des obligations conventionnelles. De ce point de vue, la question ne relève pas du présent code. Il convient cependant d'indiquer, dans le présent chapitre, l'esprit général dans lequel les traités doivent être exécutés et, à cette fin, d'essayer de préciser un tant soit peu l'expression « bonne foi » dont le sens est assez vague. Le point de savoir si, dans des circonstances données, il faut ou non interpréter restrictivement une disposition conventionnelle relève des règles de l'interprétation, mais, dans ces limites, les parties ont toujours la possibilité d'envisager de façon raisonnable et équitable le devoir qui leur incombe d'exécuter le traité, de manière qu'il produise des effets appropriés.

18. « ... eu égard à une interprétation correcte de ses termes ...». La nature exacte de l'obligation dépend

[18] Voir notamment, parmi les affaires récentes, l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Maroc (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 212) où la Cour a déclaré à propos de l'exercice d'un certain droit découlant d'un traité: « le pouvoir ... appartient aux autorités ..., mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi ». Voir aussi l'opinion de quatre membres minoritaires de la Cour dans l'affaire d'admission d'un Etat aux Nations Unies (Charte, Art. 4), avis consultatif: *C.I.J., Recueil* 1948, p. 82 à 93.

[19] On a dit (Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. 1, 3e éd. 1957, p. 448) que « l'on peut considérer les traités comme des *bonae fidei negotia*, par opposition aux *stricti juris negotia* ». Pour notre part, dans des conférences que nous avons faites en 1957 à l'Académie de droit international de La Haye, nous avons dit qu'une doctrine correspondant à peu près à la doctrine de l'action *uberrimae fidei* en droit privé pourrait s'appliquer d'une manière générale à l'exécution des obligations internationales.

toujours, bien entendu, de l'interprétation correcte du traité, eu égard à ses termes. Le devoir d'appliquer le traité de bonne foi, de manière qu'il produise des effets raisonnables et équitables, ne peut exister que dans le cadre de l'obligation conventionnelle elle-même, eu égard à une interprétation correcte. Le paragraphe 2 dans son ensemble signifie que, lorsqu'une interprétation correcte d'un traité a été établie, les parties ont *alors* le devoir de l'exécuter raisonnablement, équitablement et de bonne foi, eu égard à cette interprétation.

19. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe n'appelle aucun commentaire particulier. L'obligation d'exécuter un traité suppose évidemment qu'*il y a* un traité valide, qu'il a été régulièrement conclu, qu'il est encore en vigueur, qu'il n'est pas vicié par un élément quelconque portant atteinte à sa validité substantielle et, dans le cas des traités multilatéraux, que l'Etat intéressé est partie au traité et le demeure. C'est seulement quand toutes ces conditions sont réunies qu'il y a obligation d'exécuter le traité, car c'est seulement quand elles le sont qu'il y a obligation liant les parties. Ces questions ont été déjà étudiées évidemment dans le chapitre premier.

20. *Paragraphe 4.* — Ce paragraphe est, en quelque sorte, la conséquence du principe *pacta sunt servanda* pris sous son aspect positif, et des autres dispositions de l'article, celles du paragraphe 1 en particulier. Il suffira, à titre de commentaire, de renvoyer aux paragraphes 33 à 36 du commentaire relatif aux dispositions correspondantes, dans les sections traitant de l'extinction des traités (alin. iii de l'art. 5, 2e rapport, 1957).

Article 5. — Caractère obligatoire des traités : rapport entre les obligations et les droits

21. Cet article traite d'une ou deux questions qui, bien que de caractère essentiellement général, se posent habituellement à propos des traités multilatéraux; le *paragraphe 1* vise notamment une question déjà mentionnée plus haut au paragraphe 14, ainsi que dans la note 17. Comme nous l'avons fait observer, certains types de traités multilatéraux ne procurent d'avantages directs à *aucun* des pays participants. L'avantage a un caractère général et provient de la participation à une cause commune pour le bien général. Ce à quoi chaque partie peut prétendre, en contrepartie de l'exécution par elle du traité, c'est que chacune des autres parties exécute à son tour le traité.

22. *Paragraphe 2.* — Il semble qu'en tant que déclaration de principe, la disposition suggérée est correcte. La Cour internationale de Justice l'a énoncée en termes généraux dans l'affaire des réserves à la Convention sur le génocide [20], où elle a dit qu'il ne peut appartenir à aucune partie à une convention internationale « de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, ce qui est le but et la *raison d'être* de la convention ». Des difficultés peuvent cependant surgir à propos de l'application de ce principe à des cas particuliers. Le lecteur pourra se reporter à cet égard à ce qui a été dit au sujet de la question de la « renonciation à des droits » visée à l'article 15, troisième partie du chapitre premier du présent code [21]. Il est évident, en particulier dans le cas des traités multilatéraux, que si une ou plusieurs parties ne réclament pas ou n'exigent pas le respect des droits que leur reconnaît le traité, ce dernier risque de perdre beaucoup de sa force et les autres parties peuvent se trouver, en pratique, dans l'impossibilité d'exiger et d'obtenir son exécution. D'autre part, il est difficile en principe de refuser à une partie le droit de renoncer aux droits que lui confère un traité ou de ne pas en demander le respect. Il faut en conclure que le paragraphe 2 de l'article 6 devrait s'appliquer compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce. Une déclaration de principe semble cependant justifiée.

23. Il convient en revanche de considérer comme un cas particulier la situation qui se présente lorsque les dispositions d'un traité multilatéral antérieur sont ou peuvent être affectées par celles d'un traité ultérieur, conclu seulement par certaines des parties au premier traité. Même si, techniquement, les parties au deuxième traité demeurent liées à l'égard des parties au premier traité qui ne sont pas parties au deuxième, la situation de ces dernières peut se trouver compromise en fait sinon en droit. Ce cas, auquel s'appliquent des considérations exceptionnelles qui font que le deuxième traité n'est pas nécessairement invalidé, est pleinement visé par les dispositions relatives au conflit avec des traités antérieurs (voir 2e partie du chap. 1er du code, art. 18 et commentaire y relatif [22]).

Article 6. — Caractère obligatoire des traités : principe de l'unité et de la continuité de l'Etat

24. *Paragraphe 1.* — La première phrase de cet article indique que l'obligation conventionnelle incombe toujours à l'Etat puisque c'est l'Etat qui est l'entité internationale. Toutefois, l'Etat agit toujours par l'intermédiaire d'agents: chefs d'Etats, gouvernements, ministres, etc. A condition que l'agent soit l'agent normal et que le traité soit conclu dans des formes ou selon des modalités qui obligent l'Etat conformément aux dispositions de la première partie du chapitre premier du présent code [23], il importe peu qu'on ait choisi telle forme ou modalité particulière ou tel agent particulier pour agir au nom de l'Etat.

25. Le principe énoncé dans la deuxième phrase du paragraphe découle nécessairement du premier. Les gouvernements sont les agents de l'Etat, et si un Etat assume une obligation, le gouvernement est, en tant qu'agent, tenu d'exécuter le traité.

26. « ... quel que soit le caractère de leur origine et qu'ils aient accédé au pouvoir avant ou après la conclusion du traité ... ». Que le traité n'ait pas en fait été conclu par un gouvernement donné mais par un gouvernement ou une administration antérieurs n'affecte en rien le devoir d'exécuter les obligations conventionnelles de l'Etat qui incombe au gouvernement, en sa qualité d'agent de l'Etat; en effet, le changement de gouvernement n'a en aucune façon affecté la continuité de l'*Etat* et, par conséquent, à aucun moment l'obligation conventionnelle ne s'est éteinte ou n'a perdu de sa valeur. Les moyens par lesquels le gouvernement

[20] *C.I.J., Recueil 1951*, p. 21.

[21] Deuxième rapport, de 1957 (A/CN.4/107), par. 82 à 85 du commentaire.

[22] Troisième rapport, de 1958 (A/CN.4/115), commentaire, par. 88 à 90.

[23] Premier rapport, de 1956 (A/CN.4/101).

considéré est venu au pouvoir sont également sans importance, qu'il se soit agi du processus ordinaire ou de moyens anormaux ou « inconstitutionnels ». Si ledit gouvernement prétend être et est effectivement le gouvernement de l'Etat, il est tenu d'exécuter les obligations internationales de l'Etat.

27. Le *paragraphe 2* expose certaines conséquences particulières du principe général énoncé au paragraphe 1. C'est à propos de ces questions que le principe de l'unité et de la continuité de l'Etat joue le plus fréquemment dans le domaine des obligations conventionnelles. En ce qui concerne le principe général de la personnalité et de la continuité de l'Etat, nous citons le passage suivant de Hall, car il est très important en ce qui concerne les conséquences très étendues (voir ci-dessous, *passim*) du fait que les gouvernements ne sont que les agents de l'Etat et non pas l'Etat lui-même [24]:

> « Il découle nécessairement de ce principe que les changements internes sont sans influence sur la personnalité de l'Etat. Une collectivité peut faire valoir ses droits et remplir ses devoirs tout aussi bien, qu'elle ait à sa tête une dynastie ou une autre, ou bien encore que son gouvernement revête la forme monarchique ou la forme républicaine. Il est inutile que les gouvernements aient en tant que tels leur place dans le droit international, et on les considère par conséquent comme de simples agents par le truchement desquels la collectivité exprime sa volonté et que, bien qu'ils soient dûment habilités à un moment donné, elle peut remplacer à son gré. Cette dissociation entre la personnalité de l'Etat et le maintien du type particulier de gouvernement que l'Etat se trouve avoir n'est pas seulement la conséquence nécessaire de la nature de la personnalité étatique; elle est en outre indispensable à l'indépendance de l'Etat comme à la stabilité de toutes les relations internationales. Si, lorsqu'il modifie sa constitution, un Etat devait abroger les traités qui le lient à d'autres pays, ceux-ci, pour se protéger, opposeraient leur veto à cette modification et prendraient l'habitude de s'immiscer dans la politique intérieure dudit Etat. De même, un Etat hésiterait à s'obliger par des contrats conclus pour une durée relativement longue, si les conséquences fortuites d'un acte sans rapport avec eux risquaient à tout moment de les annuler. Même quand les changements internes revêtent la forme d'une dissolution temporaire et font que l'Etat, à cause d'un bouleversement social ou d'une anarchie locale, se trouve momentanément dans l'impossibilité de remplir ses obligations internationales, sa personnalité propre n'en est pas affectée; elle ne se perd que si la dissolution permanente de l'Etat est avérée par la création d'Etats nouveaux ou par une persistance de l'anarchie telle qu'elle rend impossible ou extrêmement improbable une reconstitution de l'Etat.

28. *Alinéa a du paragraphe 2.* — Nulle part la raison d'être de cette règle n'a été mieux exposée que dans le commentaire sur l'article 24 du projet de Harvard pour une convention sur les traités [25], qui donne l'explication suivante:

> « La forme des gouvernements et les dispositions constitutionnelles subissent de nos jours des changements constants, et si la jouissance de droits conventionnels ou l'obligation d'exécuter un traité dépendaient de la perpétuation du *statu quo* en ce qui concerne la structure gouvernementale ou le système constitutionnel des parties, aucun Etat ne serait jamais en mesure de compter avec certitude sur les droits qu'un autre Etat lui a promis, et promis peut-être pour une période de durée indéfinie. Si les changements de structure dans la forme de gouvernement d'un Etat ou les modifications de son système constitutionnel avaient pour effet d'éteindre ou de modifier ses obligations conventionnelles ou de les rendre annulables, tout Etat désireux de se soustraire à ses obligations ou de les rendre moins lourdes n'aurait qu'à apporter un changement à la structure de son gouvernement ou à modifier son système constitutionnel. Si des changements de ce genre produisaient cet effet, les Etats hésiteraient à conclure des traités étant donné qu'en pareil cas, l'un des fondements du système des traités, à savoir la permanence des traités, disparaîtrait et il pourrait être mis fin ou porté atteinte aux obligations conventionnelles au gré de l'une des parties.»

29. Certes, il peut arriver qu'une obligation conventionnelle donnée, *en raison même de la matière sur laquelle elle porte*, soit telle qu'elle vaille — et puisse seulement valoir — si la forme particulière de gouvernement existant dans les Etats contractants lors de la conclusion du traité reste la même. Ainsi, pour citer encore le projet de Harvard [26]:

> « ... un traité entre deux Etats de régime monarchique peut prévoir la protection mutuelle de leurs monarques respectifs ou porter sur des questions relatives à leurs maisons royales, ou bien encore sur d'autres sujets propres à un régime monarchique.»

Le projet de Harvard poursuit en ces termes [27]:

> « De toute évidence, les obligations prévues par un traité de ce genre se trouveraient nécessairement modifiées si ces deux Etats, ou l'un d'entre eux, devenaient des républiques.»

Toutefois, comme le fait observer ensuite le projet de Harvard [28] de tels cas sont rares et l'ont toujours été et il est inutile de les prévoir expressément. En outre, quand ils se produisent, ils relèvent manifestement soit du principe de l'impossibilité d'exécution (voir plus loin art. 14, et également le cas iv à l'article 17 de la troisième partie du chapitre premier du présent code [29]), soit du principe de la disparition complète de la raison d'être du traité ou de l'obligation conventionnelle. Cette dernière éventualité, envisagée en tant que cause d'extinction des traités, a déjà été examinée (voir cas v à la 3e partie du chap. 1er du présent code [30]). Dans tous les cas de ce genre, la non-exécution trouve sa justification dans des circonstances particulières et dans la nature du traité, et non pas dans un principe général

[24] William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, 8e éd., Pearce Higgins, 1924, p. 21.

[25] Harvard Law School, *Research in International Law*, III: *Law of Treaties*, dans le supplément à l'*American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, p. 1045.

[26] *Ibid.*

[27] *Ibid.*

[28] *Ibid*, p. 1045 et 1046.

[29] Deuxième rapport de 1957 (A/CN.4/107). Pour le commentaire, voir par. 98 à 100 du commentaire contenu dans ledit rapport.

[30] *Ibid.*, commentaire, par. 101 à 103.

quelconque selon lequel un changement d'administration ou de régime est un motif de non-exécution.

30. Le projet de Harvard indique également que les auteurs, dont il cite un grand nombre [31], sont à peu près unanimes à adopter ce point de vue; de ces citations, il ressort que la doctrine est « en complet accord pour estimer qu'en règle générale des changements dans la structure gouvernementale ou le système constitutionnel d'un pays ... sont sans effet sur les obligations conventionnelles des Etats où ces changements ont lieu » [32]. Il n'est pas sans intérêt de reproduire ici certains des passages les plus convaincants de ces auteurs qu'on trouve dans le projet de Harvard. C'est ainsi que Vattel, cité dans l'ouvrage en question, s'exprime en ces termes [33]:

> « Puis donc qu'un pareil traité ... regarde directement le corps de l'Etat, il subsiste, quoique la forme de la république vienne à changr, quand même elle se transformeroit en monarchie. Car l'Etat et la Nation sont toujours les mêmes, quelque changement qui se fasse dans la forme du gouvernement; et le traité fait avec la nation demeure en force, tant que la nation existe.»

Le même principe a été affirmé dans le protocole n° 19 de la Conférence de Londres de 1831 sur les affaires de Belgique [34]:

> « D'après ce principe d'un ordre supérieur, les traités ne perdent pas leur puissance, quels que soient les changements qui interviennent dans l'organisation intérieure des peuples ... les changements survenus dans la condition d'un Etat ancien ne l'autorisent à se croire délié de ses engagements antérieurs.»

De même, dans l'affaire suisse Lepeschkin c. Gosweiler [35], le Tribunal fédéral suisse s'est exprimé ainsi:

> « C'est un principe reconnu et absolument incontesté de droit international que des modifications dans la forme de gouvernement et dans l'organisation interne d'un Etat n'exercent aucun effet sur ses droits et obligations découlant du droit public général, en particulier ne suppriment pas les droits et les obligations découlant des traités conclus avec d'autres Etats.»

Enfin, on peut lire dans Moore [36]:

> « L'Etat étant une personne douée d'une volonté qui s'exerce par l'intermédiaire du gouvernement agissant en tant qu'organe ou instrument de la société, il s'ensuit nécessairement que de simples changements internes, dont le résultat est de déplacer un certain organe chargé d'exprimer cette volonté et de la remplacer par un autre, ne peuvent, aussi longtemps que l'Etat lui-même conserve sa personnalité, modifier les relations que la société entretient avec les autres membres de la famille des Etats. Le gouvernement peut changer, mais l'Etat demeure; et si les relations internationales doivent avoir un minimum de permanence ou de stabilité, elles ne peuvent s'établir qu'entre Etats; elles reposeraient sur des sables mouvants si, au lieu des Etats, elles avaient pour fondations des formes de gouvernement fortuites ...
>
> « Un Etat dont la forme de gouvernement ou la personne des dirigeants subissent périodiquement des changements a peut-être plus d'intérêt au maintien de cette doctrine qu'un autre Etat plus fermement enraciné dans les principes de l'ordre social, mais elle est absolument indispensable à la famille des Etats tout entière, car elle est la seule condition possible des rapports entre nations. Si les Etats n'avaient pas le devoir de respecter leurs obligations internationales malgré les changements intérieurs, que ceux-ci touchent à la forme du gouvernement ou aux personnes qui exercent le pouvoir, il serait impossible aux nations de traiter les unes avec les autres en ayant la moindre assurance que leurs accords seront exécutés, et il en résulterait des conséquences désastreuses pour la paix et le bien-être du monde.»

31. *Changements révolutionnaires dans l'ordre social et l'ordre politique.* — S'il n'y a guère de difficulté — s'il y a même accord presque unanime — en ce qui concerne les changements de gouvernement « ordinaires » ou constitutionnels, voire en ce qui concerne les changements « normaux » mais « inconstitutionnels », certains soutiennent depuis quelque temps qu'il n'en va pas de même lorsque le changement transcende les limites de cette catégorie de changements de gouvernement ou de régime (réguliers ou irréguliers) qui constituent des incidents prévisibles de la vie internationale et dont on peut supposer que les Etats envisagent l'éventualité lorsqu'ils concluent des traités. Selon cette conception, la situation est différente quand le changement transcende lesdites limites et bouleverse entièrement l'ordre social et politique de l'Etat considéré. M. Korovine, professeur de droit international à l'université d'Etat de Moscou, a donné de cette théorie un bon exposé, en ces termes [37]:

> « Tout accord international est l'expression d'un ordre social établi et traduit un certain équilibre d'intérêts collectifs. Tant que cet ordre social subsiste, les traités qui restent en vigueur doivent, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, être scrupuleusement respectés. Mais si, dans la tempête d'un cataclysme social, une classe en remplace une autre à la barre de l'Etat pour réorganiser non pas seulement les liens économiques mais les principes qui régissent la politique intérieure et la politique extérieure, les anciens accords réduits à néant par la révolution dans la mesure où ils reflètent l'ordre antérieur deviennent nuls et de nul effet. Exiger d'un peuple enfin libéré d'nn joug séculaire le paiement de dettes contractées par ses oppresseurs pour le maintenir en esclavage serait contraire à ces principes élémentaires d'équité que toutes les nations se doivent d'observer dans leurs relations mutuelles. Ainsi la doctrine soviétique apparaît-elle dans ce sens comme une

[31] *Op. cit.*, p. 1046 à 1051.
[32] *Ibid.*, p. 1046.
[33] E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. I, reproduction des l. I et II de l'éd. de 1758, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, édit., 1916, l. II, chap. XII, par. 185.
[34] Jules de Clercq, *Recueil des Traités de la France*, t. 4, p. 13 et 15.
[35] *Journal des tribunaux et revue judiciaire*, 1923, p. 582.
[36] John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations, to which the United States has been a Party*, Washington (D. C.), United States Government Printing Office, édit. 1898.
[37] « Soviet Treaties and International Law », dans *American Journal of International Law*, 1928, p. 763.

extension du principe *rebus sic stantibus*, dont le champ d'application serait en même temps limité par une circonstance unique, la révolution sociale.»

Une partie du raisonnement présenté dans ce passage est manifestement inacceptable. Cependant, certaines idées qui l'inspirent méritent un examen sérieux. Commentant cet exposé, les auteurs du projet de Harvard déclarent [38]:

« On ne saurait guère nier qu'il existe une certaine justification à la distinction que les juristes soviétiques et les publicistes cités plus haut font pour ce qui est de leur effet sur les obligations, entre, d'une part, les changements ordinaires de gouvernement ou de constitution qui se produisent normalement au cours de l'évolution politique et constitutionnelle d'un Etat, et, d'autre part, les changements consécutifs à des révolutions violentes qui impliquent non seulement une modification de la structure gouvernementale ou du régime constitutionnel de l'Etat, mais encore une transformation complète de sa structure politique, et même de sa structure économique et sociale, et qui ont pour conséquence l'instauration d'un ordre nouveau avec lequel les traités conclus sous des régimes antérieurs sont en totalité ou en grande partie incompatibles. Toutefois, comme dans le cas d'autres distinctions faites en droit ou en science politique, et dont le principe peut paraître rationnel, l'absence de critères précis permettant de faire le départ entre les deux catégories de changements rend difficile l'établissement d'une règle qui serait équitable et exempte de danger mais qui, en même temps, admettrait des exceptions au principe général selon lequel les changements qui interviennent dans la structure gouvernementale ou le système constitutionnel d'un Etat n'affectent pas ses obligations. Voir sur ce point Charles Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5e éd., Paris, Arthur Rousseau, édit., 1896, t. I, sect. 100.»

La dernière phrase de ce passage fait très bien ressortir les dangers qu'il y a à admettre une exception à la règle générale pour tenir compte de cas de ce genre, dangers qui risquent d'être graves pour l'intégrité et la continuité des traités. Les auteurs du projet de Harvard continuent comme suit [39]:

« Dans ces conditions, il semblerait moins risqué d'adopter une règle énonçant le principe général et de laisser aux Etats dont le gouvernement et le système constitutionnel ont subi des transformations profondes et de vaste portée, comme celles dont il a été question plus haut, et qui ont pour résultat l'instauration d'un ordre nouveau auquel les traités existants cessent d'être applicables, le soin de rechercher par voie de négociation la revision ou l'abrogation des traités, ou de demander l'application de la règle *rebus sic stantibus*, pour se libérer par une procédure régulière et licite de l'obligation de continuer à exécuter les traités.»

Nous nous en tiendrons là pour notre part, nous bornant à ajouter que l'on peut se demander si la doctrine *rebus sic stantibus* s'applique nécessairement si peu que ce soit à un tel cas, compte tenu des principes que nous avons énoncés à propos de cette doctrine dans notre deuxième rapport (1957) [40]. Néanmoins, si l'Etat intéressé est disposé, en invoquant la doctrine *rebus sic stantibus*, à se conformer aux procédures prévues à l'article 23 de la troisième partie du chapitre premier du présent code [41], il serait tout au moins en droit de présenter ses arguments et de demander l'application de ladite doctrine.

32. *Alinéa* b *du paragraphe 2.* — Le principe de l'unicité, c'est-à-dire de l'unité et de la continuité de l'Etat, implique également que, si un traité est violé, il est absolument indifférent que cette violation se soit produite par le truchement de tel ou tel agent de l'Etat, ou bien que tel ou tel organe de l'Etat, soit par commission, soit par omission, l'ait provoquée ou en soit responsable *(sur le plan interne)*. C'est là une question purement interne. Sur le plan international, le résultat est le même: le traité a été violé et l'Etat (qui, internationalement, constitue un tout indivisible) est responsable de cette violation.

33. Ce principe trouve son application la plus nette et la plus fréquente dans le domaine de la législation et dans la manière dont le pouvoir législatif agit ou s'abstient d'agir en ce qui concerne la mise en œuvre du traité. Il sera plus commode d'étudier cet aspect de la question lors de l'examen de l'article 7 ci-après, sous la rubrique de la primauté du droit international sur le droit interne. On observe une application non moins frappante de la règle lorsqu'on envisage l'attitude du pouvoir judiciaire. Sur ce projet, les auteurs du projet de Harvard s'expriment ainsi [42]:

« Dans de nombreux Etats, la jurisprudence ou la pratique obligent les tribunaux à appliquer, et les autorités exécutives à faire respecter, la législation interne de préférence aux clauses conventionnelles avec lesquelles cette législation est incompatible. Si la promulgation d'une législation de cette nature ne peut bénéficier d'une excuse de ce genre, le fait que les tribunaux de l'Etat qui l'a promulguée affirment sa validité infraterritoriale ou que les autorités exécutives l'appliquent, quand leur droit interne les y oblige, ne rend pas plus légitime l'excuse que l'Etat invoque pour la non-exécution de ses obligations conventionnelles. Le droit interne de l'Etat qui s'impose ainsi à ses tribunaux et à ses autorités exécutives est lui-même incompatible avec le principe affirmé ici, à savoir l'obligation pour un Etat de remplir ses engagements conventionnels indépendamment des exigences éventuelles de son droit interne.»

Même aux Etats-Unis, où le Congrès exerce une influence marquée sur la mise en œuvre de traités, des auteurs jouissant d'une grande autorité ont exprimé le même avis.

Ainsi Hyde déclare-t-il [43]:

« Il ne doit faire aucun doute que, si un tribunal américain peut s'estimer obligé d'appliquer une loi votée par le Congrès, si incompatible qu'elle puisse être avec les termes d'un traité en vigueur, il ne diminue en rien, ce faisant, la force de l'obligation contractuelle des Etats-Unis envers l'autre partie ou les autres parties à l'Accord. Le droit pour une nation de

[38] *Op. cit.*, p. 1054.
[39] *Ibid.*, p. 1054.
[40] Voir A/CN.4/107, et notamment art. 21 et 22, ainsi que par. 141 à 179 du commentaire.
[41] *Ibid.*, par. 180 du commentaire.
[42] *Op. cit.*, p. 1035 et 1036.
[43] *Ibid.*, p. 1036.

se libérer des charges d'un contrat doit, dans chaque cas, reposer sur une base plus solide que la disposition de la Constitution relative à la primauté des lois et des traités des Etats-Unis.»

Toutes les opinions contraires se fondent sur l'erreur cardinale qui consiste à traiter l'Etat comme une entité divisible à des fins internationales, erreur qu'il n'est pas rare de voir commettre au gouvernement même de l'Etat qui viole le traité. Ainsi a-t-on vu des gouvernements rejeter toute responsabilité sous prétexte que la violation n'était pas leur fait, mais celui du pouvoir législatif ou judiciaire sur lequel, disaient-ils (et peut-être, sur le plan interne, avaient-ils raison), ils n'avaient, constitutionnellement, aucune autorité. Ils affirmaient donc n'être pas responsables de ce qui s'était produit. Sur le plan interne, il se peut qu'il en soit ainsi. Mais, internationalement, l'imputation exacte de la responsabilité sur le plan interne est une affaire intérieure et sans intérêt. La question de la responsabilité ou du rôle du gouvernement en tant que tel, c'est-à-dire de l'organe exécutif, ne se pose tout simplement pas, car l'*Etat* est responsable. Le gouvernement peut être moralement au-dessus de tout reproche, mais il lui faut, en tant qu'organe exécutif, accepter la responsabilité du fait que le système étatique dans son ensemble n'a pas exécuté des obligations conventionnelles souscrites par l'Etat, et au nom de l'Etat en tant que tel. On ne saurait mieux dire pourquoi toute vue différente est entachée d'erreur que ne l'a fait sir Eric Beckett, qui s'est exprimé dans les termes suivants [44]:

« ... cette argumentation est fondée sur une erreur — erreur qui consiste à imputer la responsabilité internationale au seul gouvernement (qui n'est que l'organe exécutif de l'entité internationalement responsable), au lieu de l'imputer à l'Etat *lui-même*, entité qui comprend l'organe législatif, l'organe judiciaire et même le peuple aussi bien que l'organe exécutif, le gouvernement.»

34. *Alinéa* c *du paragraphe 2.* — Il est inutile d'insister sur cette règle qui est très généralement admise et qui, de plus, découle de celle de la continuité de la personnalité de l'Etat, personnalité qui, selon Hall [45], « est réputée durer tant qu'une fraction du territoire pouvant être considérée comme en constituant la partie essentielle — soit qu'elle contienne la capitale ou le groupement territorial initial, soit qu'elle représente l'Etat en vertu d'une continuité de gouvernement — subsiste ou comme élément résiduel indépendant ou comme noyau d'une structure élargie ». Lorsque la personnalité se perd complètement par suite de modifications territoriales (annexion, fusion, division en deux ou plusieurs Etats, etc.), le problème de la succession d'Etats se pose. L'obligation conventionnelle peut incomber ou ne pas incomber au nouvel Etat ou aux nouveaux Etats considérés, mais c'est là une question qui relève du droit régissant la succession d'Etats et qui n'affecte pas le principe qui fait l'objet de l'alinéa que nous examinons.

35. Il peut, bien entendu, arriver que certaines modifications territoriales rendent littéralement *impossible* toute continuation de l'exécution du traité; mais, dans ce cas, la justification juridique de la non-exécution découlerait de l'impossibilité elle-même et non de la modification territoriale en tant que telle, celle-ci étant s mplement la cause de l'impossibilité.

36. Naturellement, comme l'alinéa l'admet, si l'obligation vise expressément un territoire perdu par suite de la modification, le devoir d'exécuter l'obligation prendra fin. Mais il s'agit là en réalité d'un simple cas particulier d'impossibilité que nous ne croyons devoir mentionner que pour éviter toute équivoque.

Article 7. — Caractère obligatoire des traités : principe de la primauté du droit international sur le droit interne.

37. *Paragraphe 1.* — Ce paragraphe énonce le principe sous sa forme classique dans son application aux traités. Il n'est pas nécessaire d'étudier ici les problèmes philosophiques que posent les relations exactes entre le droit international d'une part et le droit interne de l'autre, pas plus que les théories monistes, dualistes, etc., d'autant plus que malgré les grandes divergences doctrinales qui les séparent, ces théories aboutissent toutes, quoique par des voies différentes, au même résultat pratique, celui qui est énoncé dans l'article 7 [46].

38..« ... ont la primauté et prévalent *internationalement* ... ». Cet article ne veut pas dire qu'en cas de conflit entre une obligation conventionnelle et une loi interne, le droit conventionnel l'emportera nécessairement sur le *plan interne*, en ce sens que le juge devra faire exécuter l'obligation conventionnelle même si cela l'oblige à enfreindre une disposition du droit interne par laquelle il est normalement lié. Cela veut dire que la décision du juge, quelle qu'elle soit, sera *sans effet sur les obligations et la responsabilité internationales de l'Etat.* Si le juge applique effectivement le traité, il n'y aura pas violation d'une obligation internationale. S'il ne le fait pas, la responsabilité de l'Etat sera engagée et ne sera pas atténuée du fait que le juge était fondé à agir de la sorte sur le seul plan du droit interne, car, en l'occurrence, c'est le droit interne qui est lui-même en défaut — et la responsabilité existe de ce fait. Voir à ce sujet les observations que nous avons déjà formulées plus haut aux paragraphes 31 à 33.

39. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe et le paragraphe suivant indiquent les principales conséquences pratiques que l'on peut tirer du principe général énoncé au paragraphe 1. La raison d'être du principe et de ses conséquences dans le domaine des traités a été précisée par le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis qui, à propos de l'affaire Cutting, s'est exprimé en ces termes [47]:

« ... si un gouvernement pouvait faire de son droit interne la pierre de touche de ses obligations internationales et de ses droits internationaux, les règles de droit international seraient privées de toute signi-

[44] « Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale », *Recueil des cours de La Haye*, t. 39 (1932-I), p. 155. Sir Eric Beckett a été conseiller juridique principal du Foreign Office à Londres de 1945 à 1953.

[45] Hall, *op. cit.*, (voir n. 24), p. 22.

[46] Voir à ce sujet les conférences que nous avons faites en 1957 à l'Académie de droit international de La Haye, sect. 41 à 47 (à paraître ultérieurement dans le *Recueil des cours*).

[47] *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, 1887, p. 751; Moore, *A Digest of International Law*, vol. 2, 1906, p. 235.

fication et n'assureraient aucune protection ni aux Etats ni aux individus. On a toujours soutenu — et c'est également l'opinion du Gouvernement des Etats-Unis — qu'un gouvernement ne peut pas invoquer son droit interne lorsqu'il est requis de remplir ses devoirs internationaux. Il se peut que le droit interne aille au-delà ou demeure en-deçà des exigences du droit international, mais dans un cas comme dans l'autre, c'est ce dernier qui détermine les obligations du pays considéré et non le droit interne de ce pays. Ce principe semble maintenant si bien accepté et si généralement admis qu'il ne paraît pas nécessaire de le justifier par des citations ou des précédents.»

Pour montrer comment s'applique le principe général, on peut également mentionner l'affaire bien connue de l'Alabama où il a été décidé que l'absence, dans la législation du Royaume-Uni, de dispositions permettant au gouvernement d'empêcher que des expéditions non neutres ne soient armées et ne quittent le pays en temps de guerre (le Royaume-Uni étant neutre), ne pouvait être opposée à ceux qui accusaient ce pays de violer les règles de la neutralité [48]. Le mémoire des Etats-Unis dans cette affaire énonce comme suit le principe en question [49]:

« Pour ce qui est du droit interne de la Grande-Bretagne, il ne faut pas oublier que, qu'il soit complet ou déficient, il ne constitue qu'un moyen permettant au gouvernement de remplir les obligations internationales qu'il reconnaît ou que lui impose sa situation dans la communauté des nations. L'Etat neutre est tenu d'empêcher toute violation de la neutralité sur son territoire et cela, indépendamment de toutes les dispositions de son droit interne ou local. Le droit interne peut et doit reconnaître cette obligation; mais il ne peut ni la créer ni la supprimer car elle résulte directement du droit international qui interdit d'utiliser un territoire neutre en vue d'opérations de guerre.»

40. Le même principe s'applique non seulement lorsque le droit international est en conflit avec les dispositions ordinaires du droit interne, mais aussi lorsqu'il l'est avec celles de la constitution de l'Etat intéressé; c'est ce qu'a précisé la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du traitement des nationaux polonais à Danzig à propos de laquelle elle s'est exprimée en ces termes [50]:

« Il faut observer ... que ... d'après les principes généraux du droit ... un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur ... en conséquence, la question du traitement des nationaux polonais ou des autres personnes d'origine ou de langue polonaise doit être résolue exclusivement sur la base des règles du droit international et des dispositions conventionnelles en vigueur entre la Pologne et Dantzig.»

La Cour permanente a adopté la même position à l'égard du droit interne dans l'affaire des communautés gréco-bulgares où elle a déclaré ce qui suit [51]:

« ... c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité.»

41. « ... que celles-ci aient été promulguées avant ou après l'entrée en vigueur du traité ... ». « ... non plus par les imperfections, lacunes ... ». Peu importe évidemment — car le résultat pratique est le même, à savoir l'impossibilité d'exécuter l'obligation — que le conflit ait pour origine des dispositions positives et incompatibles de la loi interne ou de la constitution ou qu'il soit en quelque sorte négatif, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de dispositions permettant d'assurer l'exécution du traité sur le plan interne, peu importe également que ces conflits ou imperfections aient existé au moment où le traité est entré en vigueur ou qu'ils aient été créés ou soient apparus ultérieurement.

42. « ... caractéristiques ou particularités du droit, de la constitution ... ». Ces termes sont repris de l'article 23 du projet de Harvard sur les traités, et on en trouvera le commentaire dans les pages 1039 à 1044 du volume pertinent [52]. Dans l'ouvrage en question, le problème est essentiellement étudié du point de vue des caractéristiques des constitutions fédérales; mais il est clair que le principe est d'application générale. Les auteurs du projet de Harvard ont été manifestement d'avis que s'il arrive qu'une constitution fédérale donnée réserve certains pouvoirs aux Etats fédérés de sorte que le gouvernement fédéral ne peut pas intervenir dans le domaine réservé, la fédération n'est pas pour autant exonérée de la responsabilité que lui ferait encourir la non-exécution d'un traité ou de toute autre obligation internationale. En dernier ressort, la constitution peut être modifiée, mais, si elle ne l'est pas, l'Etat doit supporter les conséquences internationales de l'impossibilité fondamentale où il se trouve d'exécuter ses obligations internationales dans certains domaines. Cependant, la plupart des constitutions fédérales confèrent à l'autorité fédérale la direction des relations extérieures de l'Etat, ce qui suppose que les organes législatifs fédéraux peuvent prendre les mesures nécessaires pour contrôler les actes des divers Etats fédérés (ou leur retirer certains pouvoirs) dans le domaine des relations internationales. C'est ainsi que s'appuyant sur l'autorité de certains auteurs des Etats-Unis, les auteurs du projet de Harvard s'expriment en ces termes [53]:

« ... si l'organisation gouvernementale de l'Etat est telle que l'exécution des obligations conventionnelles dudit Etat dépend en partie d'actes des gouvernements des Etats particuliers, le gouvernement national, — s'il a la faculté de remédier à cette situation en retirant aux autorités en question les pouvoirs dont elles disposent en ce qui concerne l'exécution des traités pour les transférer au gouvernement national, — portera également, s'il refuse de le faire, la responsabilité de la non-exécution de toute obligation conventionnelle qui pourra en résulter. Cela semble avoir été admis par les présidents Harrison, McKinley et Roosevelt qui ont insisté pour que le Congrès adopte

[48] Cette affaire a été la cause directe qui a amené le Royaume-Uni à adopter la loi de 1870 dite *Foreign Enlistment Act* en vue d'empêcher la répétition de tels incidents.

[49] *Papers relating to the Treaty of Washington, Geneva Arbitration*, 1872, p. 47.

[50] Publications de la Cour permanente de Justice internationale, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*, séries A/B, nº 44, p. 24.

[51] *Ibid.*, série B, nº 17, p. 32.

[52] Voir n. 15.

[53] *Ibid.*, p. 1043.

des lois permettant aux Etats-Unis de s'acquitter de manière plus efficace de leurs obligations conventionnelles relatives au traitement des étrangers.»

Les auteurs du projet de Harvard citent deux cas à titre d'exemples [54]:

« La Suisse a appliqué ce principe lorsque après être devenue partie à la Convention de Paris du 20 mars 1883 sur la protection de la propriété industrielle — qui n'était pas de la compétence législative de la Confédération — elle a modifié l'article 64 de la Constitution fédérale suisse pour étendre la compétence du gouvernement national à la protection de la propriété industrielle et permettre ainsi à l'Etat d'exécuter les clauses du traité ...

« On peut penser que le Congrès des Etats-Unis a agi conformément au même principe lorsque, à la suite de l'affaire McLeod, il a adopté la loi du 29 août 1842 pour étendre la compétence des tribunaux fédéraux à ce genre d'affaire et empêcher ainsi qu'à l'avenir des conflits puissent se produire avec des pays étrangers à la suite d'incidents qui relevaient antérieurement des tribunaux locaux et non des tribunaux nationaux ».

43. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe a été inséré à cause de l'arrêt rendu récemment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède); il est certain que la Cour n'a pas pu vouloir révoquer en doute le principe de la primauté des obligations conventionnelles sur les dispositions du droit interne, mais sa décision risque d'avoir des conséquences dangereuses pour ce principe, comme sir Hersch Lauterpacht l'a souligné, d'une manière convaincante, dans l'exposé de son opinion dissidente (sur ce point). Sans vouloir examiner tous les faits de la cause, nous pouvons formuler comme suit la question soulevée. Deux Etats ont pu conclure un traité sur un sujet A — par exemple la « tutelle des mineurs » dans le cas des mineurs qui sont ressortissants de l'une des parties et résident sur le territoire de l'autre — et les lois des deux parties sur la tutelle des mineurs peuvent être en elles-mêmes tout à fait conformes au traité. Cependant, il se peut qu'il existe une loi sur un autre sujet B, techniquement différent de A — par exemple la « protection de l'enfance », « la protection de la jeunesse », etc. — et que l'application des dispositions de cette loi ait ou puisse avoir des conséquences opposées à celles que le traité semble comporter. En pareil cas, la partie défenderesse peut chercher à justifier ses actes en disant que le traité n'a pas pu viser à compromettre l'application des lois générales qui ne concernent pas directement le sujet du traité et qui n'ont pas le même objet fondamental. Dans l'affaire de la tutelle des mineurs dont la Cour internationale de Justice a été saisie, on s'était fondé sur une argumentation de ce genre pour confier la tutelle d'un mineur à une certaine personne sur la base de l'élément « protection de l'enfance », alors que si on avait pris en considération l'élément « tutelle » on en aurait investi une autre (comme le traité pertinent semblait à première vue l'exiger).

44. Il est clair que la solution de toutes les affaires de cette nature doit dépendre essentiellement des faits de la cause ainsi que de l'interprétation du traité particulier considéré; nous n'avons pas à nous préoccuper ici de la question de savoir si la décision de la Cour est correcte en elle-même; elle aurait d'ailleurs pu être fondée sur des motifs différents ou justifiée par des motifs différents comme le montrent les opinions individuelles de certains juges. (Voir plus loin par. 47 et 48; voir également n. 56 et 62). Ce genre d'argumentation a cependant des conséquences dangereuses. Il est certain qu'en théorie on peut établir une distinction entre, d'une part, le cas où un Etat élude nettement l'application d'un traité en invoquant les dispositions de sa législation qui concernent en apparence un autre sujet mais n'en conduisent pas moins à la non-exécution du traité et, d'autre part, celui où l'on peut considérer que les parties ont conclu le traité uniquement pour empêcher une mesure donnée (ou au contraire pour l'imposer) dans des circonstances déterminées, mais non nécessairement dans d'autres circonstances. Mais il s'agit là d'une distinction délicate qu'il sera bien souvent difficile d'établir clairement ou d'une manière satisfaisante.

45. Dans l'exposé de son opinion individuelle (mais concordante sur le principal point de l'affaire [56]) sir Hersch Lauterpacht [57] a posé le problème de la manière suivante:

« Si un Etat promulgue et applique une législation qui a pour effet de rendre un traité inopérant en tout ou partie, peut-on dire que cette législation ne constitue pas une violation du traité, pour le motif que cette législation porte sur des matières différentes de celles visées par le traité, qu'elle s'occupe d'une institution différente et qu'elle poursuit un autre but? »

Sir Hersch Lauterpacht a poursuivi en soulignant que la difficulté était augmentée du fait que le conflit entre le traité et la loi en question pouvait être masqué ou qu'on « pouvait le masquer » par ce qui pouvait n'être « rien de plus qu'une différence de classification doctrinale ou législative »; il a souligné en outre qu'« une disposition identique qui fait partie de la loi sur la protection de l'enfance dans un pays donné peut, dans un autre ... rentrer dans les dispositions relatives à la tutelle ». « Il va être démontré, a-t-il ajouté, que ce n'est pas là une simple possibilité théorique [58] ». Sir Hersch Lauterpacht a refusé d'admettre que l'on pût établir une distinction valable du seul fait que le traité et la loi avaient des objets différents si le fond était en pratique le même et il a ajouté que lorsqu'un Etat conclut un traité, « il est fondé à s'attendre que ce traité ne soit ni mutilé ni détruit par des mesures législatives ou autres qui poursuivent un but différent mais qui, en fait, empêchent l'application de tout ou partie du traité » [59]. Il eût donc été correct, à son avis, de considérer qu'« un traité doit s'étendre à toute loi et à toute disposition légale qui entrave, qui contrecarre sa mise en œuvre » [60].

46. Pour préciser ce qui pourrait se produire dans la pratique, sir Hersch Lauterpacht a écrit [61]:

[54] *Ibid.*, p. 1043 et 1044.
[55] *C.I.J., Recueil 1958*, p. 55.

[56] Sir Hersch Lauterpacht a approuvé le dispositif de la décision, c'est-à-dire le rejet de la demande du Gouvernement des Pays-Bas, mais, pour ce faire, il s'est fondé sur l'argument de l'ordre public (voir plus loin par. 48 et 115) que les parties considéraient comme le principal aspect de l'affaire; la Cour n'a cependant pas jugé utile de se prononcer sur ce point.
[57] *C. I. J., Recueil* 1958, p. 80.
[58] *Ibid.*, p. 80 et 81.
[59] *Ibid.*, p. 81.
[60] *Ibid.*
[61] *Ibid.*, p. 81 et 82.

« L'exemple suivant illustrera le problème et les conséquences qui en découlent: les Etats concluent souvent des traités de commerce et d'établissement qui assurent une certaine protection contre les restrictions à l'importation ou à l'exportation des marchandises, l'admission à résidence des étrangers, leurs droits de recueillir des successions, régissent les fonctions des consuls, etc. Quelle est la position d'un Etat qui, ayant conclu un traité de ce genre, découvre que l'autre partie rogne sur les dispositions du traité ou les rend tout à fait inopérantes, l'une après l'autre, en promulguant des lois « touchant des matières différentes », telles que la lutte contre le chômage, la sécurité sociale, le développement de l'industrie et de l'artisanat locaux, la protection de la morale publique en matière d'admission des étrangers, la ségrégation raciale, une réforme de la procédure civile entraînant l'abolition des droits coutumiers de la représentation consulaire, une réforme du code civil modifiant le droit successoral de manière à affecter le droit successoral des étrangers, une loi générale de codification sur la compétence des tribunaux et entraînant l'abolition des immunités accordées par le traité aux navires de commerce appartenant à l'Etat, ou toutes autres lois « poursuivant des buts différents »? Au point de vue de l'autre partie, il n'importe que le traité soit devenu lettre morte par le fait de lois qui ont si évidemment touché la matière à laquelle il se rapporte encore que poursuivant un but différent [62].»

En fin de compte, sir Hersch Lauterpacht a formulé sur le principe les considérations générales ci-après [63]:

« Un Etat n'a pas le droit de réduire ses obligations conventionnelles à propos d'une institution en promulguant dans le domaine d'une autre institution des dispositions ayant pour effet de faire échec au jeu d'un aspect essentiel du traité. Il est gênant d'accepter un principe d'interprétation élaboré aux fins d'un cas particulier qui, si on l'appliquait d'une manière générale, devrait forcément avoir des répercussions graves sur l'autorité des traités ...

« Si l'on commence à fonder l'interprétation des traités sur des distinctions conceptuelles entre des règles de droit effectivement en conflit, mais qui, se plaçant sur des plans différents, ne sont pas, en un certain sens, incompatibles, il pourrait être difficile de limiter les effets de cette façon de faire dans le domaine de la logique et de la classification.»

47. C'est sur l'opinion exprimée par sir Hersch Lauterpacht dans cette affaire que nous nous sommes fondé pour rédiger le paragraphe 3 de l'article 7 de la présente section. S'agissant de la question de principe, cette manière de voir semble tout à fait correcte. Il ne faut pas en déduire qu'il ne peut pas y avoir de cas où l'interprétation d'un traité déterminé puisse donner à penser que ledit traité ne vise pas à limiter la liberté d'action des parties dans certains domaines bien que parfois il puisse en résulter des conséquences différentes de celles qu'aurait comportées la stricte application du traité en l'absence de toute autre considération. (En fait, cet argument semble avoir été le fondement réel des conclusions auxquelles la majorité de la Cour a abouti [64].) Mais ce qui est inadmissible c'est le *principe général* selon lequel — pour reprendre les termes de sir Hersch Lauterpacht (voir par. 46 ci-dessus) — un Etat aurait le droit de « réduire ses obligations conventionnelles à propos d'une institution en promulguant dans le domaine d'une autre institution des dispositions ayant pour effet de faire échec au jeu d'un aspect essentiel du traité ».

48. De même, il peut y avoir des cas, ou des catégories de traités, dans lesquels le droit international ou la coutume internationale suppose que le traité contient une condition qui par sa nature permet même, lorsque certains motifs le justifient, de prendre des mesures qui sans cela eussent été contraires aux *termes exprès de l'instrument* considéré. L'exception d'ordre public qui est nécessairement sous-entendue dans les traités portant sur des sujets de droit international privé (et qui a été invoquée dans un certain nombre d'opinions individuelles à propos de l'affaire de la tutelle des enfants, mais non dans la décision de la Cour elle-même) constitue un cas typique; plus loin, on examinera d'autres cas à propos de l'article 23. Mais, encore une fois, cela n'est pas du tout la même chose que de dire qu'il existe un principe général permettant la non-exécution d'un traité simplement parce que cette non-exécution peut se justifier par l'application d'une loi qui, du point de vue de la classification, se rapporte à un autre domaine ou à une autre institution.

Article 8. — Caractère obligatoire des traités : cas du conflit entre obligations conventionnelles

49. *Paragraphes 1 et 2.* — En principe, un Etat qui devient partie à deux traités contradictoires n'en est pas moins lié par l'un et l'autre. Cela ne signifie pas qu'en pratique il lui sera possible de les exécuter tous les deux, mais que, quel que soit celui des deux qui n'est pas exécuté, la responsabilité internationale de l'Etat se trouve engagée. Quant à savoir lequel des deux traités ne sera pas exécuté, cela dépend des considérations examinées dans un rapport antérieur [65]. En supposant (hors de cette hypothèse il n'y a pas véritablement conflit) que les deux traités ont été conclus avec deux parties différentes, pour chacune de ces deux parties l'autre traité est *res inter alios acta* et chacune d'elles, en vertu du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, a le droit d'exiger l'exécution stricte du traité conclu avec elle ou réparation en cas de non-exécution. Il convient peut-être de préciser que nous n'avons pas jugé nécessaire d'ajouter

[62] Sir Hersch Lauterpacht a fait observer ici que, parmi les lois qu'il venait de mentionner, quelques-unes pouvaient, en raison de leur nature, faire l'objet de certaines exceptions figurant dans les traités ou certaines catégories de traités; cette question est étudiée plus loin à propos de l'art. 23 du présent projet; toutefois, a-t-il ajouté, « l'argument résumé ici ne suit pas la même voie. Il se fonde sur l'allégation d'une différence entre le traité et la loi qui en empêche l'application. »

[63] *C.I.J. Recueil* 1958, p. 83.

[64] Voir les conclusions définitives de la Cour (*C.I.J. Recueil* 1958, p. 71):

« Il apparaît ainsi à la Cour que, malgré leurs points de contact et même malgré les empiétements que la pratique révèle, la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs laisse en dehors de son cadre la matière de la protection de l'enfance et de la jeunesse telle que l'entend la loi suédoise du 6 juin 1924. La Convention de 1902 n'a donc pu créer des obligations à la charge des Etats signataires dans un domaine qui est resté en dehors de ses préoccupations et, dès lors, la Cour ne relève pas, en l'espèce, de manquements à cette convention à la charge de la Suède.»

[65] Voir notre 3e rapport de 1958 (A/CN.4/115), art. 18 et 19 et commentaire y relatif.

quoi que ce soit, ici, à ce que nous avons déjà dit dans nos deuxième et troisième rapports touchant l' « effet » d'un traité ou d'une obligation conventionnelle sur un traité ou une obligation antérieurs, et cela pour deux raisons. Tout d'abord, il s'agit avant tout, dans cette hypothèse, d'une question d'interprétation des deux traités ou des deux obligations conventionnelles en cause. En second lieu (en dehors, naturellement, des cas relevant du présent article), ou bien la seconde obligation met fin à la précédente, soit qu'elle l'annule effectivement, soit qu'elle lui substitue une obligation modifiée, ou bien l'existence de l'obligation antérieure a pour effet d'invalider la suivante. Ces questions des effets que les traités exercent l'un sur l'autre sont donc, ou devraient être, résolues par les articles relatifs à l'extinction et à la validité substantielle. En revanche, il se peut qu'aucun des deux traités ni aucune des deux obligations conventionnelles ne mette fin à l'autre ni ne l'invalide, mais qu'il y ait néanmoins conflit; c'est alors, et alors seulement, que se présentera la situation envisagée dans le présent article.

50. *Paragraphe 2.* — Les alinéas *a* et *b* n'appellent pas d'autres commentaires que ceux que nous avons formulés dans un rapport antérieur [66]. A strictement parler, dans aucun des deux cas il n'y a véritablement conflit. Dans l'un des cas, les parties ont, elle-mêmes, éliminé une des deux séries d'obligations en cause; dans l'autre, l'une des séries d'obligations est rendue nulle et non avenue.

51. *Alinéa* c *du paragraphe 3.* — L'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose que, « en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la Charte et leurs obligations en vertu de *tout autre* accord international, les premières prévaudront ». Comme tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies ont été admis à l'ONU sur cette base — qu'il s'agisse de traités préexistants ou de traités utlérieurement conclus — il faut admettre qu'ils ont aussi accepté que si des obligations conventionnelles, dont d'autres Membres sont tenus à leur égard, sont en conflit avec les obligations que la Charte impose auxdits autres Membres, ces dernières prévaudront; il s'ensuit qu'ils ne peuvent exiger l'exécution du traité et qu'aucun Etat Membre n'engage sa responsabilité à l'égard d'un autre Etat Membre de l'ONU à raison d'une non-exécution de ce genre.

52. A l'égard des Etats non membres, la situation n'est pas exactement la même. Il est clair que, pour l'Etat Membre, les obligations que lui impose la Charte prévaudront sur celles qui résultent pour lui de tout autre traité, même si l'autre partie au traité n'est *pas* membre de l'ONU. Il est plus difficile, cependant, de soutenir qu'en pareil cas, l'Etat Membre n'engage en aucune façon sa responsabilité s'il viole le traité et que l'Etat non membre, partie au traité, ne peut valablement formuler de réclamation sur le plan international. Etant donné le principe *res inter alios acta* et le principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, cette disposition de la Charte ne peut constituer, à l'égard d'un Etat non membre, un motif de violation d'un traité conclu avec lui. L'obligation de la Charte peut prévaloir en ce sens que l'autre traité ne peut être exécuté du fait de l'obligation de la Charte et de l'Article 103, mais il semble que l'Etat Membre sera néan moins tenu de fournir réparatio à l'Etat non membre pour la violation en cause [67].

[66] *Ibid.*

SOUS-SECTION ii. — LIMITES DE L'OBLIGATION CONVENTIONNELLE (CIRCONSTANCES QUI JUSTIFIENT LA NON-EXÉCUTION)

53. L'étendue de l'obligation conventionnelle n'est pas illimitée et l'obligation ne prévaut pas en toute circonstance. Nous avons voulu, dans cette sous-section, grouper les circonstances dans lesquelles la non-exécution d'une obligation conventionnelle serait en principe justifiée. Ces circonstances sont examinées sous les trois rubriques suivantes:

a) Principes généraux et classification;

b) Non-exécution justifiée par des principes généraux du droit;

c) Non-exécution justifiée par un terme ou une condition implicitement contenu dans le traité du fait du droit.

RUBRIQUE *a.* — PRINCIPES GÉNÉRAUX ET CLASSIFICATION

Article 9.—Définition générale de la non-exécution justifiée par application de la règle de droit

54. Cet article a pour objet de préciser que les motifs de non-exécution mentionnés dans la présente sous-section ne découlent pas de tel ou tel terme du traité (et que, par conséquent, ils jouent nécessairement, quels que soient les termes du traité). Il va sans dire que si le traité lui-même prévoit certains motifs de non-exécution ou s'il autorise la non-exécution dans certaines circonstances, la non-exécution pour ces motifs ou dans ces circonstances sera justifiée; mais c'est là une question d'interprétation du traité dont il n'y a pas lieu de s'occuper dans le présent chapitre.

Article 10. — Portée de la présente sous-section

55. Cet article a pour objet d'indiquer clairement que la question traitée dans la présente sous-section, bien qu'elle s'y rattache, est distincte de celle qui concerne les motifs pour lesquels un traité en tant que tel, ou telle ou telle partie d'un traité, peut être considéré, par application de la règle de droit, comme complètement éteint ou suspendu pour une durée indéfinie. Cette dernière question a été examinée ailleurs [68]. La présente sous-section concerne l'hypothèse où le traité lui-même reste en vigueur et envisage les circonstances dans lesquelles sa non-exécution totale ou partielle peut néanmoins être justifiée. C'est pourquoi, alors que les causes d'extinction envisagées dans le rapport portant sur l'extinction des traités (2e rapport, de 1957) visaient une situation permanente ou semi-permanente, à savoir l'extinction complète — ou du moins la suspension indéfinie, soit de l'ensemble du traité, soit de telle ou telle obligation déterminée créée par le traité — la présente sous-section envisage principalement des non-exécutions de caractère temporaire ou *ad hoc*, qui, loin de contenir le moindre élément de permanence, constituent en quelque sorte une « transition » vers une *reprise* de l'exécution aussitôt que la circonstance justi-

[67] Voir la même conclusion énoncée au par. 85 du commentaire dans notre 3e rapport de 1958 (A/CN.4/115).

[68] Voir notre 2e rapport, de 1957 (A/CN.4/107), art. 16 à 23 et commentaire y relatif.

fiant la non-exécution aura disparu. C'est en cela que réside la véritable différence entre les « motifs de non-exécution » et les « causes d'extinction », différence qui exige que les deux questions soient traitées séparément malgré l'étroite analogie qui existe entre elles.

56. Malgré ces considérations, nous avons jugé bon de retenir deux cas dans lesquels, par la nature des choses, la non-exécution sera permanente et l'obligation sera pratiquement éteinte ou rendue caduque (sous réserve, dans un cas, des règles relatives à la succession d'Etats). Ces cas font l'objet des articles 21 et 22 ci-après. Nous les avons déjà fait figurer dans les articles sur l'extinction (voir n. 68), bien que l'un d'eux n'y ait peut-être pas été tout à fait à sa place. Nous les avons repris ici pour pouvoir les distinguer des cas — superficiellement semblables — qui se présentent à propos de la validité substantielle, examinée dans notre troisième rapport (1958) [69]. Sur ce point, nous prions le lecteur de se reporter au commentaire relatif aux articles 21 et 22. (Le plan adopté pour toute cette matière demandera peut-être à être remanié.)

57. En revanche, l'article 23, qui peut aussi donner lieu à des situations semi-permanentes de non-exécution, met en jeu des considérations d'un autre ordre, et il a fallu le faire figurer dans la présente sous-section.

Article 11. — Classification

58. Dans cet article, nous avons essayé d'énoncer, sous une forme générale, en les groupant par grandes catégories, les circonstances dans lesquelles la non-exécution d'une obligation conventionnelle peut être justifiée. Le *paragraphe 1* ne fait guère que répéter sous une forme plus analytique l'article 9, dont le commentaire figure plus haut, au paragraphe 54.

59. *Paragraphe 2.* — La distinction que ce paragraphe établit entre circonstances *ab extra* et circonstances *ab intra*, justifiant la non-exécution, est peut-être ambiguë. A strictement parler, les unes et les autres jouent *ab extra*, puisqu'elles ne résultent ni les unes ni les autres d'un *terme du traité* permettant expressément la non-exécution, ni même d'un terme du traité qui pourrait être interprété comme permettant implicitement la non-exécution. Les motifs en question sont soit des motifs généraux de droit justifiant la non-exécution, qui n'ont rien à voir avec le traité, soit des conditions qui, par application générale de la règle de droit, doivent être réputées inscrites dans le traité même si ce dernier ne contient aucun terme qui les stipule formellement ni même les implique. Tous ces motifs sont examinés sous la rubrique *b* de la présente sous-section.

Article 12. — De certaines considérations générales applicables dans tous les cas où est invoqué un droit de non-exécution par application de la règle de droit

60. Quel que soit le motif de la non-exécution et de quelque manière qu'il surgisse, s'il s'agit d'un motif prévu dans la présente sous-section, ses effets seront toujours régis par un certain nombre de considérations de même nature.

Paragraphe 1. — Ce paragraphe n'exige aucune explication. Il est évident qu'aucun motif de non-exécution, si justifié qu'il puisse être par ailleurs par des considérations juridiques d'ordre général, ne peut être invoqué si le traité lui-même l'exclut expressément. Au surplus, de même qu'en cas de guerre, certains traités sont expressément conclus pour être appliqués en période de guerre ou d'hostilités (Conventions de La Haye, de Genève, etc.) — et ne sont donc manifestement *pas* soumis à ce qui pourrait être, normalement, l'effet extinctif ou suspensif de la guerre sur les traités — de même certaines obligations conventionnelles peuvent être expressément conçues pour s'appliquer à certaines des situations envisagées dans la présente sous-section.

61. *Paragraphe 2.* — Certains motifs de non-exécution, tels que l'impossibilité d'exécuter, ne laissent aucun choix; mais dans la plupart des cas, ils résultent de circonstances qui offrent à la partie intéressée la *faculté* de ne pas exécuter, et cette partie peut décider de faire ou non usage de cette faculté. Cela étant, il semble que ladite partie doive exercer cette faculté dans un délai raisonnable. Si elle ne le fait pas, elle sera réputée avoir accepté la situation qui avait donné naissance à cette faculté et considérer qu'elle n'affecte pas son obligation de continuer à exécuter intégralement le traité. Naturellement, ce principe ne peut pas être invoqué par une autre partie au traité qui n'exécuterait pas les obligations que lui impose le traité.

62. *Paragraphe 3.* — Le principe dont il s'agit est le même, *mutatis mutandis*, que celui qui a déjà été examiné dans un rapport précédent à propos des causes d'extinction des traités. Pour plus de détails, on peut se reporter à notre deuxième rapport, de 1957 (A/CN.4/107), paragraphe 91 du commentaire.

63. « ... (à moins que cet acte ou cette omission soit à la fois nécessaire et licite) ... ». Il s'agit là d'une question assez délicate qui n'a peut-être pas été réglée de façon tout à fait satisfaisante dans le rapport antérieur auquel nous avons renvoyé. Certains actes qui sont la cause partielle de la circonstance considérée peuvent n'avoir rien d'illicite, mais peuvent être inutiles et tels qu'ils auraient pu être évités. En revanche, aucun acte *illicite* ne saurait être « nécessaire ». Par conséquent, c'est seulement lorsqu'il peut être prouvé que l'acte en question (lorsqu'il existe) était à la fois licite *et* nécessaire qu'il n'empêchera pas la partie intéressée d'invoquer le motif de non-exécution considéré.

64. *Paragraphe 4.* — Il suffit ici de renvoyer au commentaire relatif à l'article 16, paragraphe 5, dans notre deuxième rapport, de 1957 (A/CN.4/107, par. 92 du commentaire).

RUBRIQUE *b*. — NON-EXÉCUTION JUSTIFIÉE *ab extra* PAR L'APPLICATION D'UNE RÈGLE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL

Article 13. — Acceptation de la non-exécution par l'autre partie ou les autres parties

65. Cet article et les articles 14 à 19 inclus traitent des motifs de non-exécution fondés sur les principes généraux du droit et ne se rapportant pas au traité considéré. L'article lui-même n'exige aucune explication car il est évident que si la non-exécution n'est pas justifiée à l'origine, son acceptation par l'autre partie ou les autres parties intéressées suffit à la légitimer. Toutefois, comme il est dit au paragraphe 2, pour avoir cet effet, l'acceptation doit être claire et sans équivoque et indiquer que l'autre partie ne se borne pas à tolérer

[69] Voir n. 22.

la non-exécution en ne demandant pas réparation et en s'abstenant de prendre des contre-mesures ou de se prévaloir des moyens d'action dont elle dispose. Toutes ces diverses formes d'abstention n'impliquent pas que l'autre partie ait consenti en aucune façon à la non-exécution. Il faut donc que l'acceptation soit telle qu'elle équivaille, pour l'autre partie, à consentir à ce que l'exécution n'ait pas lieu.

Article 14. — Impossibilité d'exécution

66. *Paragraphes 1 et 2.* — En ce qui concerne ces deux paragraphes, il suffira de renvoyer, *mutatis mutandis*, aux paragraphes 98 à 100 du commentaire qui figure dans notre deuxième rapport et qui traite de l'impossibilité en tant que cause d'extinction du traité, à ceci près, bien entendu, que, par hypothèse, on n'exigera pas en l'espèce que l'impossibilité ait le caractère permanent et irrémédiable qui lui est nécessaire pour constituer une cause d'extinction.

67. « L'impossibilité temporaire ou *ad hoc* d'exécution... ». Une impossibilité permanente mettrait naturellement fin pour toujours au traité ou à l'obligation considérée. Le cas envisagé ici est donc nécessairement celui d'une impossibilité temporaire justifiant une non-exécution momentanée. C'est le cas d'ailleurs de tous les motifs de non-exécution examinés dans le présent rapport — du moins de tous ceux qui sont visés sous la rubrique *a* de la présente sous-section (voir plus haut par. 55 à 57). Cette idée (qui, bien qu'exposée à propos de la force majeure — c'est-à-dire de l'impossibilité —, s'applique en réalité à tous les motifs de non-exécution examinés sous la présente rubrique), est parfaitement mise en lumière dans le passage suivant de Rousseau [70]:

> « Il ne faut pas confondre avec les causes d'*extinction* des traités la force majeure, qui peut mettre obstacle à l'*exécution* d'un traité. Cette distinction est d'ailleurs faite aussi bien par la doctrine que par le droit conventionnel. D'une part, le professeur Scelle (*Précis*, II, p. 419) distingue nettement l'impossibilité d'exécuter de la caducité. D'autre part, la Convention du 20 février 1928 sur les traités, adoptée à La Havane par la sixième Conférence panaméricaine, traite en deux articles distincts de la force majeure (art. 14) et de la clause *rebus sic stantibus* (art. 15).
>
> « En droit international, l'effet de la force majeure sera d'exonérer l'Etat de la responsabilité qui, normalement, lui incomberait pour inexécution du traité. La force majeure disparue, l'obligation d'exécuter réapparaîtra — ce qui prouve bien que le traité subsiste.»

68. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe s'explique par la nature même de l'exception *rebus sic stantibus*. Il est évident que cette exception ne sera probablement jamais (et ne devrait certainement pas) être opposée à propos d'une clause d'un traité qui n'est pas essentielle. Il s'ensuit que s'il existe de bonnes raisons d'invoquer l'exception *rebus sic stantibus*, ce seront des raisons qui entraîneront l'extinction complète du traité. Le principe selon lequel l'exception *rebus sic stantibus* ne peut être opposée qu'à propos d'un point essentiel pour le maintien en vigueur du traité a déjà été mis en lumière et examiné à propos des articles 21 à 23 de la troisième partie du chapitre premier du code [71]. Un changement de circonstances intéressant une obligation conventionnelle qui n'est *pas essentielle au traité* considéré ne peut guère constituer en soi un changement de circonstances essentiel du genre qu'exige l'application du principe *rebus sic stantibus;* il faut donc en conclure que ce principe ne s'applique pas en cas de non-exécution d'une obligation conventionnelle déterminée, sauf s'il s'agit d'une obligation essentielle et, dans cette hypothèse, le principe *rebus sic stantibus*, s'il s'applique, aura pour effet d'éteindre le traité. Il est vrai que des obligations secondaires peuvent devenir périmées. Mais l'acquiescement des parties ou la désuétude pourront amener leur extinction ou justifier leur inexécution, et il semble inutile de prévoir des dispositions spéciales pour de tels cas.

69. Nous nous sommes aussi demandé si l'hypothèse qui constitue le cas v prévu dans l'article 17 des articles relatifs à l'extinction des traités [72], à savoir la disparition complète de la raison d'être du traité ou de l'obligation conventionnelle, devait être aussi envisagée dans la présente sous-section. Il est parfaitement possible, évidemment, qu'un traité reste en vigueur dans son ensemble, mais que certaines de ses dispositions deviennent périmées ou inapplicables. On peut citer comme exemple le cas déjà envisagé à un autre propos, au paragraphe 29 du présent commentaire — c'est-à-dire le cas où certaines dispositions d'un traité tiennent au fait que les parties ont une forme monarchique de gouvernement et où lesdites parties deviennent des républiques par la suite. Il semble cependant que, normalement, le principe de l'impossibilité d'exécuter s'appliquerait alors, et que, de toute façon, il y aurait extinction ou disparition totale de l'obligation considérée plutôt que simple non-exécution proprement dite, de sorte que la question de la simple non-exécution ne se poserait pas ou serait sans intérêt. Il ne semble donc pas nécessaire de retenir cette hypothèse dans le présent contexte.

Article 15. — Légitime défense militaire

70. Le cas envisagé ici, celui de la non-exécution temporaire d'une obligation conventionnelle donnée pour des raisons de légitime défense militaire, est différent de celui de l'extinction ou de la suspension de l'ensemble d'un traité en raison d'une guerre ou d'hostilités, situation que nous avons étudiée ailleurs [73]. La guerre n'éteint ni ne suspend nécessairement tous les traités ou toutes les obligations conventionnelles et, lorsqu'elle le fait, il en résulte soit une extinction complète, soit une suspension pour la durée des hostilités. Ce que nous envisageons ici, c'est le cas d'une non-exécution précise et d'un caractère plus ou moins *ad hoc* d'une obligation déterminée imposés par un traité — qui, par ailleurs, subsiste — et cela pour des raisons de légitime défense. En l'occurrence, nous supposons donc que le traité reste pleinement en vigueur et, en principe, pleinement exécutoire, et nous envisageons les circonstances dans lesquelles, pour des raisons de légitime défense, il pourrait être possible de ne pas exécuter momentané-

[70] Charles Rousseau, dans *Principes généraux du droit international public*, Paris, éd. A. Pédone, 1944, vol. I, p. 365.

[71] Voir A/CN.4/107, par. 141 à 180 du commentaire.

[72] *Ibid.*, par. 101 à 103 du commentaire.

[73] *Ibid.*, par. 106 du commentaire.

ment une obligation déterminée prévue par le traité ou éventuellement toutes les obligations stipulées dans le traité. Il convient peut-être de préciser que ce cas est aussi, en principe, distinct de celui de l'impossibilité d'exécuter, bien qu'en pratique cette impossibilité puisse exister.

71. *Paragraphe 1.* — Nous ne pensons pas que ce que l'on appelle la « nécessité », et dont on a dit parfois qu'elle était un motif général justifiant la non-exécution d'obligations conventionnelles, puisse être considérée (envisagée comme correspondant à une catégorie de cas) comme un motif valable de non-exécution. En d'autres termes, *le seul genre de nécessité qui emporte justification* est la légitime défense militaire. C'est à dessein que nous avons utilisé le terme « militaire », afin d'exclure d'autres situations à propos desquelles on a utilisé récemment l'expression de « légitime défense », notamment les cas de « légitime défense économique » ou de « légitime défense idéologique ». Certains de ces facteurs peuvent constituer des motifs qu'une partie pourrait invoquer pour mettre fin au traité par un moyen légitime; dans certains cas aussi, ils peuvent créer une situation dans laquelle l'exécution est impossible, ou donne lieu à l'application du principe *rebus sic stantibus*, et, par là, provoquer ou justifier peut-être l'extinction du traité conformément aux principes énoncés dans un rapport antérieur; mais, tant que le traité subsiste, ces facteurs ne constituent pas, en général, des motifs de ne pas exécuter les obligations qui découlent du traité. Le cas de légitime défense militaire est différent en principe, pourvu que les conditions énoncées aux alinéas *a* à *d* soient remplies.

72. Ces conditions n'appellent aucune explication. Celle qui est indiquée à l'alinéa *b* est nécessaire si l'on veut éviter qu'une opération ne présentant pas vraiment les caractères d'une mesure de légitime défense militaire ne serve de prétexte à la non-exécution d'obligations conventionnelles.

73. Le *paragraphe 2* s'explique de lui-même. Comme nous l'avons déjà indiqué à propos des articles 10 et 14 (par. 55 à 57 et 66 à 69 plus haut), ce principe est essentiel au genre de non-exécution qui n'empêche pas l'obligation de subsister fondamentalement et qui est envisagé dans la présente partie du code.

74. Le *paragraphe 3* est le corollaire du paragraphe 2, alinéa *a*. Sauf dans le cas de l'exception mentionnée, il semble qu'une simple menace, qui peut ou non se concrétiser, ne constitue pas une justification suffisante et que seules des opérations effectives, ou la menace évidente d'opérations imminentes (des opérations « en route », en quelque sorte) puissent justifier la non-exécution de l'obligation par ce motif.

75. Peut-être convient-il de préciser ici que le cas auquel nous songeons surtout dans cet article est celui où l'autre partie au traité n'est pas elle-même l'auteur des opérations militaires nécessitant la non-exécution ou n'y est pas elle-même intéressée. S'il en était ainsi, la non-exécution serait très probablement justifiée non seulement par ce motif, mais encore par certaines autres mentionnés dans la sous-section (par exemple les représailles). Ou encore, le cas relèverait vraisemblablement des règles relatives à l'effet de la « guerre » (y compris les hostilités) sur les traités — voir plus haut paragraphe 70 et note 73.

Article 16. — Troubles civils

76. Cet article n'exige pas de commentaire plus détaillé que celui qui accompagne l'article 15. Il convient de dire quelques mots cependant du principe en cause. La plupart des auteurs n'en parlent guère; mais lord McNair, dans son ouvrage sur les traités [74], mentionne cette éventualité et cite, pour en donner des exemples (ainsi d'ailleurs qu'à propos du principe général énoncé plus haut à l'article 15), un certain nombre d'opinions de légistes de la Couronne d'Angleterre. Ainsi, dans une consultation donnée le 6 février 1835 par l'avocat du Roi [75] (le célèbre jurisconsulte et internationaliste de la Cour d'amirauté John Dodson), on trouve l'opinion suivante [76]:

> « Je me permettrai toutefois d'ajouter que, dans le cas particulier d'une succession au trône contestée et d'une guerre civile, l'Espagne peut être justifiée, par la nécessité de veiller à sa sécurité et à sa conservation, à édicter des règlements intérieurs prohibitifs applicables aux navires britanniques de même qu'à ceux de toutes les nations étrangères amies, mais pas nécessairement à ses propres navires dans certains ports, aucun pays n'étant tenu d'observer un traité de commerce dans des circonstances qui rendent le respect de ce traité incompatible avec sa sécurité.»

Dans une note ajoutée à cette citation, lord McNair exprime des doutes quant aux conséquences possibles de cette opinion [77]:

> « Les termes employés sont dangereusement analogues à ceux qu'ont utilisés certains auteurs pour exposer la théorie *rebus sic stantibus*. Mais la suspension temporaire d'un traité de commerce en vue de faire face à une rébellion se rattache à un autre ordre d'idées.»

Nous serions nous-mêmes enclin à contester le recours à la notion de « sécurité », à la fin de la consultation de Dodson. Manifestement, ce qui était en cause (il s'agissait uniquement d'une guerre civile), ce n'était pas la sécurité de l'Etat en tant que tel (entité internationale et partie au traité), mais celle du gouvernement ou d'un régime déterminé. Cela ne peut donc guère servir de fondement à un droit de ne pas exécuter un traité par ailleurs applicable. Lord McNair le fonde sur une condition dont le droit international présumerait l'existence implicite dans tous les traités, et l'applique aux cas

---

[74] Arnold Duncan McNair, *The Law of Treaties, British practice and opinions*, Clarendon Press, Oxford, 1938.

[75] L'avocat du Roi (ou de la Reine), en Angleterre, faisait partie d'un organisme connu sous le nom de « Doctors' Commons », dont les membres étaient instruits (et étaient docteurs) en droit civil plutôt qu'en *common law*. On avait l'habitude de les appeler « les civilistes » ou « les docteurs ». Leur spécialité était le droit canon, les successions, et le droit maritime et international. Le Doctors' Commons, fondé au XVI^e siècle, a subsisté jusqu'à sa suppression, par une loi du Parlement, en 1857, époque à laquelle ses fonctions ont été intégrées dans l'organisation judiciaire générale du pays. Dans la préface à ses *International Law Opinions* (Cambridge, 1956, 3 vol.), et dans l'allocution qu'il a prononcée devant la Grotius Society, « The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians » (*Transactions of the Grotius Society*, vol. 39, 1953), lord McNair a montré combien souvent, au cours des siècles, la Couronne et ses conseillers en matière exécutive ont fait appel aux avis du Doctor's Commons sur des questions de droit international.

[76] McNair, *op. cit.*, p. 236.

[77] *Ibid.*

de ce genre (c'est-à-dire qu'il rangerait ce cas parmi ceux que vise la rubrique *b* de la présente sous-section). Le problème peut certainement être considéré sous cet angle; mais nous estimons qu'il y a des raisons de donner à cette exception un statut plus objectif, d'en faire une règle de droit indépendante plutôt qu'une condition que le droit considère comme implicite (dans le traité). Le cas présente une analogie étroite avec celui de la légitime défense (voir plus haut art. 15). Le gouvernement n'est pas l'Etat; mais s'il est le gouvernement légitime, il représente l'Etat et il a seul le droit de le faire. Il a le droit de se défendre contre les tentatives anticonstitutionnelles visant à le renverser, et aucun gouvernement ne peut gouverner sans le droit — qu'il a de plein droit — de réprimer les émeutes et les troubles civils. On conçoit donc que, si cela se révèle indispensable pour l'exercice de ce droit, les obligations conventionnelles doivent temporairement (mais temporairement seulement) et sous réserve, *mutatis mutandis*, des mêmes conditions que celles qui sont mentionnées à l'article 15, passer au second rang.

Article 17. — De certaines autres situations exceptionnelles

77. *Paragraphes 1 et 2.* — Bien que, comme nous l'avons dit, nous n'estimions pas pouvoir faire figurer la notion générale de « nécessité » parmi les motifs qui justifient la non-exécution d'une obligation conventionnelle, nous devons constater que l'on estime généralement qu'outre les cas énumérés aux articles 15 et 16, les catastrophes naturelles (ou, selon la terminologie juridique anglaise, les catastrophes résultant d'*acts of God*) telles que les ouragans, tremblements de terre, éruptions volcaniques, etc. peuvent justifier la non-exécution d'une obligation conventionnelle. Certains de ces cas peuvent donner lieu à une impossibilité, permanente ou temporaire, mais il faut toujours une quasi-impossibilité, matérielle ou morale, pour que la non-exécution soit justifiée. Le *paragraphe 2* est destiné à fournir les critères nécessaires.

78. Ce cas est aussi envisagé par lord McNair [78], qui cite une consultation donnée le 29 août 1866 par lord Phillimore (alors sir Robert Phillimore) en sa qualité d'avocat de la Reine au sujet d'une interdiction frappant, en période de famine, l'exportation de céréales des provinces turques (à cette époque) de Moldavie et Valachie. La consultation contient le passage suivant [79]:

> « Qu'un traité de commerce comme celui qui existe entre Sa Majesté et le Sultan (signé à Kanlidja le 29 avril 1861) n'empêche pas un des Etats contractants d'interdire, en période de famine, l'exportation de denrées agricoles du pays nécessaires à la subsistance de la population, est un principe de droit international dont on peut dire qu'il est bien fondé en raison et établi par l'usage des Etats (Vattel L.2; c.12; s.179). Il ressort de la lettre de M. le consul Green (Bucarest, le 13 août, nº 24) que ces principautés souffrent effectivement d'une disette de céréales — maïs, orge et millet — et la première de ces denrées constitue, dit-on, le principal de l'alimentation de la population.
>
> « Si telle est véritablement la situation, je suis d'avis que le gouvernement de ces principautés était fondé à interdire, pour la durée de la disette, l'exportation de ces céréales. Je suis d'avis en outre que l'on ne saurait conseiller au Gouvernement de Sa Majesté d'exiger, comme un droit, que les contrats portant sur ces céréales et conclus par des marchands britanniques avec des négociants des principautés avant la promulgation de l'ordonnance soient soustraits aux dispositions de cette dernière et que l'exportation des quantités de grain déjà vendue soit autorisée [80].»

Lord McNair cite également, pour illustrer le même principe, une consultation assez semblable concernant l'interdiction d'importer du bétail pour des motifs de santé publique. Nous avons toutefois préféré considérer ce cas comme un exemple du principe énoncé à l'alinéa *c* de l'article 23 de la présente sous-section. Le droit pour un pays d'appliquer ses règlements ordinaires de quarantaine, même s'ils semblent en conflit avec les termes d'un traité de commerce, en est venu à être considéré comme une exception implicite ou une condition figurant implicitement dans les traités de commerce considérés comme une catégorie; au contraire, une situation exceptionnelle due à la famine semble plutôt mettre en jeu des principes de droit objectifs étrangers au traité. Mais il est certain que la distinction peut paraître subtile.

79. Le *paragraphe 3* n'appelle pas de commentaire.

80. Le *paragraphe 4* vise à souligner le fait que, malgré les circonstances, la simple difficulté d'exécuter l'obligation conventionnelle ne constitue pas en soi un motif justifiant la non-exécution.

Article 17 bis. *— Non-exécution préalable par une autre partie*

81. Les raisons pour lesquelles aucun article relatif à cette question n'est inclus pour le moment à la rubrique *b* de la présente sous-section sont exposées plus loin au paragraphe 102, à propos de l'article 20, rubrique *c*, qui contient des dispositions à ce sujet.

Article 18. — Non-exécution à titre de représailles légitimes

82. *Paragraphe 1.* — Cet article a traité une question extrêmement délicate. Avant de l'examiner, il convient, pour éviter toute ambiguïté, de signaler que — comme l'indique le premier paragraphe de l'article — le cas envisagé n'est pas celui de l'application de la simple condition de réciprocité qui, normalement, est réputée figurer dans tous les traités, sauf ceux qui rentrent dans certaines catégories spéciales [81], et en vertu de laquelle, si une partie n'exécute pas une obligation conventionnelle des types « réciproque » ou « interdépendant »[82], l'autre partie est dispensée *pro tanto* de s'en acquitter à l'égard de cette partie (et, en tout état de cause, la première partie ne peut, dans ce cas, légitimement se plaindre si sa propre non-observation préalable du

[78] *Op. cit.* dans la n. 74.
[79] McNair, *op. cit.*, p. 240.
[80] Sir Robert Phillimore poursuivait en disant que, pour les quantités en question, il pouvait y avoir lieu à indemnité.
[81] Voir par. 3, alin. *e*, de l'art. 18.
[82] Ces termes sont expliqués à l'art. 19, ainsi que dans le commentaire y relatif dans notre 2e rapport, de 1957 (A/CN.4/107).

traité a cette conséquence). Ce cas est couvert par l'article 20 de la présente sous-section. On peut évidemment le considérer comme un cas de « représailles », car il s'agit bien de représailles en un certain sens. Le droit invoqué semble cependant prendre sa source non pas tant dans le principe du droit international général concernant les représailles proprement dites que dans la condition normale de réciprocité qui est implicite dans les relations conventionnelles et qui est juridiquement réputée figurer dans tous les traités prévoyant des droits et obligations réciproques ou mutuellement interdépendants. Il semble donc préférable d'agir de la sorte, en se réservant d'appliquer la notion de représailles dans les cas auxquels la règle de réciprocité ne serait pas applicable.

83. « ... où [l'application de la règle de réciprocité] ... ne fournirait pas une réparation adéquate ou serait irréalisable... ». L'application du principe de « réciprocité » n'est possible et efficace que pour certains types de traités. Elle joue surtout dans les cas où la violation du traité est de caractère négatif, c'est-à-dire consiste en la simple non-exécution de certaines stipulations du traité. Ainsi, si un Etat A refuse à un Etat B certaines concessions douanières mutuelles prévues par un traité, l'Etat B peut opposer un refus équivalent à l'Etat A (un tel refus suffit habituellement). Mais de nombreuses violations de traités n'entrent pas dans cette catégorie. Par exemple, si un traité prévoit notamment qu'un Etat A versera à titre d'indemnité certaines sommes d'argent à un Etat B, et si A ne verse pas ces sommes, B peut se trouver dans l'impossibilité d'appliquer des mesures analogues parce qu'il ne doit faire aucun versement particulier à B, ni en vertu du traité, ni à aucun autre titre, si bien que pour être efficace la contre-mesure doit revêtir une autre forme. Ou encore, si A, contrairement à une disposition d'un traité, nationalise ou exproprie des biens appartenant à B ou à ses ressortissants et situés sur le territoire de A, il peut être théoriquement *possible*, mais en fait absolument *irréalisable*, que B prenne des mesures analogues à l'égard de biens appartenant à A ou à ses ressortissants et situés sur le territoire de B: en effet, A ou ses ressortissants peuvent n'avoir aucun bien sur le territoire de B, ou seulement des biens d'une valeur infiniment inférieure à celle des biens que B ou ses ressortissants possèdent sur le territoire de A.

84. Il est donc évident que — sous réserve des garanties contre les abus prévues aux paragraphes 3 et 4 de l'article — les moyens d'action que la partie lésée peut utiliser doivent [83], pour être efficaces, comporter la possibilité de prendre dans certains cas des mesures impliquant non pas une non-exécution ou une violation exactement correspondante du traité en question, mais une non-exécution ou une violation d'une autre disposition du traité, ou peut-être même d'un traité différent [84]. Dans cette hypothèse il faudrait invoquer le principe des représailles, et c'est le cas que nous envisageons dans le présent article.

85. Sous réserve des règles absolument impératives du droit international relatives à l'emploi illicite de la force, à des fins d'agression ou à d'autres fins, on ne saurait mettre en doute le droit général d'exercer des représailles légitimes, c'est-à-dire des représailles limitées par un certain nombre de conditions: les mesures prises doivent être en rapport avec l'acte ou l'omission qui les provoque, elles doivent être proportionnées dans leurs effets au préjudice causé — elles ne doivent pas, en tout cas, être manifestement sans rapport avec ce préjudice — et elles doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour obtenir réparation. Sous réserve qu'elles remplissent ces conditions, les représailles sont, par exemple, selon Oppenheim [85]:

> « ...admissibles non seulement, comme l'affirment certains auteurs, en cas de déni de justice, de lenteurs judiciaires ou de tout autre traitement défavorable infligé à un ressortissant étranger et contraire au droit international, mais dans tous les autres cas de délit international dont l'Etat lésé ne peut obtenir réparation par voie de négociation ou par tout autre moyen amiable, qu'il s'agisse de non-exécution d'une obligation conventionnelle, d'atteinte à la dignité d'un Etat étranger, de violation de la souveraineté territoriale d'un Etat étranger ou de tout autre acte illicite sur le plan international.»

Rousseau [86] reconnaît lui aussi que le droit d'exercer des représailles (sous réserve des mêmes garanties) peut s'appliquer au cas de violation d'un traité, mais il en renvoie l'étude à un volume ultérieur portant sur la question générale des voies de droit, du recours à la force, etc. [87]. Hyde [88] admet aussi la pratique des représailles, tout en inclinant pour des raisons historiques à la limiter aux cas de confiscation ou de saisie de biens étrangers par mesure de représailles. D'autres auteurs [89] reconnaissent la doctrine des représailles tout en la considérant également dans certains cas, et à juste titre, comme la conséquence d'une organisation insuffisante de la société internationale. Guggenheim [90] écrit par exemple:

> « Etant donné que le droit international coutumier ne connaît pas de différenciation des fonctions, c'est là la seule possibilité pour le sujet de droit lésé de réagir contre le tort qui lui est fait. Il n'a à sa disposition que des actes qui, s'ils ne constituaient pas une sanction — c'est-à-dire s'ils n'étaient pas l'expression d'une fonction de protection juridique — devraient être considérés comme une violation du droit.»

Dans une note relative à ce passage, Guggenheim ajoute: « C'est Kelsen qui, le premier, a défendu la théorie exacte dans « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1932, 571/55.» Il poursuit [91]: « Les représailles peuvent con-

---

[83] Etant donné que les institutions internationales sont peu développées, le droit international doit, pour le moment, continuer à admettre, sous réserve des règles relatives à l'emploi de la force, telles possibilités limitées pour la partie lésée de recourir à certains moyens d'action pacifiques.

[84] On n'entend pas, bien entendu, sanctionner par là les actes de violation gratuits.

[85] L. Oppenheim, *International Law : A Treatise*, vol. II, 8e éd., revue par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green and Co., édit., 1955, p. 136 et 137.

[86] *Op. cit.* à la n. 70 ci-dessus, p. 371.

[87] Oppenheim procède à la même classification.

[88] Charles Cheney Hyde, *International Law, chiefly as interpreted and applied by the United States*, 2e éd. revue, Boston, Little, Brown and Company, édit., 1947, vol. II, p.1660 et suiv.

[89] Outre les auteurs mentionnés ou cités dans le texte, on peut signaler Rivier, Heffter, Wheaton, etc.

[90] Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, Georg et Cie, S. A., Genève, 1953, t. II. p. 84 et 85.

[91] *Ibid.*, p. 86.

sister en n'importe quel acte présentant en soi le caractère d'actes contraires au droit international, sauf en ceux qui consituent des actes de guerre.» Il entend par là évidemment des actes qui seraient illicites s'ils ne se justifiaient pas en tant que représailles répondant à un acte illicite préalable; l'auteur précise clairement qu'on ne peut y recourir légitimement que sous réserve de certaines conditions. Spiropoulos, après avoir mentionné les mêmes conditions, dit également [92]: « La suspension d'une obligation internationale à titre de représailles, bien que certainement contraire au droit, ne constitue pourtant pas, en elle-même, un acte *illicite*.»

Hall, en étudiant les moyens d'action « auxquels il est licite de recourir », mentionne les représailles à titre d'exemple et termine ainsi l'énumération des mesures en quoi elles peuvent consister «... ou, enfin, la suspension de l'application des traités »[93]. De même Verdross [94] déclare:

> « Par représailles, on entend une dérogation au droit [international] par un Etat qui a été lésé dans ses droits internationaux, dont le seul but est d'amener l'Etat qui a pris cette attitude illicite à son égard, soit à réparer le préjudice causé, soit à s'abstenir de nouveaux actes préjudiciables.»

Verdross ajoute [95]:

> « Dès l'apparition du droit international moderne, on a considéré les représailles comme un moyen de protection licite dans les relations entre Etats.»

Enfin, on peut citer simultanément Accioly et Kelsen, en donnant l'extrait suivant tiré du traité d'Accioly [96]:

> « Kelsen soutient... que les représailles « ne sont pas illicites dans la mesure où elles constituent une réaction contre un acte illicite ». On pourrait même attribuer à une telle réaction le caractère de légitime défense — qui comme on le sait est expressément admise par la Charte [des Nations Unies].
>
> « L'éminent maître autrichien définit à une autre occasion les représailles comme étant « des actes qui, tout en étant normalement illicites, sont autorisés exceptionnellement en tant que réaction d'un Etat contre une violation de ses droits par un autre Etat ».

86. Ces citations de divers auteurs, anciens et modernes, semblent suffisantes pour poser les principes suivants:

a) Dans certaines circonstances, et sous réserve de certaines conditions et garanties exigées par le droit international, il existe, à tout le moins, un droit d'user de ce que l'on pourrait qualifier de « représailles pacifiques », n'impliquant pas l'usage de la force à des fins agressives ou illicites.

b) Ces représailles peuvent être exercées sous forme de non-observation de ce qui serait autrement une obligation conventionnelle ou de manquement à une telle obligation.

c) Une telle dérogation à une obligation conventionnelle (à condition qu'elle soit appropriée aux circonstances et qu'une action moindre ne puisse suffire) peut être faite pour « répondre » à une dérogation à la même obligation de la part de l'autre partie au traité, ou à une autre obligation découlant du même traité, ou à une obligation générale du droit international.

87. Il nous faut maintenant examiner la doctrine de l'« option » que l'on invoque assez fréquemment, mais qui, à notre avis, est erronée — du moins dans le présent contexte et sous la forme qu'elle revêt habituellement. Elle est exposée en ces termes dans l'ouvrage de la Harvard Law School relatif aux traités [97]:

> « ... puisque la violation d'un traité par l'une des parties ne met pas automatiquement fin au traité, il est évident que la partie innocente peut simplement « opter » et décider de considérer que le traité reste en vigueur entre elle-même et la partie qui a commis la violation. Dans ce cas, la partie innocente n'est elle-même déliée d'aucune des obligations qu'elle a assumées en vertu du traité, car, même si elle avait le droit d'annuler unilatéralement la relation conventionnelle existant entre elle-même et la partie qui a commis la violation, le fait qu'elle n'exerce pas ce droit a pour conséquence que le traité continue à lier toutes les parties exactement de la même manière qu'avant la violation.»

Il est certain, ainsi qu'il est dit dans le passage que nous venons de citer, que si les parties ont le droit de choisir et de considérer le traité comme éteint et qu'elles n'exercent pas ce droit, le traité reste en vigueur pour les deux parties. Mais il ne s'ensuit pas que l'on doive nécessairement en déduire qu'une partie doit continuer à observer le traité à tous égards bien que l'autre partie ne le fasse pas ou ne respecte pas telle ou telle disposition du traité. Ce serait ignorer que le droit international a toujours admis la possibilité non seulement que le traité lui-même, le traité en tant que tel, puisse rester en vigueur bien qu'il ne soit pas appliqué à tous égards par une ou plusieurs parties (la présente section tout entière est d'ailleurs fondée sur cette hypothèse), mais aussi que la non-observation par l'une des parties puisse justifier une non-observation correspondante ou une non-observation différente (à titre de représailles) de la part de l'autre partie. En somme, ce qu'implique le système de Harvard — si l'on peut l'appeler ainsi — c'est qu'il n'y a pas de moyen terme, en cas de violation du traité, entre la complète extinction du traité décidée par la partie lésée et l'observation complète et intégrale par cette partie des obligations découlant du traité, malgré la non-observation de tout ou partie de ces obligations par l'autre partie. Cette position n'est certainement pas correcte.

87. Toutes les citations faites dans le projet de Harvard à l'appui du principe en question ne sont d'ailleurs pas très convaincantes. Plusieurs [98] sont extraites de décisions de tribunaux nationaux, en particulier de tribunaux de pays de *common law*. Mais les analogies tirées du droit privé ne sont pas valables en l'occurrence, car il n'y a rien en droit privé qui corresponde à la doctrine de droit international relative aux moyens que la partie lésée peut utiliser elle-même dans certaines cir-

[92] Jean Spiropoulos, *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, p. 289.

[93] *Op. cit.* à la n. 24 ci-dessus, p. 433.

[94] A. Verdross, *Völkerrecht*, Vienne, Springer Verlag, 1950, p. 328.

[95] *Ibid.*

[96] Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1956-57, vol. 3, p. 82. Les citations de Kelsen sont tirées de *Principles of International Law*, p. 23 et 24.

[97] *Op. cit.* à la n. 15, p. 1078.

[98] Voir *op. cit.*, p. 1078 et 1079.

constances: contre-mesures ou représailles. Il est exact que dans de nombreux systèmes de droit privé, si un contrat est rompu à certains égards, l'autre partie a le droit de le considérer comme éteint; cependant, si cette partie décide de ne pas exercer ce droit, elle doit continuer à exécuter sa part du contrat, sous réserve du droit de réclamer *devant les tribunaux* des dommages-intérêts ou toute autre forme de réparation pour la non-exécution du contrat par l'autre partie. Le droit international, pour sa part, doit tenir compte de l'impossibilité, dans de nombreux cas, d'obtenir réparation par l'intermédiaire de tribunaux internationaux, ou de l'absence de tout moyen efficace permettant de faire exécuter les décisions de ces tribunaux, si elles ne sont pas exécutées spontanément. Il doit donc reconnaître, dans certaines limites, ce qui est en fait un moyen terme, c'est-à-dire la légitimité de certaines mesures de réparation prises par la partie intéressée pour faire face à la situation.

89. Le projet de Harvard cite aussi quelques publicistes [99], mais ceux-ci ne semblent pas véritablement confirmer l'exactitude de la déduction selon laquelle, parce que dans certains cas un traité reste en vigueur bien qu'une des obligations qui en découlent ne soit pas exécutée par l'une des parties (et que l'autre partie n'a pas prétendu que le traité ait pris fin), cette autre partie doit observer elle-même toutes les dispositions du traité et ne peut même pas recourir à une forme correspondante de non-observation — encore moins à une forme différente —, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de *via media* entre l'extinction et l'exécution intégrale. Le projet de Harvard cite par exemple Oppenheim, mais le passage en question [100] dit simplement ce qui suit: « La violation d'un traité par l'un des Etats contractants n'abroge pas *ipso facto* le traité; mais l'autre partie a la faculté de l'abroger pour ce motif [101].» Cela est vrai (étant entendu que cette possibilité n'existe que s'il s'agit d'une violation fondamentale — voir n. 101 ci-dessous), mais cela ne justifie nullement la propoition suivante, à savoir que si l'autre partie décide de *ne pas se prévaloir de cette possibilité*, il n'y a d'autre moyen d'obtenir réparation que la faculté — presque à coup sûr (ou, à tout le moins, probablement) inexistante — de porter l'affaire devant un tribunal international. Le projet de Harvard cite aussi lord McNair, en se référant à une déclaration qu'il a faite dans le cours qu'il donnait en français en 1933 à l'Académie de droit international de La Haye [102]. Mais, ici encore, le passage pertinent ne corrobore pas la conclusion contenue dans le projet de Harvard. Ce passage est le suivant [103]:

> « La violation d'un traité par l'une des parties n'abroge pas *ipso facto* ce traité, mais permet tout au plus à l'autre partie d'opter en faveur de son abrogation. (Encore toutes les violations n'ont-elles pas, sans doute, autant d'effet...) »

Dans ce passage l'expression « tout au plus » semble se référer au sort de l'*ensemble* du traité; elle signifie en effet qu'en ce qui concerne l'extinction, ce qui existe tout au plus c'est la *faculté* pour la partie lésée d'abroger le traité et non une abrogation automatique, *ipso facto*, en cas de violation. Mais il n'en résulte nullement que si cette faculté n'est pas exercée dans un cas déterminé (à supposer que la violation ait un caractère suffisamment fondamental pour le justifier) et si, par conséquent, le traité reste en vigueur, la partie lésée ne dispose d'aucun droit différent ou moindre, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas prendre de contre-mesure en recourant à une non-observation correspondante ou différente. En outre dans les cas — et ce sont ceux que nous envisageons principalement dans la présente sous-section — où la violation commise par l'autre partie n'a pas un caractère suffisamment fondamental pour donner à la première partie la faculté de mettre fin au traité, si bien que cette faculté n'existe pas, le droit de recourir à une non-observation correspondante ou différente, dans les conditions énoncées dans ces articles, ne fait aucun doute. Il se peut que, *pour des raisons de politique*, un Etat qui désire qu'un traité reste en vigueur, malgré les manquements de l'autre partie, juge opportun de ne *pas se prévaloir de son droit d'exercer des représailles* ou de prendre des contre-mesures; mais il s'agit là évidemment d'une autre question.

90. Crandall [104] est lui aussi cité dans le projet de Harvard, mais ici encore on constate que Crandall examine la question à propos de l'extinction des traités et étudie principalement quels sont les genres de violation qu'une partie peut légitimement invoquer pour dénoncer le traité; mais c'est là, bien entendu, une question tout à fait différente.

91. Pour toutes ces raisons, nous estimons que si la thèse exposée dans le projet de Harvard est plausible [105],

---

[99] Voir *op. cit.*, p. 1079.

[100] Quatrième éd.; il est également reproduit intégralement dans la 8e éd. (Lauterpacht), vol. 1, p. 947.

[101] Dans des éditions plus anciennes, Oppenheim exprimait l'avis que pour qu'une telle faculté existât, il n'était même pas nécessaire que la violation fût fondamentale. Dans une note figurant dans la 4e éd., lord McNair, qui avait revu l'édition, mettait en doute l'exactitude de cette opinion, qui est en effet abandonnée dans la 8e éd. (Lauterpacht) — voir n. 4, p. 947, du vol. 1. Voir également notre 2e rapport, de 1957 (A/CN.4/107), art. 18 et 20 et commentaire y relatif.

[102] « L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique », *Recueil des cours...*, 1933, I.

[103] Voir *op. cit.*, p. 282.

[104] Crandall, *Treaties, their Making and Enforcement*, 2e éd., 1916, p. 456, 462 et suiv.

[105] On pourrait raisonner comme suit et dire qu il convient de distinguer trois cas:

Cas no 1. — L'une des parties au traité prétend le répudier ou y mettre fin de façon illicite. Dans ce cas, l'autre partie peut soit accepter la répudiation ou l'extinction — sous réserve de son droit de demander réparation de l'acte illicite — soit refuser d'accepter la répudiation ou l'extinction parce qu'elle est illicite et nulle, mais elle doit alors continuer à considérer le traité comme pleinement en vigueur. Dans cette hypothèse, cependant, cette partie a volontairement et intentionnellement renoncé au droit d'accepter l'extinction et doit donc continuer elle-même à exécuter le traité tout en conservant évidemment le droit de demander réparation de la non-exécution par l'autre partie.

Cas no 2. — Une partie, sans effectivement répudier le traité ou prétendre y mettre fin, commet une violation fondamentale, d'une nature telle que, d'après les principes énoncés dans notre 2e rapport (1957), aux articles 18 à 20, l'autre partie a le droit de considérer le traité comme éteint ou d y mettre fin. Ici encore, cette autre partie a un droit d'option. Si elle ne décide pas de mettre fin au traité, elle est tenue de continuer à l'appliquer, tout en cherchant à obtenir réparation de la non-exécution par l'autre partie.

Cependant, même si l'on admettait que, dans les cas susmentionnés, il n y ait pas de moyen terme entre l'extinction absolue et l'application absolue, il ne pourrait plus en être ainsi dans le cas no 3.

Cas no 3. — C'est le cas envisagé aux articles 18 et 20, c'est-à-dire celui où une partie ne répudie pas le traité et ne se rend coupable d'aucune violation fondamentale

elle n'est pas exacte du point de vue du droit international et repose principalement sur des théories de droit privé qui ne peuvent pas s'appliquer dans le domaine international. A notre avis, la position correcte en la matière est celle qui est exposée à l'article 18 de notre projet, qui fait l'objet du présent commentaire, et à l'article 20, qui est étudié plus loin et auquel la plupart des arguments avancés s'appliquent également. Il ne fait aucun doute que la légitimité des représailles dépend dans une large mesure du moment exact auquel il est licite de les exercer. Nul ne songe à dire que le droit naît immédiatement, avant même toute tentative de règlement. C'est pourquoi nous avons fait figurer à l'article 18 les dispositions des alinéas *c* et *f* du paragraphe 3.

92. *Paragraphe 2 de l'article 18.* — Ce principe est amplement confirmé par les auteurs déjà cités.

93. *Alinéa* a *du paragraphe 3.* — Il s'agit d'une simple répétition, *ex abundanti cautela*, de la réserve déjà énoncée au paragraphe 1.

94. *Alinéas* b, c *et* d *du paragraphe 3.* — Ces alinéas énoncent les conditions auxquelles, croyons-nous, le droit international subordonne normalement et en toutes circonstances, l'exercice des représailles; il s'agit de garanties générales.

95. *Alinéa* e *du paragraphe 3.* — La nature de la catégorie de traités visée dans ce paragraphe est telle qu'aucune violation n'autoriserait l'autre partie à ne pas exécuter ses obligations. Une partie à un tel traité serait encore moins en droit de ne pas l'exécuter à titre de contre-mesure pour répondre à la *violation, par une autre partie au traité, d'un autre traité* ou d'une règle générale du droit international. Il n'y a pas possibilité de « représailles » dans le cas de ces traités.

96. *Alinéa* f *du paragraphe 3.* — En raison des difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de cet article et de l'incertitude qu'il peut y avoir quant à l'existence, sur la base des motifs énoncés, d'un droit de non-observation, nous considérons qu'il ne devrait être possible d'invoquer ce motif de non-observation que sous réserve des garanties constituées par le recours aux procédures appropriées prévues à l'article 39. Les raisons générales de cette disposition sont d'un ordre très voisin de celles qui nous ont amené à penser que des garanties et des procédures de cette nature doivent être respectées quand il s'agit d'invoquer le principe *rebus sic stantibus* ou celui de la violation fondamentale comme motifs permettant de considérer le traité comme éteint [voir notre 2e rapport, de 1957 (A/CN.4/107)].

97. *Paragraphe 4.* — Ce paragraphe énonce une règle générale du droit international qui est toujours considérée comme régissant le *caractère des représailles* qu'un Etat peut légitimement exercer. Il vise également à subordonner toute cette question au droit international général. Les représailles s'exerçant sous forme de non-observation d'une obligation conventionnelle ne sont après tout qu'une forme de représailles qui ne diffèrent pas fondamentalement, du point de vue de leurs caractéristiques juridiques, d'autres formes de représailles.

98. *Paragraphe 5.* — Ce paragraphe énonce la règle normalement applicable aux cas relevant de la présente sous-section (voir plus haut par. 55, 56 et 67).

RUBRIQUE *c.* — NON-EXÉCUTION JUSTIFIÉE *ab intra* PAR UNE CONDITION IMPLICITEMENT CONTENUE DANS LE TRAITÉ DU FAIT DU DROIT INTERNATIONAL

Article 19. — Portée de la présente rubrique

99. *Paragraphes 1 et 2.* — Cette rubrique est consacrée à la non-exécution justifiée non pas par une règle générale de droit international entièrement étrangère au traité, mais par une condition qui, sans être expressément énoncée dans le traité ni découler de ses termes, n'y est pas moins implicitement contenue du fait d'une règle de droit international. Compte tenu de ce commentaire, le *paragraphe 1* s'explique de lui-même. Lorsque des conditions sont énoncées dans le traité, ou découlent clairement de ses termes, il s'agit uniquement d'une question d'interprétation du traité qui n'exige l'application d'aucune règle extérieure.

100. On pourrait exprimer cette idée différemment en disant que les cas dont traite la présente rubrique impliquent que le traité dont il s'agit crée à priori une obligation déterminée, si bien que la question qui se pose est de savoir si l'on peut déduire implicitement du droit international une condition permettant de ne pas exécuter cette obligation dans certaines circonstances. Puisque la question même de savoir si la non-exécution est justifiée suppose l'existence d'une présomption d'obligation conventionnelle, les conditions expressément ou implicitement contenues dans les termes du traité lui-même concernent l'existence de l'obligation, et non pas la justification d'une non-exécution, et c'est là une question régie par les règles générales d'interprétation des traités qui feront l'objet du chapitre 3 du présent code.

101. *Paragraphe 3.* — La raison d'être de ce paragraphe apparaîtra si l'on confronte les articles 20 à 22 ci-dessous avec l'article 23.

Article 20. — Conditions implicites dans tous les traités : condition de réciprocité ou de non-cessation d'exécution par l'autre partie ou les autres parties.

102. Comme c'est souvent le cas dans le droit des traités, on peut ranger une règle donnée dans plus d'une rubrique. On pourrait faire valoir que (hormis les obligations conventionnelles ou autres obligations internationales ressortissant au *jus cogens*, auxquelles un Etat ne peut se soustraire simplement en invoquant la non-exécution de la part d'un autre Etat) il existe dans le droit international général une *règle de réciprocité* qui veut que la non-exécution par un Etat d'obligations internationales déterminées ou bien *donne aux autres Etats le droit de recourir à une non-exécution correspondante* vis-à-vis de cet Etat ou bien, à tout le moins, *enlève à ce dernier le droit d'élever des objections contre cette non-exécution correspondante.* Sur la base de ce principe général, appliqué aux traités, le cas envisagé dans le présent article 20 pourrait faire l'objet d'un article sous la rubrique *b* ci-dessus, dans l'espace prévu pour l'article 17 *bis*. Mais on peut également — et c'est probablement préférable — considérer la condition

autorisant l'autre partie à mettre fin au traité, mais se borne à violer le traité. Dans ce cas, l'autre partie n'étant pas en droit de mettre fin au traité du chef de cette seule violation, n'a aucun moyen d'action direct, sinon une non-exécution correspondante ou, si cela ne suffit pas, une non-exécution à titre de représailles d'une autre obligation découlant du traité considéré ou d'un autre traité conclu entre elle-même et l'autre partie.

de réciprocité comme une condition qui est implicitement et nécessairement contenue, de par la règle de droit, dans tous les traités de type « réciproque » ou « interdépendant » (voir plus haut par. 82), c'est-à-dire dans tous les traités autres que ceux du type absolu ou se suffisant à eux-mêmes dont il a déjà été question plus haut, à l'alinéa *e* du paragraphe 3 de l'article 18, ainsi que dans le paragraphe 95 du présent commentaire. C'est sur cette interprétation qu'est fondé le présent article 20 (voir en outre, plus haut, le commentaire contenu dans le paragraphe 82).

103. Hall, lorsqu'il étudie le cas difficile déjà évoqué dans le commentaire sur l'article 18 (voir plus haut les paragraphes 82 à 91, qui en grande partie s'appliquent également au cas présent), est formel sur ce point: que la violation du traité soit ou non telle que l'on puisse conclure que celui-ci est entièrement éteint, la non-exécution d'une obligation donnée justifie normalement, en vertu d'une condition implicite de réciprocité, une non-exécution correspondante de la part de l'autre partie. Sous la rubrique « Conditions implicites de la conclusion des traités », Hall déclare ce qui suit: « Tout contrat international doit être observé par les deux parties: c'est là de toute évidence une condition implicite de sa force obligatoire [106].» Il examine ensuite la question des violations *fondamentales* qui créent un droit de mettre fin au traité, et étudie enfin le cas des infractions mineures qui n'auront pas normalement cette conséquence. A propos de ces dernières, Hall écrit [107]: « Ce n'est qu'exceptionnellement qu'un manquement à un article étranger à l'objet principal du traité, ou peu important..., pourra, en bonne justice, *dispenser l'autre partie d'exécuter sa part du reste de l'accord...* » (c'est nous qui soulignons). Il découle clairement des mots soulignés que, même si l'autre partie ou les autres parties ne sont pas fondées à ne pas exécuter le traité dans son ensemble ni à le considérer comme éteint, elles sont fondées à ne pas exécuter la clause qui a été enfreinte. On pourrait ajouter à ces considérations presque tout ce qui a été dit, plus haut, à propos de l'article 18, dans les paragraphes 82 à 91, en arguant que le droit le plus étendu, le plus important, doit nécessairement englober le droit le moins étendu.

104. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe se passe de commentaire. Une disposition analogue aurait peut-être pu être ajoutée à l'article 18, mais il a semblé inutile de le faire car il paraît assez évident qu'une mesure de représailles ne peut être dirigée que contre la partie en faute.

105. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe a été ajouté pour tenir compte de l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des traités de paix (deuxième phase) [108]. Certains traités contenaient une clause relative au règlement des différends, en vertu de laquelle chaque partie devait, en cas de différend, nommer un membre d'une commission arbitrale de trois membres, le tiers membre étant choisi d'un commun accord entre les deux parties. A défaut d'accord dans un délai d'un mois entre les deux parties au sujet de la désignation de ce tiers membre, l'une ou l'autre partie pouvait demander au Secrétaire général de l'ONU de procéder à cette désignation. Les traités ne précisaient pas — et ne pouvaient sans doute pas préciser — que le Secrétaire général était tenu de donner suite à cette demande. Dans les affaires soumises à la Cour pour avis consultatif, la situation était la suivante: non seulement les parties ne s'étaient pas entendues sur le tiers membre de la Commission, mais l'une d'elles avait même nié qu'il y eût un différend et avait refusé de désigner son arbitre et de coopérer en quoi que ce fût à la procédure de règlement des différends prévue par le traité. Dans ces circonstances, la question se posait de savoir si l'autre partie, après avoir désigné son arbitre et après expiration du délai fixé par le traité, pouvait demander au Secrétaire général de désigner le « tiers » membre de la Commission et si, en pareil cas, une fois cette désignation effectuée, la commission de *deux* membres qui en résultait pouvait être considérée comme valablement constituée aux fins du traité et pouvait connaître du différend et rendre une décision liant les parties. La Cour a répondu à ces questions par la négative, tenant le raisonnement suivant: quelle que pût être — et quelle que fût en l'occurrence — l'étendue de la violation du traité dont une partie s'était rendue coupable en refusant de coopérer à la création du tribunal arbitral, on ne pouvait dans le cas considéré remédier à cette situation en agissant sans cette partie, puisqu'on aboutirait par là à créer un tribunal qui n'était pas celui qu'envisageait le traité. Dans l'avis qu'elle a rendu (l'affaire portait sur trois des traités de paix), la Cour a déclaré:

> « On ne répare pas les conséquences d'un manquement à une obligation conventionnelle en créant une commission qui ne serait pas celle que les traités ont eue en vue [109]. »

La Cour a ajouté [110]:

> « Ce cas [le cas envisagé dans les traités] est exclusivement celui d'un défaut d'accord entre parties sur le choix du tiers membre et nullement celui, beaucoup plus grave, d'un refus complet de coopération de l'une d'elles allant jusqu'au refus de désignation de son propre commissaire. Le pouvoir conféré au Secrétaire général d'aider les parties à sortir de la difficulté qu'elles éprouvent à se mettre d'accord sur le choix d'un tiers membre ne peut être étendu à la situation telle qu'elle existe actuellement.»

La Cour a néanmoins indiqué que la situation pourrait être différente en d'autres circonstances [111]:

> « ... le Secrétaire général [ne] saurait être autorisé à procéder à la désignation d'un tiers membre [que] s'il était possible de constituer la commission en conformité des clauses des traités. »

En bref, la question est une question d'interprétation du traité considéré, et le paragraphe 3 de l'article 20 a été rédigé en conséquence; mais il a semblé bon de mentionner la question, étant donné cette importante décision de la Cour sur un cas qui n'est pas rare.

Article 21. — Conditions implicites dans tous les traités : condition de maintien de la compatibilité avec le droit international

106. *Paragraphe 1.* — L'objet de ce paragraphe est de faire ressortir la différence qui existe avec le cas où une

[106] *Op. cit.* plus haut dans la n. 24, p. 408.
[107] *Ibid.*, p. 409.
[108] *C.I.J., Recueil 1950*, p. 65.
[109] *Ibid.*, p. 229.
[110] *Ibid.*, p. 227.
[111] *Ibid.*, p. 228.

incompatibilité avec une règle ou une interdiction du droit international général ressortissant au *jus cogens* affecte le traité *ab initio*, le privant ainsi de validité substantielle conformément aux articles du code mentionnés dans ce paragraphe [112]. Dans le cas envisagé, la validité initiale du traité n'est pas en cause, et la question qui se pose est celle de la justification de la non-exécution d'une obligation conventionnelle du fait d'une règle de droit international dont l'acceptation s'est généralisée après la conclusion du traité et qui est incompatible avec l'exécution de l'obligation.

107. *Paragraphe 2.* — Les conditions qui régissent la non-exécution d'une obligation conventionnelle pour les motifs envisagés dans cet article étant, dans l'ensemble, les mêmes que celles qui autorisent à considérer qu'un traité a entièrement pris fin, il suffira ici de renvoyer au commentaire consacré au cas vi de l'article 17 de la troisième partie du chapitre premier du code [113].

108. *Paragraphe 3.* — Il faut prévoir non seulement le cas où une nouvelle règle de droit international ressortissant au *jus cogens* et avec laquelle le traité est en conflit devient communément admise après la conclusion du traité, mais aussi le cas où, postérieurement à la conclusion du traité, des circonstances nouvelles surviennent qui font jouer une règle existante et analogue de droit international qui ne s'appliquait pas à la situation telle qu'elle existait au moment de l'entrée en vigueur du traité. On peut citer, comme exemple évident de ce type de cas, celui d'un traité conclu en temps de paix, et essentiellement destiné à être appliqué en temps de paix, lorsque la survenance d'une guerre entre l'une des parties et un Etat tiers, ou entre deux Etats tiers, donne naissance à un état de choses dans lequel des questions de droit de la neutralité peuvent prendre de l'importance pour l'une ou l'autre des parties du point de vue de l'exécution du traité. Lord McNair, dans son ouvrage *The Law of Treaties*, cite quelques exemples tirés des consultations des légistes de la Couronne britannique. Ainsi, dans une consultation du 17 août 1885 [114], les légistes ont approuvé des instructions destinées à l'ambassadeur de Grande-Bretagne au Japon, où il était dit qu'un certain traité entre la Grande-Bretagne et le Japon « devait s'entendre sous réserve des obligations découlant du droit international en temps de guerre, et que la Grande-Bretagne ne pouvait prétendre, en vertu du traité, commettre aucun acte qui entraînerait pour le Japon un manquement à la neutralité ... ». Des instructions ont été envoyées en conséquence. Il s'agissait de savoir si la Grande-Bretagne aurait, dans l'éventualité d'une guerre à laquelle elle serait partie mais dans laquelle le Japon serait neutre, le droit d'utiliser certains arsenaux maritimes et certains hôpitaux au Japon — droit qu'elle aurait pu normalement revendiquer en application du traité. De même, dans un rapport plus ancien, daté du 23 août 1870, l'avocat de la Reine [115] (M. Travers Twiss, qui devait devenir sir Travers Twiss), émettait l'avis que les Conventions télégraphiques internationales de 1865 et 1868 devaient, dans les rapports entre un Etat belligérant et un Etat neutre, s'entendre sous réserve des devoirs imposés aux Etats neutres par le droit international général. L'avocat de la Reine déclarait ce qui suit [116]:

> « Comme une guerre entre la France et la Prusse était appelée à faire apparaître pour les autres parties contractantes des devoirs découlant du statut de la neutralité, celles-ci [les parties contractantes] doivent..., en l'absence de clause contraire expresse, être considérées comme étant devenues parties au traité sous réserve [lire: « *n'*être devenues parties au traité *que* sous réserve »] de leurs obligations de remplir ces devoirs.»

109. *Paragraphe 4.* — La signification de ce paragraphe dépend de la distinction faite entre le *jus cogens* et le *jus dispositivum*. La question a été étudiée suffisamment en détail à propos de la validité substantielle des traités [117].

Article 22. — Conditions implicites dans tous les traités : condition de statut inchangé des parties

110. *Paragraphe 1.* — L'objet de ce paragraphe est de faire ressortir la différence avec le cas où la capacité de conclure des traités fait défaut à une ou à plusieurs des parties au moment où le « traité » est conclu, si bien que l'instrument, considéré comme traité international, manque de validité substantielle. Ce dernier cas a déjà été envisagé à l'article 8 de la deuxième partie du chapitre premier du Code, et commenté aux paragraphes 19 à 30 de notre troisième rapport (1958). Le présent article 22 traite du cas où il n'y a pas défaut de capacité au moment où le traité est conclu, mais où le statut de l'une des parties est modifié après coup.

111. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe vise le cas où la modification survenue dans le statut entraîne perte totale de la personnalité initiale de la partie en cause. Cette perte aboutit normalement, sous réserve des règles de la succession d'Etats, à mettre fin à l'ensemble du traité, s'il s'agit d'un traité bilatéral, ou à la participation de ladite partie à ce traité, s'il s'agit d'un traité multilatéral. Ce cas a déjà été envisagé au point i de l'article 17 de la troisième partie du chapitre premier, et commenté au paragraphe 95 de notre deuxième rapport (1957).

112. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe traite du cas pour lequel le présent article 22 a été conçu en fait, à savoir le cas où une modification de statut survenant après coup n'entraîne pas perte totale ou changement de personnalité pour la partie en cause. A première vue, cette modification n'entraînera en soi aucune diminution de l'obligation conventionnelle, ni ne fournira de motif de non-exécution. Si, toutefois, cette modification crée une situation dans laquelle l'exécution de l'obligation conventionnelle cesse de dépendre de la seule volonté de la partie dont il s'agit, cette partie doit, en tant que telle, être considérée comme dispensée de toute obligation de poursuivre l'exécution. Hall [118] expose comme suit ce principe:

> « Il est une autre condition implicite du maintien de l'obligation conventionnelle: les parties au traité doivent conserver leur libre arbitre en ce qui concerne

[112] Voir notre 3e rapport, de 1958 (A/CN.4/115), art. 21 et 22 et commentaire y relatif.

[113] Voir par. 104 et 105 du commentaire de notre 2e rapport, de 1957 (A/CN.4/107).

[114] McNair, *op. cit.* plus haut dans la n. 74, p. 245.

[115] Voir à ce sujet l'explication donnée plus haut dans la note 75.

[116] McNair, *op. cit.*, p. 247.

[117] Voir notre 3e rapport, de 1958 (A/CN.4/115), par. 75 du commentaire.

[118] *Op. cit.* plus haut, dans la n. 24, p. 415 et 416.

l'objet du traité, dans la mesure où le traité lui-même ne le limite pas; cette condition subsiste même s'il y a renonciation volontaire à ce libre arbitre. Si un Etat devient subordonné à un autre Etat ou entre dans une confédération dont la constitution exclut toute liberté d'action pour les questions visées dans le traité, cet Etat n'est pas tenu de s'efforcer d'exécuter un accord antérieur au mépris des devoirs que lui imposent les relations nouvelles qu'il a établies.»

Toutefois, bien que, d'après ce qui vient d'être dit, une modification du statut de l'une des parties initiales au traité puisse retirer à cette partie la capacité d'assurer l'exécution du traité, et donc la dispenser de l'exécuter, il ne s'ensuit pas que l'obligation s'éteint complètement. Ainsi, pour reprendre les exemples cités par Hall, lorsqu'un Etat vient à être placé sous la protection d'un autre, les règles de la succession d'Etats peuvent obliger la puissance protectrice à se charger d'exécuter l'obligation conventionnelle. Il peut en être de même si l'Etat entre dans une union fédérale, et aussi dans d'autres circonstances. C'est là toutefois une question qui relève du droit de la succession d'Etats, et que nous n'examinerons donc pas plus avant.

Article 23. — Conditions implicites dans certaines catégories de traités

113. *Paragraphe 1.* — On peut pratiquement considérer qu'en vertu du droit international les conditions énoncées dans les articles qui précèdent immédiatement le présent article sont implicites dans tous les traités. Cependant, il y a un certain nombre de conditions qui, du fait du droit international, ne sont, dans certaines circonstances, implicites que dans des catégories particulières de traités.

114. *Paragraphe 2.* — Au stade actuel, il est impossible d'étudier cette question de manière exhaustive, en partie parce qu'elle dépend de l'évolution de la pratique et de la procédure suivies en matière de traités, et n'est donc pas statique, et en partie parce que certaines raisons — exposées dans la note relative à l'article 23 — s'y opposent. Le paragraphe 2 de l'article considéré donne cependant un certain nombre d'exemples typiques à cet égard.

115. *Alinéa* a. — Le problème de l'existence, dans les traités portant sur des questions de droit international privé, d'une exception implicite fondée sur l'ordre public, s'est récemment posé à la Cour internationale de Justice à propos de l'affaire de la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède) [119]. Cependant, la Cour n'a pas fondé sa décision sur cet élément et, tout en mentionnant la question de l'ordre public, elle n'a pas jugé nécessaire de se prononcer à son sujet. Par contre, certains des juges qui ont exposé leur opinion individuelle [120], ont souligné que l'on reconnaissait que cette exception était une condition implicite dans les traités portant sur des questions de droit international privé et de conflits de lois. Nous estimons que les arguments avancés sont suffisamment probants pour justifier l'inclusion de cette exception dans le présent article, mais uniquement, cela va sans dire, pour les traités de cette catégorie.

116. *Alinéa* b. — Il est bien connu que les traités de commerce du type courant contiennent des articles de caractère très général qui, à priori, accordent aux étrangers le même traitement qu'aux nationaux en ce qui concerne leur admission dans le pays intéressé pour y exercer des activités professionnelles et commerciales, etc. Interpréter à la lettre ces articles semblerait conférer en quelque sorte des droits absolus en la matière. Cependant, on n'a jamais considéré que ces traités portaient atteinte au droit des autorités locales de refuser l'admission de tel ou tel individu, soit pour des raisons tenant à la personne de ce dernier, soit en application d'une politique générale et non discriminatoire d'immigration ou d'emploi. Il est vrai que, parmi les traités de commerce les plus modernes, certains tendent à limiter expressément, par l'emploi de certaines expressions, le droit qui paraissait absolu. Par exemple, les sujets ou citoyens des parties contractantes ne jouissaient du droit d'admission, etc. dans les mêmes conditions que les nationaux, que « s'ils se conforment aux lois et règlements généralement applicables aux nationaux ». Ces expressions ne figurent pas toujours dans les traités plus anciens. Néanmoins, on a manifestement estimé qu'elles étaient implicites et on doit probablement considérer que leur apparition ultérieure dans des traités plus récents constate une situation existante, plutôt qu'elle n'en crée une nouvelle. De même, on n'a jamais pensé que le droit d'expulsion fût affecté par ces clauses.

117. *Alinéa* c. — Cet alinéa appelle des observations tout à fait analogues, sauf que ce qui est normalement en jeu dans le cas des importations et exportations de marchandises, c'est l'élément « traitement de la nation la plus favorisée » et non l'élément « traitement des nationaux ». Cependant, on n'a jamais considéré que le droit général de faire du commerce, qui est accordé par de nombreux traités commerciaux, porte atteinte au droit des autorités locales d'interdire absolument les échanges de certaines catégories de marchandises ou

[119] *C.I.J., Recueil 1958*, p. 55.

[120] En particulier les juges Badawi, Lauterpacht et Moreno Quintana. Les extraits de l'opinion de sir Hersch Lauterpacht qui sont reproduits ci-dessous constituent l'exposé le plus complet et plus convaincu de ce principe (*Recueil*, p. 91 et 92).

« En premier lieu, la Convention actuellement soumise à la Cour est une convention de droit international public dans le domaine de ce qu'on appelle généralement le droit international privé. Cela veut dire: *a*) que, comme tout autre traité, il faut l'interpréter à la lumière des principes qui régissent l'interprétation des traités dans le domaine du droit international public; *b*) que cette interprétation doit tenir compte des conditions et des circonstances spéciales à la matière visée par le traité, traité qui relève, dans le cas actuel, du domaine du droit international privé.

» En second lieu, dans le domaine du droit international privé, l'exception d'ordre public, de *public policy*, comme motif pour écarter la loi étrangère dans un cas particulier, est généralement — ou plutôt universellement — reconnue. On la reconnaît sous diverses formes et avec plus ou moins d'importance et, à l'occasion, avec des différences appréciables dans la manière de l'appliquer. Ainsi, dans certains domaines, tels que la reconnaissance des droits de propriété acquis à l'étranger, les tribunaux de certains pays hésitent plus que d'autres à permettre à leur conception de l'ordre public — à leur *public policy* — de faire obstacle aux titres acquis de cette manière. Néanmoins, les restrictions apportées dans certaines directions sont souvent compensées par des règles de procédure ou de fond dans d'autres domaines. Dans l'ensemble, le résultat est le même dans la plupart des pays — à telle enseigne qu'il faut considérer la reconnaissance du rôle de l'ordre public comme un principe général de droit dans le domaine du droit international privé.»

d'articles ou les transactions effectuées dans certaines circonstances particulières prévues dans l'article 23. Il est vrai, ici encore, que bon nombre des traités les plus récents contiennent des clauses spéciales et expresses concernant ce droit d'interdiction; mais, comme dans le cas précédent, ces clauses ne semblent avoir qu'un effet déclaratif. A cet égard, lord McNair cite en exemple l'opinion que les légistes de la Couronne ont formulée en Angleterre le 18 mars 1867 [121]. Ils étudiaient les effets d'un traité de commerce anglo-italien contenant « les clauses de réciprocité usuelles sur la libre importation de tout produit de l'une des parties contractantes dans le territoire de l'autre ». La question était de savoir si cette clause empêchait les autorités du Royaume-Uni d'interdire l'importation de bétail pour des motifs sanitaires (par exemple, parce qu'on pensait que les animaux étaient atteints de fièvre aphteuse). Les légistes ont déclaré qu'à leur avis « aucune clause de ce genre ne saurait légitimement être considérée comme limitant le droit du gouvernement d'interdire l'importation de bétail étranger lorsqu'il existe des circonstances exceptionnelles — ce qui est le cas en l'occurrence — et lorsque la santé publique et le bien-être du pays l'exigent ». Néanmoins, dans la phrase suivante, les légistes ont bien montré qu'ils ne faisaient pas d'une prétendue « nécessité » un principe général permettant de justifier la non-exécution des traités : « C'est un principe du droit international que les cas de cette espèce sont toujours considérés comme des exceptions, nécessaires et tacites, aux traités.» En bref, on doit estimer qu'une condition visant les cas de cette espèce est implicite dans les traités de commerce.

118. *Alinéa* d. — Cet alinéa concerne une condition implicite qui a toujours, et en raison de la nature même de l'espèce, été considérée comme une condition des traités de garantie; il n'appelle pas de commentaire spécial.

Section 2. — Questions particulières soulevées par l'application des traités

Sous-section i. — Application temporelle et application territoriale des traités

Rubrique *a*. — Application temporelle

Article 24. — Commencement et durée de l'obligation conventionnelle

119. *Paragraphes 1 à 3.* — Ces dispositions se retrouvent normalement dans tous les traités, mais elles doivent néanmoins figurer dans un code complet. Elles concernent le moment exact où commencent et celui où finissent les obligations conventionnelles. Les références aux autres parties du code visent les dispositions qui déterminent l'entrée en vigueur et l'extinction de tout traité [122].

120. *Paragraphe 2.* — Ainsi qu'on l'a déjà dit à propos du paragraphe 4 de l'article 41 de la première partie du chapitre premier du code [123], l'entrée en vigueur d'un traité multilatéral ne crée en soi d'obligations que pour les Etats qui, à la date considérée, ont pris les mesures nécessaires — signature, ratification ou adhésion — pour manifester leur intention d'être parties au traité. L'obligation des autres parties naîtra ultérieurement, à savoir, au moment où elles déposeront leurs instruments de ratification ou d'adhésion.

121. *Paragraphe 4.* — Le principe énoncé dans ce paragraphe a été sanctionné par la Cour internationale de Justice lors de la première phase de l'affaire Ambatielos dans laquelle elle a rejeté une certaine théorie parce que l'accepter « ... serait conférer un effet rétroactif à l'article 29 du traité de 1926, alors que l'article 32 du même traité énonce que le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité, entrera en vigueur dès sa ratification » [124].

122. « A moins qu'un traité ne le dispose expressément, ou que cette conséquence ne découle nécessairement de ses termes ... ». Cette exception au principe de la non-rétroactivité a encore été confirmée par la Cour internationale dans la même affaire; en effet, la Cour a dit [125] que la conclusion selon laquelle un article déterminé du traité en cause n'était pas rétroactif « ... aurait pu être contredite s'il avait existé une clause ou une raison particulières appelant une interprétation rétroactive ». La question de la rétroactivité des traités risque de donner lieu à une certaine confusion. En un sens, un traité, quelle qu'en soit la teneur, ne peut jamais être rétroactif parce qu'il ne peut jamais entrer en vigueur avant la date qu'il prescrit ou, à défaut de précision à cet égard, avant la date qui résulte de l'application des principes déjà énoncés dans la première partie du chapitre premier du code [126]. Toutefois, il est évident qu'un traité peut très bien stipuler que, nonobstant son entrée en vigueur à une date déterminée, il sera néanmoins réputé, dès son entrée en vigueur, se rapporter à certains égards à des événements antérieurs. Cependant, lorsqu'un traité a un effet rétroactif au sens ainsi indiqué, l'obligation de l'appliquer ou d'appliquer certaines de ses dispositions rétroactivement ne peut exister avant une certaine date, à savoir celle de l'entrée en vigueur dudit traité, ce qui n'empêche pas, mais au contraire explique, que l'obligation dont l'exécution doit avoir lieu rétroactivement naisse à cette date-là. Il est évident que ce résultat n'est possible que si le traité le prévoit expressément ou l'implique de façon absolument nécessaire. Quoi qu'il en soit, il y a toujours une présomption de non-rétroactivité.

Rubrique *b*. — Application territoriale

Article 25. — Principes généraux

123. *Paragraphe 1.* — Normalement, un traité ne soulève aucune question d'application territoriale lorsque tout le processus d'application et d'exécution relève uniquement du gouvernement central métropolitain de l'Etat considéré; font plus particulièrement partie de ce groupe les catégories de traités mentionnées dans le paragraphe 1, à savoir les traités d'alliance, de paix et d'amitié, de reconnaissance, d'établissement de relations diplomatiques, etc.

124. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe découle du principe évident qui veut que la question de l'application territoriale soit, avant tout, régie par les termes du

[121] *Op. cit.* plus haut dans la n. 74, p. 241.
[122] Voir nos 1er (1956) et 2e (1957) rapports (A/CN.4/101 et 4/107, respectivement).
[123] Premier rapport (1956).
[124] *C.I.J. Recueil 1952*, p. 40.
[125] *Ibid.*
[126] Voir n. 122 et 123.

traité lui-même chaque fois que le traité contient des dispositions expresses ou implicites concernant son application territoriale.

125. *Paragraphe 3.* — Si le traité est muet quant à son application territoriale ou s'il est impossible d'en déduire des indications parfaitement claires à cet égard (ou à moins que le traité — bien qu'explicite — ne *limite expressément son application* à telle ou telle partie ou à telles ou telles parties du territoire ou encore à certains territoires seulement des parties contractantes), les autres dispositions de la présente rubrique seront applicables.

Article 26. — Application au territoire métropolitain

126. *Paragraphe 1.* — Il est absolument hors de doute qu'à moins qu'un traité n'en dispose expressément autrement, il s'applique automatiquement au moins *à l'ensemble du territoire métropolitain* de toute partie contractante.

127. « ... ou à tous les territoires faisant partie du territoire métropolitain de chacune des parties contractantes ». Ces mots ont été insérés parce qu'il y a des cas où l'ensemble du ou des territoires métropolitains d'un Etat n'est pas nécessairement compris à l'intérieur de frontières uniques: en effet, ces territoires peuvent être séparés les uns des autres par celui d'un autre Etat ou même par des mers.

128. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe vise à définir l'expression « territoire métropolitain » et à déterminer les éléments qui à première vue permettent de distinguer un territoire métropolitain d'un territoire dépendant.

129. « Sous réserve du paragraphe 3 ... ». Ces mots ont été insérés parce qu'il est nécessaire de traiter séparément du cas des unions fédérales et des fédérations; ce cas fait l'objet du *paragraphe 3*. Toutes les constitutions fédérales accordent au moins une certaine autonomie locale aux Etats particuliers, parties ou provinces de l'union ou de la fédération; mais parfois, elles peuvent leur reconnaître, du moins en théorie, une complète autonomie locale dans tous les domaines qui ne sont pas nécessairement communs à l'ensemble de l'union ou de la fédération, la défense ou la direction des relations internationales par exemple. Néanmoins, les diverses parties d'une union fédérale ou d'une fédération sont incontestablement comprises dans le territoire métropolitain.

130. Il résulte naturellement des mots « A moins qu'il n'en dispose autrement... » qui figurent au paragraphe 1 de l'article 26 que ledit article n'interdit nullement d'insérer dans les traités la clause dite « clause fédérale » lorsque les parties sont d'accord pour le faire.

Article 27. — Application aux territoires dépendants

131. *Paragraphe 1.* — Si l'on peut établir une définition satisfaisante du territoire métropolitain, il devrait suffire en principe de dire que tout territoire qui ne répond pas à la définition du territoire métropolitain est un territoire dépendant.

132. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe énonce la règle fondamentale selon laquelle un traité s'étend en principe automatiquement à tous les territoires dépendants de toute partie contractante, à moins qu'il ne contienne une clause contraire ou qu'il ne faille nécessairement déduire le contraire de ses termes.

133. « Sous réserve du paragraphe 3... ». Cependant, cette règle fondamentale a été formulée à une époque (et pour répondre surtout à un état de choses) où bon nombre de territoires dépendants — ou la plupart d'entre eux — étaient dans un état de dépendance plus ou moins complète et ne bénéficiaient d'aucune autonomie ni ne possédaient aucune institution locale autonome. Les circonstances modernes font que cette situation devient de plus en plus rare, si même elle n'est pas sur le point de disparaître. On est probablement fondé à dire que parmi les territoires dépendants qui existent encore dans le monde, un petit nombre seulement se trouvent dans cette situation, et encore ce nombre s'amenuise-t-il progressivement. C'est ce qui a conduit certains auteurs, comme Rousseau, à proposer une règle en tous points contraire à la règle fondamentale énoncée dans le paragraphe 2 de l'article. Rousseau formule cette règle de la manière suivante [127]:

> « Réserve faite de l'hypothèse où, par son objet, un traité concerne exclusivement des colonies, les traités conclus par un Etat ne s'étendent pas de plein droit à ses colonies.»

Dans ces conditions, un traité ne s'appliquerait donc jamais aux territoires dépendants sauf s'il concerne spécialement certains territoires de cette catégorie ou, comme le précise plus loin Rousseau, si le traité lui-même dispose qu'il s'applique aux territoires dépendants des parties contractantes.

134. Nous souscrivons en principe à l'opinion de Rousseau, mais nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire ni souhaitable de la formuler d'une manière aussi catégorique. Il nous semble préférable de conserver la règle fondamentale énoncée au paragraphe 2 de l'article 27 et de prévoir des exceptions pour les cas où il est évident qu'en raison de sa situation constitutionnelle un territoire dépendant ne peut pas se voir appliquer automatiquement un traité sans son consentement ou sans l'accomplissement de diverses formalités qui, en raison de leur nature, relèvent essentiellement de la compétence des institutions locales du territoire dépendant considéré.

135. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe énumère les exceptions dont il vient d'être question. Dans les cas visés par les alinéas *a* et *b*, il est clair que le gouvernement du territoire métropolitain de l'Etat qui est partie au traité n'est pas constitutionnellement habilité à imposer au territoire dépendant l'acceptation ou le respect du traité. Dans ces conditions, la participation de cet Etat au traité ne peut entraîner automatiquement son application au territoire dépendant.

136. *Alinéa* c. — Cet alinéa envisage le cas relativement fréquent où, sans être pleinement autonome sur le plan interne, même dans le domaine visé par le traité, un territoire dépendant a, avec le gouvernement de la métropole, des relations constitutionnelles telles que l'exécution du traité dans le territoire suppose la coopération active des autorités et des institutions locales et serait matériellement impossible sans elle; ou encore le cas où, conformément à ces relations constitutionnelles, les traités conclus par le gouvernement métropolitain ne peuvent pas être appliqués au territoire considéré sans qu'il y ait eu au moins des consultations préalables. En pareil cas également, il serait difficile, et en fait contraire aux droits des territoires dépendants eux-mêmes, de

[127] Rousseau, *op. cit.* plus haut dans la n. 70, p. 381.

considérer que si le gouvernement métropolitain est partie à un traité, il en résulte que ce traité est automatiquement applicable au territoire dépendant.

137. *Paragraphe 4.* — Ce paragraphe a pour but de souligner que le facteur déterminant dans les cas envisagés au paragraphe 3 est la *situation constitutionnelle normale* existant dans les territoires dépendants intéressés ou leurs relations constitutionnelles normales avec le gouvernement métropolitain; peu importe que le gouvernement métropolitain possède, en dernière analyse, des pouvoirs de contrainte matérielle ou juridique lui permettant d'imposer l'application du traité au territoire dépendant. Dans un certain nombre de cas, ces pouvoirs peuvent exister ou être tenus en réserve, mais seulement pour être utilisés dans des circonstances bien définies ou, très exceptionnellement, en cas d'urgence. Il est certain qu'ils ne doivent pas servir à imposer l'application d'un traité à un territoire dépendant dans des circonstances non prévues ou logiquement exclues par la situation constitutionnelle de ce territoire [128]; en outre, un gouvernement métropolitain ne doit pas être placé dans une situation où il serait obligé soit de refuser complètement d'être partie à un traité soit, en dernière analyse, d'employer des mesures de contrainte pour en imposer l'acceptation et l'application à des territoires dépendants — parfois constitutionnellement très évolués — qui ne désirent pas accepter le traité ou dont les intérêts locaux s'opposent à une telle acceptation.

Article 28. — Détermination du statut de territoire métropolitain et de territoire dépendant

138. *Paragraphe 1.* — Cet article a été inséré parce qu'il est souvent difficile de déterminer qui a le droit, en dernier ressort, de dire si un territoire donné est territoire métropolitain ou territoire dépendant. Dans les articles 26 et 27 nous nous sommes efforcé de définir les territoires métropolitains et, par voie de conséquence, les territoires dépendants. Sous réserve de ce qui précède, la solution de cette question doit dépendre de l'interprétation des dispositions constitutionnelles et des instruments internationaux applicables.

139. *Paragraphe 2.* — Le début de ce paragraphe — « Sous réserve de toute disposition conventionnelle applicable et éventuellement de tout droit international de recours... » — a pour but d'indiquer qu'il se peut qu'en dernière analyse le gouvernement métropolitain n'ait pas une compétence exclusive pour déterminer d'une manière définitive et irrévocable le statut d'un territoire. Sous cette réserve, la décision semble devoir relever du gouvernement métropolitain et, en fait, ne pouvoir relever au premier chef que de lui. C'est ce qui ressort de l'alinéa *a*. L'alinéa *b* traite d'un problème connexe, mais distinct. Il ne concerne pas la détermination du statut de territoire métropolitain ou de territoire dépendant d'un territoire donné, mais la détermination de l'entité administrative ou géographique à laquelle correspond en fait le territoire considéré — en bref, il s'agit de savoir quelles sont ses frontières, s'il comprend certains éléments adjacents, enclaves ou îles au large de ses côtes, etc.

140. *Paragraphe 3.* — Il paraît souhaitable d'introduire une disposition de cet ordre. Après la conclusion d'un traité, les Etats ne peuvent en modifier l'application territoriale en décidant simplement et unilatéralement que certains territoires qui font apparemment partie de leurs territoires métropolitains n'en font pas partie et inversement. Cette détermination, qui dépend uniquement d'une déclaration du gouvernement intéressé, doit être faite et publiée avant la conclusion du traité ou doit être expressément portée à la connaissance des autres parties au moment de ladite conclusion.

141. *Paragraphe 4.* — Par contre, il se peut qu'un changement véritable dans le statut ou la situation constitutionnelle d'un territoire donné, ou dans les relations entre ce territoire et le gouvernement de la métropole, soit intervenu postérieurement à la conclusion du traité; c'est pourquoi, on a fait figurer dans ce paragraphe les mots « correspondant à un changement véritable dans le statut ou dans la situation constitutionnelle, etc.». Si une telle éventualité se produisait, les dispositions du paragraphe 4 ne seraient pas automatiquement applicables. Il n'en résulterait pas nécessairement que le traité lui-même deviendrait ou cesserait d'être applicable au territoire en question. Cela dépendrait des termes du traité ainsi que des règles de la succession d'Etats (ou de règles analogues).

SOUS-SECTION ii. — EFFET DU TRAITÉ SUR LE PLAN INTERNE

RUBRIQUE *a.* — EFFET DES TRAITÉS A L'ÉGARD DES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT

Article 29. — Intérêt des aspects internes de l'application des traités

142. Ni cet article ni les articles suivants de la présente sous-section ne visent à soulever des discussions philosophiques sur la manière dont un traité produit ses effets sur le plan interne, c'est-à-dire sur la question de savoir s'il les produit directement ou seulement par l'intermédiaire de la loi interne ou de la constitution. Pour des raisons qui seront exposées à propos d'un article ultérieur, nous considérons que cette question n'a que peu d'importance du point de vue strictement pratique. L'article se borne à énoncer le fait incontestable qu'un traité produit ses effets surtout dans le domaine international, où les parties ont le devoir de l'exécuter, et que la question de ses effets sur le plan interne n'a d'intérêt que parce qu'en pratique elle peut mettre en cause la capacité des parties (mais non leur obligation juridique) de s'acquitter de ce devoir.

Article 30. — Devoirs des Etats du point de vue de leurs lois et de leur constitution

143. Cet article et l'article suivant ne font guère que traduire sur le plan du droit interne certains des principes généraux dont il a déjà été question dans d'autres parties du présent rapport (à ce sujet voir plus haut par. 32 à 48). Il importe en particulier de se rappeler que si indépendants que soient les pouvoirs administratif, législatif et judiciaire sur le plan interne, si grand que puisse être dans ce cas le risque de conflits les opposant et si peu assujettis qu'ils soient à un contrôle réciproque, il n'en reste pas moins que du point de vue international l'Etat constitue une entité unique et indivisible. Si, du

[128] Spécialement lorsque, comme cela arriva fréquemment en pareil cas, la situation constitutionnelle constitue une étape dans une évolution planifiée vers l'autonomie ou l'indépendance complète.

fait qu'il a été conclu en bonne et due forme, un traité devient obligatoire pour un Etat, il le devient pour l'Etat dans son ensemble et, par voie de conséquence, pour chacun de ses divers organes et institutions qui sont chacun tenus en tant qu'organes ou institutions de l'Etat de prendre toutes mesures nécessaires pour assurer l'application du traité. On ne pourra donc jamais admettre (par exemple pour excuser la non-exécution d'un traité) que, bien que les organes administratifs d'un Etat soient prêts et disposés à exécuter le traité, les organes législatifs n'adoptent pas les lois nécessaires ou les organes judiciaires ne l'appliquent pas. Les auteurs l'ont répété à maintes reprises et de nombreux exemples valables sont cités à cet égard dans le projet de Harvard pour une convention sur les traités [129]. Par exemple, dès 1833, le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Livingston, disait dans un passage cité par Wharton [130]:

« Le Gouvernement des Etats-Unis présume que lorsqu'un traité a été dûment conclu et ratifié par les autorités incontestablement compétentes pour le faire, chaque organe gouvernemental sans exception a de ce fait l'obligation de l'exécuter intégralement conformément à ses termes, et que de l'exécution de cette obligation dépend le règne de la bonne foi entre les nations.»

A la même époque (1839), en France, le Conseil d'Etat « a affirmé que *l'exécution (des traités) est dévolue, non pas à un seul organe ou à une seule autorité, mais à toutes les autorités législative, politique et judiciaire dans l'ordre de leur compétence* [131] » (c'est nous qui soulignons). On retrouve le même principe dans l'ouvrage de Wheaton, revu par Dana [132] où il est dit:

« Si un traité impose un paiement en espèces ou toute autre mesure spéciale qui ne peut être prise en l'absence d'une législation pertinente, la nation n'en est pas moins liée par ledit traité et il est de son devoir d'adopter les lois nécessaires. Si elle ne s'acquitte pas de ce devoir, il y a violation du traité tout comme si la violation résultait d'un acte positif d'un autre organe gouvernemental. Chaque nation est responsable du bon fonctionnement de ses institutions internes par l'intermédiaire desquelles elle exerce ses fonctions souveraines.»

144. De son côté, Rousseau formule le même principe lorsqu'il dit [133] que *tous les organes étatiques* « étant tenus de contribuer à l'application du traité, l'organe législatif — organe de l'Etat au même titre que les organes exécutif et juridictionnel — est donc tenu d'élaborer les mesures exigées ... pour assurer l'exécution du traité »; citant l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie, Rousseau poursuit en indiquant que le droit international n'a pas à prendre en considération les difficultés, conflits, etc., d'ordre interne, qui ne revêtent de l'importance que sur le plan strictement interne. Il s'exprime en ces termes [134]:

« La jurisprudence internationale consacre très nettement la *supériorité du traité sur la loi* en faisant prévaloir en cas de conflit le premier sur la seconde, quel que soit le rapport d'antériorité existant entre les deux actes juridiques. Pour le juge international, en effet, les lois nationales ne sont que « de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats ». (Cour permanente de Justice internationale, arrêt du 25 mai 1926, affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise [fond], *Publications de la Cour*, série A, n° 7, p. 19.) »

De même, dans l'affaire de l'échange des populations grecques et turques, la Cour permanente a affirmé, comme un « principe allant de soi », que:

« ... un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris » [135].

On pourrait également citer l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire de la compétence des tribunaux de Danzig [136]. Sous une forme différente et dans d'autres circonstances — il s'agissait plus particulièrement du cas des Etats fédéraux — cette position a été celle du tribunal chargé de l'affaire du *Montijo* où un gouvernement fédéral déclinait toute responsabilité pour des actes commis par un Etat fédéré en violation d'un traité. Le surarbitre a dit:

« Du point de vue des traités, il n'existe pas d'Etats particuliers; ces Etats ont renoncé à une fraction déterminée de leur souveraineté et leurs relations supposent l'intervention de leur représentant ou délégué accrédité, c'est-à-dire du gouvernement fédéral ou général. Mais si l'on admet que telle est la théorie et la pratique du système fédéral, il est non moins évident que le devoir de s'adresser au gouvernement général emporte le droit de demander à ce gouvernement, et à lui seul, l'exécution du pacte international [137].»

145. *Paragraphe 1 de l'article 30.* — Les observations formulées aux paragraphes 141 à 143 ci-dessus valent et suffisent pour le présent paragraphe, qui énonce simplement le devoir fondamental de chaque Etat (et par « Etat » il faut entendre l'Etat dans son ensemble, y compris tous ses organes) de se donner des lois et une constitution telles qu'il puisse exécuter ses obligations conventionnelles.

146. Le *paragraphe 2* part de l'idée, défendue par les auteurs déjà cités que, du moment où le but visé au paragraphe 1 est atteint, peu importe les moyens employés pour y parvenir; le choix de la méthode à appliquer est une question d'ordre interne, et c'est l'Etat intéressé qui doit opérer ce choix. C'est pourquoi ce paragraphe a été délibérément rédigé de façon à rendre inutile, si possible, toute controverse théorique sur le monisme ou le dualisme de l'obligation conventionnelle, etc. En fait, différentes positions théoriques sont possibles et, en pratique, divers moyens s'offrent à l'Etat pour faire en sorte que

[129] *Op. cit.* plus haut dans la n. 15; voir le commentaire relatif aux art. 20 et 23 du projet de Harvard, *passim*.

[130] Wharton, *A Digest of the International Law of the United States*, 1887, p. 67.

[131] Harvard, *Law School Research in International Law* III: *Treaties*, p. 979, où est cité: Dalloz, *Jurisprudence générale, Répertoire*, 42, I, n 131, p. 555.

[132] Wheaton, *Elements of International Law*, 8e éd. américaine, note de Dana, n 250. où est cité Kent, 1, p. 165 et 166.

[133] *Op. cit.*, plus haut dans la n. 70, p. 407.

[134] *Ibid.*, p. 418.

[135] *C.P.J.I. Recueil*, série B, n° 10, p. 20.

[136] *Ibid.*, série B, n° 15, p. 26.

[137] Moore, *History and Digest of International Arbitrations*, 1898, p. 1439 et 1440.

sa situation interne lui permette de s'acquitter de ses obligations conventionnelles et n'entrave en rien leur exécution. Il semble inutile de s'étendre sur ce point.

147. *Paragraphe 3.* — Quelles que soient les raisons que l'on puisse faire valoir pour soutenir que, par principe, un traité international devrait s'appliquer directement sur le plan intérieur (c'est-à-dire qu'il devrait être « automatiquement applicable »), il n'est pas possible, en pratique, d'obliger les Etats, s'ils n'y sont pas disposés, à adapter leurs lois et leur constitution de manière qu'il en soit ainsi. En outre, même dans les pays où, en principe, les traités sont automatiquement applicables, l'application pratique de cette règle se heurte à de grandes difficultés et il est loin d'être toujours possible d'échapper à la nécessité de prendre une mesure spéciale d'ordre législatif, administratif ou autre. Le *paragraphe 3* vise simplement à souligner que lorsque la situation interne exige qu'une mesure soit prise pour que le traité puisse être exécuté, l'Etat doit prendre cette mesure.

148. *Paragraphe 4.* — Ce paragraphe énonce en somme, sous une forme négative, la règle positive énoncée au paragraphe 3; il indique aussi que l'Etat n'a pas seulement l'obligation de prendre les mesures voulues pour faire produire au traité ses effets sur le plan intérieur, mais encore celle de ne rien changer à cette situation tant que le traité reste en vigueur, c'est-à-dire de ne prendre, une fois le traité conclu, aucune mesure ni adopter aucune loi qui empêcherait de continuer d'exécuter le traité.

149. *Paragraphe 5.* — La pratique s'est établie (mais elle est très loin d'être toujours suivie) d'insérer dans les traités des clauses déclarant expressément que les parties sont tenues de prendre toutes les mesures, d'ordre législatif ou autre, nécessaires à l'exécution du traité. Mais cette habitude est précisément due au fait que l'on a constaté chez les gouvernements « de fréquentes résistances » — c'est l'expression employée par Rousseau [138] — à la logique des principes formulés ici. Ces clauses figurent dans les traités *ex abundanti cautela* et n'ont qu'un effet confirmatif ou déclaratoire. Leur absence — et dans la plupart des cas elles sont absentes — n'implique nullement qu'elles soient écartées.

Article 31. — Situation et devoirs des divers organes de l'Etat

150. D'une manière générale, le commentaire qui accompagne les articles qui précèdent immédiatement celui-ci (voir, en particulier, par. 141 à 143) vaut, et davantage encore, pour le présent article.

151. *Paragraphe 1.* — Ce paragraphe pose le principe qu'il importe peu de savoir, du point de vue international (et même qu'il n'est théoriquement jamais nécessaire de rechercher ou d'examiner), par l'intermédiaire de quel organe particulier l'Etat s'acquitte de ses obligations conventionnelles internationales. Il s'agit là d'une question purement intérieure qu'il appartient à chaque Etat de régler lui-même.

152. *Paragraphe 2.* — La contrepartie de cette règle est que, s'il appartient à l'Etat de prendre cette décision, il est tenu, en échange, pour autant que cela peut être nécessaire, de prendre la décision en question et de veiller à ce que l'organe chargé de l'exécution sur le plan interne s'acquitte dûment de ce devoir.

153. *Paragraphe 3.* — Ce paragraphe envisage le cas où, par exemple, un traité n'est pas appliqué sur le plan interne parce que, au moment où, au cours d'un procès, la question d'appliquer le traité se pose, le tribunal décide qu'il ne peut lui donner effet faute d'une loi interne s'imposant directement à lui. Il se peut, du point de vue interne, que le juge soit pleinement fondé à adopter cette attitude. Ce peut même être la seule attitude qu'il lui soit possible d'adopter de ce point de vue. Cependant, cela signifie simplement que l'Etat, en tant qu'entité internationale, n'a pas pris les mesures nécessaires pour assurer l'application du traité par ses tribunaux; et l'Etat est par conséquent responsable de cette omission si, de ce fait, le traité n'est pas exécuté. En pareil cas, l'Etat ne pourra invoquer la doctrine selon laquelle le pouvoir exécutif n'est pas en mesure d'intervenir dans les décisions judiciaires, pas plus qu'il ne peut invoquer son impuissance à l'égard du pouvoir législatif. Juridiquement, la question n'est jamais là, car l'obligation est celle de l'Etat dans son ensemble et non celle du pouvoir exécutif seul. Ainsi, dans l'exemple que nous avons donné, la décision des tribunaux aurait été différente si les mesures législatives nécessaires avaient été prises.

154. La situation juridique serait exactement la même si la législation nécessaire existait, mais si les tribunaux ne l'avaient pas appliquée ou l'avaient mal appliquée de sorte que le traité n'a pas été exécuté. Il se peut qu'en pareil cas le pouvoir exécutif, en tant que tel, ne puisse intervenir dans la décision des tribunaux ou la modifier. Néanmoins, il y a inexécution du traité de la part d'un des organes de l'Etat et, en conséquence, l'Etat, considéré comme une entité internationale, est responsable.

RUBRIQUE *b.* — EFFETS DES TRAITÉS A L'ÉGARD DES PERSONNES PHYSIQUES ET DES PERSONNES MORALES A L'INTÉRIEUR DE L'ÉTAT

Article 32. — Traités imposant des obligations à des personnes physiques ou à des personnes morales

155. Cet article et l'article suivant ont été rédigés de façon à éviter, si possible, toute controverse théorique touchant la situation des personnes physiques et des personnes morales en droit international et le point de savoir dans quelle mesure elles en sont des *sujets* directs [139].

[133] *Loc. cit.* plus haut dans la n. 70.

[139] La situation à cet égard, en ce qui concerne les traités, a été fort bien exposée par la Cour permanente dans l'affaire de la compétence des tribunaux de Danzig (série B, n° 15), lorsqu'elle a dit (*Recueil*, p. 17 et 18):

« Le point litigieux revient donc à ceci : Le *Beamtenabkommen*, tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui régissent les rapports juridiques entre l'Administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantzikois passés à son service (contrat de service)? La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le terme *Beamtenabkommen*, accord international, ne peut, comme tel créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par des tribunaux nationaux, Que telle ait

Qu'elles puissent en revanche être l'*objet* de règles du droit international ou de clauses d'un traité, cela ne fait aucun doute.

156. En ce qui concerne les traités qui peuvent imposer des devoirs à des individus (terme que, pour éviter les répétitions, nous utilisons ici en y englobant — *mutatis mutandis* — les personnes morales) ou leur interdire certains comportements, il faut se rappeler qu'un individu, qu'il soit ou non, en théorie et en principe, sujet de droit international, ne peut jamais être sujet de droit international comme l'est l'Etat lui-même s'il possède la pleine capacité de conclure des traités. L'Etat n'est soumis à aucune autre autorité que la sienne et peut prendre les mesures nécessaires pour exécuter tout traité auquel il est devenu partie. Quant à l'individu, la volonté et l'autorité de l'Etat dont il est ressortissant et de son gouvernement s'interposent normalement entre lui-même et l'exécution de toute obligation conventionnelle qui peut lui incomber soit d'une manière générale, soit en vertu d'un traité. Quelle que soit la situation théorique, l'Etat ou le gouvernement en question peuvent, dans la pratique, empêcher l'individu d'exécuter les obligations éventuellement mises à sa charge ou le mettre dans une situation où la seule solution raisonnable qui s'offre à lui consiste à agir d'une manière interdite par la règle ou le traité considéré.

157. Il est inutile pour notre propos d'examiner la question de savoir dans quelle mesure une situation de ce genre exonère l'individu de sa responsabilité personnelle. et nous n'entendons pas le faire. Qu'il soit ou non directement obligé et qu'il engage ou non directement sa responsabilité s'il ne s'acquitte pas de son obligation, l'Etat dont il est ressortissant et son gouvernement ont certainement le devoir de veiller à ce que les lois internes de l'Etat permettent à ses ressortissants de s'acquitter des devoirs que peut leur imposer un traité — car, après tout, c'est l'Etat qui est partie au traité et non l'individu comme tel; et sans la décision prise par l'Etat, l'individu ne serait pas soumis au devoir en question. De même, il appartient à l'Etat, pour exécuter le traité — si cela est nécessaire pour l'appliquer comme il convient — de prendre les mesures qui peuvent être nécessaires pour contraindre ses ressortissants à le respecter.

Article 33. — Traités bénéficiant à des personnes physiques ou à des personnes morales

158. *Paragraphe 1.* — Il s'agit d'un cas plus simple que celui que nous venons d'examiner. Néanmoins, les principes fondamentaux applicables sont exactement les mêmes et il suffira de renvoyer aux observations faites dans les paragraphes précédents.

159. *Paragraphe 2.* — On admet généralement — et il doit d'ailleurs en être ainsi — que l'Etat étant la partie au traité, il peut, par l'intermédiaire de son agent normal, c'est-à-dire le gouvernement, renoncer aux droits que lui confère le traité, même si des personnes physiques ou morales ayant la nationalité de l'Etat considéré tirent un profit ou un avantage de ces droits. La question de savoir si, sur le plan intérieur, l'Etat est fondé à agir ainsi relève entièrement des lois et de la constitution du pays et n'offre aucun intérêt direct pour le droit international. Si l'Etat manque à ses devoirs à cet égard, il peut être appelé à rendre compte administrativement ou judiciairement sur le plan intérieur, mais non sur le plan international [140].

160. La deuxième et la troisième phrase du paragraphe 2 se complètent. Il est évident qu'un individu — — y compris une personne morale — peut, en ce qui le concerne personnellement, renoncer à un profit ou à un avantage que lui confère le traité; mais, ce faisant, il ne peut obliger l'Etat ni l'empêcher d'insister pour obtenir l'exécution s'il le juge bon. Par exemple, l'affaire peut mettre en jeu une question générale de principe qui concerne d'autres individus que l'intéressé, ou même l'ensemble de l'Etat, et l'Etat peut estimer nécessaire d'insister alors même qu'un individu déterminé est disposé à renoncer à ses droits.

161. Certains cas, d'autre part, peuvent, par nature, présenter un double aspect: un individu, par exemple, n'a pas été seul lésé, mais l'Etat a subi lui aussi un préjudice distinct de celui qui lui a été causé dans la personne de son ressortissant. Dans un certain sens, on peut dire qu'une violation de traité présente toujours ce double aspect dans les cas où des droits individuels sont en jeu. On en a un bon exemple (qui n'est pas nécessairement limité au cas de traités) lorsque, en matière maritime, au dommage causé à des individus déterminés ou au refus de leur accroder le traitement prévu par un traité, s'ajoute une question de « pavillon », qui intéresse l'Etat en tant que tel. Dans les cas de ce genre, il n'est pas rare que les tribunaux internationaux aient accordé des dommages-intérêts à l'un et l'autre

été l'intention, dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux termes du *Beamtenabkommen.*»

Commentant cette opinion, Rousseau (*op. cit.* plus haut) dans la n. 70, p. 438 et 439), déclare:

» Ce précédent jurisprudentiel très important va nous fournir tout naturellement notre conclusion. On peut dire en effet qu'*un traité international n'est pas en soi une source de droit interne.* Il crée seulement une obligation d'Etat à Etat, une règle que les Etats doivent suivre. L'individu n'est affecté par les règles du droit international que si elles passent par l'intermédiaire du droit interne. Telle est la doctrine — d'origine positiviste — généralement acceptée à l'heure actuelle. Et la Cour permanente de Justice internationale déclare que c'est « un principe de droit international bien établi.»

» Mais ... *il est toujours possible de stipuler le contraire* et de décider qu'un traité constituera une source directe de droits et d'obligations pour des particuliers. Ici l'intention des parties est décisive, comme le prouve l'examen de la pratique tant conventionnelle qu'arbitrale ou juridictionnelle.»

Nous ne désapprouvons pas cette conclusion bien qu'à notre avis elle tende à éluder la véritable question qui se pose en pareils cas, et qui est la suivante: quels que soient les droits dont l'individu jouit devant les tribunaux de son pays (ou ceux de l'autre partie), le traité lui confère-t-il un *droit international direct,* ou bien ce droit international continue-t-il d'appartenir exclusivement à l'Etat dont il est ressortissant, en tant que partie au traité, et seul cet Etat peut-il agir sur ce plan si le droit n'a pas été respecté?

[140] Dans une série d'affaires jugées au Royaume-Uni, il a été décidé que la Couronne n'étant pas l'agent du citoyen lorsqu'il s'agit d'un traité, même lorsque celui-ci procure des avantages à des individus, les actes de l'exécutif en pareille matière ne peuvent être normalement soumis au contrôle des tribunaux intérieurs (voir Rustomjee v. the Queen [1876] L.R., 1 Q.B.D. 487; 2. Q.B.D. 69; Civilian War Claimants Association v. the King, L.R. (1932) A.C.14; Administrator of German Property v. Knoop, L.R. (1933) 1 ch. 439).

titres, c'est-à-dire à la fois aux individus lésés et à l'Etat en tant que tel pour atteinte portée à son pavillon [141].

SOUS-SECTION iii. — QUESTIONS DIVERSES SOULEVÉES PAR L'APPLICATION DES TRAITÉS

162. Cette sous-section est laissée en blanc en partie parce que, comme dans le cas de l'article 23, pour la traiter à fond il faudrait procéder à l'étude détaillée d'un grand nombre de clauses conventionnelles de types différents et disposer peut-être de renseignements sur la pratique des gouvernements en ce qui concerne ces clauses; en partie aussi parce que, pour beaucoup des questions en jeu, on constaterait sans doute qu'elles sont régies par des considérations relevant de l'interprétation pure et simple des traités; il semble donc préférable de n'examiner ces questions que lorsque le chapitre sur l'interprétation sera rédigé.

DIVISION B. — CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DU TRAITÉ ET MODALITÉS D'UTILISATION DES VOIES DE DROIT

SECTION 1. — CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DU TRAITÉ

Article 34. — Principes fondamentaux

163. *Paragraphe 1.* — Ce paragraphe n'exige aucun commentaire. Une *non-exécution justifiée* d'une obligation conventionnelle ne constitue manifestement *pas une violation du traité.* Si, du point de vue purement formel, on peut dire qu'elle en constitue une, elle n'a pas le caractère illicite que revêt la violation du droit international. Lorsque le droit international lui-même excuse ou justifie la violation, il ne saurait être question d'une infraction au droit international.

164. *Paragraphe 2.* — La deuxième phrase découle de la première et n'appelle aucun commentaire. La première phrase elle-même reflète l'opinion exprimée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'usine de Chorzów (demande en indemnité) [compétence]. La Cour a déclaré:

> « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même [142]. »

165. « ... Quelle que soit sa nature ou sa gravité ». La nature ou la gravité d'une violation de traité n'a d'importance que pour déterminer la nature ou l'étendue de la réparation. Elle est sans effet sur la responsabilité, qui existe en tout état de cause dès qu'il y a violation, si insignifiante qu'elle soit.

166. *Paragraphe 3.* — Parce que la violation d'un traité engage immédiatement la responsabilité internationale de l'Etat qui l'a commise, elle crée immédiatement l'obligation, pour cet Etat, de se libérer de cette responsabilité. Cette obligation, en principe tout au moins, naît sur-le-champ et ne dépend pas de mesures particulières que pourraient prendre l'autre partie ou les autres parties ou une institution internationale. On peut naturellement se demander s'il y a eu vraisemnlablement violation et si elle est dûment établie, mais c'est là une autre question. Une fois la violation établie, la responsabilité existe, et la responsabilité de se libérer de cette responsabilité, si l'on peut dire, incombe à l'Etat intéressé, qui a alors le devoir de prendre, le cas échéant, l'initiative de fournir la réparation nécessaire.

167. *Paragraphe 4.* — Si l'Etat ne se libère pas de la responsabilité résultant de la violation, l'autre partie ou les autres parties acquièrent aussitôt le droit de prendre des mesures pour obtenir réparation et de recourir aux voies de droit qui peuvent leur être ouvertes.

Article 35. — Moyens de se libérer de la responsabilité découlant de la violation d'un traité

168. *Paragraphe 1.* — Dans un certain nombre de cas, les pénalités ou la réparation due, en cas de violation d'un traité, sont prévues dans le traité lui-même. Si le traité prévoit certaines pénalités ou une certaine réparation, il est sans doute raisonnable d'en conclure, sous réserve de l'interprétation correcte du traité, que les parties ont choisi lesdites pénalités ou formes de réparation à l'exclusion de toutes autres, de sorte qu'en se conformant aux clauses applicables, l'Etat coupable de la violation se libérera entièrement de sa responsabilité.

169. Si le traité est muet sur les conséquences de la violation, les règles générales du droit international concernant la manière dont un Etat est tenu de se libérer de sa responsabilité s'appliqueront, sous réserve des autres dispositions du présent article. La violation d'un traité n'est qu'une des formes de l'acte illicite international. Dans un certain sens, la violation d'un traité est en soi une infraction à une règle générale du droit international, celle qui prescrit que les traités régulièrement conclus doivent être exécutés. Par conséquent, lorsqu'il n'y a aucune raison d'appliquer une autre règle, les règles générales du droit international concernant la réparation et la manière de la fournir sont applicables.

170. *Paragraphe 2.* — Il semble cependant souhaitable de ne pas s'en remettre entièrement à ce principe général et de poser par conséquent quelques règles précises touchant les modalités selon lesquelles un Etat doit se libérer de sa responsabilité s'il viole un traité. Ces règles varieront selon la nature de la violation, et ce paragraphe énumère les trois principales catégories dans lesquelles rentrent normalement les violations de traités.

171. *Paragraphe 3.* — Dans ce paragraphe, nous essayons d'indiquer, pour chacune des trois catégories mentionnées au paragraphe 2, les mesures précises que l'Etat doit prendre pour se libérer de la responsabilité qui lui incombe. L'ensemble du paragraphe repose sur le principe que la réparation fournie sous forme de paiement de dommages-intérêts n'est pas nécessairement suffisante; et cette opinion, bien connue en droit privé, tire son autorité internationale d'une autre partie de la décision rendue par la Cour permanente dans l'affaire

[141] Tel a été le cas dans l'affaire de l'*I'm Alone* (Etats-Unis c. Canada); voir à ce sujet notre article dans le *British Year Book of International Law*, 1936, p. 82. Les débats et la décision des commissaires ont été publiés par le *King's Printer*, J. O. Patenaude, Ottawa, 1935.

[142] C.P.J.I., série A, nº 9, p. 21.

de l'usine de Chorzów, citée plus haut au paragraphe 164. Selon la Cour, la réparation

> « doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » [143].

Dans les alinéas de ce paragraphe, nous nous sommes efforcés de préciser les conséquences pratiques de ce principe pour chacune des catégories mentionnées au paragraphe 2.

172. *Paragraphe 4.* — A propos de la réparation, et en particulier des dommages-intérêts, un certain nombre de questions incidentes peuvent se poser, notamment la question des « dommages dérivés », de l'intérêt exigible. etc. Sauf dispositions expresses du traité lui-même, toutes ces questions doivent être soumises aux règles ordinaires du droit international touchant les créances.

Article 36. — Conséquences de la violation de traités qui bénéficient à des particuliers

173. La règle énoncée dans cet article correspond à un autre aspect de la situation déjà examinée plus haut au paragraphe 161 à propos du paragraphe 2 de l'article 33. C'est un principe solidement établi du droit international que le préjudice causé au ressortissant d'un Etat, qu'il résulte de la violation d'une règle générale du droit international ou de celle d'un traité, constitue toujours de ce seul fait un préjudice causé à l'Etat lui-même; et lorsque le préjudice causé à un individu est la seule conséquence matérielle de la violation du droit ou du traité, ce préjudice fournira normalement la mesure des dommages-intérêts dus à l'Etat. Cela, toutefois, sous réserve de la règle déjà mentionnée selon laquelle tout préjudice supplémentaire et indépendant causé à l'Etat en tant que tel, c'est-à-dire résultant de la violation de ses droits juridictionnels ou d'une atteinte portée à son pavillon, doit faire l'objet d'une réparation distincte. En outre, la Cour permanente dans une autre phase de l'affaire de l'usine de Chorzów (demande en indemnité) [fond] a jugé que, même dans les cas où, manifestement, seuls des individus ont subi un préjudice, il faut continuer à présumer que l'Etat a subi un dommage distinct, le dommage causé à l'individu fournissant simplement un moyen commode de calculer la réparation due à l'Etat pour le préjudice causé à son ressortissant. Le passage en question mérite d'être cité intégralement.

> « Mais la réparation due à un Etat par un autre Etat ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournira la mesure. Les règles de droit qui déterminent la réparation sont les règles de droit international en vigueur entre les deux Etats en question, et non pas le droit qui régit les rapports entre l'Etat qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi le dommage. Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auxquels le même acte peut également porter atteinte. Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'Etat subira; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'Etat [144]. »

SECTION 2. — MODALITÉS D'UTILISATION DES VOIES DE DROIT EN CAS DE VIOLATION DU TRAITÉ

SOUS-SECTION i. — EXPOSÉ GÉNÉRAL DES MOYENS D'ACTION DISPONIBLES

Article 37. — Voies de droit ouvertes aux parties

174. Pour cet article, le commentaire consistera principalement à souligner les précautions proposées pour l'utilisation de certaines voies de droit et qui consistent, pour la plupart, à subordonner cette utilisation à une offre de recourir à l'arbitrage ou à l'acceptation de l'arbitrage ou d'un règlement judiciaire. A ce propos il convient de distinguer entre, d'une part, la question — déjà examinée dans le présent chapitre — de savoir si la non-exécution d'une obligation conventionnelle dans certaines circonstances se justifie en droit et, d'autre part, l'existence éventuelle de conditions de procédure à respecter pour la non-exécution (si justifiée qu'elle soit). Il est hors de doute, par exemple, que si une partie n'exécute décidément pas une obligation conventionnelle, une non-exécution correspondante ou, peut-être, la non-exécution d'une obligation différente sera justifiée de la part de l'autre partie, sous réserve de ce qui a été dit plus haut — ou plutôt, pour être plus précis, un tel acte de la part de l'autre partie ne constituera pas une infraction au droit international. Il peut être néanmoins souhaitable de subordonner le droit de recourir à pareille mesure à certaines conditions de procédure. Ces conditions sont examinées aux articles 38 et 39.

SOUS-SECTION ii. — CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES DE PROCÉDURE CONCERNANT CERTAINES VOIES DE DROIT

Article 38. — Cas c *de l'article 37*

175. Comme ce cas envisage l'extinction totale de l'obligation conventionnelle pour violation fondamentale, il suffit de renvoyer aux articles relatifs à cette question qui figurent dans notre deuxième rapport (1957), en particulier à l'article 20 et au commentaire y relatif, concernant l'arbitrage ou le règlement judiciaire.

Article 39. — Cas d, e *et* f *de l'article 37*

176. *Paragraphe 1.* — Comme, pour être efficaces, les contre-mesures doivent peut-être être prises très rapidement, il ne serait pas possible de les subordonner à l'offre ou à l'acceptation préalable d'un arbitrage ou d'un règlement judiciaire, mais on peut exiger que, pour conserver leur validité, elles s'accompagnent d'une offre d'arbitrage ou de règlement judiciaire ou de l'acceptation d'une demande d'arbitrage ou de règlement judiciaire présentée par l'autre partie.

177. *Paragraphe 2.* — Ce paragraphe confère au tribunal, en cas d'arbitrage ou de règlement judiciaire, un droit général d'ordonner la suspension, s'il le juge bon, de toutes contre-mesures qui peuvent avoir été instituées. Il n'y a d'exception que pour les mesures envisagées à l'alinéa *e* de l'article 37. En ce qui les concerne, il suffit,

[143] *Ibid.*, p. 47.

[144] *Ibid.*, nº 17, p. 28.

semble-t-il, de stipuler qu'elles ne peuvent consister qu'en un blocage en attendant le prononcé de la décision, puisqu'il s'agirait simplement, alors, de mesures temporaires et conservatoires.

178. *Paragraphe 3.* — Les alinéas *a* et *b* imposent certaines limites générales à la faculté de prendre des contre-mesures. Elles nous paraissent conformes aux principes ordinaires du droit international, qu'il est peut-être inutile de rappeler ici vu les dispositions détaillées de l'article 18.

179. L'alinéa *c* prévoit que les contre-mesures doivent cesser dès que leur raison d'être disparaît. Les mêmes remarques s'appliquent ici (voir plus haut par. 55 à 57 et 67).

DROIT DES TRAITÉS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/121

Pratique du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de certaines questions soulevées à propos des articles relatifs au droit des traités

Note du Secrétariat

[*Texte original en anglais*]
[*23 juin 1959*]

Il est permis d'espérer qu'en élaborant les articles du code du droit des traités qui concerneront les traités multilatéraux, la Commission du droit international ne tiendra pas pour négligeable et à fortiori s'abstiendra de contredire expressément la pratique de la plus grande organisation du monde à faire des traités. En effet, il faut admettre qu'en elle-même la pratique que les Etats suivent pour la conclusion de traités par l'intermédiaire des organismes de l'ONU chargés de la confection des traités constitue un développement du droit international et que le projet doit donc en tenir pleinement compte. C'est pour cette raison que le Secrétariat désire présenter à la Commission les observations ci-après sur certains aspects de la pratique suivie en matière de traités au sein de l'Organisation des Nations Unies.

A. — La question de la signature *ad referendum*

1. La pratique de signer *ad referendum* n'est pas courante; par exemple, un seul Etat (Venezuela) a employé l'expression *ad referendum* lorsqu'il a signé les quatre conventions relatives au droit de la mer et Israël l'a employée en signant le protocole.

2. D'après l'expérience du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, le but et l'effet d'une signature *ad referendum* sont identiques au but et à l'effet d'une signature « sous réserve de ratification ».

3. Les deux seuls cas (Autriche et République fédérale d'Allemagne) où une signature *ad referendum* ait été suivie d'une communication officielle sont relatifs aux protocoles du GATT qui prévoient que les Etats peuvent devenir parties par la seule signature. Dans les deux cas, la communication émanait du bureau de l'observateur permanent de l'Etat intéressé et portait que le gouvernement se considérait comme lié par la signature de son plénipotentiaire.

4. Dans tous les autres cas, la ratification était requise et les signatures *ad referendum* ont été suivies du dépôt d'un instrument de ratification ou d'adhésion.

5. En conclusion, il apparaît, touchant cet aspect de la question, que la pratique du Secrétariat qui est de ne faire aucune distinction entre une signature *ad referendum* et une signature « sous réserve de ratification », est conforme à la pratique des Etats Membres. Comme des opinions divergentes ont été exprimées sur ce point, le Secrétariat voudrait proposer que les gouvernements soient expressément priés de faire connaître leurs observations à ce sujet.

B. — Pleins pouvoirs et signature *ad referendum*

Des pleins pouvoirs ont toujours été nécessaires pour la signature *ad referendum* et, d'après l'expérience du Secrétariat, aucun Etat n'a jamais formulé d'objections à ce propos.

C. — Forme des pleins pouvoirs

Le 11 juillet 1949, le Secrétaire général adjoint chargé du Département juridique a adressé aux Etats Membres une lettre [LEG. 103/01 (1) AL] dont un extrait est reproduit ci-après:

« Les pleins pouvoirs doivent émaner, en conformité avec la règle constitutionnelle propre à chaque Etat, soit du chef de l'Etat, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères. Ces pleins pouvoirs doivent spécifier clairement l'instrument visé et en donner le titre exact et intégral ainsi que sa date.

« Dans certains cas exceptionnels et pour des motifs d'urgence, si par exemple se posent des conditions de délai, des pouvoirs télégraphiques sont susceptibles d'être acceptés à titre provisoire, mais encore faut-il que le télégramme émane soit du chef de l'Etat, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et qu'il soit confirmé par une lettre de la délégation permanente ou du plénipotentiaire affirmant le caractère d'authenticité du télégramme. Le texte du télégramme doit également indiquer le titre de l'accord visé et préciser si le plénipotentiaire est autorisé à signer avec ou sans réserve d'acceptation ultérieure, enfin préciser que des pouvoirs réguliers sont envoyés immédiatement par courrier.

« Ceci est d'autant plus important aujourd'hui que plusieurs conventions ou accords conclus sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ont prévu que l'Etat peut se lier définitivement par simple signature.

« Il est enfin suggéré que les pouvoirs des représentants désireux de signer des actes internationaux déposés auprès du Secrétaire général soient déposés au Département juridique du Secrétariat vingt-quatre heures avant la cérémonie de signature afin de permettre leur examen. »

Depuis la date de cette circulaire, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies a admis les communications télégraphiques émanant du chef de l'Etat, du

chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, comme constituant des pleins pouvoirs définitifs, pour la signature d'accords qui stipulent que leur signature a lieu sous réserve de ratification.

D. — Paraphe

La pratique de l'Organisation des Nations Unies n'a jamais comporté l'apposition d'un paraphe aux fins d'authentification du texte d'une convention multilatérale. Le but même du paraphe, l'authentification, a été atteint dans les procédures de confection des traités que suit l'Organisation des Nations Unies, et qui répondent mieux au cadre institutionnel par des moyens uniformes tels que l'enregistrement du vote sur une résolution constatant ou contenant le texte ou par l'incorporation dans un acte final. Aucun représentant n'a jamais demandé de parapher le texte d'un instrument déposé auprès du Secrétaire général.

E. — Adhésion

La pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies pour l'adoption de conventions a été dans de nombreux cas (par exemple celui des conventions relatives au droit de la mer) d'offrir aux Etats le choix de devenir parties soit par voie de signature suivie de ratification, soit par voie d'adhésion. Il apparaît qu'à cet égard le droit international évolue vers la simplification des formalités et la possibilité pour les Etats de choisir les méthodes qui leur conviennent le mieux. Il ressort des archives du Secrétariat que le nombre des instruments d'adhésion déposés est à peu près égal à celui des instruments de ratification. De plus, il semble évident que l'adhésion, du moins dans la pratique de l'Organisation des Nations Unies concernant la conclusion des traités, ne présuppose pas l'existence d'un traité en vigueur (c'est-à-dire « un contrat déjà conclu »). Par conséquent, la situation que le paragraphe 6 de l'article 34 du premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/101) considère comme exceptionnelle est normale dans la pratique de l'Organisation des Nations Unies.

* * *

Le Secrétariat saisit cette occasion pour porter à la connaissance de la Commission qu'il rédige en ce moment un précis de la pratique concernant l'exercice des fonctions de dépositaire à l'égard des conventions multilatérales déposées auprès du Secrétaire général. Il est prévu que cette publication fera l'objet d'une distribution générale dans le courant du mois de septembre ou d'octobre 1959.

RELATIONS ET IMMUNITÉS CONSULAIRES

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/L.79

Propositions et observations présentées par M. Alfred Verdross au sujet du projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires (A/CN.4/108 [1])

[*Texte original en anglais*]
[*13 mars 1959*]

Article premier

Au paragraphe 1, il serait bon de remplacer les mots « Tout Etat » par « Tout Etat souverain ».

Article 3

A l'alinéa 4 du paragraphe 1, il n'est pas nécessaire de conserver la classe des agents consulaires.

Article 13

Pour le cas où la majorité des membres de la Commission du droit international opteraient pour la deuxième variante, j'aimerais présenter les observations suivantes:

Les représentants consulaires ne représentent pas les intérêts économiques et juridiques de leurs Etats, mais ceux des ressortissants de leurs Etats. Les Etats sont représentés par les représentants diplomatiques. En outre, les représentants consulaires n'ont pas pour mission de promouvoir les relations culturelles, à moins qu'un accord consulaire bilatéral ne le stipule.

A propos du paragraphe 8, il conviendrait de mentionner que les représentants consulaires ne sont pas habilités à inscrire sur leurs registres les personnes qui sont considérées comme réfugiés en droit international ou aux termes de la Convention relative au statut des réfugiés.

Article 17

Les Etats ont le droit de déclarer un représentant diplomatique *persona non grata* sans motiver leur décision. Il ne faudrait donc pas prévoir au paragraphe 2, à propos du retrait de l'exequatur des représentants consulaires, un régime plus strict dans le cas de ces derniers que dans celui des représentants diplomatiques. Il ne devrait pas y avoir obligation juridique de communiquer les motifs à l'Etat d'envoi.

Article 20

Au paragraphe 2, il serait préférable de restreindre la portée de l'expression « personnel consulaire ». Il y aurait lieu de préciser d'une façon ou d'une autre que l'expression « personnel consulaire » ne s'applique pas aux dactylographes, employés ou chauffeurs du représentant consulaire.

Article 22

Il conviendrait d'interdire expressément d'arborer le pavillon national sur les moyens de transport en commun. En outre, il faut éviter toute confusion entre les marques d'identification des aéronefs (marque de nationalité et d'immatriculation) et le pavillon national que les représentants consulaires ont le droit d'arborer.

Article 23

Les mots « en temps de paix » devraient être supprimés

Article 25

Il y aurait intérêt à ajouter une disposition stipulant que la correspondance privée doit être séparée de la correspondance officielle du représentant consulaire. Un grand nombre d'accords consulaires bilatéraux contiennent cette disposition.

Article 27

Il faudrait envisager d'ajouter un article précisant que l'immunité de juridiction ne s'appliquera pas dans certains cas, par exemple lorsque l'Etat accréditant aura demandé expressément ou accepté qu'une action soit intentée ou des poursuites engagées, ou bien lorsque le représentant consulaire y aura consenti de façon expresse ou tacite. De plus, cette immunité ne devrait être envisagée que pour les actes officiels accomplis dans les locaux du consulat.

Article 28

Il faudrait envisager de soustraire à l'immunité fiscale les revenus tirés de l'exercice d'un métier ou d'une profession aussi bien que la rémunération d'un emploi. Je propose d'ajouter le texte suivant au paragraphe 2: « En outre, l'immunité fiscale ne s'appliquera pas aux droits et impôts sur les revenus tirés de l'exercice, dans l'Etat de résidence, d'une profession ou d'un emploi quelconques. »

A propos de cet article, on pourrait envisager de stipuler que l'acquisition et la possession de biens immobiliers servant aux fonctions consulaires ne devraient pas donner lieu au paiement des impôts dus sur la possession, la propriété ou les mutations d'immeubles.

Article 31

Je propose de modifier comme suit cet article: « L'Etat de résidence doit accorder l'exemption des lois de sécurité sociale aux représentants consulaires de

[1] Pour le texte du projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires, voir *Annuaire de la Commission du droit international, 1957* (publication des Nations Unies, nº de vente: 1957.V.5.Vol.II), vol. II, p. 83.

l'Etat d'envoi et aux membres du personnel consulaire s'ils ont la nationalité de l'Etat d'envoi. » La référence au domicile compliquerait l'article.

Article 32

Je recommande de supprimer le paragraphe 5. Les paragraphes 1 et 2 parlent de « pays de résidence », alors que dans le reste du projet d'articles on utilise généralement l'expression « Etat de résidence ».

Article 33

Le commentaire devrait préciser que le terme « juridiction » s'applique aussi bien à la juridiction des tribunaux qu'à celle des autorités administratives.

Article 37

Il faudrait indiquer clairement, au paragraphe 2, qu'il est nécessaire de séparer la correspondance consulaire de la correspondance privée des consuls honoraires. Il ne semble pas opportun de se référer à l'article 32 sans autre précision. Il faudrait tout au moins indiquer que le consul honoraire peut être contraint de comparaître en justice et de témoigner dans des affaires qui sont sans rapport avec l'exercice de ses fonctions.

Article 38

Mes observations seront présentées de vive voix à la Commission.

Observation générale

Le projet d'articles provisoires utilise indifféremment le terme « consulat » et les expressions « bureau consulaire », « poste consulaire » et « office consulaire. Je propose à la Commission de s'en tenir à une seule formule.

RELATIONS ET IMMUNITÉS CONSULAIRES

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/L.82

Propositions et observations présentées par M. Georges Scelle au sujet du projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires (A/CN.4/108 [1])

[Texte original en français]
[14 mai 1959]

Article premier

Paragraphe 2.

i) insérer après le mot « comporte » le mot « normalement »;

ii) ajouter à la fin du paragraphe ce qui suit:

«; mais celles-ci peuvent subsister en cas de rupture des relations diplomatiques et être instituées en cas de non-reconnaissance ou de reconnaissance *de facto* de l'Etat accréditaire, sans impliquer reconnaissance *de jure*. »

Ajouter le nouveau paragraphe suivant:

« 4. Les officiers consulaires sont des fonctionnaires des gouvernements qui les envoient. »

Article 8

i) Supprimer les mots « sans avoir à donner les raisons d'un tel refus »;

ii) Ajouter la phrase: « Le refus d'exequatur doit autant que possible être motivé et ne saurait être systématique. »

Article 13

Je suis partisan de la deuxième variante.

Article 14

Remplacer le texte de l'article par le texte suivant:

« L'Etat accréditaire et l'Etat d'envoi peuvent, le cas échéant, s'il n'existe pas de mission diplomatique de l'Etat d'envoi, près de l'Etat accréditaire, se mettre d'accord pour confier aux consuls une mission de nature diplomatique sans préjudice de cet accord en ce qui concerne la question de la reconnaissance. »

Article 17

Au paragraphe 1, après les mots « violation des lois de cet Etat », ajouter les mots « ou des obligations internationales de sa fonction ».

Ajouter le nouveau paragraphe suivant:

« 3. Le retrait de l'exequatur ne peut être considéré que comme une mesure individuelle et en aucun cas comme une mesure prise en vue soit de modifier les stipulations de la Convention consulaire, soit de porter obstacle à l'usage normal des fonctions consulaires. Par conséquent le retrait d'exequatur ne saurait intervenir en série. »

[1] Pour le texte du projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires, voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1957 (publication des Nations Unies, nº de vente: 1957.V.5.Vol.II), vol. II, p. 83.

RAPPORT DE LA COMMISSION A L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

DOCUMENT A/4169 *

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa onzième session (20 avril-26 juin 1959)

TABLE DES MATIÈRES

Chapitres	*Pages*
I. — ORGANISATION DE LA SESSION	89
I. — Composition de la Commission et participation à la session	89
II. — Bureau	90
III. — Ordre du jour	90
II. — DROIT DES TRAITÉS	90
I. — Observations générales	90
II. — Texte du projet des articles 1er à 10 et 14 à 17 et commentaire	94
III. — RELATIONS ET IMMUNITÉS CONSULAIRES	113
I. — Introduction	113
II. — Considérations générales	114
III. — Texte du projet des articles 1er à 19 et commentaire	115
IV. — AUTRES DÉCISIONS DE LA COMMISSION	127
I. — Décisions relatives aux travaux futurs de la Commission	127
II. — Collaboration avec d'autres organismes	127
III. — Contrôle et limitation de la documentation	127
IV. — Relations entre les Etats et les organisations intergouvernementales	128
V. — Date et lieu de la prochaine session	128
VI. — Représentation à la quatorzième session de l'Assemblée générale	128

* Publié également dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatorzième session, Supplément no 9.*

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DE LA SESSION

1. La Commission du droit international, créée en application de la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale, en date du 21 novembre 1947, et conformément au statut de la Commission, joint en annexe à ladite résolution et modifié ultérieurement, a tenu sa onzième session à Genève, du 20 avril au 26 juin 1959. Les séances, à part les deux premières qui se sont tenues à l'Office européen des Nations Unies, ont eu lieu au Bureau international du Travail, sur l'invitation du Directeur général de l'Organisation internationale du Travail. Les travaux effectués par la Commission au cours de la session sont exposés dans le présent rapport. Le chapitre II du rapport contient la première « section » d'un code du droit des traités, qui comprend une définition de la portée du code et un certain nombre d'articles d'un premier chapitre du code qui se rapportent à la validité des traités; ce chapitre comprend également un commentaire relatif aux articles. Le chapitre III contient les 19 premiers articles d'un projet sur les relations et immunités consulaires, ainsi qu'un commentaire relatif à ces articles. Le chapitre IV traite d'un certain nombre de questions administratives et autres.

I. — Composition de la Commission et participation à la session

2. La Commission est composée des membres suivants:

Noms	*Nationalités*
M. Roberto Ago	Italie
M. Ricardo J. Alfaro	Panama
M. Gilberto Amado	Brésil
M. Milan Bortos	Yougoslavie
M. Douglas L. Edmonds	Etats-Unis d'Amérique
M. Nihat Erim	Turquie
Sir Gerald Fitzmaurice	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord
M. J. P. A. François	Pays-Bas
M. F. V. García Amador	Cuba
M. Shuhsi Hsu	Chine

M. Thanat Khoman	Thaïlande
M. Faris El-Khouri	République arabe unie
M. Ahmed Matine-Daftary	Iran
M. Luis Padilla Nervo	Mexique
M. Radhabinod Pal	Inde
M. A. E. F. Sandström	Suède
M. Georges Scelle	France
M. Grigory I. Tounkine	Union des Républiques socialistes soviétiques
M. Alfred Verdross	Autriche
M. Kisaburo Yokota	Japon
M. Jaroslav Žourek	Tchécoslovaquie

3. Le 1er mai 1959, la Commission a élu M. Nihat Erim (Turquie) au siège devenu vacant à la suite de la démission de M. Abdullah El-Erian au cours de la session précédente. M. Erim a siégé à la Commission à partir du 1er juin.

II. — Bureau

4. Lors de sa 479e séance, le 20 avril 1959, la Commission a élu un bureau composé de la manière suivante:

Président : sir Gerald Fitzmaurice;

Premier Vice-Président : M. Shuhsi Hsu;

Deuxième Vice-Président : M. Ricardo J. Alfaro;

Rapporteur : M. J. P. A. François.

5. M. Yuen-li Liang, directeur de la Division de la codification du Service juridique, a représenté le Secrétaire général et rempli les fonctions de secrétaire de la Commission.

III. — Ordre du jour

6. La Commission a adopté, pour sa onzième session, un ordre du jour comprenant les points suivants:

1. Nomination à un siège devenu vacant après élection (art. 11 du statut).
2. Relations et immunités consulaires.
3. Droit des traités.
4. Responsabilité des Etats.
5. Résolution 1289 (XIII) de l'Assemblée générale sur les relations entre les Etats et les organisations intergouvernementales (adoptée à l'occasion de l'examen par l'Assemblée du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques).
6. Date et lieu de la douzième session.
7. Organisation des travaux futurs de la Commission.
8. Résolution 1272 (XIII) de l'Assemblée générale relative au contrôle et à la limitation de la documentation.
9. Questions diverses.

7. Au cours de la session, la Commission a tenu 47 séances. Elle a examiné tous les points de son ordre du jour. En ce qui concerne le point 2, la Commission avait décidé, à sa précédente session, de faire des relations et immunités consulaires le premier point de l'ordre du jour de la présente session afin de terminer, lors de cette session, l'élaboration d'un projet provisoire qui serait adressé aux gouvernements pour qu'ils formulent leurs observations [1]. Toutefois, le rapporteur spécial pour cette question, M. Jaroslav Žourek, empêché par ses fonctions de juge *ad hoc* à la Cour internationale de Justice, n'a pu siéger à la Commission pendant presque la moitié de la session; c'est pourquoi cet objectif n'a pu être atteint au cours de la présente session. La Commission a décidé de donner la priorité absolue à ce sujet pour la prochaine session (voir par. 29 et 30 ci-après). On peut donc espérer qu'un premier projet complet figurera dans le rapport sur les travaux de la douzième session et que les gouvernements seront en mesure de présenter leurs observations avant la treizième session (1961) de manière que la Commission puisse soumettre à l'Assemblée générale le texte final du projet dans son rapport sur les travaux de ladite session, comme elle en avait primitivement l'intention [2]. Les résultats des travaux que la Commission a consacrés à ce point de son ordre du jour au cours de la présente session figurent au chapitre III. Les résultats des travaux de la Commission sur le point 3 (Droit des traités) sont exposés au chapitre II. Pour ce qui est du point 4 (Responsabilité des Etats), la Commission a tenu un bref débat sur cette question à ses 512e et 513e séances. Elle a entendu un rapport des représentants de la Faculté de droit de l'Université Harvard sur les travaux de la Faculté dans ce domaine. En ce qui concerne les points 5 et 8, la Commission a pris acte des résolutions de l'Assemblée générale mentionnées dans ces points et, touchant le point 5, elle a décidé que la question serait abordée en temps voulu. Un certain nombre de questions administratives et autres sont traitées au chapitre IV.

CHAPITRE II

DROIT DES TRAITÉS

I. — Observations générales

A. — Historique de la question

8. A sa première session, en 1949, la Commission du droit international a inscrit le « Droit des traités » parmi les sujets énumérés aux paragraphes 15 et 16 de son rapport sur les travaux de ladite session [3] comme se prêtant à une codification et elle a également décidé [4] de donner à ce sujet la priorité. Toutefois, alors que la Commission a été en mesure d'achever l'étude des autres sujets auxquels elle avait décidé de donner la priorité, elle a été empêchée jusqu'à présent d'aborder vraiment l'étude du droit des traités. Entre autres raisons, il y a lieu de mentionner les diverses tâches spéciales que l'Assemblée générale lui a confiées, la nécessité d'achever l'étude de sujets tels que le droit de la mer et les relations et immunités diplomatiques que l'Assemblée voulait examiner et aussi les retards inévitables dus aux changements de rapporteur spécial pour le droit des traités.

9. Les extraits ci-dessous de rapports antérieurs de la Commission constituent le meilleur exposé des premiers travaux qu'elle a consacrés à la question du droit des traités:

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, treizième session, Supplément no 9* (A/3859), par. 57.
[2] *Ibid.*, par. 61.
[3] *Ibid., quatrième session, Supplément no 10* (A/925).
[4] *Ibid.*, par. 19 et 20.

Rapport pour l'année 1950 [5]

160. Au cours de sa première session, la Commission du droit international a élu M. Brierly aux fonctions de rapporteur spécialement chargé des questions concernant le droit relatif aux traités. M. Brierly a présenté un rapport sur ce sujet (A/CN.4/23) à la deuxième session de la Commission. La Commission a consacré cinq séances (49e à 53e) à un examen préliminaire de ce rapport, afin de faciliter au rapporteur spécial la continuation de ses travaux entre les deuxième et troisième sessions de la Commission. La Commission était également saisie d'un certain nombre de réponses de gouvernements à un questionnaire qui leur avait été adressé conformément au paragraphe 2 de l'article 19 du statut de la Commission (A/CN.4/19, 1re partie, A).

161. La Commission s'est efforcée, au cours de débats assez prolongés, de délimiter la manière sur laquelle porterait son étude. Bien qu'elle eût décidé, à titre provisoire, que cette étude s'étendrait aux échanges de notes, elle n'a pas voulu se prononcer sur la nature que le rapporteur spécial devait leur reconnaître. La majorité de la Commission a préféré définir le mot « traité » par l'expression « instrument formel » plutôt que par l'expression « accord constaté par écrit ». Des membres de la Commission ont estimé à plusieurs reprises qu'il serait bon de souligner le caractère impératif des obligations de droit international établies par un traité.

162. La majorité de la Commission a également été d'avis de faire porter son étude sur les accords auxquels des organisations internationales sont parties. Elle a unanimement décidé que si, d'une part, certaines organisations avaient sans aucun doute la capacité de faire des traités, d'autre part, la détermination des autres organisations ayant la capacité de faire des traités appellerait plus ample examen.

Rapport pour l'année 1951 [6]

74. Au cours de la troisième session de la Commission, M. Brierly a présenté un deuxième rapport sur le droit des traités (A/CN.4/43). Dans ce rapport, le rapporteur spécial a proposé un certain nombre de textes d'articles accompagnés de commentaires et destinés à remplacer certains des articles que contenait le projet de convention inclus dans son rapport à la session précédente.

75. Au cours de huit séances (84e à 88e et 98e à 100e séances) la Commission a étudié ces projets d'articles ainsi que certains autres qui figuraient dans le premier rapport du rapporteur spécial. Elle a adopté divers amendements et, à titre provisoire, s'est mise d'accord sur certains textes, sujets à revision (A/CN.4/L.28). Ces textes ont été renvoyés au rapporteur spécial, qui a été prié de présenter à la quatrième session de la Commission un projet définitif ainsi qu'un commentaire sur ce projet. Le rapporteur spécial a également été chargé de poursuivre ses travaux sur l'ensemble de la question du droit des traités et de présenter à ce sujet un rapport à la Commission.

Rapport pour l'année 1952 [7]

48. La Commission a examiné cette matière lors de sa deuxième session (1950) et lors de sa troisième session (1951) en prenant respectivement pour base de discussion le premier rapport (A/CN.4/23) et le deuxième rapport (A/CN.4/43) présentés par le rapporteur spécial. Des textes d'articles sujets à revision portant sur certains aspects du droit des traités ont été adoptés à titre provisoire et renvoyés au rapporteur spécial qui a été prié de présenter à la Commission un projet définitif lors de sa quatrième session.

49. Entre la troisième et la quatrième session de la Commission, M. Brierly a donné sa démission de membre de la Commission, au grand regret de tous ses collègues.

50. Avant de démissionner, M. Brierly a rédigé à l'intention de la Commission un « Troisième rapport sur le droit des traités » (A/CN.4/54) dont elle a été saisie lors de la quatrième session. Toutefois, en l'absence de l'auteur, la Commission n'a pas jugé opportun d'examiner ce rapport.

51. Au cours de sa quatrième session, la Commission a élu, à la séance du 4 août 1952, M. H. Lauterpacht aux fonctions de rapporteur spécial pour le droit des traités, en remplacement de M. Brierly. M. Lauterpacht a été prié de tenir compte du travail accompli par la Commission ainsi que des travaux de M. Brierly sur la matière dont l'étude lui a été confiée, et de présenter, sous la forme qu'il jugera appropriée, un rapport à la Commission lors de sa cinquième session.

Rapport pour l'année 1953 [8]

164. La Commission a décidé de prier M. Lauterpacht, rapporteur spécial pour le droit des traités, de continuer ses travaux sur cette question et de lui présenter, à sa prochaine session, un second rapport qu'elle puisse examiner en même temps que le rapport (A/CN.4/63) dont elle a laissé l'étude en suspens à la présente session. Après un bref échange de vues, la Commission a décidé que, dans son rapport définitif, le rapporteur spécial ferait état de toutes observations que les membres de la Commission pourront présenter sous forme de déclaration écrite.

10. A sa troisième session, en 1951, la Commission a également pris une nouvelle décision concernant la question des traités et des organisations internationales qui est mentionnée au paragraphe 162 du rapport pour l'année 1950 (voir par. 9 ci-dessus) et a adopté à cet égard la suggestion présentée l'an dernier par M. Hudson et appuyée par d'autres membres de la Commission de laisser de côté, pour le moment, la capacité des organisations internationales, de rédiger les articles en ne parlant que des Etats et de voir ensuite s'ils peuvent s'appliquer tels quels aux organisations internationales ou s'il y a lieu de les modifier » (A/CN.4/SR.98, par. 1).

11. En 1954, le professeur Lauterpacht (aujourd'hui sir Hersch Lauterpacht) a présenté un deuxième rapport (A/CN.4/87) qui, de même que le premier (voir ci-dessus par. 164 du rapport de la Commission pour l'année 1953), n'a pu être examiné faute de temps. Entre les sessions de la Commission de 1954 et de 1955, le professeur Lauterpacht a donné sa démission après avoir été élu juge à la Cour internationale de Justice et, à la septième session de la Commission en 1955, sir Gerald Fitzmaurice, qui avait été élu au siège devenu vacant à la suite de la démission du professeur Lauterpacht, a été nommé rapporteur spécial pour la question du droit des traités (voir rapport de la Commission pour l'année 1955 [9], par. 32). A la huitième, à la neuvième et à la dixième session de la Commission (1956 à 1958) et aussi à la présente session, sir Gerald Fitzmaurice a présenté des rapports, au nombre de quatre, relatifs à différents aspects de la question [10]; mais, en

[5] *Ibid., cinquième session, Supplément no 12* (A/1316).
[6] *Ibid., sixième session. Supplément no 9* (A/1858).
[7] *Ibid., septième sesion, Supplément no 9* (A/2163).
[8] *Ibid., huitième session, Supplément no 9* (A/2456).
[9] *Ibid., dixième session, Supplément no 9* (A/2934).
[10] Ces rapports sont respectivement consacrés à l'élaboration, la conclusion et l'entrée en vigueur des traités; l'extinction des traités; la validité substantielle; et les effets à l'égard des parties (application, exécution, et garanties d'exécution). Ils figurent dans les documents A/CN.4/101, A/CN.4/107, A/CN.4/115 et A/CN.4/120. D'autres rapports sur les effets des traités à l'égard des Etats tiers et sur l'interprétation des traités sont en préparation.

dehors d'un bref examen de certaines questions générales du droit des traités aux 368e, 369e et 370e séances en 1956, la Commission, en raison de ses travaux sur le droit de la mer et sur les relations et immunités diplomatiques, n'a pas jugé possible d'aborder aucun de ces rapports avant la présente session.

12. A la présente session, la Commission, n'étant pas en mesure de commencer ses travaux sur les relations et immunités consulaires avant la cinquième semaine de la session (voir par. 7 ci-dessus), et devant les suspendre toute la sixième semaine, a profité de l'occasion pour aborder la question du droit des traités en prenant pour base de discussion le premier rapport de sir Gerald Fitzmaurice qui est relatif à l'élaboration, la conclusion et l'entrée en vigueur des traités, mais, en raison du manque de temps, des difficultés de la question et du fait qu'elle ne l'avait pas examinée d'une manière approfondie depuis 1951, la Commission n'a pu terminer son étude de ce rapport ni aller au-delà des 14 articles reproduits dans le présent chapitre.

13. La Commission espère achever, dans un avenir assez proche, un premier projet sur l'élaboration, la conclusion et l'entrée en vigueur des traités et le soumettre aux gouvernements pour observations. Il est évident que le droit des traités, pris dans son ensemble [11], est une matière si vaste que son étude demande un certain nombre d'années avant d'être achevée, surtout si la Commission doit aussi faire avancer suffisamment l'examen d'autres questions. Toutefois, comme la matière du droit des traités se subdivise en un certain nombre de parties nettement déterminées (conclusion, expiration, exécution, interprétation, etc.), et que ces parties, bien qu'elles soient connexes à certains égards, sont dans une large mesure complètes par elles-mêmes, il n'y a pas de raison pour que la Commission ne soumette pas ses travaux sur chacune d'elles aux gouvernements, puis à l'Assemblée, dès qu'ils sont terminés et sans attendre l'achèvement de ses travaux sur les autres parties ou sur l'ensemble du sujet. Néanmoins, vu la connexité des différentes parties et afin d'assurer l'uniformité de la terminologie et de la présentation, et de réaliser la coordination nécessaire, elle devra revoir par la suite ses travaux sur les différentes parties et leur apporter les modifications voulues afin de présenter son œuvre sous la forme d'un seul code homogène.

B. — Portée et nature du présent chapitre

14. Le droit des traités est une matière très vaste, et la question du plan à adopter pour sa présentation sous forme de code pose un certain nombre de problèmes. Au sujet des grandes lignes du plan, le rapporteur spécial, sir Gerald Fitzmaurice, a présenté les observations ci-après dans le paragraphe 8 de l'introduction de son premier rapport.

« Plusieurs plans sont concevables, mais ils présentent entre eux des différences notables. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer le plan d'un texte aussi connu que le projet de convention de Harvard sur le droit des traités avec celui que le professeur Charles Rousseau a suivi dans le tome I de ses *Principes généraux du droit international public.* C'est ainsi que la question de la conclusion des traités, qui fait l'objet du présent rapport, peut être envisagée soit comme une opération à procédure soumise à certaines règles juridiques, soit comme une question de fond se rattachant à la validité des traités, en l'espèce, leur validité formelle. De même, l'extinction peut être considérée soit comme une opération à procédure, soit comme un aspect de la validité (la validité du traité dans le temps). Chronologiquement, la conclusion et l'extinction des traités sont diamétralement opposées; mais, matériellement, elles peuvent être rangées (avec la validité substantielle) dans le chapitre général sur la validité. Entre ces deux extrêmes se placent, chronologiquement, les questions de l'interprétation, de l'application et de l'exécution des traités, de leurs effets à l'égard des tiers, etc., toutes questions qui peuvent être considérées comme constituant une deuxième subdivision du droit des traités consacrée aux « effets des traités » (l'interprétation, par exemple, se rattachant de près à l'application). Il est possible de combiner ces deux notions jusqu'à un certain point, mais pas entièrement. On a donc provisoirement repris, dans son ensemble, le plan suivi dans les rapports précédents, qui est à la fois le plus simple et le plus conforme à l'ordre naturel des faits, en ce sens qu'il envisage le traité comme évoluant dans le temps. Les traités naissent, vivent, produisent leurs effets et finissent éventuellement par disparaître. Toutefois, on pourrait juger préférable de déplacer la question de l'extinction et de lui consacrer la troisième partie d'un premier chapitre sur la « validité », dont la première partie traiterait de la validité formelle et la deuxième de la validité substantielle. C'est le plan qui est proposé à titre provisoire. Les autres éléments du sujet pourront, presque tous, être groupés dans un second chapitre relatif aux « effets ». Toutefois, il serait peut-être préférable de différer la décision finale en la matière jusqu'au moment où les travaux seront déjà avancés [12]. »

Dans un rapport ultérieur (A/CN.4/120), le rapporteur spécial a précisé que, pour lui, un code sur le droit des traités doit se composer de trois chapitres principaux relatifs à la validité, aux effets (application, exécution, etc.) et à l'interprétation des traités. Sans s'engager en aucune manière pour le moment en ce qui concerne ce plan d'ensemble, la Commission s'est provisoirement ralliée à l'idée d'un premier chapitre fondé sur la notion de validité et qui se diviserait en trois parties principales: une première partie, relative à la validité formelle, qui porterait sur la question de l'élaboration, de la conclusion et de l'entrée en vigueur des traités; une deuxième partie, relative à la validité substantielle (capacité des parties, licéité de l'objet du traité, vices dérivant du dol, de l'erreur, de la violence, etc.); et une troisième partie, relative à la validité temporelle, dans laquelle serait examinée la question de l'extinction des traités.

[11] En plus des rapports dont la Commission est actuellement saisie et des autres qui sont en cours de préparation ou envisagés (voir n. 10 ci-dessus), le sujet des traités constitue une branche de certaines autres matières, par exemple l'effet de la guerre sur les traités, les traités et la succession d'Etats, etc. Il n'est nullement certain qu'un code du droit des traités ne doit pas les englober bien qu'elles se rattachent peut-être plus exactement aux autres sujets en cause.

[12] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente: 1956. V.3.Vol.II), p. 109.

15. La question de la validité formelle (élaboration, conclusion et entrée en vigueur) se subdivise elle-même en deux parties principales: en premier lieu (après quelques dispositions préliminaires), la question de la rédaction et de l'authentification du texte et, en second lieu, la question de la conclusion et de l'entrée en vigueur du traité (c'est-à-dire que le texte initial devient un accord international proprement dit par la signature, la ratification et l'entrée en vigueur). La première partie couvrirait le processus d'élaboration du traité jusqu'au moment où le texte est établi *ne varietur*. Mais jusqu'à ce point les Etats négociataires ne lui ont donné leur consentement en tant que *traité* ni provisoirement (par exemple, en le signant sous réserve de ratification), ni de façon définitive (par exemple, en le ratifiant). Même une fois donné le consentement définitif, le traité peut ne pas avoir encore force obligatoire, car il se peut que son entrée en vigueur soit subordonnée à l'existence d'un acte distinct, à une condition suspensive ou à l'écoulement d'un certain délai. Pour que le texte tel qu'il a été établi primitivement devienne un traité ayant force obligatoire, il faut donc que d'autres formalités soient accomplies: signature [13], ou signature suivie de ratification, et entrée en vigueur [14].

16. En sus de certaines dispositions préliminaires relatives à la portée du code dans son ensemble, au sens du terme « traité » ou « accord international » et aux notions de validité et de force obligatoire, les articles présentés actuellement portent sur une partie de la question de la préparation, de la conclusion et de l'entrée en vigueur des traités, c'est-à-dire la rédaction et l'authentification du texte, ainsi que sur une partie de la question de la signature, de son rôle, de ses conséquences et de ses effets juridiques. Le reste de la question de la signature et les questions de la ratification, de l'adhésion, des réserves et de l'entrée en vigueur seront traitées dans des articles ultérieurs (voir par. 17 ci-après). Les articles présentés dans ce rapport et numérotés de 1 à 10 et 14 à 17 inclusivement englobent les articles 1er à 25 du premier rapport du rapporteur spécial. Les différences de numérotage viennent de ce que certains des articles présentés par le rapporteur spécial ont été omis ou fusionnés avec d'autres articles et que l'examen de certains autres a été reporté à un stade ultérieur des travaux. Ceci s'applique en particulier à l'article relatif aux définitions (art. 13 du rapport du rapporteur spécial) que certains membres de la Commission souhaitaient maintenir mais que d'autres rejetaient ou préféraient examiner une fois achevée l'étude des articles portant sur le fond, et aux articles 4 à 9 du rapport du rapporteur spécial qui énoncent certains principes généraux importants du droit des traités. Il a été précisé que ces articles n'ont été ainsi reportés que parce que les questions qui y sont traitées sont en réalité examinées de façon plus approfondie et plus complète dans les rapports ultérieurs du rapporteur spécial. En ce qui concerne les articles dont la rédaction a été modifiée, ils sont eux-mêmes établis en grande partie d'après de nouveaux projets que le rapporteur spécial a rédigés en tenant compte des débats de la Commission.

17. L'intervalle entre les articles 10 et 14 dans le numérotage des présents articles est dû au fait que la Commission a décidé de transporter le paragraphe 3 de l'article 20 et les articles 22, 24 et 25 du texte du rapporteur spécial après son article 28. Toutefois, la Commission n'a pas été en mesure de se consacrer aux articles 26 à 28 inclus du texte du rapporteur spécial et, de cette manière, a laissé un intervalle correspondant entre les articles 10 et 14 du présent texte. De même, la Commission n'a pu étudier les articles 29 et 30 du texte du rapporteur spécial, ce qui aurait achevé la question de la signature. Ces diverses dispositions seront traitées plus tard.

18. Il y a lieu de mentionner que, sur la recommandation du rapporteur spécial et, bien entendu, sans préjuger la décision que pourra prendre finalement la Commission ou l'Assemblée générale, la Commission n'a pas envisagé, jusqu'à présent, que ses travaux sur le droit des traités puissent revêtir la forme d'une ou plusieurs conventions internationales ou la forme d'un traité, mais plutôt celle d'un code de caractère général. Les motifs ainsi que les avantages de cette manière de voir, tels qu'ils apparaissent au rapporteur spécial, sont exposés dans le passage suivant tiré du paragraphe 9 de l'introduction de son premier rapport:

> « D'autre part, le rapporteur estime qu'une codification du droit des traités comme celle que la Commission est appelée à faire doit revêtir la forme d'un code et non celle d'un projet de convention. Deux raisons militent en faveur de cette solution. En premier lieu, il semble peu indiqué qu'un code relatif au droit des traités revête lui-même la forme d'un traité ou, si l'on veut, il serait plus apprécié que ce code ait une base non contractuelle. En second lieu, une grande partie du droit des traités ne se prête pas spécialement à la forme conventionnelle. Elle comprend des exposés de principe et des règles abstraites qui peuvent être plus facilement formulées dans un code. Le code présente également l'avantage de permettre l'incorporation d'un certain nombre de dispositions à but déclaratif ou explicatif qu'il ne serait pas possible de faire figurer dans un texte qui se limiterait strictement à l'énoncé d'obligations. De telles dispositions présentent une très grande utilité parce qu'elles servent à élucider, d'une façon tangible, les principes juridiques ou les raisonnements qui ont inspiré la rédaction des différents articles [15].

Bref, le *droit* des traités n'est pas d'origine conventionnelle mais il fait partie de l'ensemble du droit international coutumier. Des problèmes pourraient se poser si le droit des traités était incorporé dans une convention multilatérale et que certains Etats ne deviennent pas parties à cette convention ou bien, étant devenus parties, la dénoncent par la suite; en fait, cependant, ils seraient ou resteraient liés par les dispositions du traité dans la mesure où celles-ci contiennent des dispositions du droit international coutumier *de lege lata*. Il est certain que la difficulté se posera chaque fois qu'une convention contient des règles du droit inter-

[13] Dans le cas d'accords devant expressément prendre effet au moment de la signature, il y aura uniquement signature, de même que dans le cas de certaines catégories d'instruments tels que: échange de notes, procès-verbaux approuvés, mémorandum d'accord, etc., qui ne sont normalement soumis à ratification que si celle-ci est expressément prévue.

[14] Selon le caractère et les termes du traité, l'entrée en vigueur peut coïncider avec la ratification ou avoir lieu à une date ultérieure.

[15] *Annuaire de la Commission du droit international, 1956*, vol. II (publication des Nations Unies, nº de vente: 1956, V.3.Vol.II), p. 109.

national coutumier. Dans la pratique, cela n'a souvent aucune importance. Dans le cas du droit des traités, cela pourrait en avoir, car la force et les effets de tous les traités trouvent leur fondement dans le droit des traités. De tout ceci il s'ensuit que, si l'on décidait un jour de donner au code ou à une partie du code la forme d'une convention internationale, il est à peu près certain qu'il faudrait en modifier considérablement la rédaction, et peut-être supprimer certaines des dispositions.

19. En ce qui concerne le commentaire, la Commission n'a pas jugé nécessaire pour le moment de l'allonger au-delà de ce qui est indispensable à l'intelligence des textes adoptés ni de faire état d'autres considérations que celles dont il a été tenu compte. Les articles présentés actuellement ont un caractère provisoire et peuvent appeler un nouvel examen à la lumière du texte relatif à l'élaboration, à la conclusion et à l'entrée en vigueur des traités, lorsqu'il sera achevé. A ce moment-là, par conséquent, un autre commentaire sera établi, si c'est nécessaire.

20. On trouvera ci-après le texte du projet des articles et du commentaire qui ont été adoptés par la Commission au cours de la présente session.

II. — Texte du projet des articles 1er à 10 et 14 à 17 et commentaire

Articles d'introduction

Article premier
Portée du Code

1. Le présent Code se réfère à toutes les espèces d'accords internationaux compris dans la définition donnée à l'article 2, quelle que soit leur forme ou dénomination particulière, et qu'ils soient consignés dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes.

2. A moins que le contexte n'impose qu'il en soit autrement, le terme « traité » englobe, aux fins du présent Code, toutes espèces d'accords internationaux auxquels le Code se rapporte. Toutefois, cette disposition n'influe pas sur la qualification ou la classification des différents instruments, d'après le droit interne d'un Etat, aux fins de ses procédures constitutionnelles nationales.

3. Le présent Code ne se réfère pas aux accords internationaux qui ne sont pas sous la forme écrite; il ne se réfère pas non plus aux déclarations unilatérales ou autres instruments de caractère unilatéral sauf lorsqu'ils font partie intégrante d'un groupe d'instruments qui, pris dans leur ensemble, constituent un accord international ou bien ont été formulés ou acceptés de manière à équivaloir à un tel accord ou à en faire partie.

4. Le simple fait qu'en raison des dispositions du paragraphe précédent le présent Code ne se réfère pas aux accords qui ne sont pas sous la forme écrite, ou à certaines catégories d'actes unilatéraux, n'affecte aucunement la force obligatoire que ceux-ci peuvent avoir conformément au droit international.

Commentaire

Paragraphe 1

1) Le paragraphe 1 de cet article traduit essentiellement une décision initialement prise par la Commission au cours de ses deuxième et troisième sessions de 1950 et 1951 [16]. Le terme « traité » évoque habituellement une espèce particulière d'accord international, à savoir l'instrument formel unique normalement soumis à ratification. Il est de toute évidence, cependant, qu'il existe indubitablement des accords internationaux, tels que les échanges de notes (que l'emploi du terme « traités » soit approprié ou non dans ce cas-là) qui ne constituent pas un instrument formel unique et souvent (voire habituellement) ne sont pas soumis à ratification et *sont* des accords auxquels le droit international des traités s'applique. De même, au nombre des instruments uniques, beaucoup qui sont d'un usage commun et journalier — un procès-verbal approuvé, par exemple, ou un mémorandum d'accord — ne peuvent, à proprement parler, être appelés des « instruments *formels* uniques »; cependant, ils contiennent des dispositions qui constituent incontestablement des accords internationaux soumis aux règles du droit des traités. Un code général du droit des traités doit porter sur tous les accords de ce genre, qu'ils soient incorporés dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, ou que l'instrument soit « formel » ou non. Quant à savoir si, pour décrire en termes généraux tous ces instruments et le droit qui les régit, il y a lieu d'employer les expressions « traités » et « le droit des traités » ou les expressions « accords internationaux » et « le droit des accords internationaux », c'est une question de terminologie et non de fond. Cet aspect de la question est examiné dans les paragraphes 6 et 7 ci-après.

2) L'opinion exprimée dans le paragraphe qui précède est conforme à l'arrêt prononcé par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche [17] et dans lequel la Cour déclare que:

> « Au point de vue du caractère obligatoire des engagements internationaux, on sait que ceux-ci peuvent être pris [18] sous forme de traités, de conventions, de déclarations, d'accords, de protocoles ou de notes échangées. »

Cette opinion est généralement reprise, avec des réserves plus ou moins étendues, dans les manuels de droit et elle a été exprimée en 1869 déjà par l'éminent juriste Louis Renault [19] pour qui un traité est:

> « ... tout accord intervenu entre ... Etats, de quelque manière qu'il soit constaté (accord, convention, protocole, déclaration commune, échange de déclarations unilatérales) ».

3) Deux autres facteurs militent fortement en faveur de cette opinion:

a) En premier lieu, l' « accord en forme simplifiée » — l'expression française est excellente — loin d'être excep-

[16] Outre la documentation contenue dans les par. 9 et 10 du présent rapport, voir également le par. 3 de la note sur l'art. 2 du 1er rapport de Sir Hersch Lauterpacht (A/CN.4/63)

[17] Série A/B, nº 41, p. 47.

[18] La note concerne uniquement le texte anglais.

[19] *Introduction à l'étude du droit international*, p. 33 et 34.

tionnel, est au contraire très répandu. Le nombre des accords de ce genre, qu'ils soient consignés dans un seul instrument ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, est maintenant très élevé, beaucoup plus élevé que celui des traités ou conventions *stricto sensu*, c'est-à-dire des instruments formels uniques. De plus, leur emploi se développe constamment. Pour tout cet aspect de la question, on se bornera à renvoyer à l'exposé complet fait par sir Hersch Lauterpacht dans son premier rapport [20].

b) Les différences juridiques, pour autant qu'il en existe réellement, entre les traités *stricto sensu* et les « accords en forme simplifiée » concernent exclusivement la forme, ainsi que les modalités de conclusion et d'entrée en vigueur. Les règles de droit qui ont trait à des questions telles que la validité, l'application et les effets, l'exécution et les garanties d'exécution, l'interprétation, enfin l'extinction, s'appliquent à toutes les catégories d'accords internationaux. Sur ces divers points, il existe assurément quelques différences importantes d'ordre juridique entre certaines classes ou catégories diverses d'accords internationaux [21]. Mais ces différences ne tiennent ni à la forme, ou à la dénomination, ni à aucune caractéristique extérieure de l'*instrument* dans lequel les accords sont consignés; elles tiennent exclusivement à la teneur de l'accord, quelle que soit la forme de celui-ci, et au caractère propre non de la forme, mais du contenu. Il serait donc inadmissible d'exclure certaines catégories d'accords internationaux du cadre général d'un code du droit des traités pour cette seule raison que, dans le domaine de la forme pure et simple, et des modalités de conclusion et d'entrée en vigueur, il peut exister certaines différences entre ces accords et les traités *stricto sensu*. Tout au plus pourrait-il, de ce fait, se révéler utile de faire, dans ce domaine particulier et dans la partie du code qui s'y rapporte, certaines distinctions entre les diverses formes d'accords internationaux. La question se pose de savoir si cela est nécessaire.

4) La question posée à la fin du paragraphe précédent est, en fait, celle de savoir s'il est nécessaire, dans le projet d'articles relatifs à l'élaboration, à la conclusion et à l'entrée en vigueur des traités (points sur lesquels portent les travaux actuels de la Commission), de consacrer certains articles ou paragraphes exclusivement, ou principalement, aux traités *stricto sensu* et d'autres (exclusivement ou principalement) aux accords de caractère moins solennel, notamment les échanges de notes. Les trois rapporteurs spéciaux qui ont étudié la question ont tous été d'avis que cela n'était pas nécessaire et qu'une distinction aussi tranchée ne s'imposait pas. Leur opinion se fonde sur les considérations suivantes:

a) Pour autant que certaines distinctions s'imposent, cela tient à ce que certaines parties du droit des traités se distinguent d'elles-mêmes, si l'on peut dire, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de dire qu'elles s'appliquent seulement à certaines formes d'accords internationaux. Il va de soi, par exemple, que les articles relatifs aux conséquences et effets juridiques de la ratification ne sauraient aucunement s'appliquer aux accords ou catégories d'accords qui ne sont pas soumis à la ratification. Pourvu que le texte comporte des dispositions indiquant quels sont ces accords — ou dans quelles conditions la ratification n'est pas nécessaire [22] — il devient évident que les dispositions relatives à la ratification ne s'appliquent qu'aux accords pour lesquels la ratification est exigée. Il n'est pas besoin, à cette fin, de distinctions expresses entre les diverses catégories d'instruments.

b) Mais en revanche — si l'on garde pour exemple ce sujet de la ratification — il n'existe *pas* (selon une opinion sur la question) d'accords internationaux ou de catégories d'accords internationaux qui échappent *par nature* à la ratification. Pour illustrer cette manière de voir, on peut citer le passage suivant du premier rapport de sir Hersch Lauterpacht:

> « Si la dénomination d'un instrument est sans influence sur son caractère de traité, elle n'influe pas davantage sur les règles qui régissent sa conclusion, ses conditions de validité, ses modalités d'application, son interprétation et son extinction. Ainsi, comme il a été déjà indiqué, le fait qu'un instrument est qualifié d'échange de notes ne le dispense pas automatiquement de la ratification. Si les instruments portant cette dénomination ne sont pas normalement soumis aux formalités de ratification, cela tient en général à ce qu'ils en sont expressément dispensés par une disposition prévoyant leur entrée en vigueur à une date déterminée ou à la date de la conclusion de l'échange de notes, c'est-à-dire à la date de l'acceptation et de la confirmation par l'une des parties contractantes du texte présenté et rédigé — ordinairement à la suite de négociations — par l'autre partie [23]. »

5) Telles sont donc les principales raisons pour lesquelles la Commission n'a pas jugé nécessaire — et a même, dans l'ensemble, jugé peu opportun — d'établir des distinctions entre différentes catégories d'accords internationaux en fonction exclusivement de leur forme ou de leur dénomination. En revanche, des distinctions importantes existent effectivement à certains égards, mais fondées sur d'autres considérations, suivant que l'accord est bilatéral, plurilatéral (c'est-à-dire conclu entre un certain nombre d'États ou entre les États d'un groupe restreint) ou multilatéral (par exemple une convention générale multilatérale conclue au cours d'une conférence réunie sous les auspices d'une organisation internationale). Lorsqu'il existe des distinctions fondées sur ces considérations, la Commission n'a pas hésité à les marquer. Il en est ainsi, par exemple, des articles 6 et 17, et du commentaire aux articles 4 et 9.

Paragraphe 2

6) La première phrase de ce paragraphe, fondée sur cette opinion que, pour les raisons exposées plus haut, un code du droit des traités doit englober tous les accords internationaux, traduit ce fait que la terminologie du sujet est particulièrement riche et variée en ce qui concerne les désignations, appellations et dénominations des divers instruments où ces accords sont consignés. Parmi les dénominations les plus fréquentes, un certain nombre sont mentionnées aux paragraphes 1

[20] A/CN.4/63, notes sur l'art. 2, p. 46.

[21] Voir à ce sujet les commentaires de sir Gerald Fitzmaurice dans son 2e rapport (A/CN.4/107), par. 115, 120, 125 à 128 et 165 à 168; son 3e rapport (A/CN.4/115), par. 90 à 93; et son 4e rapport (A/CN.4/120), par. 81 et 101.

[22] Voir n. 13. Cette question sera étudiée de manière plus détaillée à propos des articles qui ont trait à la ratification.

[23] A/CN.4/63, p. 43, par. 3.

et 2 ci-dessus, d'autres sont énumérées dans la note qui figure au bas de la présente page [24]. Dans ces conditions, il est évidemment nécessaire d'employer un terme *générique* qui désigne et englobe tous ces instruments; et, bien que certains membres de la Commission eussent préféré limiter l'emploi du mot « traité » aux cas des traités *stricto sensu*, le sentiment général a été que le mot « traité » convenait à cette fin. La tradition qui consiste à employer un terme unique pour désigner tous les instruments où sont consignés des accords internationaux se réflète dans deux des plus importantes dispositions du Statut de la Cour internationale de Justice. Au paragraphe 2 de l'Article 36, on trouve citée, parmi les questions au sujet desquelles les Etats parties au Statut pourront déclarer reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour, « *a*) l'interprétation d'un traité ». Or, ceci ne peut évidemment signifier que les Etats ne pourraient reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour lorsqu'il s'agirait de l'interprétation d'accords internationaux qui ne seraient pas effectivement appelés traités, ou qui seraient consignés dans des instruments désignés sous un autre nom. De même, au paragraphe 1 de l'Article 38, parmi les éléments que la Cour doit appliquer pour fonder ses décisions, on trouve citées « *a*) les conventions internationales », mais, ici encore, cela ne peut signifier qu'il soit interdit à la Cour d'appliquer les autres catégories d'instruments où sont consignés des accords internationaux qui ne sont pas intitulés « conventions ». Au contraire, la Cour doit les appliquer et les applique effectivement. En outre, le fait que, dans l'une de ces dispositions, c'est le mot « convention » qui est utilisé, tandis que dans l'autre c'est le mot « traité », ne fait qu'indiquer, et même confirmer, qu'il ne faut pas attacher de signification particulière à l'emploi d'un terme plutôt que d'un autre, pourvu que le terme employé soit de portée suffisamment générale, et traduise — soit compte tenu du contexte, soit par définition — l'idée de la totalité des types d'instruments où sont consignés des accords internationaux.

7) D'autres arguments ont été présentés au cours des séances de la Commission; il a été dit notamment que l'expression « droit des traités » est d'emploi traditionnel pour désigner la question, en tant que sujet d'étude juridique, bien qu'on ne l'ait jamais considérée comme limitée aux traités *stricto sensu;* qu'une expression telle que « le droit des accords internationaux » sonnerait d'une manière étrange; enfin qu'à substituer l'expression « accord international » au mot « traité » dans tous les articles du code ou à employer une expression telle que « traité ou autre accord international », on alourdirait le texte et l'on rendrait difficile le travail de rédaction.

8) Cependant, le paragraphe 2 de l'article comporte certaines réserves. Le premier membre de phrase « A moins que le contexte n'impose qu'il en soit autrement » a pour objet de réserver la possibilité d'employer en cas de besoin le mot traité dans son sens strictement technique, et non plus dans son sens général. Les mots « aux fins du présent Code » indiquent que l'on n'entend pas préjuger l'acception qui pourra être donnée au mot « traité » dans d'autres textes. Enfin, la deuxième phrase du paragraphe 2 a pour objet de réserver les usages constitutionnels des différents Etats. Dans de nombreux pays, on exige que les accords internationaux qui revêtent la forme d'un « traité » proprement dit soient ratifiés (ou que la ratification soit autorisée) par les assemblées législatives — éventuellement à une majorité déterminée — tandis que dans le cas d'autres catégories d'accords internationaux cette condition n'existerait point. Il s'ensuit qu'il peut y avoir des règles de droit interne qui permettent de déterminer quels instruments doivent (aux fins de ces procédures constitutionnelles nationales) être considérés comme des traités et quels instruments n'entrent pas dans cette catégorie. La deuxième phrase du paragraphe montre donc clairement que la première ne tend nullement à influer sur ces règles de droit interne, ou ces usages nationaux, ni à les préjuger [25].

Paragraphe 3

9) Le code s'applique à tous les *instruments* constatant des *accords* internationaux, mais il ne s'applique ni à tous les accords internationaux, ni à tous les instruments. Deux cas peuvent se présenter:

a) Il y a un accord international mais pas d'instrument le constatant, c'est-à-dire qu'il y a un accord verbal conclu, par exemple, entre chefs d'Etat ou de gouvernement. Dans l'affaire du Groenland oriental [26], la Cour permanente a décidé qu'un accord international valable résultait d'un entretien officiel entre un ministre des affaires étrangères et le représentant diplomatique d'un autre Etat — ou plutôt qu'un engagement pris par un ministre des affaires étrangères dans de telles circonstances et alors qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions normales, liait son Etat. La Commission n'a donc pas eu l'intention, au paragraphe 3 de cet article, de donner à entendre que les accords internationaux conclus verbalement ne peuvent pas être valables (pour plus de détails à cet égard, voir par. 10 ci-après). Elle a simplement estimé, comme les rapporteurs spéciaux l'ont tous fait, que les accords verbaux sont trop éloignés de la notion de « traité » pour que l'on puisse les comprendre dans un code du droit des traités, dont toute disposition doit presque nécessairement être rédigée de manière à ne viser directement que l'instrument écrit ou suppose l'existence d'un instrument sous la forme écrite [27].

b) Dans l'autre cas, il y a un instrument écrit mais il ne constate pas un *accord* international parce qu'il est à la fois purement unilatéral et entièrement autonome —

[24] Dans son article intitulé « The Names and Scope of Treaties » (*American Journal of International Law*, 51 (1957). nº 3, page 574), M. Denys P. Myers n'étudie pas moins de 38 dénominations différentes. Voir aussi la liste donnée dans le premier rapport de sir Hersch Lauterpacht (A/CN.4/63), au par. 1 du commentaire à l'art. 2. Aux dénominations mentionnées aux par. 1 et 2 du commentaire du présent article, on peut ajouter les suivantes: « charte », « pacte », « acte général », « statut », « concordat », « *modus vivendi* », « procès-verbal approuvé », « articles », « arrangement », « échange de lettres », etc.

[25] Si elle n'était assortie d'aucune réserve, une disposition portant que tout instrument où se trouve consigné un accord international *est* un traité pourrait donner lieu de croire que tous les accords internationaux, sans exception, sont soumis à la ratification effectuée ou autorisée par les assemblées législatives, ce qui n'est pas exact (ou, si l'on préfère, est une question qui relève du droit interne de chaque Etat).

[26] Série A/B, nº 53, p. 69 et suiv.

[27] Par exemple, il ne peut y avoir de signature d'un accord verbal, autrement il devient *ipso facto* un accord écrit.

par exemple, il ne fait pas partie d'un ensemble d'instruments analogues qui constituent un accord. D'autre part, comme le précise le paragraphe 4 du présent article, la Commission n'a pas voulu donner à entendre qu'un instrument tel qu'une déclaration unilatérale, pour unilatéral qu'il soit, ne pouvait pas créer d'obligations internationales à la charge de l'Etat qui l'a établi. Mais la réponse à la question de savoir si un tel instrument crée ou non des obligations internationales dépend de considérations qui ressortissent aux principes généraux du droit international. La Commission a simplement estimé que les déclarations unilatérales ou les autres actes analogues ne pouvaient pas être considérés, aux fins du présent Code, comme des accords internationaux exception faite des cas particuliers mentionnés au paragraphe 3 de l'article, savoir: i) lorsque l'acte ou la déclaration fait partie d'un groupe d'actes ou de déclarations analogues interdépendants qui, pris dans leur ensemble, constituent ou prouvent un accord [28]; ii) lorsque la déclaration, bien qu'elle soit isolée, contient une offre et que, par la suite, les Etats à qui elle est adressée, effectivement ou virtuellement, acceptent cette offre ou agissent en se fondant sur cette offre. Quoiqu'un grand nombre des dispositions du droit des traités soient inapplicables dans ces cas, la Commission a estimé que, somme toute, il résultait de la déclaration ou des déclarations ou des autres actes ou instruments en cause un accord international, dont les effets et l'interprétation dépendaient de leurs termes, et que l'on pouvait donc à bon droit considérer qu'il s'agissait en l'espèce d'un cas où il existait un traité.

Paragraphe 4

10) Ce qui a été dit ci-dessus à propos du paragraphe 3 constitue une explication suffisante du paragraphe 4. La Commission n'a pas voulu, en cette occasion, exprimer d'opinion sur l'effet juridique des accords qui ne sont pas établis sous la forme écrite ou des déclarations qui ne constituent pas un accord. Elle a simplement voulu souligner que, réserve faite de toute question dont la solution dépend nécessairement de considérations qui ressortissent aux principes généraux du droit international, le code ne vise pas à régir ces cas. En même temps, le simple fait qu'il ne les régit pas n'implique en aucune manière qu'ils n'ont aucune force ou effet juridiques dans ces cas. Le code se borne à laisser la question entièrement en suspens.

Article 2

Définition de l'accord international

Aux fins du présent Code, un accord international (quelle que soit sa forme ou sa dénomination) est un accord sous la forme écrite régi par le droit international et conclu entre deux ou plusieurs Etats, ou autres sujets du droit international, possédant la capacité de conclure des traités. Cet accord peut être consigné :

a) Soit dans un instrument formel unique;

b) Soit dans deux ou plusieurs instruments connexes formant un tout.

Commentaire

Titre de l'article

1) Puisque le code doit viser tous les accords internationaux établis par écrit, tout en conservant le titre de « Droit des traités » et que, par conséquent, au paragraphe 2 de l'article premier, le terme « traité » est employé, aux fins du présent code, comme englobant toutes espèces d'instruments constatant un accord international, il semble nécessaire d'indiquer à l'article 2 le sens de l'expression « accord international ». Toutefois, par la suite (c'est-à-dire dans les articles suivants), c'est le mot « traité » qui est employé et non pas l'expression « accord international ».

Texte de l'article

2) Les commentaires déjà formulés au sujet de l'article premier valent pour ce texte jusques et y compris les mots « un accord sous la forme écrite ». Il n'est pas non plus nécessaire de donner d'autres précisions sur le sens des deux alinéas *a* et *b* de l'article. Des exemples d'instruments appartenant à l'une ou l'autre catégorie ont aussi déjà été donnés (voir par. 1, 2 et 6 et n. 24 du commentaire relatif à l'art. 1er). Toutefois, certaines autres expressions que contient l'article nécessitent quelques observations.

3) « ... régi par le droit international... ». Sir Hersch Lauterpacht n'a pas fait figurer ce membre de phrase dans l'article de son projet qui donne la définition du traité, parce que, à son avis, tous les traités sont forcément régis par le droit international en l'absence d'indication contraire, et il a donc rédigé un article séparé à cet effet. Toutefois, le présent rapporteur spécial à rétabli le membre de phrase, pour les raisons données au paragraphe 7 du commentaire sur les articles de son premier rapport, ainsi que les notes y relatives [29]. Les deux solutions se justifient, mais la Commission a estimé que la soumission au droit international était une caractéristique si essentielle du traité, c'est-à-dire de l'accord international, qu'il fallait la mentionner expressément dans toute définition ou explication de cette expression. Un accord entre Etats est-il toujours ou nécessairement régi par le droit international? En un sens, oui: l'accord, une fois conclu, doit être exécuté et il en est ainsi en vertu de la règle du droit international coutumier *pacta sunt servanda* [30]. Cependant, cela dit, il peut y avoir des accords entre Etats tels que les accords stipulant qu'un Etat achète à un autre Etat un immeuble pour sa mission diplomatique sur le territoire de ce dernier, ou encore d'autres transactions purement commerciales entre gouvernements, dont les

[28] On peut dire, dans un sens, qu'un échange de notes constitue un exemple de cette situation, mais d'ordinaire les notes renvoient l'une à l'autre. Toutefois, ce renvoi exprès n'est pas indispensable pour qu'il y ait accord. Par exemple, deux déclarations faites en vertu de la « clause facultative » et portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice peuvent, dans la mesure où elles visent les mêmes différends ou catégories de différends, être considérées comme constituant ensemble un accord par lequel leurs auteurs s'engagent à recourir à la Cour pour les différends spécifiés ou si un différend de cette catégorie surgit entre les parties.

[29] *Annuaire de la Commission du droit international, 1956*, vol. II (publication des Nations Unies, nº de vente: 1956. V.3, vol.II), p. 120.

[30] Toutefois, même ici, il peut y avoir pétition de principe, car le *pactum* n'est *servandum* que si c'est un *pactum*, c'est-à-dire déjà un accord international.

conséquences peuvent être entièrement réglées par les dispositions du système de droit privé (c'est-à-dire droit national, non pas international) applicable en la matière [31]. Dans ce cas, l'un des gouvernements pourrait être internationalement *responsable* envers l'autre de toute violation de l'engagement pris, mais il n'en résulterait pas que la base de la responsabilité serait une violation d'une obligation internationale résultant d'un *traité*. Il est évident que des doutes subsistent à cet égard; cependant, la Commission a en somme penché pour l'opinion selon laquelle un manquement à un tel engagement pourrait impliquer une violation du droit international, mais il n'en résulterait pas que l'engagement lui-même, ou plutôt l'instrument le constatant, serait (au sens de l'expression) un traité ou un accord international. Alors que l'obligation d'exécuter l'engagement pourrait être une obligation de droit international, l'exécution elle-même ne serait pas régie par le droit international. Sans vouloir porter préjudice à l'existence de l'obligation, la Commission a jugé préférable de limiter la notion d'accord international, *stricto sensu*, aux accords dont l'exécution effective (aussi bien que l'obligation de les exécuter) est régie par le droit international.

4) « ... conclu entre *deux ou plusieurs* Etats, ou autres sujets du droit international, *possédant la capacité de conclure des traités* ». Si d'une part, pour les raisons données au paragraphe précédent, un accord entre Etats n'est pas nécessairement ou toujours un accord régi par le droit international, d'autre part, un accord dont l'*une* [32] seulement des parties est un Etat (ou autre sujet du droit international, *possédant la capacité de conclure des traités*), l'autre partie étant un particulier ou une entité privée, n'est jamais un accord régi par le droit international des traités; en effet, que les particuliers et les entités privées soient des *sujets* et non pas simplement des *objets* du droit international ou, à la fois, des *sujets* et des *objets* de ce droit (question sur laquelle les opinions étaient partagées à la Commission mais qui est hors de propos), tout le monde s'accorde à dire qu'ils ne possèdent pas la capacité de conclure des traités. En conséquence, un accord entre un Etat et un particulier ou une société de nationalité étrangère n'est pas un traité ou accord international, quel que puisse être son degré de ressemblance apparente avec lui. Qu'il en soit ainsi ressort implicitement de l'attitude générale de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company à l'égard de l'accord conclu entre la société et le Gouvernement iranien. La violation d'un tel accord peut sans aucun doute comporter dans certaines circonstances une violation du droit international, mais c'est autre chose: l'accord lui-même n'est pas un traité.

5) « ... Etats... possédant la capacité de conclure des traités ». L'expression « capacité de conclure des traités » porte sur le terme « Etats » aussi bien que sur le membre de phrase « autres sujets du droit international ». La question de la capacité des Etats de conclure des traités n'a cependant pas été discutée pleinement par la Commission à la présente session; elle le sera en temps utile, en relation avec le rapport du rapporteur spécial traitant de la validité substantielle des traités [33].

6) « ... entre ... Etats, *ou autres sujets du droit international*, possédant la capacité de conclure des traités ». Quels sont ces autres sujets du droit international? L'exemple évident est celui des organisations internationales, telles que l'Organisation des Nations Unies, dont la personnalité internationale et la capacité de conclure des traités ont été affirmées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des réparations des dommages subis au service des Nations Unies. On se souviendra toutefois, comme le rappelle l'introduction au présent chapitre (voir par. 10 ci-dessus), que la Commission a décidé en 1951 de « laisser de côté, pour le moment, la capacité des organisations internationales, de rédiger les articles en ne parlant que des Etats et de voir ensuite s'ils peuvent s'appliquer tels quels aux organisations internationales ou s'il y a lieu de les modifier ». De cette décision résultait implicitement la conséquence qu'un code du droit des traités devait régler la question des traités conclus avec les organisations internationales, ou entre elles, mais que cela devrait se faire dans une phase ultérieure des travaux. La Commission a de nouveau examiné le problème au cours de sa présente session. Elle a confirmé, sans hésitation, la position qu'elle avait prise: la question des traités conclus avec les organisations internationales, ou entre elles, est d'importance primordiale et doit être réglée. En même temps, la Commission a affirmé de nouveau qu'il serait préférable d'en remettre l'étude à une phase ultérieure de ses travaux. Le droit des traités est une matière difficile et complexe. La Commission estime que c'est en partant de la base classique des traités conclus entre Etats qu'il sera possible d'établir le mieux et le plus solidement les principes et les règles essentiels de cette matière. La question des organisations internationales exigera de toute manière une étude distincte. Après quoi il faudra ou bien modifier les articles déjà existants du Code pour régler cette question, ou bien ajouter un nouveau chapitre qui en traitera.

7) Il s'ensuit que, dans le contexte immédiat, le membre de phrase « ou autres sujets du droit international, possédant la capacité de conclure des traités » n'a pas été ajouté spécialement afin de couvrir le cas des organisations internationales, bien qu'en fait il se trouve le couvrir. Il figure dans le texte parce que, de l'avis de la Commission, le principe a toujours été reconnu, en droit international, que des entités autres que les Etats peuvent posséder la personnalité internationale et la capacité de conclure des traités. On en trouve un exemple dans le cas de la Papauté, plus particulièrement dans la période qui a précédé immédiatement le Traité du Latran de 1929, période où la Papauté n'exerçait pas de souveraineté territoriale. Le Sint-Siège était néanmoins considéré comme possédant, sur le plan international, la capacité de conclure des traités. A l'heure actuelle même, bien qu'il existe un Etat du Vatican qui relève de la souveraineté territoriale du Saint-Siège, les traités conclus par la Papauté sont, en général, conclus non pas en raison de la souve-

[31] Toutefois, on pourrait peut-être dire (d'après une certaine école) qu'il s'agit d'un cas où le droit international s'applique, mais par renvoi exprès de la question au droit privé d'un Etat.

[32] Si *plusieurs* Etats sont en cause avec une ou plusieurs entités privées, l'instrument peut être applicable en tant que traité, uniquement dans les relations entre les *Etats* qui y sont parties.

[33] A/CN.4/115, art. 8 et commentaires.

raineté territoriale qu'elle possède sur l'Etat du Vatican, mais au nom du Saint-Siège, qui existe indépendamment de cet Etat.

8) Quelques autres expressions suggérées par un ou plusieurs des rapporteurs spéciaux, mais qui n'ont pas été adoptées par la Commission, méritent d'être relevées:

a) « ... possédant *la personnalité internationale* et la compétence pour conclure des traités » (rapport Fitzmaurice). La Commission a estimé que le point essentiel était la capacité de conclure des traités. Celle-ci suppose la personnalité internationale, en ce sens que toute entité jouissant de la capacité de conclure des traités possède nécessairement la personnalité internationale. Mais il ne s'ensuit pas que les personnes du droit international aient toutes la capacité de conclure des traités.

b) « Le traité est un accord .... *qui établit un rapport de droit international* entre les parties audit accord » (Brierly); « les traités sont des accords entre Etats ... *destinés à créer les droits et obligations juridiques des parties* » (Lauterpacht); « ... un traité est un accord international ... *destiné à créer des droits et des obligations ou à établir des rapports* régis par le droit international » (Fitzmaurice). Dans l'esprit de sir Hersch Lauterpacht, le mot clef était « *destinés* à créer ... ». Si loin que puisse être un instrument de présenter un caractère formel ou de revêtir l'aspect habituel, et s'il n'était pas conçu dans les termes ordinaires des traités, il n'en sera pas moins considéré comme entrant dans la catégorie des traités ou accords internationaux s'il a pour objet de créer des droits et des obligations. Par contre, les instruments qui, bien qu'ils aient l'apparence de traités, ne contiennent que des déclarations de principe, ou d'exposés d'ordre politique, d'opinions, ou encore des vœux, ne sont pas des traités [34]. La Commission est portée, pour le moment, à considérer cette question comme probablement résolue de manière satisfaisante par le paragraphe 3 de l'article premier, dans la rédaction qu'elle a adoptée, et par conséquent à penser que l'insertion de ces membres de phrase dans le texte ne s'impose pas. Bien plus, elle a jugé que, sous leur forme actuelle, et quand bien même on y ajouterait les mots « ou à établir des rapports régis par le droit international », ils ne sauraient suffire, car ils sont loin d'englober tous les cas possibles. Par exemple, certains traités n'ont pas pour objet de créer des droits ni des obligations, mais d'y mettre fin ou de les modifier, ou encore ils ne comportent que des dispositions purement interprétatives. Pourtant, rares sont ceux qui refuseraient à ces instruments la qualité de traité. La Commission a jugé que les possibilités sont si nombreuses qu'il serait difficile, en fait, de trouver une expression générale appropriée qui les englobe toutes et qu'il est donc préférable de supprimer toute mention des objets de l'accord. La Commission a pensé, en outre, que la question se trouvait, dans une large mesure, implicitement résolue par l'expression qu'elle a adoptée pour figurer à l'article 2: « ... un accord international ... est un accord ... régi par le droit international et ... » [35].

[34] Voir, dans le 1er rapport Lauterpacht (A/CN.4/63), le par. 4 du commentaire de l'art. 1er.

[35] Il convient de relever que la Commission n'a pas tenté de donner une définition, au sens strict et logique, des traités ou accords internationaux, mais (comme le laisse entendre e titre de l'art. 2 dans le texte anglais) s'est proposé seulement d'en indiquer le sens général. Dans ce domaine, les définitions conduisent facilement à des difficultés du point de vue de la stricte logique. C'est ainsi, par exemple, que l'on pourrait faire valoir contre l'expression à laquelle se rapporte la présente note cette objection qu'elle ne fait qu'éluder la question, ou n'aboutit qu'à un cercle vicieux, puisqu'elle appelle une recherche sur le point de savoir quels accords sont effectivement régis par le droit international (en d'autres termes, une définition de ces accords). Néanmoins, le sens de cette disposition est suffisamment clair.

CHAPITRE PREMIER. — LA VALIDITÉ DES TRAITÉS

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 3

La notion de validité

1. La notion de validité revêt trois aspects — un aspect formel, un aspect substantiel et un aspect temporel — qui doivent se trouver réunis tant par rapport au traité lui-même que par rapport à chaque partie contractante.

2. Un traité est censé être valide du point de vue formel lorsqu'il remplit les conditions relatives à la négociation, à la conclusion et à l'entrée en vigueur, énoncées dans la première partie du présent chapitre (articles ... du Code) [36].

3. La validité du point de vue substantiel implique les traités 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, qui sont énoncées dans la deuxième partie du présent chapitre (articles ... du Code).

4. La validité du point de vue temporel implique que le traité, entré en vigueur, n'a pas juridiquement pris fin de l'une des manières énoncées dans la troisième partie du présent chapitre (articles ... du présent Code).

Article 4

Conditions générales de la force obligatoire

1. Un traité n'a force obligatoire que si, au moment pertinent, il remplit toutes les conditions de validité mentionnées à l'article précédent.

2. Dans le cas des traités multilatéraux, le traité n'a force obligatoire à l'égard d'un Etat que s'il est lui-même valide en soi et si l'Etat intéressé y est devenu et continue d'y être partie.

Commentaire

1) Ces deux articles englobent sous une forme simplifiée la matière contenue dans les articles 10 à 12 du premier rapport Fitzmaurice. Les membres de la Commission ont estimé (et le rapporteur spécial également) que les trois articles susmentionnés n'établissaient pas une différence suffisamment nette entre la notion de validité et celle de force obligatoire qui, évidemment, sont distinctes. Ainsi, un traité peut être valide à tous égards mais ne pas avoir, pour le moment, force obliga-

[36] Ici, et dans les deux paragraphes suivants, on ne donne pas les numéros des articles, ceux-ci étant susceptibles de changer, ou n'ayant pas encore été déterminés parce que la Commission n'a pas encore discuté des articles en question.

toire parce que, bien qu'il soit en vigueur, il est soumis à une condition suspensive. On pourrait subtiliser encore et dire d'un traité qu'il peut être à la fois valide et entré en vigueur et, cependant, qu'il n'a pas effectivement produit ses effets. Ainsi, il peut être stipulé dans un traité que celui-ci entrera en vigueur au moment de l'échange des instruments de ratification mais, si les dispositions se rapportent uniquement à l'existence d'un état d'hostilités, elles ne deviendront opérantes qu'au moment où les hostilités éclateront.

2) Dans le cas de traités bilatéraux, la validité et la force obligatoire du traité lui-même font nécessairement que le traité est valide et a force obligatoire pour les deux Etats qui y sont parties. Dans le cas de traités multilatéraux, il n'en est pas nécessairement ainsi. Le traité lui-même peut être valide alors que la participation de l'une des parties peut ne pas l'être (par exemple, parce qu'elle n'est pas intervenue de la manière prescrite dans le traité). Ou encore le traité lui-même peut être en vigueur mais ne pas l'être à l'égard d'un Etat qui se propose d'y être partie et qui, par exemple, l'a signé mais ne l'a pas encore ratifié.

3) A propos de la notion de validité sous ses trois différents aspects, on peut se reporter au paragraphe 14 du présent rapport. Dans les articles tels qu'ils ont été primitivement rédigés par le rapporteur spécial, celui-ci s'est efforcé de donner une définition ou une description plus ou moins précise des divers aspects de la validité. Or, d'après le débat qui a eu lieu en commission, il semble qu'il serait difficile de trouver des expressions entièrement satisfaisantes et qu'il serait préférable de renvoyer simplement aux différentes parties du Code dans lesquelles chacun des éléments distincts de la notion de validité est traité de façon très détaillée. C'est pourquoi les paragraphes 2 à 4 de l'article 3 ont été rédigés dans les termes reproduits plus haut. La première partie du sujet de la validité ne se trouve pas tout à fait visée par les articles ici présentés (voir par. 16 et 17 ci-dessus). Le reste de la première partie et les deuxième et troisième parties seront discutés plus tard par la Commission.

Article 5

Le traité considéré comme texte et comme accord international

1. Sous réserve des définitions qui figurent à l'article 2 du présent Code, le terme « traité » est employé pour désigner à la fois le texte des dispositions rédigées par les Etats participant aux négociations et le traité lui-même, tel qu'il a été définitivement accepté et qu'il est entré en vigueur.

2. Pour que le traité existe simplement en tant que texte, il suffit qu'il ait été dûment rédigé et authentifié de la manière prévue à la première partie, section A, ci-après.

3. Afin que le texte ainsi rédigé et authentifié ait ou acquière la valeur d'un accord international, il doit être accepté en tant qu'accord international et entrer en vigueur de la manière prévue à la première partie, section B, ci-après.

4. La procédure de conclusion des traités peut en conséquence être considérée comme comprenant quatre étapes (dont plusieurs, d'ailleurs, peuvent, dans certains cas, s'effectuer en même temps), savoir :

a) Rédaction et authentification du texte;

b) Acceptation provisoire du texte;

c) Acceptation définitive du texte en tant qu'accord international;

d) Entrée en vigueur du traité.

Commentaire

Paragraphes 1 à 3

1) Il a déjà été donné dans le paragraphe 15 du présent rapport certaines explications se rapportant à cet article, qui a suscité un long débat au sein de la Commission. Si la plupart des membres ont reconnu le bien-fondé de la distinction établie dans les trois premiers paragraphes, certains autres ont estimé qu'elle pourrait donner lieu à des malentendus si elle était formulée dans les termes dont s'est servi le rapporteur spécial, et qui (pour citer le paragraphe le plus important) sont les suivants:

> « 1. Un traité est à la fois une opération juridique (accord) et un document constatant cette opération. Dans ce dernier sens, le traité est la preuve de l'accord, mais il ne le constitue pas. »

D'autre part, il n'y a guère de doute que le terme « traité » est constamment utilisé, même si, rigoureusement parlant, cela est incorrect, pour désigner le « traité » au stade où il n'est encore qu'un simple *texte* qui n'a peut-être même pas été signé (par exemple, dans le cas de négociations bilatérales, les délégués établissent le texte puis en réfèrent à leur gouvernement: dans le cas d'une conférence internationale, le texte « adopté » — mais simplement en tant que *texte* — est incorporé dans l'acte final de la conférence ou dans une résolution d'une organisation internationale recommandant aux Etats membres de l'approuver en tant que *traité*). En outre, si certains membres de la Commission se sont déclarés dans l'impossibilité de dissocier la notion d'accord international de l'instrument constatant cet accord (« le traité *est* l'accord »), d'autres ont émis l'avis que le traité fournit la preuve de l'accord mais que l'accord lui-même réside hors du traité (« le traité témoigne de l'accord auquel les parties ont abouti »). D'autres difficultés de rédaction ont été suscitées par le fait que les parties peuvent se mettre d'accord d'abord, puis constater leur accord par écrit; ou qu'elles peuvent commencer par rédiger un texte et ne l'approuver finalement que par la suite. En conséquence, les trois premiers paragraphes de cet article, tels qu'ils ont été définitivement adoptés par la Commission, reposent sur la distinction assez nette qui existe entre le *texte* du traité, considéré purement et simplement comme texte, et le *traité* lui-même considéré comme un instrument auquel les parties ont donné leur accord sur le fond, soit à titre provisoire (par exemple, par une simple signature), soit de façon définitive (par exemple, par une signature suivie de ratification). La question de l'« authentification » est commentée plus loin à propos de l'article 9.

Paragraphe 4

2) La Commission ne doute pas qu'aux fins de la classification les quatre étapes mentionnées dans ce paragraphe existent toutes, même si dans la pratique

deux ou plusieurs d'entre elles peuvent être fusionnées. Ainsi, dans le cas d'accords signés sur place et contenant une clause stipulant qu'ils entreront en vigueur *au moment de la signature*, les quatre étapes se confondent en une seule. De même, la ratification peut couvrir les deux étapes *c* et *d*. Cependant, afin de démontrer que ces quatre étapes se distinguent dans l'abstrait, on peut prendre pour exemple le cas suivant, qui est fréquent. A une conférence internationale: *a*) les délégués rédigent le texte d'une convention qu'ils ne signent pas et ne paraphent pas, mais qu'ils authentifient simplement en l'incorporant dans l'acte final de la conférence; *b*) la convention étant soumise à ratification et aussi ouverte à la signature jusqu'à une date déterminée, certains Etats la signent ultérieurement, ce qui constitue l'*acceptation provisoire* de la convention en tant que traité en puissance (le simple acte de rédiger le texte n'impliquait même pas cela); *c*) ils la ratifient ensuite, ce qui constitue l'acceptation *définitive* mais ne détermine pas nécessairement l'entrée *en vigueur* de la convention, car il peut être expressément prévu qu'elle n'entrera en vigueur que, par exemple, lorsque 20 instruments de ratification auront été déposés; *d*) au moment où le vingtième instrument de ratification est déposé, le traité entre en vigueur.

PREMIÈRE PARTIE. — VALIDITÉ FORMELLE

(Elaboration, conclusion et entrée en vigueur des traités)

SECTION A. — NÉGOCIATION, RÉDACTION ET AUTHENTIFICATION DU TEXTE

Article 6

Rédaction et mode d'adoption du texte

1. Le texte d'un traité est rédigé à la suite de négociations qui peuvent être menées soit par la voie diplomatique ou une autre voie officielle appropriée, soit au cours de réunions de représentants ou au sein d'une conférence internationale. S'il s'agit d'un traité négocié sous les auspices d'une organisation internationale, il peut être rédigé soit au sein d'une conférence internationale convoquée par l'organisation, soit au sein d'un organe de l'organisation elle-même.

2. Les représentants doivent être dûment autorisés à négocier et, sauf dans les cas mentionnés au paragraphe 3 ci-après, doivent fournir ou présenter des pouvoirs à cet effet. Toutefois, aux fins de la négociation, ils ne sont pas tenus d'être munis de pleins pouvoirs les habilitant à signer le traité.

3. Les chefs d'Etat ou de gouvernement et les ministres des affaires étrangères ont d'office la capacité de négocier au nom de leur Etat et n'ont pas à produire d'autorisation particulière à cet effet. Il en est de même pour le chef d'une mission diplomatique aux fins de la négociation d'un traité bilatéral entre son Etat et l'Etat auprès duquel il est accrédité.

4. L'adoption du texte s'effectue de la manière suivante :

***a*) Dans le cas des traités bilatéraux, par consentement mutuel des parties;**

***b*) Dans le cas des traités négociés entre un groupe limité d'Etats, à l'unanimité, sauf si les Etats qui négocient décident de commun accord de procéder autrement;**

***c*) Dans le cas des traités multilatéraux négociés au sein d'une conférence internationale, et sous réserve des dispositions de l'alinéa *d* ci-après, suivant la règle relative au vote que la conférence, à la majorité simple, décidera d'adopter;**

***d*) Dans le cas des traités rédigés au sein d'une organisation internationale ou d'une conférence internationale convoquée par une organisation internationale, suivant la règle relative au vote qui peut être prévue spécialement pour l'élaboration de ces traités, soit dans l'acte constitutif de l'organisation, soit par une décision d'un organe ayant compétence pour la fixer.**

Commentaire

Paragraphe 1

1) La première phrase, qui se rapporte aux traités de toute sorte, bilatéraux et multilatéraux, conclus entre Etats, se passe d'explication. La deuxième phrase concerne également les traités entre Etats mais envisage seulement le cas des traités multilatéraux rédigés sous les auspices d'une organisation internationale. Il ne s'ensuit pas cependant que (comme ce fut le cas par exemple pour la Convention sur le génocide [37]) le traité doive réellement être rédigé par un organe de l'organisation ou en son sein. A vrai dire, sauf dans le cas de certaines organisations internationales dont les travaux consistent plus spécialement à rédiger des conventions internationales [38], la méthode la plus courante est que l'organisation convoque à cet effet une conférence spéciale qui, à toutes fins utiles et à tous points de vue, est semblable à une conférence diplomatique ordinaire si ce n'est que l'organisation fournit le secrétariat et prend les dispositions administratives nécessaires, et que les frais sont supportés par le budget de l'organisation. Il est fréquent que ces conférences ne soient pas tenues au siège de l'organisation, et il arrive parfois que des États non membres y participent si une décision est intervenue à cet effet [39].

Paragraphe 2

2) Ce paragraphe traite du pouvoir de *négocier* et non du pouvoir de signer. Ces deux notions sont tout à fait distinctes et la question du pouvoir de signer est traitée à l'article 15. On peut considérer que le pouvoir de signer (quand le délégué ou le représentant en est muni au stade de la négociation) implique le pouvoir de négocier, mais l'inverse n'est certainement pas vrai et, en règle générale [40], il sera exigé un nouveau pouvoir, délivré spécialement pour la signature avant que

[37] Rédigée à la Sixième Commission de l'Assemblée générale au cours de sa troisième session, Paris, 1948.

[38] Par exemple, l'Organisation internationale du Travail.

[39] Ces deux observations sont illustrées par la Conférence sur le droit de la mer convoquée par l'Assemblée générale et tenue à Genève en 1958, à laquelle avaient été invités et ont effectivement participé un certain nombre d'Etats qui n'étaient pas membres de l'Organisation des Nations Unies.

[40] C'est-à-dire exception faite du cas particulier mentionné au par. 1, alin. *a*, de l'art. 15.

celle-ci puisse être apposée. En revanche, ainsi qu'il ressort de la deuxième phrase du paragraphe, le représentant n'a pas besoin du pouvoir de signer au stade de la négociation. Il lui suffit, alors, d'avoir le pouvoir de négocier ou d'exercer les fonctions de représentant.

3) La première phrase du paragraphe énonce la règle normale sans y apporter de restriction. Son sens véritable est que les Etats peuvent, dans une négociation, refuser de traiter avec des représentants non accrédités d'autres Etats, et qu'à une conférence internationale ils peuvent refuser de les laisser participer à la négociation, si ce n'est à titre provisoire en attendant l'arrivée ou la production de l'autorisation nécessaire. Il va sans dire que si les autres Etats parties à la négociation choisissent de négocier avec un « représentant » non accrédité, ou de le laisser participer à la négociation, ils peuvent le faire, et cela arrive quelquefois. En ce cas, à moins que les autorisations nécessaires n'arrivent en fin de compte, le représentant pourra seulement parapher le texte ou le signer *ad referendum* ainsi qu'il est dit au commentaire de l'article 10 ci-après; et ces actes devront être suivis en temps voulu d'une signature autorisée ou d'une confirmation selon le cas, et comme il est spécifié aux paragraphes 2 et 3 de cet article.

Paragraphe 3

4) Ce paragraphe pose une exception générale à l'obligation d'avoir le pouvoir de négocier, exception qui est dûment formulée au paragraphe 2 du présent article. Le pouvoir de négocier (et, comme on le verra plus tard, le pouvoir de signer) est inhérent au poste et aux fonctions de personnes telles que les chefs d'Etat ou de gouvernement, et les ministres des affaires étrangères — et aussi, dans les circonstances particulières visées par la deuxième phrase du paragraphe 3, les ambassadeurs ou autres chefs de missions diplomatiques, en ce qui concerne le pouvoir de *négocier* [41]. Dans le cas des ministres des affaires étrangères, le principe en jeu peut être illustré par un arrêt de la Cour permanente de Justice internationale déjà cité (voir n. 26) rendu dans l'affaire du Groenland oriental dans lequel la Cour a dit [42] (dans une espèce où un ministre des affaires étrangères avait pris un engagement *oral*, mais sans produire aucun pouvoir exprès à cet effet) qu'elle considérait « ... comme incontestable qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une puissance étrangère, faite par le ministre des affaires étrangères au nom du gouvernement, *dans une affaire qui est de son ressort* [43], lie le pays dont il est le ministre ».

5) En ce qui concerne le cas d'un ambassadeur ou d'un autre chef de mission diplomatique qui négocie au nom de son Etat avec l'Etat auprès duquel il est accrédité, la Commission attire l'attention sur l'alinéa *c* de l'article 3 de son projet relatif aux relations et immunités diplomatiques [44] où elle déclare: « Les fonctions d'une mission diplomatique consistent notamment à ... négocier avec le gouvernement de l'Etat accréditaire ... » Dans le commentaire de cet article il est expliqué que cet alinéa énonce l'une des « tâches classiques de la Mission, à savoir ... négocier avec le gouvernement de l'Etat accréditaire ». Il est clair qu'aucun pouvoir spécial n'est nécessaire pour l'accomplissement de cette tâche; elle fait partie des fonctions inhérentes à la qualité de chef de la mission.

Paragraphe 4

6) Ce paragraphe traite en fait de la règle relative au vote qu'il convient de suivre pour adopter le *texte* du traité. Ni le terme « adopté » ni l'expression « l'adoption du texte ... » ne signifient ni n'impliquent, en aucune façon, aucune espèce de consentement à être lié par ce texte ou à exécuter ses dispositions. Ils concernent seulement l'élaboration du texte; mais ce texte ne deviendra éventuellement obligatoire pour les parties, en tant que traité, que si elles prennent, et quand elles prendront, les mesures nécessaires à cette fin par signature, ratification ou de toute autre façon. La simple adoption du texte, et même le fait de voter en sa faveur à cette fin, n'impliquent aucunement l'assurance que ces mesures ultérieures seront prises.

7) En pratique, la question de la règle relative au vote se pose principalement à propos de l'adoption du texte de traités multilatéraux ou de conventions multilatérales. Il est évident que le texte d'un traité bilatéral peut seulement être adopté par consentement mutuel des deux Etats intéressés, et que la règle de l'unanimité doit aussi s'appliquer dans le cas de traités négociés entre un petit nombre d'Etats ou un groupe limité d'Etats en vue d'un objectif commun bien défini, à moins qu'ils ne se décident pour une procédure différente (ce qu'ils doivent faire également à l'unanimité). D'où les alinéas *a* et *b* du paragraphe.

8) En ce qui concerne les traités multilatéraux de caractère général, il est peu douteux, semble-t-il, qu'historiquement et, disons, jusqu'à la première guerre mondiale la règle de l'unanimité a prévalu dans la plupart des conférences internationales. Certains membres de la Commission ont estimé que cette règle était encore aujourd'hui la règle fondamentale, à moins qu'une décision contraire ne soit prise; et que cette décision contraire elle-même devait strictement être prise à l'unanimité, ou en tout cas sans opposition active. On a fait observer que dans les conférences le règlement intérieur, y compris la règle relative au vote, était fréquemment adopté sans scrutin ou seulement avec des abstentions, si bien que du moins les apparences de l'unanimité étaient conservées. On a également fait remarquer que, même quand une conférence n'adoptait la règle relative au vote qu'à la majorité (c'est-à-dire en dépit d'une opposition effective votant contre), l'élément d'unanimité existait encore en ce sens que les Etats qui avaient voté contre cette règle avaient le choix, soit de ne plus participer à la négociation et de quitter la conférence, soit de se soumettre à la règle adoptée. Si, comme c'est généralement le cas, ils restent et participent aux travaux de la conférence sur la base de cette règle, c'est qu'ils y consentent tacitement.

9) D'autre part, l'opinion générale de la Commission était qu'à l'époque récente la pratique suivie dans les conférences internationales, qui consiste à adopter des

[41] Cependant, ils auraient toujours besoin de pleins pouvoirs spéciaux pour *signer* le traité auquel les négociations aboutiraient.

[42] Série A/B, n° 53, p. 71.

[43] Souligné par la Commission.

[44] *Documents officiels de l'Assemblée générale, treizième session, Supplément n° 9* (A/3859), p. 12; voir également l'*Annuaire de la Commission du droit international, 1958*, vol. II (publication des Nations Unies, n° de vente: 58.V.I. Vol.II), p. 93.

textes par un vote à telle ou telle majorité, était devenue si constante que ce serait aujourd'hui faire peu de cas de la réalité que de préconiser un autre système. Une conférence pourrait bien entendu *décider* de prendre ses décisions à l'unanimité, mais, si elle ne le fait pas, il faut admettre que ses décisions sont adoptées sur la base d'une règle majoritaire. Les deux questions qui seules se posaient étaient de savoir *quelle* serait cette majorité et comment la conférence devrait statuer sur cette majorité; autrement dit, fallait-il que cette décision initiale elle-même fût prise à l'unanimité ou pouvait-elle également être prise à la majorité, et, dans l'affirmative, à quelle majorité?

10) Sur ces questions, quatre points de vue différents ont été exposés devant la Commission.

a) Suivant une opinion, la Commission devait s'abstenir purement et simplement de traiter de la question parce qu'elle ne faisait pas vraiment partie du *droit des traités*, mais relevait du droit et de la procédure des conférences internationales. A l'encontre de cette opinion, on a soutenu que le *processus* d'élaboration d'un traité faisait essentiellement partie du droit des traités [45], et que l'adoption du texte constituait une partie essentielle de ce processus. Sans elle, il ne saurait y avoir de traité, et il était donc nécessaire d'avoir des règles régissant l'adoption du texte.

b) Selon une deuxième opinion, un code sur le droit des traités devrait non seulement s'occuper de la question, mais spécifier la majorité à laquelle une conférence internationale adopterait ses textes. A cet égard, on a fait observer que, bien que la plupart des conférences aient adopté leurs textes à la simple majorité, on a de plus en plus tendance à considérer la règle des deux tiers comme préférable. La règle de la simple majorité facilite certainement les travaux de la conférence; mais elle aboutit souvent à l'adoption de textes qui ne peuvent obtenir un appui suffisamment large, et de ce fait risquent de ne pas être ratifiés. Certains membres de la Commission ont estimé qu'un code du droit des traités devait soumettre l'adoption des textes à la règle des deux tiers.

c) Selon une troisième opinion, on ne devrait pas essayer d'établir telle ou telle règle de vote dans le code, mais se borner à déclarer qu'il appartient à la conférence de se prononcer sur cette question. En outre, selon les tenants de cette opinion, il ne faudrait pas essayer de réglementer *la façon* dont la conférence parviendra à une décision au sujet de sa règle de vote sur le fond. Cette question aussi devrait être laissée à la conférence. En réponse à ceux qui objectaient que cette procédure pourrait théoriquement empêcher à jamais la conférence de commencer ses travaux, on a fait observer que, d'une façon ou d'une autre, les conférences s'arrangeaient toujours pour adopter leur règlement intérieur, y compris une règle de vote.

d) Les partisans de la quatrième opinion, qui finalement a prévalu, tout en étant d'accord avec les tenants de la troisième opinion qui estimaient que le Code ne devait pas établir de règles relatives au vote, mais devait laisser à la conférence le soin de prendre une décision sur cette question, ont considéré comme indispensable de prescrire du moins par quels moyens la conférence prendrait cette décision. Sans doute une conférence parvenait-elle habituellement à cette décision d'une manière ou d'une autre, mais peut-être seulement après de longs débats de procédure, qui retardent la mise en route des travaux de la conférence sur le fond. Une fois ce point de vue adopté par la Commission, le sentiment général a été que la règle de la majorité simple était la seule règle praticable pouvant servir de base à l'adoption par la conférence de son règlement intérieur, y compris sa règle de vote sur les questions de *fond*. La règle de vote sur les questions de fond — c'est-à-dire la règle que la conférence doit suivre pour l'adoption des textes et pour prendre toute autre décision qui n'est pas de procédure [46] serait alors celle que la conférence aurait adoptée à la majorité simple. Cette règle de vote sur les questions de fond pourrait elle-même être soit la règle de la majorité simple, soit la règle de la majorité des deux tiers, soit même, théoriquement, la règle de l'unanimité.

11) Cependant, l'alinéa *c* du paragraphe 4 auquel la Commission a finalement abouti après la discussion qui vient d'être rappelée pose une règle « sous réserve des dispositions de l'alinéa *d* ci-après ». Ce dernier alinéa vise le cas particulier des traités rédigés au sein d'une organisation internationale ou de conférences convoquées par une organisation internationale, lorsque (ce qui n'est pas toujours le cas) ou bien l'acte constitutif de l'organisation prévoit déjà une règle de vote pour l'adoption des textes de ces traités, ou bien quelque organe de l'organisation, compétent pour le faire, a pris une décision sur ce que devra être la règle de vote. Les constitutions de certaines organisations, comme l'Organisation internationale du Travail, prévoient en détail la méthode à suivre pour rédiger les traités conclus sous leurs auspices. D'autres n'en prévoient point. Toutefois, l'organe approprié de l'organisation, si la constitution lui donne ce pouvoir, peut, quand il décide de tenir ou de convoquer une conférence, établir par avance la règle de vote, en en faisant l'une des conditions de la tenue ou de la convocation de la conférence. Cependant, le Secrétaire de la Commission a fait observer que, normalement, lorsque l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies convoque une conférence, le Secrétariat, après consultation avec les groupes principalement intéressés et les représentants des principaux intérêts en jeu, rédige un règlement intérieur provisoire ou un projet de règlement intérieur, comprenant une règle relative au vote, soumis à l'approbation de la conférence elle-même. C'est à la conférence qu'il appartient d'adopter définitivement la règle proposée, ou bien d'y substituer une autre règle si elle le préfère.

Article 7

Eléments du texte

1. La présence dans le texte d'un traité d'une rubrique particulière, telle qu'un préambule ou

[45] On peut bien entendu prétendre que le droit des traités présuppose l'existence d'un traité et doit donc prendre son point de départ dans le traité achevé et effectivement en vigueur. Toutefois, cette conception exclurait des matières comme la signature et ses effets, la ratification, l'adhésion, les réserves, l'entrée en vigueur et d'autres questions qui sont toutes considérées traditionnellement comme faisant partie du droit des traités.

[46] La règle de la majorité simple pour les décisions *de procédure* est universellement admise; mais la discussion porte ici sur les décisions de fond, et en particulier celles qui conduisent à l'adoption d'un texte.

une conclusion, ou d'autres clauses spéciales, n'est pas une condition requise du point de vue juridique.

2. Toutefois, en plus d'un exposé de son objet et de l'indication des parties, le texte d'un traité contient normalement des dispositions relatives à la date et au mode de son entrée en vigueur, aux modalités de participation des parties contractantes, à la durée du traité et aux autres questions de forme ou de procédure.

3. Lorsqu'un traité prévoit expressément qu'il demeurera ouvert à la signature ou lorsqu'il contient des dispositions relatives à la ratification, l'adhésion, l'acceptation, l'entrée en vigueur, l'extinction ou la dénonciation, ou toute autre question touchant à son application, il devrait indiquer la manière dont ces opérations doivent être accomplies et les notifications adressées aux Etats intéressés.

Commentaire

1) Ainsi qu'il ressort du début du paragraphe 2 de cet article, les seuls éléments essentiels que doit comporter le texte d'un traité pour exister en tant que tel sont l'énoncé de ses objets (en d'autres termes l'indication de ce qui en fait le *fond*) et l'indication, sous telle ou telle forme, des parties. La présence d'autres clauses peut être et, en règle générale, est effectivement, usuelle et même souvent souhaitable. Mais leur absence n'influerait pas sur la validité juridique du traité, lequel pourrait, théoriquement, ne consister qu'en quelques lignes écrites sur une feuille de papier, pourvu qu'il fût certain que ce texte représente ou constate un accord entre les parties. Ainsi, bien que l'on trouve dans les ouvrages juridiques, et ailleurs encore, de longs développements sur les diverses parties d'un traité, les clauses formelles, clauses de style, etc., et bien qu'il existe bon nombre de règles de droit qui ont trait à ces clauses (quand le traité en comporte) et à leurs effets, leur présence n'est pas strictement indispensable du point de vue juridique. Il peut paraître étrange à première vue que des clauses qui constituent un trait si saillant de nombreux instruments où sont consignés des traités n'y figurent nullement en vertu d'une nécessité juridique. Pourtant, à poser la question de savoir si leur absence peut effectivement être cause d'*invalidité* du traité, il est bien évident que la réponse doit être négative. Sans ces clauses, le traité reste un traité, pourvu que son contenu ait dûment reçu le consentement des parties.

2) Telle est à l'heure actuelle la situation du point de vue juridique que le paragraphe 1 de l'article 7 entend viser. Mais il est bien évident que l'on n'a pas voulu dire, dans ce paragraphe, que les traités ne devraient pas comprendre de préambule, de clauses formelles ou autres clauses spéciales; ni que ces clauses, lorsqu'elles existent, ne produiront pas leurs effets juridiques normaux. Ce que signifie ce paragraphe, c'est qu'il appartient aux parties de décider si elles inscriront ou non dans le traité des clauses de ce genre; mais que, si elles ne les y insèrent pas, la validité du traité n'en sera pas affectée. Quant à savoir quels sont les effets juridiques de ces parties ou dispositions d'un traité, il s'agit là d'une question dont la solution relève des règles d'interprétation des traités ainsi que d'autres règles posées dans la suite du code.

3) D'un autre côté, s'il n'est pas indispensable du point de vue juridique, il est certainement préférable que les traités contiennent des clauses formelles, ou du moins des indications, sur un certain nombre de points qui règlent le mécanisme du traité, tels que la nécessité éventuelle de la ratification, les modalités d'entrée en vigueur, la durée du traité (s'il n'est pas prévu qu'il sera de durée indéfinie), la manière dont il prend fin, etc. Cela est vrai non seulement des traités proprement dits, mais aussi des instruments de caractère moins solennel, même si ce n'est vrai qu'à un moindre degré [47], et si les indications sont données d'une manière quelque peu différente [48]. L'absence de ces dispositions, ou de ces indications, n'empêche pas le traité d'être valide, mais elle peut nuire au bon fonctionnement du mécanisme du traité, entraîner des difficultés dans son application, et provoquer entre les parties des différends qu'on ne pourra peut-être résoudre qu'en les soumettant à un tribunal international. Ainsi donc, en disant, au paragraphe 2 de l'article 7, qu'un traité contient normalement des dispositions sur ces divers points, on entend également suggérer que c'est souhaitable.

4) Le dernier paragraphe n'est qu'un corollaire et, du reste, s'applique surtout aux traités plurilatéraux ou multilatéraux. La mise en œuvre de traités de ce genre est beaucoup plus facile lorsqu'ils comportent une disposition (à vrai dire le même résultat peut être obtenu par le moyen d'un protocole complémentaire) où est indiqué comme dépositaire du traité soit le gouvernement de l'une des parties, soit le secrétariat d'une organisation internationale, au siège duquel le traité restera ouvert à la signature, auprès duquel seront déposés les instruments de ratification, auquel pourront être adressées les autres notifications — les avis de dénonciation, par exemple — et par qui les autres parties ou les autres Etats intéressés seront informés de la réception de ces instruments ou avis, et de tous autres renseignements y relatifs.

Article 8

Effets juridiques de la rédaction du texte

1. La participation à des négociations ou à une conférence internationale n'entraîne aucune obligation d'accepter le texte ni d'exécuter ses dispositions, même si le texte a été adopté à l'unanimité.

2. Toutefois, les dispositions du paragraphe précédent n'influent pas sur l'obligation que l'un des participants aux négociations peut avoir, selon les principes généraux du droit international, de s'abstenir temporairement de tout acte susceptible soit de réduire à néant ou

[47] Si c'est moins important dans ce cas, c'est seulement parce que, lorsqu'il s'agit d'instruments de ce genre, il est plus facile de juger par inférence, avec une mesure raisonnable de certitude, de ce qu'à été l'intention des auteurs du traité. Ainsi, il n'est guère douteux qu'à moins d'indication contraire, un échange de notes prend effet à la date de l'échange, que cela soit dit ou non.

[48] Ce qui veut dire que l'on emploie moins les clauses formelles qui ont trait à la ratification, à l'entrée en vigueur, à la durée, etc., et qu'on laisse un champ plus large au jugement par inférence ou aux indications implicites.

de compromettre l'objet de ces négociations, soit d'empêcher le traité d'avoir les effets prévus lorsqu'il sera entré en vigueur.

Commentaire

1) Le titre de cet article est peut-être un peu elliptique, puisque le principal « effet » dont il s'agit c'est précisément que la simple rédaction du texte d'un traité ne comporte pas d'effet juridique *direct* (ou positif) — et il importe, pour le succès des négociations, que cela soit bien entendu. L'adoption d'un texte même à l'unanimité — pourvu qu'il s'agisse exclusivement de l'adoption du texte comme tel — ne comporte aucune obligation d'accepter finalement d'être lié par le texte devenu traité, et moins encore (à cette étape) d'en exécuter les dispositions. Il en est de même, au cas où, dans une conférence internationale, des textes sont adoptés par un vote à la majorité. Les Etats appartenant à la majorité ne sont pas plus engagés que ceux dont les délégations ont voté contre le texte adopté. Les uns et les autres ont la même faculté d'accepter finalement le traité (c'est-à-dire d'être liés par ses dispositions); mais ni les uns ni les autres ne sont obligés de l'accepter, ou, dans l'intervalle, d'en exécuter les dispositions. Il faut tracer clairement la distinction entre, d'une part, un « texte » qui n'a encore d'existence *que comme texte* que les Etats qui ont pris part à la négociation peuvent ou non signer ou ratifier, ou de toute manière accepter d'être liés et, d'autre part, un texte qui, par ces moyens, devient un accord international. On trouvera des observations complémentaires sur ce point au paragraphe 1 du commentaire de l'article 5 ci-dessus et au paragraphe 6 du commentaire de l'article 6.

2) Ce qui précède a suffisamment traité des effets juridiques directs — ou plutôt de l'absence d'effets juridiques — de la rédaction du texte. Toutefois, bon nombre de membres de la Commission ont estimé que l'on courrait le risque d'interprétations erronées si l'on semblait dire que la rédaction ne comporte absolument pas d'effet juridique. C'est ainsi, par exemple, que les Etats qui ont pris part à des négociations au cours desquelles le texte d'un traité a été rédigé ont certainement le droit de signer le traité, bien que ce droit ne dérive pas nécessairement ni toujours du simple fait d'avoir pris part aux négociations. Mais le droit de signer fait l'objet d'un article distinct (voir l'art. 17 et le commentaire de cet article). En outre, plusieurs membres de la Commission ont exprimé l'avis que, si le fait de participer à une négociation et à la rédaction d'un texte ne crée aucune obligation positive à la charge des Etats intéressés, il comporte, au moins éventuellement, une obligation d'une autre nature, une obligation *de ne pas faire* — à savoir, temporairement, et en attendant la signature éventuelle, etc. (ou jusqu'à l'écoulement d'un délai raisonnable pendant lequel il serait possible de prendre, si les parties le jugent bon, les mesures ultérieures qui assurent l'entrée en vigueur du traité) — l'obligation de s'abstenir de tout acte qui ôterait à la négociation tout son intérêt, en compromettant ce qui fait l'objet même du traité. L'exemple suivant a été donné qui, même si l'on ne peut escompter sa réalisation dans la pratique, n'en fait pas moins clairement ressortir ce dont il s'agit: on a évoqué l'éventualité où, après rédaction d'un traité portant sur la cession d'un territoire par un Etat à un autre (en échange d'une contrepartie déterminée), l'Etat qui envisage de céder le territoire viendrait, avant que toute autre mesure ait pu être prise, à détruire des installations et autres éléments de valeur existant dans ce territoire — sans pourtant renoncer à soutenir que, la cession du territoire comme telle étant toujours possible, l'objet de la négociation reste intact.

3) Certains membres de la Commission ont estimé que, si l'obligation de s'abstenir d'actes de ce genre pouvait découler du fait de *signer* le traité, elle ne saurait résulter de la simple rédaction du texte. La liberté d'action d'un Etat ne saurait, dans l'ordre juridique, subir d'entrave ou de restriction, du simple fait que cet Etat a pris part à une négociation. Quand bien même il aurait donné, à quelque degré, son accord, ce ne serait qu'un accord sur le texte *comme tel*, et en aucune manière (fût-ce à titre provisoire), un accord sur ce texte en tant que *traité*. Dans ces conditions, les actes dont il a été question ne sauraient être illicites, bien qu'ils puissent témoigner d'un défaut de sens moral ou de bon sens politique. Les membres de la Commission qui ont soutenu cette thèse estimaient en outre que le cas envisagé n'était pas du domaine des réalités. Devant pareille attitude, il est évident que le traité ne serait pas signé, ou ne serait pas ratifié. Néanmoins, l'autre partie ne se trouverait pas dans une situation plus désavantageuse que dans l'hypothèse où la négociation n'aurait jamais eu lieu. Etant donné qu'un Etat qui a participé à la rédaction d'un texte n'est point, de ce fait, tenu de le signer, les actes en question ne seraient que l'équivalent (ou la preuve) de sa décision de ne pas signer.

4) Cette manière de voir n'a pas été partagée par certains autres membres de la Commission qui ont estimé que, surtout lorsqu'il s'agit de conventions multilatérales générales ouvertes à la signature pendant plusieurs mois, les Etats qui ont pris part aux négociations, et plus particulièrement ceux qui ont voté en faveur du texte comme tel, sont tenus, jusqu'à un certain point, de s'abstenir d'actes de nature à modifier le *statu quo* à tel point que les Etats qui, finalement, signeraient le traité, se trouveraient contraints de le faire dans des conditions de fait différant de celles qui existaient lorsque le traité a été ouvert à la signature. Peu importe, du reste, que cette obligation tire son origine du principe de la bonne foi, de la théorie de l'abus de droit, ou d'une règle découlant des principes généraux du droit international en matière de traités — point sur lequel se sont manifestées certaines différences d'opinion entre les membres de la Commission partisans de la thèse qui vient d'être exposée.

5) Dans ces conditions, la Commission a finalement adopté la ligne de conduite que traduit le paragraphe 2 de l'article 8. Par cette disposition, la Commission a entendu laisser la question en suspens. Assurément, ce paragraphe implique qu'une obligation de l'ordre qui a été indiqué peut exister. Il ne spécifie pas qu'elle existe effectivement. Latitude est donnée de résoudre cette question en fonction des principes généraux du droit international et sans préjuger la solution à laquelle ils pourront conduire.

6) A supposer toutefois qu'une obligation de cet ordre existe (bien que la question reste ouverte, ainsi qu'on vient de le dire), le mot « temporairement » montre

que cette obligation n'est pas de durée indéfinie. La question de savoir combien de temps elle durera dépend, dans chaque cas particulier, des circonstances, et il serait difficile de donner sur ce point des indications précises, Mais cette durée ne saurait dépasser le temps dont les Etats qui ont participé à la négociation auront raisonnablement besoin pour fixer leur position à l'endroit du traité.

Article 9

Authentification du texte

1. A moins que d'autres formalités ne soient stipulées dans le texte lui-même ou spécialement convenues entre les Etats ayant participé à la négociation, le texte d'un traité définitivement rédigé peut être authentifié suivant l'une des modalités ci-après :

***a*) Par l'apposition d'un paraphe au nom des États ayant participé à la négociation;**

***b*) Par l'incorporation du texte dans l'acte final de la conférence au cours de laquelle il a été rédigé;**

***c*) Par l'incorporation du texte dans une résolution d'un organe d'une organisation internationale ou toute autre modalité prévue par la constitution de ladite organisation.**

2. De plus, en dehors des effets qu'elle peut avoir en vertu des articles ...[49] du présent Code, la signature du texte (signature définitive ou signature *ad referendum*) au nom des Etats ayant participé à la négociation authentifie également le texte dans tous les cas où il n'a pas déjà été authentifié suivant l'une des modalités mentionnées au paragraphe 1.

3. Une fois authentifié conformément aux paragraphes 1 et 2 du présent article, le texte est définitif.

Commentaire

1) Que faut-il entendre par l'authentification du texte? Et pourquoi l' « authentification » est-elle nécessaire? Le plus simple est de répondre d'abord à la seconde question, ce qui fournira du même coup une réponse à la première. L'authentification est nécessaire, car elle permet aux Etats ayant participé à la négociation de savoir une fois pour toutes, en fin de compte et d'une manière définitive, quel est le texte du traité qu'ils signeront ou auquel ils deviendront parties — s'ils décident d'agir ainsi — avant qu'ils ne soient appelés à décider s'ils entendent ou non devenir parties au traité ou, dans certains cas, avant qu'ils ne soient appelés à décider s'ils entendent même signer cet instrument pour signifier leur acceptation provisoire du traité. Il est clair que des mesures telles que la signature, la ratification, l'adhésion, la mise en vigueur, etc., ne peuvent intervenir que sur la base d'un texte dont les termes ont été arrêtés et ne peuvent plus être modifiés. Il faut donc qu'il y ait un stade auquel le processus de négociation ou de discussion arrive à son terme, et où le texte sur lequel les parties se sont mises d'accord en tant que texte (ou qui a été adopté à la majorité des voix au cours d'une conférence internationale) est *établi* comme étant le texte du traité proposé. Quant à savoir si les Etats intéressés seront en fin de compte liés par ce traité, c'est là, bien entendu, une autre question, qui reste entièrement ouverte. A ce stade, aucune des parties n'a encore pris d'engagement. Mais si les parties doivent finalement pouvoir se lier par un instrument de ce genre, il faut qu'elles disposent, pour prendre les mesures nécessaires, d'un texte définitif qui ne puisse plus être modifié.

2) Il est donc indispensable de prévoir un moyen qui permette, lorsque le texte est finalement au point, de l'enregistrer de telle manière que le caractère de ce texte en tant que définitivement adopté (c'est-à-dire comme étant le texte sur lequel l'accord s'est fait) ne puisse plus être contesté ni remis en cause. Cette opération constitue l'authentification et elle implique donc un acte ou une procédure ayant pour objet en quelque sorte de certifier et d'établir que « ce texte est exact (et le seul exact) et authentique ».

3) On peut se demander s'il est désormais impossible de modifier le texte ainsi établi, au cas où les parties viendraient à changer d'avis, tout au moins tant que ce texte n'a pas été signé. A cela, il faut répondre que ce n'est pas impossible, mais que, dès lors qu'une procédure officielle d'authentification a été accomplie à l'égard d'un texte, toute modification ultérieure de celui-ci donne lieu, non pas seulement à un texte amendé mais à un texte *nouveau*, qui devra, à son tour, faire l'objet d'une procédure d'authentification ou de réauthentification. L'exemple le plus net qu'on puisse donner est celui des cas où la signature elle-même constitue le mode d'authentification, c'est-à-dire lorsque le texte n'a pas déjà été authentifié d'une autre façon (d'ailleurs jusqu'à une époque assez récente, la signature était bien le mode normal d'authentification, encore qu'il n'en soit plus toujours ainsi [50]). En pareil cas, les changements effectués après la signature exigeraient que le texte soit signé ou paraphé à nouveau ou qu'un nouveau texte soit rédigé et signé — ou encore, il faudrait qu'un protocole séparé enregistrant et authentifiant les changements apportés soit rédigé et signé. D'une façon générale, aucun changement ne peut être apporté au texte original signé, ni sur un exemplaire destiné à la signature, car les parties seraient alors réputées avoir signé un texte différent de celui qu'elles avaient réellement signé à la date effective de la signature. Si des changements sont apportés au texte original signé, ou sur l'exemplaire destiné à la signature, il faut que ces changements eux-mêmes soient signés ou paraphés et *datés*. L'ensemble du document constituerait alors le texte officiel authentifié du traité. Quoi qu'il en soit, il faut qu'à un moment ou à un autre le texte soit définitif, et afin de pouvoir enregistrer *ne varietur* ce texte qui fera l'objet de la ratification (si elle est requise) et de l'entrée en vigueur, il faut que ce texte soit authentifié sous sa forme définitive par une méthode officiellement reconnue.

4) Les mêmes considérations s'appliquent *mutatis mutandis*, peut-être même de façon plus nette, lorsque l'authentification du texte original a été effectuée, non

[49] Le numérotage est laissé en blanc, la Commission n'ayant pas encore discuté tous les articles en question.

[50] Voir le texte de l'art. 9 et voir également plus loin, où il est précisé que les autres aspects et conséquences de la signature ont eu pour effet de masquer la signification qu'elle comporte du point de vue de l'authentification.

par la signature, mais par exemple par l'incorporation du texte dans l'acte final d'une conférence ou dans une résolution d'un organe d'une organisation internationale [51]. Toute modification ultérieure de ce texte conduirait à l'établissement d'un nouveau texte, qui devrait, à son tour, faire l'objet d'une procédure d'authentification par la même méthode ou par une autre méthode reconnue.

5) Le sens de l'authentification et la raison pour laquelle elle est nécessaire ayant été ainsi précisés, il convient maintenant de se demander pourquoi la notion d'authentification (bien qu'en fait elle ait toujours lieu) n'était généralement pas reconnue, jusqu'à une époque récente, comme constituant une phase précise, distincte et indispensable de la procédure d'élaboration des traités. Cela tient au fait que, dans le passé et exception faite de la possibilité de parapher et de signer *ad referendum*, la signature était le mode normal d'authentification d'un texte, mais que la signature revêt toujours en outre un autre aspect bien plus important. Non seulement la signature a pour effet d'établir la teneur du texte (à supposer que cela n'ait pas déjà été fait d'une autre façon, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 1 de l'article 9), mais de plus, elle signifie que l'État signataire accepte, à titre provisoire, d'être lié par ce texte en tant qu'accord international; ou même, dans certains cas (échanges de notes, par exemple), lorsqu'aucune ratification n'est requise, la signature entraîne l'acceptation définitive. Le rôle de la signature en tant que modalité d'authentification se trouve de ce fait masqué, car il se confond avec la signification de la signature en tant que marque d'acceptation. Dans ces cas, les deux fonctions de la signature ne peuvent être séparées l'une de l'autre, si ce n'est en théorie. Pourtant, même dans le passé, la distinction existait, et l'on en trouve clairement la preuve dans les cas où, par exemple, le texte était simplement paraphé (acte d'authentification uniquement), la signature intervenant plus tard. C'est pour cette raison que, dans son premier rapport, le professeur Brierly [52], en expliquant pourquoi les anciens projets et codes sur le droit des traités ne prévoyaient pas « expressément l'authentification », précisait que:

« ... c'est parce que l'authentification fait habituellement partie de la négociation ou de la conclusion du traité, la même opération servant à plus d'une fin. Ainsi, lorsqu'un traité est signé par les négociateurs sous réserve de ratification, les signatures apposées au bas de son texte constituent à la fois, d'une part, un moyen d'authentifier ce dernier en tant que reproduction exacte des clauses dont les différentes parties sont disposées à considérer l'acceptation comme créant un lien obligatoire, et d'autre part, un élément du processus par lequel les parties seront liées en fait par lesdites clauses. De même, dans le cas d'un traité qui devient obligatoire une fois signé, sa signature au nom de l'une quelconque des parties est à la fois un acte d'authentification de son texte et un acte d'acceptation définitive de ses clauses.»

Poursuivant son exposé, le professeur Brierly rappelait qu'au cours des dernières années:

« ... on a envisagé des méthodes d'authentification des textes des traités autres que la signature au nom de toutes les parties à la négociation ou de la plupart d'entre elles. C'est ainsi que des textes non signés de projets de traités ont été incorporés dans les actes finals signés de conférences diplomatiques, dont certaines ont fait porter leurs négociations sur la confection de plus d'un texte de cette nature [voir *Harvard Draft Convention*, commentaire, p. 734 et 735]. En outre, dès l'établissement de l'Organisation internationale du Travail, une procédure spéciale a été appliquée pour l'authentification des (projets de) conventions internationales du travail, consistant uniquement dans la signature par le Président de la Conférence internationale du Travail et le Directeur ou le Directeur général du Bureau international du Travail [voir Traité de Versailles, art. 405]. On trouve également des traités qui n'ont pas été signés du tout: dans ce cas, à la place de la signature, toutes les parties ont recours à un processus d'adhésion [voir l'Acte général de 1928 (art. 43), Hudson, *International Legislation*, vol. IV, p. 3207; l'Acte général revisé de 1949, *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, deuxième partie*, Résolutions, p. 11; la Convention générale sur les privilèges et immunités des Nations Unies, 1946, *Recueil des Traités* des Nations Unies, vol. 1, p. 15; la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, *Documents officiels de la deuxième session de l'Assemblée générale*, Résolutions, p. 114]. L'authentification des textes de ces accords est résultée de leur incorporation dans une résolution soit de l'Assemblée de la Société des Nations, soit de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.»

En conclusion, le professeur Brierly constatait donc ce qui suit:

« En raison des faits qui viennent d'être indiqués, il a paru utile de souligner dans le présent projet la distinction à faire entre la signature des textes de traités en tant que moyen de simple authentification et la signature en tant que procédure ou élément de la procédure par laquelle un Etat ou une organisation internationale accepte un traité pour être lié par lui; bien qu'elle soit certes encore le procédé le plus courant, la signature des négociateurs n'est qu'un des moyens possibles d'authentification.»

6) Compte tenu des explications et des exemples donnés ci-dessus, il n'est pas nécessaire d'ajouter grand-chose au sujet du paragraphe 1 du présent article 9, dont le paragraphe 3 a aussi été suffisamment commenté. Dans ce dernier paragraphe, le mot « définitif » signifie que toute modification qui interviendrait après l'authentification aurait pour effet de créer un texte nouveau qui devrait à son tour être authentifié. Pour ce qui est du paragraphe 2, si la signature n'a

[51] La pratique de l'Organisation des Nations Unies quant à l'authentification consiste à utiliser les deux dernières méthodes indiquées au par. 1 de l'art. 9, plutôt que la première variante du paraphe. Le paraphe n'a jamais été employé à l'Organisation des Nations Unies pour authentifier le texte d'une convention multilatérale. Le paraphe en tant que moyen d'authentification a été remplacé, dans les procédés plus institutionalisés des Nations Unies d'élaboration des traités, par le système plus courant de l'enregistrement du vote d'une résolution contenant ou incorporant le texte, ou par l'incorporation de ce texte dans un acte final. Comme il est dit au par. 4 du commentaire précité, toute modification ultérieure d'un texte authentifié par ces moyens reviendrait, en fait, à rédiger un nouveau texte, nécessitant lui-même d'être authentifié par les mêmes moyens ou autres moyens reconnus.

[52] A/CN.4/23, p. 33.

pas été explicitement mentionnée parmi les modes d'authentification énumérés au paragraphe 1, c'est d'abord parce que ces modalités sont toujours (ou presque toujours [53]) des actes d'authentification, alors que, comme on l'a déjà indiqué, la signature peut ou non être un acte d'authentification; en second lieu, ces opérations sont (dans ce contexte précis) *uniquement* des actes d'authentification, alors que la signature, même lorsqu'elle authentifie, a en outre un autre aspect plus important (pour reprendre l'expression du professeur Brierly) du fait qu'elle est au moins un « élément de la procédure par laquelle un Etat ... accepte un traité pour être lié par lui ... » Pour ces raisons, il a paru souhaitable de distinguer la signature des autres modalités mentionnées et de lui consacrer un paragraphe distinct.

7) Le rapporteur spécial actuel avait également fait figurer, dans l'article correspondant, une disposition indiquant que l'apposition du sceau — opération communément pratiquée dans le passé, par laquelle les délégués apposaient leur sceau ainsi que leur signature au traité — n'est pas indispensable pour authentifier le traité ou lui conférer la validité formelle, même si le traité contient la clause de style « ont signé le présent traité et y ont apposé leur sceau ». La Commission a pensé qu'il suffirait de mentionner cet aspect de la question dans le commentaire.

Article 10

Le paraphe et la signature ad referendum *en tant qu'actes authentifiant le texte*

1. Le texte d'un traité peut être soit signé, soit paraphé. S'il est signé, la signature peut être pure et simple (signature définitive), soit sous réserve d'en référer au gouvernement intéressé (signature *ad referendum*), la signature s'accompagnant alors des mots *ad referendum* ou d'une formule équivalente. Les modalités et effets juridiques de la signature définitive sont énoncés dans les articles ...[54] du présent Code.

2. Sauf lorsque des chefs d'Etat ou de gouvernement ou des ministres des affaires étrangères l'apposent avec l'intention qu'il vaille signature, le paraphe ne peut avoir pour effet que l'authentification du texte. Si l'apposition du paraphe doit être suivie d'une signature, celle-ci doit être donnée par acte séparé qui ne prendra juridiquement effet que du jour de la signature.

3. La signature *ad referendum* peut être transformée en une signature définitive par voie de confirmation ultérieure de la part du gouvernement intéressé. Dans ce cas, la confirmation agit rétroactivement et transforme la signature *ad referendum* en signature définitive prenant effet en tant que telle à la date de son apposition.

Commentaire

1) Ainsi que le prévoit le paragraphe 1 du présent article, un traité peut être signé ou paraphé; s'il est signé, il peut l'être sans condition ou seulement *ad referendum*. Bien entendu, la signature *ad referendum* n'est pas une signature définitive, quoiqu'elle acquière la même valeur si elle est ultérieurement confirmée par le gouvernement au nom de qui elle a été donnée.

2) Comme l'indique le début du paragraphe 2 de l'article, le paraphe peut équivaloir à une signature définitive si deux conditions sont remplies, à savoir, premièrement, s'il est apposé par certaines personnes qualifiées pour engager l'Etat en vertu de leurs fonctions et, deuxièmement, s'il est apposé avec l'intention qu'il vaille signature [55]. Dans tous les autres cas, le paraphe n'est qu'un acte d'authentification du texte. Sauf dans le cas mentionné ci-dessus, il ne peut jamais être autre chose par lui-même. Il ne peut jamais être transformé en signature, bien qu'il puisse être suivi d'une signature.

3) En conséquence, les principales différences entre le paraphe et la signature *ad referendum* sont: *a*) que le paraphe est et demeure essentiellement un acte qui a pour seul effet d'authentifier le texte alors que la signature *ad referendum* est, dès l'origine, à la fois un acte d'authentification (lorsque le texte n'a pas déjà été authentifié d'une autre manière) et une signature provisoire; *b*) que le paraphe n'est jamais rien de plus, tandis que la signature *ad referendum* est susceptible d'être transformée en une signature définitive par voie de confirmation ultérieure;

c) qu'une telle confirmation agit rétroactivement et donne à la signature *ad referendum* la valeur d'une signature définitive à partir de la date où elle a été primitivement apposée, et qui devient alors la date de la signature pour l'Etat intéressé, tandis que, si le paraphe est suivi d'une signature, cette dernière n'a pas d'effet rétroactif et date seulement du jour de son apposition et non pas du jour de l'apposition du paraphe.

4) Il peut également y avoir une certaine différence quant aux cas où ces deux procédures sont employées. Le paraphe est utilisé dans des buts divers. L'un est d'authentifier un texte à un certain moment des négociations, en attendant une considération ultérieure par les gouvernements intéressés. Il peut aussi être utilisé par un représentant autorisé à négocier mais ne possédant pas l'autorisation de signer (ou ne pouvant l'obtenir pour le moment) [56]. Quelquefois, un représentant peut y avoir recours, pour quelque raison, lorsque, agissant de sa propre initiative et sans instructions, il considère toutefois qu'il devrait prendre quelque action en relation avec le texte. On peut aussi utiliser la signature *ad referendum* dans certains de ces cas, mais à l'heure actuelle la signature *ad referendum*, en toute probabilité, est employée surtout sur instruction des gouvernements, au cas où le gouvernement désire

[53] En théorie il peut arriver que c'est seulement *après* l'authentification par la signature qu'un traité soit incorporé dans une résolution d'une organisation internationale et recommandé aux fins d'adhésion aux membres qui ne l'ont pas signé; le professeur Brierly mentionne cette éventualité.

[54] Voir n. 49.

[55] Ces cas sont rares mais il s'en est présenté. L'intention peut résulter de l'ensemble de l'instrument ou des circonstances dans lesquelles le paraphe a été apposé.

[56] A présent, une autorisation télégraphique sera d'ordinaire acceptée en attendant l'arrivée de pleins pouvoirs écrits (voir l'art. 15 ci-après et le commentaire y relatif) et il ne devrait être que rarement nécessaire de recourir au paraphe pour cette raison.

prendre une action quant au texte, mais ne veut pas être obligé de lui accorder même le consentement provisoire qu'une signature pleine et entière impliquerait.

SECTION B. — CONCLUSION DU TRAITÉ, PARTICIPATION ET ENTRÉE EN VIGUEUR

NOTE. — Les articles ci-dessous seront précédés par d'autres qui n'ont pas encore été discutés par la Commission (voir par. 17 du présent rapport).

Article 14

Rôle de la signature

En plus de l'authentification du texte lorsqu'elle n'a pas été effectuée d'une autre manière, comme prévu à l'article 9, la signature vaut consentement provisoire au texte en tant qu'accord international, dans les cas où elle est soumise à ratification et consentement définitif dans les cas où le traité entre en vigueur dès la signature comme prévu à l'article ...[57].

Article 15

Pouvoir de signer

1. La signature ne peut être apposée que :

***a*) Par une personne qualifiée pour engager l'Etat en vertu de son poste ou de ses fonctions de chef d'Etat ou de gouvernement, ou de ministre des affaires étrangères;**

***b*) En vertu des pleins pouvoirs conférés au représentant intéressé.**

2. Les pleins pouvoirs doivent être en bonne et due forme et émaner de l'autorité compétente de l'Etat intéressé. S'il y a retard dans l'envoi des pleins pouvoirs, une autorisation télégraphique ou une lettre émanant du chef de la mission diplomatique de l'Etat intéressé dans le pays où s'effectue la négociation peuvent être acceptées, sous réserve de la production ultérieure des pleins pouvoirs.

Commentaire

Article 14

1) L'article 14 n'appelle pas de commentaire spécial, puisque les questions qui se posent à son sujet ont déjà été traitées à propos du contenu des articles précédents (voir en particulier le par. 1 du commentaire des art. 5 et 8 respectivement). La question de la signature considérée en tant qu'acte, qui, par lui-même, met le traité en vigueur, est réglée à l'article ... [57] ci-après et dans son commentaire.

Article 15

2) On a déjà remarqué, dans le paragraphe 2 du commentaire de l'article 6, que le pouvoir de négocier n'implique pas par lui-même le pouvoir de signer et qu'un pouvoir distinct est exigé pour la signature. Il serait peut-être plus exact de dire que le pouvoir de signer doit *exister* et qu'il n'est pas inclus dans le pouvoir de négocier. Cette façon de s'exprimer serait plus exacte, parce qu'il n'est pas vrai qu'il faille toujours, pour signer un traité donné, produire des pleins pouvoirs délivrés spécialement à cet effet. En premier lieu, comme on l'a indiqué au paragraphe 1, *a*, de l'article 15 (on a déjà observé une situation analogue à propos du pouvoir de négocier; voir ci-dessus le par. 3 de l'art. 6 et le commentaire y relatif), certaines personnes ont, inhérent à leurs fonctions, le pouvoir de signer un traité au nom de l'Etat, sans être en possession de pleins pouvoirs délivrés à cet effet.

3) En deuxième lieu, s'il est vrai que, dans d'autres cas, il faut produire des pleins pouvoirs spéciaux pour signer un traité donné, la Commission croit que, dans certains pays, il peut exister une pratique consistant à délivrer à certains ministres, dans le cadre pour ainsi dire de leur mandat, des pleins pouvoirs généraux ou permanents qui, sans mentionner aucun traité en particulier, autorisent le ministre en général à signer des traités au nom de l'Etat. La Commission souhaiterait que les gouvernements lui fassent connaître leur pratique à cet égard. En principe, elle ne voit aucune raison de ne pas se contenter de la production de pleins pouvoirs de ce genre, notamment dans le cas des ministres qui, en vertu de leurs fonctions, seraient normalement habilités à signer sans avoir aucun plein pouvoir. Pour tenir compte de cette possibilité, l'alinéa *b*, dans sa rédaction actuelle, parle simplement de pleins pouvoirs « conférés au représentant intéressé », sans préciser que ces pleins pouvoirs doivent spécifier ou mentionner le traité à signer.

4) Quant à savoir si les pleins pouvoirs sont nécessaires non seulement pour une signature pure et simple, mais même en vue d'apposer une signature *ad referendum*, la Commission s'est trouvée divisée sur cette question. On a pensé que cette matière dépendait en partie de la pratique réellement suivie par les gouvernements, pratique sur laquelle la Commission ne se sent pas suffisamment informée à l'heure actuelle; et en partie sur l'effet juridique précis que l'on doit attribuer à une signature *ad referendum* (question qui a suscité des vues divergentes). En conséquence, la Commission a décidé de remettre cette question et de la traiter quand elle reprendra à nouveau la question des traités.

5) Sans doute, certaines formes de pleins pouvoirs sont-elles traditionnelles et, avec diverses variantes, d'un usage commun et général, mais il n'en reste pas moins que la forme des pleins pouvoirs est une question qui relève strictement de chaque pays, sous réserve de se conformer à certaines règles fondamentales, qui sont les suivantes: *a*) les pleins pouvoirs doivent émaner d'une autorité, quelle qu'elle soit (et, bien entendu, il peut y en avoir plusieurs [58]), habilitée à les délivrer en vertu de la constitution de l'Etat intéressé; *b*) les pleins pouvoirs doivent clairement exprimer ou conférer le pouvoir nécessaire pour signer; *c*) ils doivent, nommément ou de quelque autre manière précise [59], indiquer la personne à laquelle ils sont délivrés et dont la signature est autorisée. La règle *a* est énoncée expressément dans le paragraphe 2 de l'article 15. La Commission a estimé que les règles *b* et *c* étaient suffisamment exprimées

[57] Voir n. 49.

[58] Par exemple, les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères seraient tous normalement des autorités compétentes.

[59] En mentionnant sa qualité par exemple, comme dans la formule « Notre Ambassadeur à ..., actuellement en fonction ».

par les mots « Les pleins pouvoirs doivent être en bonne et due forme ... » Ces mots répondraient également à la question de savoir si les pleins pouvoirs doivent émaner du « chef de l'Etat » ou du « gouvernement », question qui dépend nécessairement de la forme même du traité et de la pratique constitutionnelle de l'Etat intéressé.

6) La deuxième phrase du paragraphe 2 reconnaît une pratique qui s'est développée assez récemment et qui présente une utilité considérable. Elle devrait rendre inutiles le paragraphe et la signature *ad referendum*, sauf dans des circonstances exceptionnelles ou en tant qu'actes délibérés (voir le paragraphe 4 du commentaire de l'article 10). Il va sans dire que, si les pleins pouvoirs promis n'arrivent pas en temps voulu, la signature admise sur la base de l'autorisation télégraphique est sans effet et doit être considérée comme nulle et non avenue.

7) La plupart des instruments qui constituent des traités formels contiennent un exposé qui peut revêtir diverses formes et qui indique que les personnes qui le signent sont autorisées à cet effet. Ainsi, il peut être déclaré à la fin du préambule que certaines personnes (dont le nom est indiqué) ont été désignées comme plénipotentiaires des parties et que ces personnes « ayant échangé [ou « produit »] leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme [60], sont convenues de ce qui suit:... » (ou une formule du même genre). Au lieu (ou parfois en plus) de cet exposé, il peut y avoir, à la fin du traité, une phrase ainsi conçue: « En foi de quoi les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent traité ». On trouve comme variante « En foi de quoi les Plénipotentiaires soussignés ont signé, etc. ». Dans ce cas, le terme « Plénipotentiaires » et l'emploi de la majuscule « P » sont considérés comme signifiant qu'on reconnaît l'existence du pouvoir nécessaire pour signer — autrement les intéressés ne seraient pas des « Plénipotentiaires », mot qui veut dire précisément « Personnes ayant les pleins pouvoirs ».

8) Néanmoins, si souhaitable que puisse être la pratique qui consiste à faire figurer des exposés de ce genre dans les instruments auxquels on veut conférer la qualité de traités formels — et cette pratique est certainement souhaitable — et si bien consacrée par la coutume qu'elle puisse être dans le cas des instruments de ce genre, on ne saurait prétendre que ces exposés soient d'une manière ou d'une autre indispensables. Pourvu que les pleins pouvoirs nécessaires existent, et qu'ils soient consignés matériellement, la signature sera valide, que l'exposé en question figure ou non dans le traité.

Article 16

Moment et lieu de la signature

La signature a lieu lors de la clôture de la négociation, de la réunion ou de la conférence au cours de laquelle le texte a été rédigé. Toutefois, on pourra cependant stipuler, dans le traité lui-même ou dans tout autre accord entre les parties, que la signature aura lieu ultérieurement, ou que le traité restera ouvert à la signature en un lieu désigné, soit indéfiniment, soit jusqu'à une certaine date.

Commentaire

1) Cet article met en opposition les traités qui sont ouverts à la signature jusqu'à une certaine date, ou indéfiniment, et les traités qui ne le sont pas. La plupart des traités, en particulier les traités bilatéraux et les traités négociés entre un nombre ou un groupe restreint d'Etats, ne restent pas ouverts à la signature. Ils sont signés soit immédiatement lors de la clôture de la négociation, soit à une certaine date ultérieure spécialement fixée à cet effet. Dans l'un et l'autre cas, les Etats qui veulent signer doivent le faire à l'époque fixée pour la signature et ne peuvent pas le faire par la suite. Bien entendu, ils peuvent encore avoir la possibilité de devenir parties au traité d'une autre manière, par exemple par voie d'adhésion (voir à ce sujet les articles ultérieurs du code) [61].

2) Dans le cas des conventions ou des traités multilatéraux généraux qui sont négociés à des conférences internationales, la tendance se généralise depuis un certain temps d'y faire figurer une clause les laissant ouverts à la signature jusqu'à une certaine date (d'ordinaire jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la clôture de la conférence. Théoriquement, il n'y a pas de raison que ces traités ne restent pas ouverts à la signature indéfiniment et l'on rapporte des cas où ils le sont restés [62]; toutefois, l'utilité de cette solution et la possibilité de l'appliquer dépendent nécessairement de la nature du traité considéré. La pratique consistant à laisser les traités multilatéraux ouverts à la signature présente de grands avantages. Il arrive qu'une certaine précipitation marque les dernières étapes des conférences internationales. Souvent, les gouvernements ne disposent pas, à leur siège, du texte final qui peut n'avoir été achevé qu'au dernier moment. C'est pourquoi nombreux sont les représentants qui ne sont pas autorisés à le signer sous sa forme définitive. Cependant, même dans les cas où il est possible de devenir partie à un traité par voie d'adhésion, bien des gouvernements préfèrent le devenir par voie de signature et de ratification. Il convient également de tenir compte du fait que les gouvernements qui ne sont pas certains d'être finalement en mesure de ratifier le traité (ou d'y adhérer) peuvent, néanmoins, avoir le désir de pouvoir lui donner ce consentement provisoire qu'implique la signa-

[60] Dans les négociations bilatérales, ou qui ne réunissent qu'un nombre restreint de pays, les pleins pouvoirs seront normalement examinés par le service du protocole ou des traités ou les directions compétentes des ministères des affaires étrangères ou des ambassades respectifs. Dans le cas des conférences internationales, un comité de vérification des pouvoirs sera établi, ou cette vérification sera confiée au secrétariat ou au bureau de la conférence.

[61] La Commission n'avait pas encore atteint cette partie du projet avant la fin de sa session.

[62] Il est stipulé, dans l'art. 14 de la Convention de l'Union panaméricaine, adoptée à La Havane le 18 février 1928, que: « La présente Convention sera ratifiée par les Etats signataires et restera ouverte à la signature et à la ratification des Etats représentés à la Conférence et qui n'ont pas été en mesure de la signer.» La Convention sur les traités, la Convention sur la condition des étrangers, la Convention sur les agents diplomatiques, la Convention sur les agents consulaires, la Convention sur la neutralité maritime, la Convention relative à l'asile, et la Convention sur les droits et les devoirs des Etats, en cas de guerre civile, adoptées le 20 février 1928, contiennent toutes une clause finale légèrement différente qui déclare seulement qu'elles seront soumises à ratification par les Etats signataires après la signature. Aucun délai spécial n'est prévu pour la signature. Les conventions ci-dessus ont été adoptées à la sixième Conférence panaméricaine, tenue à La Havane.

ture. Il est très facile de répondre à ces préoccupations en laissant le traité ouvert à la signature au siège du gouvernement ou de l'organisation internationale « dépositaire ». Il peut alors être signé soit par toute personne qui produit des pleins pouvoirs valides pour le faire, telle que le représentant diplomatique ou permanent de l'Etat signataire au siège en question, soit par le ministre des affaires étrangères ou toute autre personne autorisée qui se trouve présente ou qui s'est déplacée spécialement à cette fin.

Article 17

Le droit de signer

1. Dans le cas des traités bilatéraux ou des traités plurilatéraux négociés par un groupe ou une catégorie régionale d'Etats ou un autre groupe ou nombre restreint d'Etats, le droit de signer est nécessairement limité aux Etats ayant participé à la négociation et à tels autres Etats qu'aux termes du traité ou autrement ils peuvent admettre à signer.

2. Dans le cas des traités multilatéraux généraux, le droit de signer est régi par les règles suivantes :

***a*) Sous réserve des dispositions de l'alinéa *b*, tous les Etats invités à participer à la négociation ou à assister à la conférence à laquelle le traité est rédigé ont le droit de le signer;**

***b*) Lorsque le traité spécifie les Etats ou catégories d'Etats qui ont le droit de le signer, seuls ces Etats ou catégories d'Etats peuvent le signer;**

***c*) Lorsque le traité ne comporte pas de stipulation sur ces points, et qu'il est encore ouvert à la signature, les Etats qui ne sont pas visés à l'alinéa *a* ci-dessus peuvent le signer avec le consentement des deux tiers des parties au traité, si celui-ci est en vigueur, ou, s'il ne l'est pas, avec le consentement des deux tiers des Etats ayant participé à la négociation.**

Commentaire

1) Cet article a été l'occasion pour la Commission de se livrer à une discussion d'ensemble sur l'existence d'un droit général et fondamental de participer aux traités. Bien entendu, c'est là une question toute différente de la *capacité* de conclure des traités. Il s'agit de savoir si un Etat peut exiger de devenir partie à un traité donné. La question se pose dans le cadre particulier de la participation aux conventions ou traités multilatéraux d'intérêt général ou créant des normes de droit international général. Certains membres de la Commission ont estimé que le Code devait contenir une disposition qui, sans étudier les méthodes particulières de participation, énoncerait les principes généraux régissant la question de la participation aux traités multilatéraux de caractère général et des droits qui existeraient éventuellement à cet égard. En revanche, le rapporteur spécial a fait observer qu'en la matière le plan de son projet repose sur le fait que tout droit de participation qui pourrait exister, pour être effectif, doit toujours être exercé d'une manière ou selon une méthode concrète. C'est seulement s'il y a un moyen ou un mode de participation qu'il peut être exercé. Les Etats peuvent, selon les circonstances, avoir le droit de devenir partie à un traité. Néanmoins, ils doivent exercer ce droit de la manière prescrite, sinon ils le laissent perdre. En général, la participation ne peut intervenir que de certaines manières, à savoir par la signature seule dans certains cas, par la signature suivie de ratification dans d'autres et par l'adhésion dans d'autres encore. Si donc la question est traitée sous les rubriques distinctes du droit de signer, du droit de ratifier et du droit d'adhérer, elle sera automatiquement épuisée. De plus, comme ces diverses méthodes sont toutes différentes et n'autorisent la participation que dans certains cas (par exemple, la participation par voie de ratification ne peut intervenir que s'il y a eu signature au préalable), il serait en tout cas nécessaire de traiter la question sous des rubriques séparées, même si le projet contenait, en outre, une disposition générale relative à la participation en tant que telle.

2) Le rapporteur spécial a également appelé l'attention sur la distinction entre le droit abstrait de devenir partie lorsque ce droit existe, et la *possibilité* concrète de le devenir dans un cas donné. Par exemple, si un traité ne prévoit pas l'adhésion, les Etats ne peuvent pas devenir parties par ce moyen. Si donc, un Etat n'a pas signé le traité — et ne peut par conséquent le ratifier — il ne peut plus y devenir partie *in concreto*, qu'elle que puisse être la mesure dans laquelle *in abstracto* il puisse appartenir à la catégorie des Etats qui ont, en principe, le droit d'y devenir parties. De même, si un accord international entre en vigueur à la signature et ne contient pas de clause d'adhésion, un Etat qui ne l'a pas signé lors de la signature ou au cours de la période où il est resté ouvert à la signature ne peut pas y devenir partie, même si primitivement il avait le droit de le signer.

3) Ce qui se serait passé dans tous les cas de cette nature, c'est qu'un Etat ayant primitivement eu le droit de devenir partie au traité ne l'aurait pas exercé selon la méthode ou l'une des méthodes prescrites. Il aurait simplement manqué à exercer son droit en temps voulu et, de ce fait, il y aurait renoncé. L'existence d'un droit de cette nature, lorsqu'il existe, n'implique pas le droit accessoire d'avoir indéfiniment la possibilité d'exercer le droit principal. Bien entendu, dans tous ces cas, les parties au traité ou, peut-être, dans certains cas, les Etats signataires peuvent au moyen d'un protocole séparé, par exemple, établir une procédure spéciale permettant d'admettre les Etats qui avaient initialement le droit de devenir parties, mais qui n'ont pas exercé leur droit dans les délais fixés ou selon la méthode prescrite. Mais ce serait une procédure distincte entièrement en marge du traité original.

4) Ayant admis que le droit de devenir partie, lorsqu'il existe, doit, en principe, être subordonné à la possibilité de l'exercer dans les circonstances de l'espèce, la Commission a estimé qu'il restait encore trois problèmes à résoudre. Premièrement, existe-t-il un droit abstrait de devenir partie et, dans l'affirmative, dans quels cas? Deuxièmement, la question doit-elle être traitée sur le plan général ou dans le cadre des questions distinctes du droit de signer, de ratifier ou d'adhérer? Troisièmement, que doit-on faire à l'égard des Etats nouveaux qui pourraient vouloir devenir parties aux traités conclus avant leur naissance, dans les cas où, d'après leurs clauses, les traités ne sont plus ouverts à la signature ou à l'adhésion?

5) La décision prise par la Commission sur la deuxième de ces questions (voir par. 9 ci-après) rend une décision sur la première strictement inutile au stade actuel, et la Commission n'en a pas pris. Néanmoins, un exposé des opinions présentées au sujet de cette première question ne sera pas superflu. D'une façon générale, les membres de la Commission ont estimé qu'aucun problème ne pouvait se poser touchant les traités bilatéraux ou les traités (par exemple de caractère régional) négociés par une catégorie ou un groupe restreints d'Etats. La participation à tous les traités de cette nature est forcément limitée, en principe, aux Etats directement intéressés. Aucun autre Etat ne peut prétendre au droit d'y devenir partie ou y devenir effectivement partie sans le consentement de ces Etats. Le problème se limite donc aux conventions ou traités multilatéraux généraux et encore pas nécessairement à tous, car, s'il a été avancé que le droit international posait ou devait poser en postulat un droit de participation propre à chaque Etat, c'est seulement à l'égard des conventions ou traités dont on peut dire qu'ils sont « d'intérêt général pour *tous* les Etats », ou visent à créer des normes de droit international général. Certains membres de la Commission ont estimé que, pour ces catégories de traités multilatéraux, un tel droit devait être considéré comme établi, parce qu'il est conforme au bien général que tous les Etats y deviennent parties et en outre que, dans une communauté mondiale d'Etats, aucun Etat ne devait être privé de la faculté de devenir partie aux traités de cette nature.

6) D'autres membres de la Commission, qui ne partageaient pas cette opinion, ont fait observer que, même si ce droit devait être admis en principe, on se heurterait à de grandes difficultés d'ordre pratique pour le rendre effectif. Ou bien un traité de cette nature prévoit que les Etats ou des catégories d'Etats doivent être admis à y devenir parties, ou bien il ne le prévoit pas. Dans ce dernier cas, c'est-à-dire s'il n'exclut expressément ou implicitement aucun Etat, il n'y a pas de problème. Tout Etat peut y devenir partie en accomplissant les formalités prescrites. Si, en revanche, le traité contient une clause limitative, il est alors pratiquement impossible d'admettre qu'un Etat non visé puisse, en invoquant un prétendu droit inhérent, exiger de devenir partie, contrairement aux désirs et aux intentions des auteurs du traité tels qu'ils sont exprimés dans celui-ci.

7) On a fait observer que c'est au stade antérieur que se pose le véritable problème de savoir quels doivent être les « auteurs du traité » ou, en somme, qui doit être invité à la conférence où le traité est rédigé. Mais, en règle générale, la participation à la conférence (ou le droit d'y participer, qu'il soit ou non exercé) commande normalement le droit de devenir partie au traité. Si le traité éventuel ne délimite pas la catégorie des participants, là encore il n'y a pas de problème. Si, toutefois, il le fait, on constatera d'ordinaire que la catégorie désignée est celle qui a été invitée à la conférence. Donc dans la mesure où se pose un problème, il ne peut être résolu qu'avant l'envoi des invitations. On ne saurait le résoudre en passant outre aux dispositions expresses du traité concernant la participation, ce qui, à vrai dire, ne serait pas juridiquement possible.

8) Un autre argument a été présenté, à savoir que tout droit propre de participation, s'il était admis, susciterait de graves difficultés quant à la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'Etats ou de gouvernements. Bien que le simple fait qu'un Etat soit partie à un traité multilatéral n'implique pas en lui-même la reconnaissance de cet Etat ou de son gouvernement par les autres parties, il se poserait néanmoins de graves problèmes politiques et autres au cas où les parties à un traité se trouveraient dans l'obligation d'admettre comme parties des Etats ou des gouvernements qu'elles ont peut-être eu expressément l'intention d'exclure par le libellé de la clause relative à la participation.

9) Toutefois, comme on l'a déjà indiqué, la Commission n'a pas pris de décision définitive sur le sujet car, à propos de la deuxième des principales questions mentionnées au paragraphe 4, elle a décidé, vu la complexité de la matière, d'attendre pour examiner un article général sur la participation que les articles relatifs au droit de signer, d'adhérer, etc., aient été rédigés, de voir alors si un article général sur la participation est nécessaire ou souhaitable et, dans l'affirmative, d'en fixer le contenu. Elle a ainsi décidé de limiter le présent article 17 au droit de signer; mais, bien entendu, les questions examinées aux paragraphes 5 à 8 ci-dessus peuvent se poser plus tard à propos de l'adhésion.

10) La Commission a aussi réglé provisoirement par la même décision la troisième grande question mentionnée au paragraphe 4 ci-dessus, à savoir le cas des nouveaux Etats qui veulent devenir parties à un traité ancien. A son avis, bien que cette matière soit importante et qu'il faille s'en occuper, en réalité elle relève avant tout du problème de l'adhésion. On a fait observer qu'en pratique le problème est limité. La plupart des traités généraux en cause n'ont pas de clause d'adhésion. Le problème se pose seulement pour les anciens traités qui ne sont plus ouverts à la signature et qui, soit ne prévoient pas expressément l'adhésion, soit — comme les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 concernant le règlement pacifique des conflits internationaux ou les Conventions de Barcelone de 1921 — contiennent une clause d'adhésion limitant à certains Etats le droit d'adhérer (voir toutefois par. 12 ci-après).

11) Compte tenu des observations qui précèdent, il n'est pas nécessaire d'ajouter grand-chose aux termes de l'article 17 sous forme de commentaire. Le paragraphe 1 est complètement expliqué par ce qui a été dit, ainsi que l'alinéa *b* du paragraphe 2. Pour ce qui est de l'alinéa *a* du paragraphe 2, la Commission a estimé que, quand un Etat avait été *invité* à assister à une négociation internationale ou à une conférence internationale de caractère général, le simple fait qu'il n'ait pas accepté ou qu'il n'ait pas participé, peut-être pour des raisons fort valables, ne devrait pas l'empêcher de signer si, après avoir étudié les résultats de la négociation ou de la conférence, il était disposé à le faire.

12) En ce qui concerne l'alinéa *c* du paragraphe 2, il est clair que, quand le traité n'est pas ouvert à la signature, les Etats qui ne le signent pas à l'époque de la signature ne peuvent le faire ultérieurement (voir par. 2 et 3 ci-dessus). En revanche, quand le traité reste ouvert à la signature, la question pouvait se poser de la signature d'un Etat non compris dans la catégorie énoncée à l'alinéa *a*, c'est-à-dire, celle des Etats invités à participer à la négociation ou à assister à la conférence. En principe, un tel Etat ne peut pas signer. Toutefois, pour tenir compte de l'éventualité dans laquelle un nouvel Etat, désireux de signer, a pu acquérir son indépen-

dance après la clôture de la négociation ou de la conférence, mais alors que le traité est encore ouvert à la signature, la Commission a pensé qu'il convenait d'établir des dispositions spéciales pour le mettre en mesure de signer et que la signature devait être admise si les deux tiers des Etats ayant voix au chapitre y consentaient. Quant à savoir quels sont ces Etats, ou quels ils devraient être, il fallait envisager deux hypothèses. Ou bien le traité est en vigueur, mais encore ouvert à la signature (par exemple, s'il est indéfiniment ouvert à la signature). En ce cas, il semblerait que le droit d'admettre la signature d'un Etat n'ayant pas à l'origine le droit de signer doive être réservé aux parties effectives au traité: mais cette conclusion n'est pas tout à fait certaine parce que les parties effectives risquent d'être très peu nombreuses au moment considéré. Ou bien le traité n'est pas encore en vigueur. Dans ce cas, il semble que le droit devrait appartenir à tous les Etats ayant participé à la négociation (et pas seulement aux Etats signataires), mais non aux Etats qui, invités à la négociation ou à la conférence, n'y ont pas assisté. Ici encore (dans les cas où le traité reste indéfiniment ouvert à la signature), le doute subsiste en ce qui concerne la situation des Etats qui ont participé à la négociation mais ont différé leur signature pendant si longtemps qu'on peut en induire raisonnablement qu'ils n'ont pas l'intention de jamais devenir signataires. Leur droit à faire entendre leur voix au chapitre pourrait alors être mis en question. Cependant, pour dissiper ces incertitudes, il serait nécessaire d'approfondir considérablement l'étude de l'article et la Commission n'a pas jugé nécessaire au stade actuel d'entreprendre cette tâche.

NOTE. — En vue d'achever la question de la signature et avant de commencer l'étude de la ratification, la Commission devra considérer les articles 29 et 30 du texte du rapporteur spécial dont elle ne s'est pas encore saisie (voir par. 17 du présent rapport).

CHAPITRE III

RELATIONS ET IMMUNITÉS CONSULAIRES

I. — Introduction

21. Au cours de sa première session, en 1949, la Commission du droit international a dressé une liste provisoire de 14 matières dont la codification lui paraissait nécessaire ou désirable. Sur cette liste figure la question intitulée: « Relations et immunités consulaires »; toutefois, la Commission n'a pas inclus ce sujet parmi ceux auxquels elle a donné la priorité [63].

22. A sa septième session, en 1955, la Commission a décidé d'en commencer l'étude et a désigné M. Jaroslav Zourek comme rapporteur spécial [64].

23. Le rapporteur spécial, désirant connaître les opinions des membres de la Commission sur certains points, leur a adressé en automne 1955 un questionnaire concernant le sujet étudié.

24. La question intitulée « Relations et immunités consulaires » a été inscrite à l'ordre du jour de la huitième session de la Commission et celle-ci a consacré deux séances à un bref échange de vues sur certains points signalés par le rapporteur spécial dans une note écrite présentée à la Commission. Le rapporteur spécial a été prié de poursuivre ses travaux en tenant compte des débats [65].

25. La question a été inscrite à nouveau à l'ordre du jour de la neuvième session de la Commission. Le rapporteur spécial a présenté un rapport (A/CN.4/108), mais en raison de ses travaux sur les autres questions, la Commission n'a pu l'examiner [66].

26. La Commission a abordé l'examen de ce rapport dans les derniers jours de sa dixième session en 1958. Après un exposé d'introduction du rapporteur spécial et un échange de vues sur l'ensemble de la question et sur le premier article, la Commission, faute de temps, a dû renvoyer la suite de cet examen à la onzième session [67].

27. La Commission a décidé à la même session de faire du projet relatif aux relations et immunités consulaires le premier point de l'ordre du jour de sa onzième session (1959), afin de terminer, lors de cette session et si possible au cours de ses cinq premières semaines, l'élaboration d'un projet provisoire qui serait adressé aux gouvernements pour observations [68]. Elle a décidé en outre que, si elle pouvait achever à la onzième session un premier projet sur les relations et immunités consulaires, destiné à être adressé aux gouvernements pour observations, elle attendrait sa treizième session (1961) pour reprendre cette question en vue d'élaborer le projet définitif à la lumière de ces observations, et elle consacrerait sa douzième session (1960) à l'examen d'autres questions.

28. La Commission a décidé également, en raison de la similitude de la question traitée avec celle des relations et immunités diplomatiques dont elle s'est occupée pendant deux sessions antérieures, d'organiser ses travaux sur ce sujet selon une procédure accélérée [69]. Elle a enfin décidé de demander à ses membres qui souhaiteraient proposer des amendements au projet présenté par le rapporteur spécial sur la question de prendre leurs dispositions pour pouvoir déposer le texte écrit de leurs principaux amendements dans la semaine ou tout au moins dans les 10 jours suivant l'ouverture de la session [69].

29. Pour les raisons exposées au paragraphe 7 du présent rapport (chap. Ier), la Commission n'a pas pu suivre le programme qu'elle s'était fixé et a dû commencer la présente session par l'examen du « Droit des traités ». Elle n'a pu aborder le projet d'articles sur les relations et immunités consulaires, préparé par le rapporteur spécial, avant la cinquième semaine et a dû plus tard en interrompre l'examen pour quelques jours. Au cours de ses 496e à 499e, 505e à 511e, 513e, 514e, 516e à 518e et 523e à 525e séances, elle a examiné les articles 1 à 17 du projet.

30. A sa prochaine session en 1960, la Commission accordera, comme il est dit au paragraphe 7 du présent rapport, la priorité absolue à la question des relations et immunités consulaires pour achever le premier projet sur cette question et le soumettre aux gouvernements

[63] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément no 10* (A/925), par. 16 et 20.
[64] *Ibid., dixième session, Supplément no 9* (A/2934), par. 34.
[65] *Ibid., onzième session, Supplément no 9* (A/3159), par. 36.
[66] *Ibid., douzième session, Supplément no 9* (A/3623), par. 20.
[67] *Ibid., treizième session, Supplément no 9* (A/3859), par. 56.
[68] *Ibid.*, par. 57.
[69] *Ibid.*, par. 64.

pour observations. La Commission se propose de reprendre l'examen du projet, à la lumière des observations des gouvernements, à sa treizième session en 1961, de sorte que le projet définitif pourra encore être prêt dans le même délai que la Commission s'était fixé à sa dixième session. En raccourcissant de la sorte l'intervalle entre l'achèvement du premier projet et l'élaboration du projet définitif, la Commission rattrapera le retard intervenu lors de l'élaboration du premier projet.

31. Les articles 1er à 19, que contient le présent rapport, sont présentés à l'Assemblée générale et aux gouvernements des Etats membres pour information.

II. — Considérations générales

32. La matière des relations et immunités consulaires se trouve réglée, d'une part, par le droit interne des Etats et, d'autre part, par le droit international. Très souvent les règlements internes traitent des questions qui se trouvent régies par le droit international. Par ailleurs, les conventions consulaires règlent quelquefois des questions qui ressortissent au droit interne (par exemple la forme de la lettre de provision). Lorsqu'on élabore un projet de codification sur les relations et immunités consulaires, il faut tenir compte, comme l'a souligné le rapporteur spécial [70], de la distinction entre les aspects de la situation des consuls dont la réglementation relève principalement du droit interne des Etats, et ceux qui sont réglementés par le droit international.

33. La codification du droit international concernant les relations et immunités consulaires pose un autre problème particulier, du fait que la matière en question se trouve réglée en partie par le droit international coutumier et en partie par un grand nombre de conventions internationales, celles-ci constituant à l'heure actuelle la source principale du droit consulaire. Si l'on voulait codifier seulement le droit international coutumier, le projet resterait forcément incomplet et présenterait peu d'utilité pratique. C'est pourquoi la Commission, conformément à la proposition du rapporteur spécial, a accepté de fonder le projet d'articles qu'elle est en train d'élaborer non seulement sur le droit international coutumier, mais encore sur les données que fournissent les conventions internationales et en premier lieu les conventions consulaires.

34. S'il est vrai que les conventions internationales établissent un régime juridique valable uniquement pour les parties contractantes et fondé sur la réciprocité, il ne faut pas oublier que ce régime se généralise par la conclusion de conventions semblables où l'on retrouve des dispositions identiques ou similaires, ainsi que par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée. L'analyse de ces conventions faite par le rapporteur spécial a permis de dégager des règles largement appliquées par les Etats et qui, si elles sont incorporées dans un projet de codification, sont susceptibles de recueillir de nombreuses adhésions des Etats.

35. Si les deux sources mentionnées, les conventions et le droit coutumier, ne permettent pas de résoudre tous les points controversés ou peu clairs, ou si elles laissent subsister des lacunes, il faudra recourir à la pratique des Etats telle qu'elle se manifeste dans les règlements internes sur l'organisation du service consulaire ou sur la condition des consuls étrangers, pour autant bien entendu que cette pratique est conforme aux principes fondamentaux du droit international.

36. Il résulte de ce qui précède que le travail entrepris par la Commission dans ce domaine tombe à la fois sous la notion de codification et sous la notion de développement progressif du droit international, au sens où ces notions sont définies par le paragraphe 15 du statut de la Commission. Le projet que la Commission est appelée à élaborer a été caractérisé de la façon suivante par le rapporteur spécial dans son rapport:

> « Un projet d'articles élaboré par la méthode indiquée va donc comprendre la codification du droit coutumier général, des règles concordantes qui se retrouvent dans la plupart des conventions internationales et, le cas échéant, des propositions tendant à inclure dans le règlement certaines dispositions adoptées par les principaux systèmes juridiques du monde [71]. »

37. L'objet et la nature du travail de codification en matière de relations et immunités consulaires sont déterminants en ce qui concerne le choix de la forme que doit prendre cette codification. La Commission en a tenu compte lorsque, en s'inspirant également de sa décision prise sur la forme du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques, elle a accepté la proposition du rapporteur spécial d'élaborer son projet en partant de l'idée que ce projet servirait de base pour la conclusion d'une convention. La décision définitive sur ce point ne pourra être prise que lorsque la Commission aura pris connaissance des observations des gouvernements sur le projet provisoire.

38. Dans son projet d'articles provisoires relatifs aux relations et immunités consulaires, le rapporteur spécial a traité d'abord des relations consulaires (chap. Ier), ensuite des privilèges et immunités des consuls de carrière (chap. II), des privilèges et immunités reconnus aux consuls honoraires et aux fonctionnaires assimilés (chap. III), et enfin des dispositions générales (chap. IV) parmi lesquelles il a inclus une clause sauvegardant les conventions bilatérales en vigueur entre les Etats qui deviendraient parties à la convention multilatérale, à supposer que le projet soit finalement accepté par les Etats sous forme d'une convention. La discussion suit ce plan. La Commission décidera de l'aménagement définitif de son projet, lorsqu'elle aura terminé l'examen de tous les articles.

39. La Commission ayant adopté à sa dixième session en 1958 le projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques, qui sur plusieurs points réglemente des situations similaires ou parallèles, il sera désirable de faire concorder, dans la mesure où cela se trouve justifié, les deux projets, tant du point de vue du fond que du point de vue de la forme. Le projet du rapporteur spécial fut élaboré avant que le projet de la Commission sur les relations et immunités diplomatiques ait été adopté en première lecture. Le rapporteur spécial a soumis déjà à cette session le projet de trois articles additionnels et a informé la Commission qu'il se proposait de lui soumettre, dans son deuxième rapport consacré aux

[70] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1957, vol. II (publication des Nations Unies, nº de vente: 1957. V.5.Vol.II), p. 92, par. 80.

[71] *Ibid.*, par. 84.

questions non traitées dans le premier rapport, certains articles additionnels.

40. L'ordre des articles a été légèrement modifié, surtout en raison de l'adjonction d'articles nouveaux. La rédaction de certains articles a été modifiée à la suite des propositions que le rapporteur spécial a présentées pour tenir compte des points de vue exprimés au cours de la discussion.

41. Les commentaires joints aux articles ont été réduits à ce qui est nécessaire à la compréhension des textes. La Commission se propose de présenter des commentaires plus détaillés, lorsque tout le projet sera achevé à la prochaine session.

42. Le texte du projet des articles 1 à 19 et les commentaires, tels qu'ils ont été adoptés par la Commission, sont reproduits ci-après.

III. — Texte du projet des articles 1er à 19 et commentaire

Article premier

Définitions

Aux fins du présent projet :

a) Le terme « consulat » désigne tout office consulaire, qu'il s'agisse d'un consulat général, d'un consulat, d'un vice-consulat ou d'une agence consulaire;

b) L'expression « locaux consulaires » désigne tout immeuble ou toute partie d'immeuble, utilisés pour les besoins d'un consulat;

c) L'expression « circonscription consulaire » désigne le territoire dans les limites duquel s'exerce la compétence du consulat par rapport à l'Etat de résidence;

d) Le terme « exequatur » désigne l'autorisation définitive accordée par l'Etat de résidence à un consul étranger d'exercer les fonctions consulaires sur le territoire de l'Etat de résidence, quelle que soit la forme de cette autorisation;

e) L'expression « archives consulaires » désigne la correspondance officielle, les documents et autres pièces de chancellerie, ainsi que tout meuble destiné à les protéger ou à les conserver;

f) Le terme « consul » désigne, à l'exception de l'article 5, toute personne dûment nommée par l'Etat d'envoi pour exercer des fonctions consulaires dans l'Etat de résidence en qualité de consul général, consul, vice-consul ou agent consulaire et admise à l'exercice de ces fonctions conformément aux articles 10 et 11 du présent projet;

Un consul peut être :

i) « Consul de carrière », lorsqu'il est fonctionnaire dans le service public de l'Etat d'envoi, recevant un traitement et n'exerçant dans l'Etat de résidence aucune activité professionnelle autre que ses fonctions consulaires;

ii) « Consul honoraire », lorsqu'il ne reçoit pas régulièrement de traitement de l'Etat d'envoi, et est autorisé à se livrer au commerce ou exercer une profession lucrative dans l'État de résidence;

g) L'expression « chef de poste consulaire » désigne toute personne chargée par l'Etat d'envoi de diriger un consulat;

h) L'expression « fonctionnaire consulaire » désigne toute personne, y compris le chef de poste consulaire, exerçant une fonction consulaire dans l'État de résidence, en dehors des missions diplomatiques;

i) L'expression « employé consulaire » désigne toute personne remplissant une tâche administrative, technique ou similaire dans un consulat;

j) L'expression « membres du personnel consulaire » désigne les fonctionnaires et les employés consulaires;

k) L'expression « personnel privé » désigne les personnes employées au service privé d'un fonctionnaire consulaire.

Commentaire

Cet article a été adopté afin que les articles élaborés par la Commission utilisent une terminologie uniforme. Certains membres de la Commission ont exprimé des doutes sur certaines définitions, et notamment sur l'opportunité d'utiliser le terme de « consul » dans le sens générique et sur la définition du « fonctionnaire consulaire ». L'article a été adopté à titre provisoire. Lorsque la Commission aura terminé à sa prochaine session l'examen de tous les articles du projet, elle reviendra à cet article pour le revoir à la lumière des textes adoptés et pour décider si la liste des définitions ne pourrait être simplifiée, ou s'il ne faut pas par contre ajouter d'autres définitions.

CHAPITRE PREMIER. — LES RELATIONS CONSULAIRES

Article 2

Etablissement de relations consulaires

L'établissement de relations consulaires s'effectue par voie d'accord mutuel entre les Etats intéressés.

Commentaire

1) Par l'expression « relations consulaires » il faut entendre les rapports qui naissent entre deux Etats du fait que des fonctions consulaires sont exercées par des organes d'un Etat sur le territoire de l'autre. Dans la plupart des cas ces rapports sont mutuels, les fonctions consulaires étant exercées dans chacun des Etats intéressés par les organes de l'autre. L'établissement des rapports précités présuppose l'accord entre les Etats intéressés et ces rapports sont régis par le droit international, conventionnel et coutumier. De plus, la condition juridique des consuls se trouve régie par le droit international et, de ce fait aussi, des rapports de droit naissent entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence. Enfin, l'expression en question a été consacrée par un long usage. C'est pourquoi la Commission a gardé cette expression, bien que certains membres en eussent préféré une autre.

2) Les relations consulaires peuvent être établies entre Etats qui n'entretiennent pas de relations diplomatiques.

3) Dans certains cas où les relations diplomatiques existent entre les Etats, leurs missions diplomatiques assurent également l'exercice de certaines fonctions consulaires en aménageant, dans la plupart des cas, une section consulaire à cette fin. En conséquence, le rapporteur spécial avait proposé un deuxième paragraphe de l'article premier libellé comme suit:

« 2. L'établissement des relations diplomatiques comporte l'établissement de relations consulaires. »

La Commission, après avoir examiné cette disposition, a réservé sa décision jusqu'au moment où elle aura terminé l'examen de l'article 15 traitant des fonctions sur la matière consulaire. Faute de temps, elle n'a pas pu revenir à cette question à la présente session. Elle devra prendre une décision à la douzième session de la Commission.

4) Aucun Etat n'est tenu d'établir des relations consulaires avec un Etat déterminé, sauf dans le cas où il s'y est engagé par un accord international antérieur. Cependant, l'interdépendance des nations et l'intérêt de développer des relations amicales entre elles, qui est l'un des buts de l'Organisation des Nations Unies, rend désirable que des relations consulaires soient établies.

Article 3

Etablissement d'un consulat

1. Aucun consulat ne peut être établi sur le territoire de l'Etat de résidence sans le consentement de ce dernier.

2. Le siège du consulat et la circonscription consulaire sont fixés d'un commun accord entre l'Etat de résidence et l'Etat d'envoi.

3. Des modifications ultérieures ne pourront être apportées par l'Etat d'envoi au siège du consulat ou à la circonscription consulaire qu'avec le consentement de l'Etat de résidence.

4. Sauf accord contraire, un consul ne peut exercer ses fonctions en dehors de sa circonscription qu'avec le consentement de l'Etat de résidence.

5. Le consentement de l'Etat de résidence est également nécessaire si le consul doit exercer en même temps des fonctions consulaires dans un autre Etat.

Commentaire

1) Le paragraphe premier de cet article pose comme règle que le consentement de l'Etat de résidence est indispensable pour la création de tout consulat (consulat général, consulat, vice-consulat ou agence consulaire) sur le territoire de ce dernier. Cette règle découle du pouvoir souverain que tout Etat exerce sur son territoire et vise aussi bien le cas où le consulat est créé au moment de l'établissement des relations consulaires que les cas où un consulat doit être créé plus tard. Dans le premier cas, le consentement de l'Etat de résidence à l'établissement d'un consulat sera donné en règle générale déjà dans l'accord concernant l'établissement des relations consulaires, mais il peut arriver aussi que ce dernier accord se limite à l'établissement des relations consulaires en réservant l'établissement des consulats à un accord ultérieur.

2) L'accord sur l'établissement d'un consulat présuppose que les deux Etats intéressés tombent d'accord sur la délimitation de la circonscription consulaire et sur le siège du consulat. Il arrive quelquefois, dans la pratique, que l'accord sur le siège du consulat intervienne avant que les deux Etats intéressés soient tombés d'accord sur la délimitation de la circonscription consulaire.

3) Le consentement de l'Etat de résidence serait également nécessaire si le consulat voulait ouvrir un vice-consulat, une agence ou un bureau dans d'autres villes que celles où le consulat lui-même est établi.

4) Comme l'accord concernant l'établissement d'un consulat forme un traité international au sens large, les règles du droit international concernant la revision et l'extinction des traités s'appliquent également à cet accord. Pour cette raison, la Commission n'a pas cru nécessaire de traiter dans le texte de l'article des conditions dans lesquelles l'accord concernant l'établissement d'un consulat peut être modifié. Elle s'est contentée d'énoncer simplement au paragraphe 3, pour sauvegarder les intérêts de l'Etat de résidence, que l'Etat d'envoi ne peut pas modifier le siège du consulat ni sa circonscription sans le consentement de l'Etat de résidence. Le silence que garde l'article sur les pouvoirs de l'Etat de résidence ne saurait être interprété dans le sens que ce dernier aurait toujours le droit de modifier d'une manière unilatérale la circonscription consulaire ou le siège du consulat. Toutefois, la Commission a admis que, dans des circonstances exceptionnelles, l'Etat de résidence a le droit de demander à l'Etat d'envoi le changement du siège du consulat ou la modification de la circonscription consulaire. Si ce dernier refuse de donner son consentement, l'Etat de résidence peut dénoncer l'accord concernant l'établissement du consulat et ordonner sa fermeture.

5) Les pouvoirs du consul par rapport à l'Etat de résidence étant limités à la circonscription consulaire, le consul ne peut exercer ses fonctions en dehors de sa circonscription qu'avec le consentement de l'Etat de résidence. Toutefois, cette dernière règle peut souffrir des exceptions. Certains articles du projet règlent des situations où le consul peut être amené à exercer des activités en dehors de sa circonscription consulaire. Il en est ainsi notamment dans le cas de l'article 16, qui prévoit l'accomplissement occasionnel d'actes diplomatiques par un consul, et de l'article 17, qui règle l'exercice de fonctions diplomatiques par un consul. Les deux situations sont visées par l'expression « Sauf accord contraire » insérée au début du paragraphe 4.

6) Le paragraphe 5 vise aussi bien le cas où la circonscription d'un consulat établi dans l'Etat de résidence doit englober tout ou une partie du territoire d'un Etat tiers, que le cas où le consul doit assumer la fonction de chef d'un consulat établi dans un Etat tiers. Une règle analogue, en ce qui concerne l'accréditation d'un chef de mission auprès de plusieurs Etats, se trouve formulée à l'article 5 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques.

7) L'expression « Etat d'envoi » désigne l'Etat dont relève le consulat.

8) L'expression « Etat de résidence » désigne l'Etat sur le territoire duquel s'exercent les activités du consulat. Dans le cas exceptionnel où la circonscription consulaire englobe tout ou partie du territoire d'un Etat tiers, cet Etat doit être également considéré aux fins des présents articles comme Etat de résidence.

Article 4

Exercice de fonctions consulaires pour le compte d'un Etat tiers

Aucun consul ne peut exercer des fonctions consulaires pour le compte d'un Etat tiers sans le consentement de l'Etat de résidence.

Commentaire

1) Alors que le paragraphe 5 de l'article 3 du projet traite d'un cas où la juridiction d'un consulat ou l'exercice des fonctions d'un consul doivent s'étendre à tout ou à une partie du territoire d'un Etat tiers, cet article a pour objet de régler le cas où le consul, dans sa circonscription, voudrait exercer des fonctions consulaires pour le compte d'un Etat tiers. Une telle situation peut se présenter tout d'abord lorsqu'un Etat tiers n'entretient point de relations consulaires avec l'Etat de résidence, mais désire néanmoins assurer à ses ressortissants la protection consulaire dans cet Etat. Ainsi, l'Accord de Caracas entre la Bolivie, le Colombie, l'Equateur, le Pérou et le Venezuela relatif aux attributions des consuls respectifs dans chacune des Républiques contractantes, signé le 18 juillet 1911, prévoyait que les consuls de chaque République contractante, résidant dans l'une d'elles, pouvaient faire usage de leurs attributions en faveur des individus des autres Républiques contractantes ne possédant pas de consul à l'endroit en question (art. VI).

2) La rupture des relations consulaires est un autre cas où l'exercice de fonctions consulaires au profit d'un Etat tiers répond à un besoin pratique.

3) La législation d'un nombre important de pays prévoit l'exercice de fonctions consulaires au profit d'un Etat tiers, mais le fait dépendra soit de l'autorisation du chef de l'Etat, soit de celle du gouvernement, soit encore de celle du Ministre des affaires étrangères.

4) Il va de soi que, dans les cas visés par l'article, le consul sera rarement à même d'assumer l'exercice de toutes les fonctions consulaires au profit de l'Etat tiers. Il pourra, dans certains cas, se limiter à en exercer seulement quelques unes. L'article vise aussi bien l'accomplissement occasionnel de certaines fonctions consulaires que l'exercice continu de ces fonctions. Dans les deux cas, le consentement de l'Etat de résidence est indispensable.

Article 5

Classes des chefs de poste consulaire

Les chefs de poste consulaire sont partagés en quatre classes, à savoir :

1. Consuls généraux;

2. Consuls;

3. Vice-consuls;

4. Agents consulaires.

Commentaire

1) A la différence des agents diplomatiques dont les classes ont été fixées par les congrès de Vienne (en 1815) et d'Aix-la-Chapelle (en 1818), les classes des consuls n'ont pas été codifiées jusqu'ici. Les titres les plus variés ont été utilisés depuis l'époque où l'institution des consuls a fait son apparition dans les relations entre les peuples. A l'heure actuelle, la pratique des Etats, telle qu'elle se dégage des législations nationales et des conventions internationales, permet de constater une uniformité suffisamment large en ce qui concerne l'utilisation des quatre classes prévues à l'article 5 pour qu'il soit possible de procéder à la codification des classes des chefs de poste consulaire et d'accomplir dans le domaine du droit consulaire ce que le Congrès de Vienne a fait dans le domaine du droit diplomatique, il y a déjà plus de 140 ans.

2) Cette énumération en quatre classes ne signifie nullement que les Etats qui l'acceptent soient obligés d'utiliser dans la pratique toutes ces quatre classes. La seule obligation qu'ils auront est celle de nommer leurs chefs de poste consulaire dans une des quatre classes prévues à l'article 5. Par conséquent, ceux des Etats dont la législation ne prévoit pas toutes ces quatre classes ne seront aucunement obligés de modifier leur droit interne.

3) Il est à souligner que l'expression « agent consulaire » est utilisée dans cet article dans un sens technique qui diffère foncièrement de la signification générique qui lui a été donnée dans certains instruments internationaux pour désigner toutes les classes de fonctionnaires consulaires.

4) Aux termes de certaines législations, les agents consulaires ne disposent que d'attributions plus restreintes que celles des consuls généraux et des consuls; ils se limitent à la protection du commerce et de la navigation; ils sont nommés, avec l'agrément de l'Etat de résidence, non pas par le Gouvernement de l'Etat d'envoi, mais, sur place, par les consuls de cet Etat; ils restent placés sous les ordres des consuls qui les ont nommés. La Commission désire appeler tout spécialement l'attention des gouvernements sur cette classe de fonctionnaires consulaires, en leur demandant des renseignements détaillés permettant d'établir les attributions des agents consulaires d'après le droit interne des différents Etats et leur mode de nomination et de dégager la mesure dans laquelle l'institution des agents consulaires se trouve utilisée de nos jours dans la pratique. Ces données constitueront une base pour la décision définitive sur cette classe des fonctionnaires consulaires, lorsque la Commission sera appelée à reprendre l'examen de cette question.

5) La législation interne de certains Etats, d'ailleurs peu nombreux, admet que les vice-consuls et les agents consulaires exercent une activité lucrative dans l'Etat de résidence; des conventions consulaires confirment exceptionnellement cette pratique (voir art. 2, par. 7, de la convention consulaire du 31 décembre 1951 entre le Royaume-Uni et la France, en ce qui concerne les agents consulaires). Les vice-consuls et les agents consulaires exerçant une activité lucrative sont assimilés dans le projet du rapporteur spécial aux consuls honoraires, dont la condition juridique sera réglementée dans le chapitre III du projet.

6) La classification proposée n'est nullement affectée par le fait que certaines législations incluent également dans la classification les chefs de sections consulaires des missions diplomatiques, car l'expression « chef de section consulaire d'une mission diplomatique » indique simplement une fonction et non une classe nouvelle de fonctionnaires consulaires.

7) Il est à souligner que l'article vise uniquement les chefs de poste (les titulaires) et ne se propose nullement de limiter le pouvoir des Etats de déterminer les titres des fonctionnaires et employés consulaires qui travaillent sous la direction et sous la responsabilité du chef de poste.

Article 6

Acquisition du statut consulaire

Sont considérés comme consuls, au sens des présents articles, les fonctionnaires nommés par l'Etat d'envoi dans une des quatre classes énumérées à l'article 5, et reconnus en cette qualité par l'Etat sur le territoire duquel ils sont appelés à exercer leurs fonctions.

Commentaire

1) Cet article énonce un principe fondamental développé par les articles qui suivent. Il indique deux conditions qui doivent être remplies pour qu'une personne puisse être considérée comme consul au sens du droit international. Il faut:

a) Qu'elle soit nommée par l'autorité compétente de l'Etat d'envoi comme consul général, consul, vice-consul ou agent consulaire;

b) Qu'elle soit reconnue en cette qualité par le gouvernement de l'Etat sur le territoire duquel elle est appelée à exercer ses fonctions.

2) Cette disposition est nécessaire pour mettre en relief que les articles que la Commission est en train d'élaborer visent uniquement les consuls ayant un statut international, et les membres de leur personnel, et qu'ils ne sauraient s'appliquer aux personnes qui peuvent posséder le titre de consul, mais dont les activités se limitent aux services internes de leur Etat.

Article 7

Compétence pour nommer et reconnaître

1. La compétence pour nommer les consuls et le mode de son exercice sont réglés par le droit interne de l'Etat d'envoi.

2. La compétence pour accorder la reconnaissance aux consuls et la forme de cette reconnaissance sont réglées par le droit interne de l'Etat de résidence.

Commentaire

1) Il n'existe pas en droit international de règles déterminant quel est en particulier l'organe de l'Etat possédant la compétence pour nommer les consuls. Cette question est réglée par le droit interne de chaque Etat. Les consuls, du moins ceux des deux premières classes, sont nommés soit par le chef de l'Etat sur la proposition du gouvernement, soit par le gouvernement, soit enfin par le ministre des affaires étrangères. Même à l'intérieur d'un seul et même Etat, la compétence varie quelquefois, selon qu'il s'agit des consuls généraux et des consuls d'une part, et des vice-consuls et des agents consulaires d'autre part, ou qu'il s'agit des consuls de carrière ou des consuls honoraires.

2) Il en est de même en ce qui concerne le mode de nomination des consuls. Cette question est également réglée par le droit interne de chaque Etat qui détermine les qualifications exigées pour être nommé consul, la procédure de nomination ainsi que la forme des documents dont sont munis les consuls. C'est ainsi que dans certains Etats, par exemple, les agents consulaires, s'ils sont nommés par une autorité centrale, le sont sur proposition du consul dont ils doivent relever et sous la responsabilité duquel ils vont travailler. Comme des opinions erronées ont été quelquefois émises dans le passé pour affirmer que seuls les chefs d'Etat étaient compétents pour nommer les consuls et que même les prétentions fussent basées sur ces opinions dans la pratique, il a paru opportun d'énoncer dans cet article que la compétence pour nommer les consuls et son exercice ressortissent au droit interne de chaque Etat. Une telle règle résolvant toutes ces divergences de vues permet d'éviter à l'avenir des frictions de nature à nuire aux bons rapports entre les Etats.

3) Le droit international ne règle pas non plus la question de savoir quel est l'organe compétent pour accorder la reconnaissance au consul nommé par l'Etat d'envoi et la forme de cette reconnaissance. Le présent projet prévoit seulement qu'en dehors de la reconnaissance définitive, accordée au moyen d'un exequatur (art. 10), il existe une reconnaissance provisoire (art. 11). Il appartient donc au droit interne de régler les autres questions pertinentes dont il est question dans le présent article.

4) Sous réserve de l'article 5, visant les classes des chefs de poste consulaire, tout Etat est également libre de déterminer la hiérarchie de ses consuls; il est également libre de décider si, et dans quelle mesure, il aura recours aux services de consuls honoraires. Toutefois, lorsqu'il s'agit de l'envoi d'un consul à l'étranger, le point de vue de l'Etat de résidence est également à considérer. L'Etat de résidence est en effet également libre de ne pas admettre les consuls honoraires, ou de poser comme condition de leur reconnaissance que le consul soit nommé dans une classe déterminée, à moins que cette question n'ait été résolue au moment de la création du consulat. Pour cette raison, il est recommandé de résoudre cette question d'avance par des négociations entre les Etats intéressés. La question ne présente pas cependant un tel intérêt pour motiver une disposition spéciale à ce sujet, analogue à l'article 14 du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques.

5) Le principe qui est à la base du paragraphe 1 du présent article a été codifié sous une forme différente dans la Convention de La Havane de 1928 relative aux consuls, dont l'article 6 stipule ce qui suit:

> « La forme et les qualifications pour les nommer et la classe et la catégorie des consuls seront réglées par le droit interne de l'Etat respectif. »

Tenant compte de l'évolution du droit international qui se reflète dans les conventions internationales et dans le présent projet, dont l'article 9 contient des dispositions

concernant la lettre de provision, la Commission présente dans le paragraphe 1 une disposition de portée plus restreinte, en la complétant dans le paragraphe 2 par une disposition précisant que la compétence pour reconnaître les consuls et la forme de cette reconnaissance rentrent dans la compétence interne de l'Etat de résidence.

Article 8

Nomination de ressortissants de l'Etat de résidence

Les fonctionnaires consulaires ne peuvent être choisis parmi les ressortissants de l'Etat de résidence qu'avec le consentement exprès de celui-ci.

Commentaire

Dans le cas où l'Etat d'envoi désire nommer chef de poste consulaire ou fonctionnaire consulaire un particulier qui est ressortissant de l'Etat de résidence ou qui est à la fois ressortissant de l'Etat d'envoi et de l'Etat de résidence, il ne peut le faire qu'avec le consentement exprès de l'Etat de résidence. En effet, c'est un cas où les devoirs du fonctionnaire consulaire envers l'Etat d'envoi peuvent entrer en conflit avec ses devoirs de citoyen envers l'Etat de résidence. Il est à noter qu'aux termes de cet article le consentement de l'Etat de résidence n'est pas exigé si le fonctionnaire consulaire est un ressortissant d'un Etat tiers. L'article correspond à l'article 7 du projet d'articles relatif aux relations et immunités diplomatiques.

Article 9

Lettre de provision

1. Les chefs de poste consulaire sont munis, par l'Etat qui les nomme, de pleins pouvoirs sous forme de lettre de provision ou document similaire, établis pour chaque nomination et indiquant, en règle générale, les noms et prénoms du consul, la catégorie et la classe consulaire, la circonscription consulaire et le siège du consulat.

2. L'Etat qui a nommé le consul communiquera la lettre de provision par la voie diplomatique ou toute autre voie appropriée au gouvernement de l'Etat sur le territoire duquel le consul exercera ses fonctions.

3. Lorsque l'Etat de résidence l'accepte, la lettre de provision peut être remplacée par une notification concernant l'affectation du consul en question faite par l'Etat d'envoi à l'Etat de résidence. Dans ce cas, les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article s'appliquent *mutatis mutandis*.

Commentaire

1) En règle générale, le consul est muni d'un document officiel appelé *lettre de provision, lettre patente* ou *commission consulaire* suivant le cas. L'instrument remis aux vice-consuls et aux agents consulaires porte quelquefois un titre différent: *brevet, décret, patente* ou *licence*.

2) Pour simplifier, l'article 9 utilise l'expression « lettre de provision » comme visant les documents officiels des chefs de poste consulaire de toutes les classes. S'il est peut-être justifié de désigner d'un autre nom les pleins pouvoirs que l'on remet aux fonctionnaires consulaires qui ne sont pas nommés par les autorités centrales de l'Etat, la signification juridique de ces documents, du point de vue du droit international, est la même. Cette façon de procéder s'impose d'autant plus que le mode de nomination des consuls relève de la compétence interne de l'Etat d'envoi.

3) Si la forme de la lettre de provision continue à être réglée par le droit interne des Etats, le paragraphe 1 de l'article énumère les indications que devrait contenir toute lettre de provision afin que l'Etat de résidence soit à même d'établir clairement la compétence du consul et son statut juridique. L'expression « en règle générale » indique clairement que c'est là une disposition dont l'inobservation n'a pas pour conséquence la nullité de la lettre de provision. Le même paragraphe énonce, en accord avec la pratique, que la lettre de provision doit être établie pour chaque nomination. Si donc le consul est nommé dans un autre poste, une lettre de provision doit être établie dans ce cas, même s'il s'agit d'un poste sur le territoire du même Etat. Sur ce point également, la Commission désirerait recueillir des renseignements plus amples sur la pratique contemporaine.

4) Certaines conventions bilatérales ont réglé la teneur ou la forme de la lettre de provision (voir, par exemple, la convention du 31 décembre 1913 entre Cuba et les Pays-Bas [art. 3], et la convention du 20 mai 1948 entre les Philippines et l'Espagne [art. IV], stipulant que le titre régulier de nomination doit être signé par le chef de l'Etat et revêtu du grand sceau d'Etat). Il va de soi que dans de tels cas la teneur ou la forme de la lettre de provision doit correspondre aux dispositions de la convention en vigueur.

5) La lettre de provision, avec l'exequatur, est conservée par le consul. Elle constitue un document important dont il peut se servir en tout temps auprès des autorités de sa circonscription pour attester sa position officielle.

6) Si la lettre de provision au sens indiqué plus haut constitue le titre régulier de nomination, la pratique récente des Etats semble admettre dans une mesure de plus en plus large des titres de caractère moins formel, telle une notification de l'affectation du consul. C'est pourquoi il a semblé nécessaire de tenir compte de cette pratique dans le paragraphe 3 de l'article 9.

7) Pour la présentation de la lettre de provision la voie diplomatique est prescrite par de nombreuses législations nationales et conventions internationales, notamment par la Convention de La Havane du 20 février 1928 (art. 4). Elle semble s'imposer comme une voie normale en vue de l'obtention de l'exequatur. Toutefois, tenant compte également des circonstances et des cas où cette voie ne serait pas possible et où une autre procédure serait appropriée, le texte du paragraphe 2 mentionne expressément à côté de la voie diplomatique « toute autre voie appropriée ».

Article 10

Exequatur

Sous réserve des articles 11 et 13, les chefs de poste consulaire ne peuvent entrer en fonc-

tions avant d'avoir obtenu la reconnaissance définitive du gouvernement de l'Etat où ils sont appelés à exercer leurs fonctions. Cette reconnaissance est donnée au moyen d'un exequatur.

Commentaire

1) L'exequatur est l'acte par lequel l'Etat de résidence octroie au consul étranger la reconnaissance définitive et lui confère par là le droit d'exercer ses fonctions consulaires. L'exequatur investit donc le consul de la compétence vis-à-vis de l'Etat de résidence. Le même terme sert également à désigner le document contenant la reconnaissance en question.

2) Comme il est stipulé à l'article 7, la compétence pour délivrer l'exequatur est réglée par le droit interne de l'Etat de résidence. Dans beaucoup d'Etats, l'exequatur est conféré par le chef de l'Etat, si la lettre de provision est signée par le chef de l'Etat d'envoi, et par le ministre des affaires étrangères dans les autres cas. Dans de nombreux Etats, l'exequatur est toujours délivré par le ministre des affaires étrangères. Dans certains pays, l'octroi de l'exequatur est réservé au gouvernement.

3) Comme il ressort de l'article 7, la forme de l'exequatur se trouve également régie par le droit interne de l'Etat de résidence. Il en résulte une variété considérable. Selon les renseignements que la Commission avait à sa disposition, il a été possible de constater que les types de l'exequatur sont les suivants. L'exequatur est accordé sous forme:

a) D'une ordonnance du chef de l'Etat, signée par lui, contresignée par le ministre des affaires étrangères et délivrée en original au consul;

b) D'une ordonnance signée dans les mêmes conditions, mais dont une copie seulement, certifiée conforme par le ministre des affaires étrangères, est remise au consul;

c) D'une transcription sur la lettre de provision, cette transcription pouvant à son tour revêtir plusieurs variantes;

d) D'une notification par voie diplomatique faite à l'Etat d'envoi.

4) Dans certaines conventions, le terme « exequatur » est utilisé dans son acception formelle désignant seulement les formes mentionnées sous les lettres *a* à *c* ci-dessus. Devant tenir compte aussi des cas où l'exequatur est octroyé au consul sous une forme simplifiée, ces conventions mentionnent, en dehors de l'exequatur, d'autres formes d'autorisation définitive d'exercer les fonctions consulaires (convention consulaire entre les Etats-Unis et le Costa-Rica du 12 janvier 1948, art. I[er]) ou n'emploient pas le terme « exequatur ».

5) Comme il est expliqué dans l'article sur les définitions, le terme exequatur est utilisé dans cet article, tout au moins pour le moment, pour désigner toute autorisation définitive accordée par l'Etat de résidence à un consul étranger d'exercer les fonctions consulaires sur le territoire de l'Etat de résidence, quelle que soit la forme de cette autorisation. En effet, le seul critère formel ne paraît pas suffisant pour établir une distinction entre des actes qui ont le même but et la même signification juridique.

6) Comme les articles ultérieurs prévoient que le consul peut obtenir une reconnaissance provisoire avant d'obtenir l'exequatur (art. 11) ou être admis en qualité de gérant à exercer par intérim les fonctions consulaires dans les cas visés à l'article 13, la portée de l'article est limitée par une référence expresse à ces deux articles du projet.

7) L'octroi de l'exequatur accordé à un consul nommé chef de poste consulaire s'étend de plein droit aux membres du personnel consulaire, travaillant sous sa direction et sous sa responsabilité. Il n'est donc pas nécessaire que les consuls qui ne sont pas chefs de poste présentent les lettres de provision et obtiennent l'exequatur. Une notification par le chef de poste consulaire aux autorités compétentes de l'Etat de résidence suffit pour les admettre aux bénéfices des présents articles et des accords en vigueur applicables en la matière. Toutefois, si l'Etat d'envoi désire obtenir l'exequatur également pour un ou plusieurs des fonctionnaires consulaires ayant le rang de consul, rien ne s'oppose à ce qu'il en fasse la demande.

8) Il est universellement admis que l'Etat de résidence peut refuser l'exequatur à un consul étranger. Ce droit est admis d'une manière implicite par l'article et la Commission n'a pas cru nécessaire de l'énoncer d'une manière explicite.

9) Le seul point controversé est la question de savoir si l'Etat qui a refusé l'exequatur doit communiquer les raisons d'un tel refus au gouvernement intéressé. La Commission a préféré, provisoirement au moins, laisser de côté cette question. Le silence que le projet garde sur le point en question doit être interprété dans le sens que cette question est laissée à la libre appréciation de l'Etat de résidence car, en présence de la pratique variée et contradictoire des Etats, il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une règle imposant aux Etats l'obligation de motiver leur décision dans un tel cas.

Article 11

Reconnaissance provisoire

En attendant la délivrance de l'exequatur, le chef de poste consulaire peut être admis provisoirement à exercer ses fonctions et au bénéfice des présents articles et des accords en vigueur applicables en la matière.

Commentaire

1) La reconnaissance provisoire a pour but de permettre au consul d'entrer en fonction avant que l'exequatur ne lui soit octroyé. La procédure suivie pour l'obtention de l'exequatur demande un certain temps. D'un autre côté, les affaires relevant de la compétence du consul ne souffrent pas, pour la plupart, de délai. Dans ces conditions, l'institution de la reconnaissance provisoire fournit une solution très pratique. Cela explique aussi pourquoi la reconnaissance provisoire s'est tellement généralisée, comme en témoignent de nombreuses conventions consulaires et, entre autres, la Convention de La Havane de 1928 (art. 6 par. 2).

2) Il est à relever que l'article n'impose pas la forme écrite pour la reconnaissance provisoire. Celle-ci peut être accordée aussi sous forme de communication verbale faite aux autorités de l'Etat d'envoi, y compris le consul lui-même.

3) Certaines conventions bilatérales vont, sur ce point, encore plus loin et admettent en quelque sorte une reconnaissance automatique. Elles stipulent en effet que les consuls nommés chefs de poste seront provisoirement admis *de plein droit* à l'exercice de leurs fonctions et au bénéfice des dispositions de la convention, à moins que l'Etat de résidence ne s'y oppose. Elles n'envisagent l'octroi de la reconnaissance provisoire par un acte individuel que pour les cas où cela est nécessaire. La Commission a estimé dans sa majorité que la formule utilisée dans l'article convient mieux pour une convention multilatérale telle que vise le présent projet.

4) En vertu de cet article, l'Etat de résidence sera tenu de prêter au consul reconnu à titre provisoire assistance et protection et lui assurer la jouissance des privilèges et immunités conférés aux chefs de postes consulaires par les présents articles et les accords en vigueur applicables en la matière.

Article 12

Obligation d'informer les autorités de la circonscription consulaire

Le gouvernement de l'Etat de résidence est tenu d'informer immédiatement les autorités compétentes de la circonscription consulaire que le consul est autorisé à entrer en fonctions. Il est également tenu de veiller à ce que les mesures nécessaires soient prises afin que le consul puisse s'acquitter du devoir de sa charge et être admis au bénéfice des présents articles et des accords en vigueur applicables en la matière.

Commentaire

1) L'octroi de la reconnaissance, qu'il soit provisoire ou définitif, entraîne pour le gouvernement de l'Etat de résidence une double obligation:

a) Celle d'informer immédiatement les autorités compétentes de la circonscription consulaire que le consul est autorisé à entrer en fonctions;

b) Celle de veiller à ce que les mesures nécessaires soient prises afin que le consul puisse s'acquitter des devoirs de sa charge et être admis au bénéfice des présents articles et des accords en vigueur applicables en la matière.

2) Toutefois, l'entrée en fonctions du consul ne dépend pas de l'exécution de ces obligations. Au cas où le gouvernement de l'Etat de résidence omettrait de les remplir, le consul pourrait présenter sa lettre de provision et son exequatur aux autorités supérieures de sa circonscription.

Article 13

Gérant intérimaire

1. Si le poste de chef du consulat est vacant ou si le chef du consulat est empêché d'exercer ses fonctions, la gestion du consulat est assurée temporairement par un gérant intérimaire dont le nom sera notifié aux autorités compétentes de l'Etat de résidence.

2. Les autorités compétentes doivent prêter assistance et protection au gérant intérimaire et l'admettre, pendant sa gestion du poste consulaire, au bénéfice des présents articles et des accords en vigueur applicables en la matière au même titre que le chef du poste consulaire dont il s'agit.

Commentaire

1) L'institution du gérant intérimaire est entrée depuis longtemps dans la pratique, comme en témoignent de nombreux règlements nationaux concernant les consuls, et de très nombreuses conventions consulaires. Le texte proposé ne fait donc que codifier la pratique existante.

2) La fonction de gérant intérimaire dans le service consulaire répond à celle du chargé d'affaires *ad interim* dans le service diplomatique. Etant donné la similitude des institutions, le texte du paragraphe 1 suit de très près le texte de l'article 17 du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques.

3) Il est à relever que le texte laisse aux Etats toute latitude en ce qui concerne la désignation du gérant intérimaire, qui peut être choisi parmi les fonctionnaires du consulat en question ou d'un autre consulat de l'Etat d'envoi, ou parmi les fonctionnaires d'une mission diplomatique de cet Etat. Au cas où il n'y a pas de fonctionnaires consulaires disponibles pour assumer cette fonction, le gérant peut être choisi également parmi les employés consulaires (voir Convention de La Havane, art. 9). Le texte permet également de désigner le gérant, si l'Etat d'envoi le juge opportun, avant qu'intervienne l'empêchement du chef de poste.

4) Le mot « temporairement » met en relief que la fonction du gérant ne saurait se prolonger, sans l'accord entre les Etats intéressés, au-delà d'une période si longue que le gérant serait en fait un chef de poste à titre permanent.

5) La question de savoir si le consul doit être considéré comme empêché d'exercer ses fonctions est une question de fait qui doit être tranchée par l'Etat d'envoi. Une réglementation trop rigide sur ce point n'est pas à recommander.

6) Par « autorités compétentes », il faut entendre les autorités désignées par la législation ou le gouvernement de l'Etat de résidence pour assurer les relations du gouvernement avec les consuls étrangers.

7) Pendant la gestion du poste consulaire, le gérant possède les mêmes attributions que le chef de poste consulaire et jouit des mêmes privilèges et immunités que ce dernier. En ce qui concerne la préséance du gérant par intérim, cette question se trouve réglée par le paragraphe 5 de l'article 14 du présent projet.

Article 14

Préséance

1. Les consuls prennent rang dans chaque classe suivant la date de l'octroi de l'exequatur.

2. Au cas où le consul, avant d'obtenir l'exequatur, est admis à titre provisoire, la date d'octroi de cette reconnaissance provisoire détermine l'ordre de préséance; cet ordre est maintenu même après l'octroi de l'exequatur.

3. Si deux ou plusieurs consuls ont obtenu l'exequatur ou la reconnaissance provisoire à

la même date, ils sont départagés en ce qui concerne leur ordre de préséance suivant la date de la présentation de leurs lettres de provision.

4. Les chefs de poste titulaires ont la préséance sur leurs fonctionnaires consulaires n'ayant pas cette qualité.

5. Les fonctionnaires consulaires gérant par intérim un consulat prennent rang après tous les chefs de poste titulaires de la classe à laquelle appartiennent les chefs de poste qu'ils remplacent. Entre eux, ils prennent rang selon l'ordre de préséance de ces mêmes chefs de poste.

Commentaire

1) La question de la préséance des consuls n'a pas été réglée jusqu'ici par le droit international, bien qu'elle présente un intérêt pratique indéniable. En effet, dans de nombreuses villes, les consuls sont groupés en un corps consulaire et la question de préséance se pose tout naturellement au sein du corps consulaire aussi bien qu'au cours de cérémonies et fêtes officielles. En l'absence d'une réglementation internationale, les Etats ont été libres de régler eux-mêmes l'ordre de préséance des consuls. La pratique, pour autant que la Commission en ait été informée, permet de dégager certains usages uniformes que le présent article se propose de codifier.

2) Il semble que selon un usage très répandu la préséance soit accordée aux consuls de carrière sur les consuls honoraires. Cette question sera traitée au chapitre III du projet du rapporteur spécial, mais la Commission ne sera pas à même de prendre une décision définitive sans réunir des renseignements détaillés sur la pratique des Etats.

3) Le paragraphe 5 fixe la préséance des gérants intérimaires selon celle des chefs de poste qu'ils remplacent. Cette solution se justifie par le caractère de la gestion intérimaire. Elle présente des avantages pratiques incontestables, car l'ordre de préséance est facile à établir.

Article 15

Les fonctions consulaires

1. Les consuls ont pour mission d'exercer, dans les limites de leur circonscription, les fonctions mentionnées par les présents articles et les accords en vigueur applicables en la matière, ainsi que celles qui leur sont confiées par l'Etat d'envoi et qui peuvent s'exercer sans conflit avec le droit de l'Etat de résidence. Les fonctions normalement exercées par les consuls consistent notamment à :

***a*) Protéger les intérêts des ressortissants de l'Etat d'envoi et les intérêts de cet Etat;**

***b*) Prêter secours et assistance aux ressortissants de l'Etat d'envoi;**

***c*) Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer d'autres fonctions d'ordre administratif;**

***d*) Prêter assistance nécessaire aux navires et bateaux naviguant sous pavillon de l'Etat d'envoi, et aux avions immatriculés dans cet Etat;**

***e*) Favoriser le commerce et veiller au développement des relations économiques et culturelles entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence;**

***f*) S'informer sur les aspects de la vie économique, commerciale et culturelle de sa circonscription, et faire rapport au gouvernement de l'Etat d'envoi et donner des renseignements aux intéressés.**

2. Dans l'exercice de leurs attributions, et sous réserve des exceptions spéciales visées par les présents articles ou les accords en vigueur applicables en la matière, les consuls ne peuvent s'adresser qu'aux autorités locales.

Commentaire

1) Le rapporteur spécial avait préparé deux variantes: la première, suivant l'exemple de certains précédents et notamment de la Convention de La Havane (art. 10) renvoyait purement et simplement au droit de l'Etat d'envoi en stipulant que les attributions et les pouvoirs des consuls sont déterminés, en conformité avec le droit international, par les Etats qui les nomment [72]; la deuxième, après avoir caractérisé les fonctions essentielles du consul dans une clause générale, énumérait la plupart des fonctions du consul, cette énumération n'étant pas exhaustive.

2) Au cours de la discussion, deux tendances se sont fait jour au sein de la Commission. Certains membres de la Commission ont exprimé leur préférence pour une définition générale dans le genre de celle que la Commission a adoptée, en ce qui concerne les agents diplomatiques, dans l'article 3 de son projet sur les relations et immunités diplomatiques. Ils ont indiqué qu'une énumération trop détaillée comporte des inconvénients et ont fait ressortir qu'une définition générale serait plus acceptable aux gouvernements. D'autres membres, par contre, se sont prononcés en faveur de la seconde variante du rapporteur spécial, contenant une énumération exemplificative assez détaillée, mais ont demandé que cette énumération soit abrégée afin de contenir seulement les caractéristiques des différentes fonctions qui se trouvent exposées dans le projet du rapporteur spécial sous les chiffres arabes 1 à 15. Ils ont fait ressortir qu'une définition trop générale, réduite à reproduire les têtes de chapitre, aurait très peu d'utilité pratique. Ils ont en outre fait valoir que les attributions des consuls sont beaucoup plus variées que celles des agents diplomatiques et que, par conséquent, il est impossible de suivre sur ce point l'exemple du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques. Ils ont avancé enfin que les gouvernements seraient beaucoup plus enclins à accepter sous forme d'une convention une définition détaillée et précise qu'une formule générale qui pourrait donner lieu à toutes sortes de divergences dans la pratique. Ils ont fait valoir à l'appui de leur thèse que les conventions consulaires récentes définissent toutes d'une manière assez détaillée les fonctions consulaires.

3) La Commission, pour pouvoir prendre une décision sur ce point, a demandé au rapporteur spécial de

[72] *Annuaire de la Commission du droit international, 1957*, vol. II (publication des Nations Unies, nº de vente: 1957. V.5.Vol.II), p. 104.

préparer deux textes de définition des fonctions consulaires: un texte contenant une décision générale et un autre formulant une définition détaillée et énumérative. Après avoir examiné les deux types de définition dans leur ensemble, la Commission a pris à la majorité une série de décisions:

a) Elle a repoussé la proposition tendant à ajourner la décision sur cet article à la session prochaine;

b) Elle a décidé de soumettre les deux types de définitions aux gouvernements pour observations, lorsque le projet d'articles sera achevé:

c) Elle a refusé d'inclure les deux définitions dans le texte des articles sur les relations et immunités consulaires;

d) Elle a enfin décidé d'inclure la définition générale dans le projet, étant entendu que la définition plus détaillée serait reproduite dans le commentaire.

4) Le projet d'une définition générale préparée par le rapporteur spécial fut renvoyé avec les amendements présentés par MM. Verdross [73], Pal [74] et Padilla Nervo [75] au Comité de rédaction qui a élaboré, sur la base d'une proposition revisée préparée par le rapporteur spécial, une définition [76] qui a été discutée et, après certaines modifications, adoptée à la 523e séance de la Commission.

5) Le texte de l'article énonce d'abord dans une clause générale que les fonctions des consuls sont déterminées:

a) Par les articles que la Commission est en train d'élaborer;

b) Par les accords en vigueur applicables en la matière;

c) Par l'Etat d'envoi, dans la mesure où ces fonctions peuvent s'exercer sans conflit avec le droit de l'Etat de résidence.

6) Certains membres ont soulevé des objections quant au mot « protéger » bien qu'il se trouve dans le projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques, et auraient préféré utiliser le mot « défendre ».

7) Le terme « intérêts » a été jugé insuffisant par certains membres qui auraient préféré l'expression « droits et intérêts »; en tout cas, le terme « intérêts » doit être interprété comme englobant également les droits.

8) Le terme « ressortissants » vise également les personnes morales qui possèdent la nationalité de l'Etat d'envoi.

9) La disposition de l'alinéa *a* diffère de celle de l'alinéa *b* en cela que la première vise la protection que le consul exerce vis-à-vis des autorités de l'Etat de résidence, tandis que la seconde concerne toutes les formes de secours et d'assistance que le consul peut prêter aux ressortissants de son Etat. Cette assistance peut revêtir des formes multiples; renseignements, services d'un interprète, assistance en cas de détresse, rapatriement, subside financier, mise en relation des commerçants avec les milieux commerciaux, assistance rendue aux ressortissants travaillant dans l'Etat de résidence, etc.

10) Le paragraphe 2 stipule que les consuls ne peuvent s'adresser dans l'exercice de leurs fonctions qu'aux autorités locales. La disposition en question fait une exception pour les cas où le présent projet ou les accords en vigueur applicables en la matière contiendraient une disposition permettant aux consuls de s'adresser également aux autorités centrales ou aux autorités extérieures à la circonscription consulaire. Cette question est traitée à l'article 24 du projet du rapporteur spécial et la Commission en discutera plus tard.

11) Le texte de la définition plus détaillée (énumérative), telle qu'elle a été préparée et revisée par le rapporteur spécial (mais qui n'a pas été discutée en détail par la Commission), avec un commentaire qu'il a ajouté par la suite, mais qui n'a pas non plus été discuté par la Commission, se trouvent reproduits ci-après:

FONCTIONS CONSULAIRES

1. *Les consuls ont pour mission de défendre, dans les limites de leur circonscription, les droits et intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants et de prêter secours et assistance aux ressortissants de l'Etat d'envoi, ainsi que d'exercer d'autres fonctions déterminées par les accords internationaux en vigueur applicables en la matière ou qui leur sont confiées par l'Etat d'envoi et dont l'exercice est compatible avec la législation de l'Etat de résidence.*

2. *Sans préjudice des fonctions consulaires découlant du paragraphe précédent, les consuls pourront exercer à ces fins les fonctions suivantes :*

I. — *Fonctions concernant le commerce et la navigation*

1. *Protéger et favoriser le commerce entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence et pourvoir au développement des relations économiques entre les deux Etats.*

Commentaire

Cette fonction a été de tout temps reconnue par le droit international; dans les Etats où l'Etat d'envoi est représenté par une mission diplomatique, celle-ci exercera la plupart de ces fonctions.

2. Porter toute assistance nécessaire aux navires et bateaux de commerce naviguant sous le pavillon de l'Etat d'envoi.

Commentaire

Cette fonction consiste notamment à:

a) Examiner et viser les papiers de bord;

b) Recevoir les déclarations sur le voyage des navires, sur leur destination et sur les incidents de la traversée (rapport de mer);

c) Dresser les manifestes;

d) Interroger le capitaine, l'équipage et les nationaux se trouvant à bord;

e) Régler, pour autant qu'ils y sont habilités par la législation de l'Etat dont ils relèvent, les contestations de toute nature entre le capitaine, les officiers et les matelots, et spécialement les différends relatifs à la solde et à l'accomplissement des engagements réciproques;

f) Faciliter l'expédition des navires et bateaux;

g) Assister le personnel du bord en servant d'interprètes et d'intermédiaires dans les affaires qu'ils auraient à traiter ou dans les demandes qu'ils auraient à formuler, notamment devant les tribunaux et autorités locales;

h) Assister (sauf en ce qui concerne le service de la douane, le contrôle des passeports et des étrangers et l'admission en libre pratique) aux perquisitions opérées à bord des navires et bateaux de commerce et de plaisance;

[73] A/CN.4/SR.513, par. 54; A/CN.4/SR.514, par. 25.
[74] A/CN.4/SR.513, par. 62.
[75] A/CN.4/SR.517, par. 2.
[76] Voir A/CN.4/L.84, art. 13.

i) Etre prévenus de toutes les interventions opérées par les tribunaux ou les autorités administratives à bord des navires et des bateaux de commerce et de plaisance battant le pavillon de l'Etat d'envoi, et assister à de telles interventions;

j) Diriger les opérations de sauvetage lorsqu'un navire battant le pavillon de l'Etat d'envoi fait naufrage ou échoue sur les côtes de l'Etat de résidence;

k) Régler, conformément aux lois de l'Etat d'envoi, les contestations nées de l'avarie générale entre les ressortissants de l'Etat qu'ils représentent.

3. Prêter toute assistance nécessaire aux avions immatriculés dans l'Etat d'envoi;

Commentaire

Cette fonction consiste entre autres à:

a) Contrôler les livres de bord;

b) Prêter assistance à l'équipage;

c) Donner son concours en cas d'accident ou d'avarie d'avion;

d) Veiller à l'observation des conventions internationales concernant l'aviation auxquelles l'Etat d'envoi est partie.

4. Prêter toute assistance nécessaire aux navires publics et notamment aux navires de guerre de l'Etat d'envoi, en visite dans l'Etat de résidence;

Commentaire

Cette fonction se trouve reconnue dans de nombreuses conventions consulaires.

II. — *Fonctions concernant la protection des ressortissants de l'Etat d'envoi*

5. Veiller à ce que l'Etat d'envoi et ses ressortissants jouissent de tous les droits qui leur sont assurés par la législation de l'Etat de résidence, les coutumes et les conventions internationales en vigueur et prendre des mesures appropriées pour obtenir le redressement, si ces droits ont été violés;

Commentaire

Ce droit ne signifie nullement que le consul soit autorisé à s'immiscer dans les affaires internes de l'Etat de résidence ou d'intervenir tout le temps en faveur des nationaux de son Etat auprès des autorités locales. Cette disposition limite clairement son intervention aux cas où les droits de l'Etat d'envoi ou de ses ressortissants, découlant du droit interne de l'Etat de résidence ou du droit international, seraient violés. Le terme « ressortissant » désigne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales possédant la nationalité de l'Etat d'envoi.

6. Proposer en cas de besoin l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle en ce qui concerne les ressortissants de l'Etat d'envoi, désigner aux tribunaux la personne du tuteur ou du curateur et effectuer la surveillance de la tutelle des mineurs et de la curatelle des aliénés et d'autres incapables, ressortissants de l'Etat d'envoi;

Commentaire

Il y a des conventions consulaires qui confient au consul même le droit de nommer les tuteurs ou les curateurs lorsqu'il s'agit de ressortissants mineurs ou incapables de l'Etat d'envoi. Comme cependant certaines législations réservent cette fonction aux tribunaux, la disposition proposée limite les attributions du consul en cette matière à celles de:

a) Proposer l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle;

b) Désigner aux tribunaux la personne du tuteur ou du curateur;

c) Effectuer la surveillance de la tutelle et de la curatelle.

7. Représenter, sans production de pleins pouvoirs, dans toutes les affaires de succession, les héritiers et légataires ou leurs ayants droit, ressortissants de l'Etat d'envoi, non représentés par un mandataire spécial; intervenir auprès des autorités compétentes de l'Etat de résidence afin d'assurer l'inventaire des biens ou la liquidation de la succession et demander, en cas de besoin, aux tribunaux compétents de résoudre les différends et réclamations au sujet d'une succession ouverte par la mort d'un ressortissant de l'Etat d'envoi;

Commentaire

L'étendue des fonctions confiées aux consuls par les conventions consulaires et autres accords internationaux en matière de succession est très variée. En vue de faciliter l'acceptation de cette disposition par un nombre aussi grand que possible de gouvernements, le texte proposé ne vise que celles des fonctions que l'on peut considérer comme essentielles pour la défense des droits des héritiers et légataires et de leurs ayants droit. Aux termes de cette disposition les consuls, dans toutes les affaires de succession où les ressortissants de l'Etat d'envoi sont héritiers ou légataires ou ont acquis des droits de la part de ces derniers et ne sont pas représentés par un mandataire spécial, auront le droit de:

a) Représenter les héritiers et légataires ou leurs ayants droit sans avoir à produire de pleins pouvoirs des intéressés;

b) Intervenir auprès des autorités compétentes de l'Etat de résidence afin d'assurer l'inventaire des biens ou la liquidation de la succession;

c) Demander aux tribunaux compétents de résoudre les différends et réclamations qui pourraient surgir au sujet d'une succession ouverte par la mort d'un ressortissant.

Cette fonction durera aussi longtemps que les héritiers ou légataires et, le cas échéant, leurs ayants droit n'ont pas désigné de mandataires chargés de les représenter au cours de la procédure de succession.

III. — *Fonctions administratives*

8. Enregistrer et transcrire des actes de l'état civil (naissances, mariages, décès), sauf l'obligation des personnes intéressées d'effectuer toutes les déclarations nécessaires conformément aux lois de l'Etat de résidence;

Commentaire

Ces fonctions sont déterminées par les lois et règlements de l'Etat d'envoi. Elles sont très variées et consistent entre autres à:

a) Tenir le registre des ressortissants de l'Etat d'envoi résidant dans leur circonscription consulaire;

b) Délivrer des passeports et autres documents personnels aux ressortissants de l'Etat d'envoi;

c) Viser les passeports et autres documents des personnes se rendant dans l'Etat d'envoi;

d) Expédier les affaires concernant la nationalité de l'Etat d'envoi;

e) Fournir aux intéressés, dans le pays de résidence, des renseignements sur le commerce, l'industrie, et sur tous les aspects de la vie nationale de l'Etat d'envoi;

f) Viser les certificats constatant l'origine ou la provenance des marchandises, les factures commerciales ou d'autres pièces analogues;

g) Transmettre le paiement des prestations, rentes ou indemnités allouées aux ayants droit conformément à leurs lois nationales et aux conventions internationales, et notamment en application des lois de prévoyance sociale;

h) Accepter le versement des rentes ou indemnités dues aux nationaux de l'Etat d'envoi, dans le cas où le bénéficiaire se trouve hors de l'Etat de résidence;

i) Accomplir tous les actes se rapportant au service militaire, à la tenue des rôles militaires et à la visite sanitaire des conscrits ressortissants de l'Etat d'envoi.

9. Célébrer, conformément à la législation de l'Etat d'envoi, les mariages, si la législation de l'Etat de résidence ne s'y oppose pas;

Commentaire

Le consul, s'il y est habilité par la législation de l'Etat d'envoi, peut célébrer les mariages entre les ressortissants de son Etat et, selon certaines législations, aussi entre les ressortissants de son Etat et ceux d'un autre Etat. Cette fonction ne saurait cependant être exercée si la législation de l'Etat de résidence s'y oppose.

10. Signifier des actes judiciaires ou exécuter des commissions rogatoires à la demande des tribunaux de l'Etat d'envoi dans la forme déterminée par les conventions en vigueur ou de toute autre manière compatible avec la législation de l'Etat de résidence;

Commentaire

Cette fonction, très fréquente de nos jours, est reconnue par le droit international coutumier.

IV. — *Fonctions notariales*

11. Recevoir toutes déclarations que pourraient avoir à faire les ressortissants de l'Etat d'envoi, dresser, certifier authentiques et recevoir en dépôt les dispositions testamentaires et tous actes unilatéraux de la part des ressortissants de l'Etat d'envoi, ainsi que des actes juridiques bilatéraux conclus entre les ressortissants de l'Etat d'envoi ou entre ceux-ci et les ressortissants des autres Etats, à l'exclusion des actes concernant les immeubles situés dans l'Etat de résidence et les droits réels grevant ces derniers;

Commentaire

Les fonctions des consuls dans ce domaine sont multiples. Elles peuvent consister notamment à:

a) Recevoir dans leur chancellerie, à bord des navires et bateaux naviguant sous le pavillon de l'Etat d'envoi ou à bord des avions possédant la nationalité de l'Etat d'envoi, toutes déclarations que pourraient avoir à faire les ressortissants de l'Etat d'envoi;

b) Dresser, certifier authentiques et recevoir en dépôt les dispositions testamentaires et tous actes unilatéraux de la part des ressortissants de l'Etat d'envoi;

c) Dresser, certifier authentiques et recevoir en dépôt des actes juridiques conclus entre ressortissants de l'Etat d'envoi ou entre ceux-ci et des ressortissants de l'Etat de résidence, à l'exclusion des actes concernant les immeubles se trouvant dans l'Etat de résidence et les droits réels grevant ces derniers.

12. Légaliser ou certifier les signatures, viser, certifier ou traduire des documents, lorsque ces formalités seront demandées par une personne de nationalité quelconque pour être utilisées dans l'Etat d'envoi ou par application de la législation dans cet Etat. Si une prestation de serment ou une déclaration tenant lieu de serment sont exigées conformément à la législation de l'Etat d'envoi, ce serment ou cette déclaration pourra être recueilli par le consul;

Commentaire

Les consuls ont le droit de percevoir pour ces services des taxes fixées par les lois et règlements de l'Etat d'envoi; ce droit fait l'objet d'un article ultérieur proposé par le rapporteur spécial (art. 26) [77].

[77] *Annuaire de la Commission du droit international, 1957*, vol. II (publication des Nations Unies, nº de vente: 1957. V.5.Vol.II), document A/CN.4/108.

13. Recevoir en dépôt les sommes d'argent, documents et objets de toute nature qui lui seront remis par des ressortissants de l'Etat d'envoi;

Commentaire

En ce qui concerne le transfert des sommes d'argent ou autres objets, en particulier des objets d'art, celui-ci se trouve régi, en l'absence d'accord international, par les lois et règlements de l'Etat de résidence.

V. — *Autres fonctions*

14. Favoriser les intérêts culturels de l'Etat d'envoi, notamment dans les domaines de la science, de l'art, des relations d'ordre professionnel et de l'éducation;

Commentaire

Cette fonction a connu une grande extension à l'époque récente et se trouve confirmée par un bon nombre de conventions consulaires.

15. Exercer les fonctions d'arbitre ou de conciliateur dans les contestations que les ressortissants de l'Etat d'envoi lui soumettraient, pourvu que la législation de l'Etat de résidence ne s'y oppose pas;

Commentaire

Cette fonction, permettant aux ressortissants de l'Etat d'envoi de résoudre rapidement leurs différends, offre une utilité pratique incontestable. Toutefois, il ne semble pas qu'elle soit fréquemment exercée de nos jours.

16. S'informer sur les aspects de la vie économique, commerciale et culturelle de sa circonscription et sur les autres aspects de la vie nationale dans l'Etat de résidence, et faire rapport au gouvernement de l'Etat d'envoi, ou fournir des renseignements aux intéressés dans ce dernier;

Commentaire

Cette fonction est liée aux fonctions que le consul est appelé à exercer, notamment dans les domaines économique, commercial et culturel.

17. Le consul peut exercer encore d'autres fonctions déterminées par l'Etat d'envoi, pourvu que leur exercice ne se trouve pas interdit par la législation de l'Etat de résidence;

Commentaire

Cette clause réserve toutes autres fonctions que l'Etat d'envoi pourrait confier à son consul. De telles fonctions peuvent s'exercer seulement dans la mesure où leur exercice n'est pas interdit par la législation de l'Etat de résidence.

Article 16

Accomplissement occasionnel d'actes diplomatiques

Dans l'Etat où il n'existe pas de mission diplomatique de l'Etat d'envoi, un consul peut accomplir, à titre occasionnel, les actes diplomatiques que le gouvernement de l'Etat de résidence autorise en l'occurrence.

Commentaire

1) Cet article tient compte de la situation spéciale du consul dans le pays où l'Etat d'envoi ne possède pas de mission diplomatique et où le consul est le seul représentant officiel de son Etat. Comme la pratique l'a démontré, un tel consul sera conduit à effectuer occasionnellement des actes qui sont normalement du ressort des missions diplomatiques et qui dépassent donc le cadre des attributions consulaires. Pour accomplir

des actes de caratère diplomatique, le consentement — exprès ou tacite — de l'Etat de résidence est, aux termes de l'article, indispensable.

2) A la différence de l'article 17, cet article vise uniquement l'accomplissement occasionnel d'actes diplomatiques. Cet accomplissement, même s'il est répété, n'affecte point la condition juridique du consul et ne lui confère aucun droit aux privilèges et immunités diplomatiques.

Article 17

Octroi du statut diplomatique aux consuls

Dans l'Etat où il n'existe pas de mission diplomatique de l'Etat d'envoi, un consul peut être chargé de fonctions diplomatiques avec l'assentiment de l'Etat de résidence. Il porte dans ce cas le titre de consul général-chargé d'affaires et jouira des privilèges et immunités diplomatiques.

Commentaire

1) Cet article prévoit le cas où l'Etat d'envoi voudrait charger son consul non plus seulement d'actes diplomatiques occasionnels, comme il est prévu à l'article 16, mais de toutes les fonctions diplomatiques. Cette possibilité est prévue par la législation de plusieurs pays. Il semble que les Etats aient à présent, moins que dans le passé, l'habitude de charger leurs consuls des fonctions diplomatiques. Même si le cas n'est pas très fréquent à l'heure actuelle, la Commission est d'avis qu'il convient de le retenir dans une codification générale portant sur les relations et immunités consulaires.

2) Les consuls chargés de fonctions diplomatiques portaient des dénominations assez variées dans le passé: commissaire et consul général, agent diplomatique et consul général, chargé d'affaires-consul général, ou consul général-chargé d'affaires. La Commission a retenu cette dernière expression qui correspond mieux à la nature de la mission qu'exerce le consul dans un tel cas.

3) Le consul général-chargé d'affaires, doit avoir l'exequatur et être en même temps accrédité au moyen de lettres de créance. Il jouit des privilèges et immunités diplomatiques.

4) On a soulevé au sein de la Commission la question de savoir si l'article 17, tout comme l'article 16, ne serait pas mieux à sa place dans le projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques. Comme dans les deux cas les attributions consulaires prédominent et impriment le caractère décisif à la fonction, la Commission a été d'avis qu'il fallait retenir ces deux articles dans le projet sur les relations et immunités consulaires.

Article 18

Retrait de l'exequatur

1. Dans le cas où la conduite du consul donne lieu à des raisons sérieuses de se plaindre, l'Etat de résidence peut demander que l'Etat d'envoi rappelle le consul en question ou mette fin à ses fonctions, selon le cas.

2. Si l'Etat d'envoi refuse de donner suite à la demande visée au paragraphe précédent, ou n'y donne pas suite dans un délai raisonnable, l'Etat de résidence peut retirer l'exequatur au consul en question.

3. En cas de retrait de l'exequatur, le consul visé par cette mesure cessera d'être admis à l'exercice des fonctions consulaires.

Commentaire

1) Il est d'usage de désigner par retrait de l'exequatur l'annulation de la reconnaissance du consul par l'Etat de résidence, bien que l'on n'exige pas la suppression ou la reddition de l'acte sur lequel l'octroi de l'exequatur a été consigné.

2) Il est à noter que le retrait de l'exequatur doit toujours être précédé, aux termes de l'article, d'une demande tendant à ce que l'Etat d'envoi rappelle le consul ou mette fin à ses fonctions. Cette dernière expression vise surtout le cas où le consul est ressortissant de l'Etat accréditaire; ce cas est fréquent lorsqu'il s'agit de consuls honoraires.

3) Le droit de l'Etat de résidence de présenter la demande visée au paragraphe 1 est limité aux cas où la conduite du consul donne lieu à des raisons sérieuses de se plaindre. Le retrait de l'exequatur est donc une mesure individuelle qui ne peut être prise qu'en conséquence d'une telle conduite. L'obligation de demander le rappel ou la cessation des fonctions du consul avant de procéder au retrait de l'exequatur constitue une certaine garantie contre un retrait arbitraire. Cette garantie est d'autant plus nécessaire que ce retrait arbitraire pourrait causer de grands torts à l'Etat d'envoi, en interrompant d'une manière brusque ou injustifiée l'exercice des attributions dans les domaines où l'intervention pour ainsi dire quotidienne du consul est absolument indispensable (activités diverses en matière du commerce et de la navigation, délivrance des visas, légalisation des signatures, traduction des documents).

4) En cas de retrait de l'exequatur, le consul qui fait l'objet de cette mesure cesse d'être admis à l'exercice des fonctions consulaires. Il perd également le bénéfice des présents articles et des accords en vigueur applicables en la matière. La question de savoir si le consul continue à jouir dans un tel cas des immunités consulaires jusqu'à ce qu'il quitte le pays, ou jusqu'à l'expiration d'un délai raisonnable pour lui permettre de mettre fin à sa fonction, sera traitée dans un article séparé.

Article 19

Logement

L'Etat d'envoi a le droit de se procurer sur le territoire de l'Etat de résidence, conformément au droit interne de ce dernier, les locaux nécessaires au consulat. L'Etat de résidence est tenu de faciliter, dans la mesure du possible, l'obtention d'un logement convenable pour le consulat.

Commentaire

1) Le droit de se procurer sur le territoire de l'Etat de résidence les locaux nécessaires au consulat découle de l'accord par lequel l'Etat de résidence a donné son assentiment à l'établissement d'un consulat. La référence au droit interne de l'Etat de résidence dans le texte de l'article signifie que l'Etat d'envoi ne peut se

procurer les locaux que dans les formes prévues par le droit interne de l'Etat de résidence. Le droit interne d'un Etat peut toutefois contenir des dispositions interdisant l'acquisition d'un immeuble en propriété par un étranger ou un Etat étranger, de sorte que l'Etat d'envoi devra recourir à la location d'un immeuble. Même dans ce cas, l'Etat d'envoi peut rencontrer des difficultés de droit ou de fait. C'est la raison pour laquelle la Commission a inséré dans le projet un article qui fait devoir à l'Etat de résidence de faciliter, dans la mesure du possible, l'obtention d'un logement convenable pour le consulat de l'Etat d'envoi. Cette dernière obligation ne concerne pas les habitations des membres du personnel consulaire, car ce serait imposer une tâche trop lourde à l'Etat de résidence.

2) En comparaison avec l'article 19 du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques, la rédaction de cet article a été modifiée, afin de ne pas imposer une charge trop lourde à l'Etat de résidence dans le cas où beaucoup de consulats se trouvent sur son territoire et afin de tenir compte également du fait que les Etats ont tendance à louer plutôt qu'à acquérir des locaux lorsqu'ils cherchent à loger leurs consulats.

3) Cet article, qui trouverait normalement sa place plus tôt dans le présent chapitre, a été placé ici parce que la Commission pourrait, ainsi qu'elle l'a fait dans le cas du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques, se décider de l'inclure dans le chapitre sur les privilèges et immunités.

CHAPITRE IV

AUTRES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

I. — Décisions relatives aux travaux futurs de la Commission

43. Il est indiqué au chapitre premier du présent rapport (voir par. 7 ci-dessus) que la Commission a décidé d'inscrire la question des relations et immunités consulaires à l'ordre du jour provisoire de la prochaine session et de lui donner la priorité absolue. La Commission a également décidé d'inscrire à l'ordre du jour provisoire la responsabilité des Etats, le droit des traités et la diplomatie *ad hoc*. Elle a prié les rapporteurs spéciaux de poursuivre leurs travaux. Toutefois, la Commission n'étudiera pas forcément les trois derniers points dans l'ordre où ils figurent ci-dessus.

44. En conséquence, la Commission espère qu'à sa prochaine session, non seulement elle achèvera le premier projet relatif aux relations et immunités consulaires, mais elle consacrera aussi un peu de temps à l'examen de la question de la responsabilité des Etats et poursuivra également l'étude de la section du droit des traités concernant la conclusion des traités. Quant à la diplomatie *ad hoc*, la Commission a décidé, à la session précédente, qu'il fallait étudier cette question, puisqu'elle constitue une forme des relations diplomatiques entre Etats et qu'elle a limité aux missions diplomatiques permanentes son projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, présenté à l'Assemblée générale dans le rapport relatif aux travaux de sa dixième session. Elle a donc demandé au rapporteur spécial pour les relations et immunités diplomatiques, M. A. E. F. Sandström, d'étudier cette question et de lui soumettre un rapport à une session ultérieure [78]. A la présente session, le rapporteur spécial a annoncé son intention de présenter à la Commission son rapport sur la question avant la prochaine session, de manière que la Commission soit en mesure d'en aborder l'examen à ladite session si elle le jugeait souhaitable. Toutefois, l'opportunité d'étudier cette question à la prochaine session pourra être affectée par la décision que l'Assemblée générale adoptera à sa quatorzième session au sujet des mesures à prendre concernant le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques.

II. — Collaboration avec d'autres organismes

45. A sa précédente session, la Commission a adopté une résolution dans laquelle notamment elle priait le Secrétaire général d'autoriser le Secrétaire de la Commission du droit international à assister, en qualité d'observateur de la Commission, à la quatrième réunion du Conseil interaméricain de jurisconsultes qui devait avoir lieu au début de 1959 à Santiago (Chili) [79]. La Commission a pris note de la déclaration du Secrétaire dont il résulte que cette réunion aura lieu du 24 août au 12 septembre 1959, que le Secrétaire a reçu une invitation officielle du gouvernement du pays d'accueil, le Chili, et que le Secrétaire général l'a autorisé à assister à la réunion comme la Commission l'avait demandé.

46. La Commission était également saisie d'une lettre du Secrétaire du Comité juridique consultatif africano-asiatique à laquelle était joint un exemplaire du compte rendu analytique de la deuxième session du Comité, tenue au Caire en octobre 1958; cette lettre priait la Commission d'envoyer un observateur à la troisième session qui doit se tenir à Colombo du 5 au 19 novembre 1959. La Commission a autorisé le Secrétaire à faire connaître au Comité juridique consultatif africano-asiatique que l'Assemblée générale serait saisie de la question des relations et immunités diplomatiques au cours de sa quatorzième session et que le rapport du Comité pourrait être utile aux délégations qui siégeront à l'Assemblée, mais qu'il était trop tard pour que la Commission demande que les arrangements nécessaires soient pris pour envoyer un observateur à la troisième session du Comité.

III. — Contrôle et limitation de la documentation

47. La résolution 1272 (XIII) de l'Assemblée générale, en date du 14 novembre 1958, concernant cette question a été inscrite à l'ordre du jour de la Commission pour la présente session et a été dûment signalée à son attention. La Commission a pris acte de la résolution.

---

[78] *Documents officiels de l'Assemblée générale, treizième session, Supplément nº 9* (A/3859), par. 51.

[79] *Ibid.*, par. 71.

IV. — Relations entre les Etats et les organisations intergouvernementales

48. La résolution 1289 (XIII) de l'Assemblée générale, en date du 5 décembre 1958, sur les relations entre les Etats et les organisations intergouvernementales, adoptée à l'occasion de l'examen par l'Assemblée générale du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, a été inscrite à l'ordre du jour de la Commission pour la présente session. La Commission a pris acte de la résolution et décidé d'examiner la matière en temps voulu.

V. — Date et lieu de la prochaine session

49. La Commission a décidé de tenir sa douzième session à Genève, du 25 avril au 1er juillet 1960.

VI. — Représentation à la quatorzième session de l'Assemblée générale

50. La Commission a décidé de se faire représenter à la prochaine (quatorzième) session de l'Assemblée générale par son président, sir Gerald Fitzmaurice, aux fins de consultations.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION MENTIONNÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/101	Droit des traités: rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial	Voir *Annuaire de la Commission du droit international, 1956*, vol. II.
A/CN.4/106	Responsabilité des Etats. — Responsabilité internationale: deuxième rapport de F. V. García Amador, rapporteur spécial	*Ibid.*, 1957, vol. II.
A/CN.4/107	Droit des traités: deuxième rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial	*Ibid.*
A/CN.4/108	Relations et immunités consulaires: rapport de Jaroslav Žourek, rapporteur spécial	*Ibid.*
A/CN.4/115	Droit des traités: troisième rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial	*Ibid.*, *1958* vol. II.

DEPOSITAIRES DES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

ALLEMAGNE
R. Eisenschmidt, Schwanthaler Strasse 59, Frankfurt/Main.
Elwert & Meurer, Hauptstrasse 101, Berlin-Schöneberg.
Alexander Horn, Spiegelgasse 9, Wiesbaden.
W. E. Saarbach, Gertrudenstrasse 30, Köln (1).

ARGENTINE
Editorial Sudamericana, S.A., Alsina 500, Buenos Aires.

AUSTRALIE
Melbourne University Press, 369/71 Lonsdale Street, Melbourne C.1.

AUTRICHE
Gerold & Co., Graben 31, Wien, 1.
B. Wüllerstorff, Markus Sittikusstrasse 10, Salzburg.

BELGIQUE
Agence et Messageries de la Presse, S.A., 14-22, rue du Persil, Bruxelles.

BIRMANIE
Curator, Govt. Book Depot, Rangoon.

BOLIVIE
Librería Selecciones, Casilla 972, La Paz.

BRESIL
Livraria Agir, Rua Mexico 98-B, Caixa Postal 3291, Rio de Janeiro.

CAMBODGE
Entreprise khmère de librairie, Phnom-Penh.

CANADA
The Queen's Printer, Ottawa, Ontario.

CEYLAN
Lake House Bookshop, Assoc. Newspapers of Ceylon, P.O. Box 244, Colombo.

CHILI
Editorial del Pacífico, Ahumada 57, Santiago.
Librería Ivens, Casilla 205, Santiago.

CHINE
The World Book Co., Ltd., 99 Chung King Road, 1st Section, Taipeh, Taiwan.
The Commercial Press, Ltd., 211 Honan Rd., Shanghai.

COLOMBIE
Librería Buchholz, Bogotá.
Librería América, Medellín.
Librería Nacional, Ltda., Barranquilla.

COREE
Eul-Yoo Publishing Co., Ltd., 5, 2-KA, Chongno, Seoul.

COSTA RICA
Imprenta y Librería Trejos, Apartado 1313, San José.

CUBA
La Casa Belga, O'Reilly 455, La Habana.

DANEMARK
Einar Munksgaard, Ltd., Nørregade 6, København, K.

EQUATEUR
Librería Científica, Guayaquil et Quito.

ESPAGNE
Librería Bosch, 11 Ronda Universidad, Barcelona.
Librería Mundi-Prenso, Castello 37, Madrid.

ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE
International Documents Service, Columbia University Press, 2960 Broadway, New York 27, N. Y.

ETHIOPIE
International Press Agency, P.O. Box 120, Addis-Abéba.

FINLANDE
Akateeminen Kirjakauppa, 2 Keskuskatu, Helsinki.

FRANCE
Editions A. Pédone, 13, rue Soufflot, Paris (Ve).

GHANA
University Bookshop, University College of Ghana, P.O. Box Legon.

GRECE
Kauffmann Bookshop, 28 Stadion Street, Athènes.

GUATEMALA
Sociedad Economico-Financiera, 6a Av. 14-33, Guatemala.

HAITI
Librairie "A la Caravelle", Boîte postale 111-B, Port-au-Prince.

HONDURAS
Librería Panamericana, Tegucigalpa.

HONG-KONG
The Swindon Book Co., 25 Nathon Road, Kowloon.

INDE
Orient Longmans, Calcutta, Bombay, Madras, New Delhi et Hyderabad.
Oxford Book & Stationery Co., New Delhi et Calcutta.
P. Varadachory & Co., Madras.

INDONESIE
Pembangunan, Ltd., Gunung Sahari 84, Djakarta.

IRAK
Mackenzie's Bookshop, Baghdad.

IRAN
"Guity", 482 Ferdowsi Avenue, Téhéran.

IRLANDE
Stationery Office, Dublin.

ISLANDE
Bokaverzlun Sigfusar Eymundssonar H. F., Austurstroeti 18, Reykjavik.

ISRAEL
Blumstein's Bookstores, 35 Allenby Rd. et 48 Nachlat Benjamin St., Tel Aviv.

ITALIE
Libreria Commissionaria Sansoni, Via Gino Capponi 26, Firenze, et Via D. A. Azuni, 15/A, Roma.

JAPON
Maruzen Company, Ltd., 6 Tori-Nichome, Nihonbashi, Tokyo.

JORDANIE
Joseph I. Bahous & Co., Dar-ul-Kutub, Box 66, Amman.

LIBAN
Khayat's College Book Cooperative 92-94, rue Bliss, Beyrouth.

LIBERIA
J. Momolu Kamara, Monrovia.

LUXEMBOURG
Librairie J. Schummer, Luxembourg.

MAROC
Bureau d'études et de participations industrielles, 8, rue Michaux-Bellaire, Rabat.

MEXIQUE
Editorial Hermes, S.A., Ignacio Mariscal 41, México, D.F.

NORVEGE
Johan Grundt Tanum Forlag, Kr. Augustsgt. 7A, Oslo.

NOUVELLE-ZELANDE
United Nations Association of New Zealand, C.P.O. 1011, Wellington.

PAKISTAN
The Pakistan Co-operative Book Society, Dacca, East Pakistan.
Publishers United, Ltd., Lahore.
Thomas & Thomas, Karachi, 3.

PANAMA
José Menéndez, Apartado 2052, Av. 8A, sur 21-58, Panamá.

PARAGUAY
Agencia de Librerías de Salvador Nizza, Calle Pte. Franco No. 39-43, Asunción.

PAYS-BAS
N.V. Martinus Nijhoff, Lange Voorhout 9, 's-Gravenhage.

PEROU
Librería Internacional del Perú, S.A., Lima.

PHILIPPINES
Alemar's Book Store, 769 Rizal Avenue, Manila.

PORTUGAL
Livraria Rodrigues, 186 Rua Aurea, Lisboa.

REPUBLIQUE ARABE UNIE
Librairie "La Renaissance d'Egypte", 9 Sh. Adly Posha, Cairo.

REPUBLIQUE DOMINICAINE
Librería Dominicana, Mercedes 49, Ciudad Trujillo.

ROYAUME-UNI
H. M. Stationery Office, P.O. Box 569, London, S.E.1.

SALVADOR
Manuel Navas y Cía., 1a. Avenida sur 37, San Salvador.

SINGAPOUR
The City Book Store, Ltd., Collyer Quay.

SUEDE
C. E. Fritze's Kungl. Hovbokhandel A-B, Fredsgatan 2, Stockholm.

SUISSE
Librairie Payot, S.A., Lausonne, Genève.
Hans Raunhardt, Kirchgasse 17, Zürich 1.

TCHECOSLOVAQUIE
Československý Spisovatel, Národní Třída 9, Praha 1.

THAILANDE
Pramuan Mit, Ltd., 55 Chakrawat Road, Wat Tuk, Bangkok.

TURQUIE
Librairie Hachette, 469 Istiklol Caddesi, Beyoglu, Istonbul.

UNION DES REPUBLIQUES SOCIALISTES SOVIETIQUES
Mejdounarodnaïa Kniga, Smolenskoïe Plochtchad, Moskva.

UNION SUD-AFRICAINE
Van Schaik's Bookstore (Pty.), Ltd., Box 724, Pretoria.

URUGUAY
Representación de Editoriales, Prof. H. D'Elía, Plaza Cagancha 1342, 1° piso, Montevideo.

VENEZUELA
Librería del Este, Av. Miranda, No. 52, Edf. Galipán, Caracos.

VIET-NAM
Librairie-Papeterie Xuân Thu, 185, rue Tu-Do, B.P. 283, Saïgon.

YOUGOSLAVIE
Cankarjeva Založba, Ljubljano, Slovenia.
Državno Preduzeće, Jugoslovensko Knjiga, Terazije 27/11, Beograd.
Prosvjeta, 5, Trg Bratstva i Jedinstvo, Zagreb.

[60F1]

Les commandes et demandes de renseignements émanant de pays où il n'existe pas encore de dépositaires peuvent être adressées à la Section des ventes et de la distribution, Organisation des Nations Unies, New-York (Etats-Unis d'Amérique), ou à la Section des ventes, Organisation des Nations Unies, Palais des Nations, Genève (Suisse).

Printed in Belgium
4063—June 1960—700

Price : $U.S. 1.50; 10/6 stg.; Sw. fr. 6.50
(or equivalent in other currencies)

United Nations publication
Sales No. : 59.V.1.Vol.II