



4



NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquième session

DOCUMENTS
INDEX UNIT MASTER
JUL 9 1953

RAPPORT
sur
LE DROIT DES TRAITES
par
H. LAUTERPACHT
RAPPORTEUR SPECIAL

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
PREFACE	3
TEXTE DES ARTICLES	4
TEXTE DES ARTICLES AVEC COMMENTAIRES ET NOTES.	15
PREMIERE PARTIE DEFINITION ET NATURE DES TRAITES	15
DEUXIEME PARTIE CONCLUSION DES TRAITES	59
TROISIEME PARTIE CONDITIONS DE VALIDITE DES TRAITES	150
SECTION I. CAPACITE DES PARTIES ET DE LEURS AGENTS.	160
SECTION II. REALITE DU CONSENTEMENT	193
SECTION III. LICITE DE L'OBJET DU TRAITE	216
SECTION IV. FORME ET PUBLICITE	232

PREFACE

1. Dans le présent document, on trouvera les trois premières parties du Rapport sur le droit des traités : Première partie (Définition et nature des traités); Deuxième partie (Conclusion des traités); Troisième partie (Conditions de validité des traités). Nous nous proposons d'examiner ultérieurement les autres matières du droit des traités, à savoir : Quatrième partie (Application et exécution des traités); Cinquième partie (Interprétation des traités); Sixième partie (Extinction des traités); Septième partie (Règles et principes applicables à des types spéciaux de traités).
2. Chacun des projets d'articles que nous présentons est suivi d'un commentaire et de notes. Alors que les commentaires sont destinés à faire partie intégrante des textes que la Commission est appelée à soumettre à l'Assemblée générale, les notes n'ont qu'une valeur explicative et sont destinées à faciliter la tâche de la Commission. Nous n'avons cependant pas voulu faire une démarcation rigide entre les commentaires et les notes et il n'est pas exclu qu'une partie importante des notes soit finalement incorporée dans les commentaires.
3. Le présent rapport a essentiellement pour but de formuler les règles du droit existant. C'est surtout pour cette raison que, dans un certain nombre de cas - comme, par exemple, en ce qui concerne l'article 9 relatif aux réserves - nous avons jugé nécessaire de proposer des variantes de lege ferenda. Dans d'autres cas, nous avons estimé utile de soumettre à l'examen de la Commission plusieurs formulations de la lex lata. Toutefois, d'une manière générale, nous nous sommes efforcés de maintenir la distinction entre les deux tâches principales dont la Commission est chargée - tant en cette matière que dans les autres - à savoir, la codification et le développement du droit international.

TEXTE DES ARTICLES

Page

Article premier

Conditions essentielles de l'existence d'un traité

Les traités sont des accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats, destinés à créer les droits et obligations juridiques des parties.

15

Article 2

Forme et dénomination des traités

Les accords qui répondent à la définition de l'article premier constituent des traités, quelle que soit leur forme ou leur dénomination.

40

[Variante pour l'article 2]

Les accords qui répondent à la définition de l'article premier constituent des traités, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, et qu'ils soient formulés dans un ou plusieurs instruments. Une obligation conventionnelle peut être créée par un instrument unilatéral portant acceptation d'une offre ou suivi d'acceptation.

Article 3

Droit régissant les traités

En l'absence de stipulations contraires des parties, non incompatibles avec les principes supérieurs du droit international, les conditions de validité des traités, leur exécution, leur interprétation et leur extinction sont régies par la coutume internationale et, dans certains cas, par les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

56

Article 4

Naissance des obligations conventionnelles

Un traité acquiert force obligatoire par la signature non soumise 59
à confirmation, la ratification, l'adhésion, l'acceptation ou tout autre
moyen d'exprimer la volonté des parties, par l'intermédiaire d'un
organe compétent, conformément à leurs dispositions et pratiques
constitutionnelles.

Article 5

Signature

1. La signature d'un traité donne naissance à une obligation ayant 64
force de loi dans tous les cas où les parties en conviennent expressé-
ment ou lorsque, conformément aux dispositions de l'article 6, la
confirmation de la signature n'est pas nécessaire.

2. Dans tous les autres cas, la signature, ou tout autre moyen de
contracter une obligation sous réserve de confirmation ultérieure,
n'a pas pour effet de lier les parties, mais entraîne l'obligation,
qui doit être exécutée de bonne foi :

a) De soumettre l'instrument aux autorités constitutionnelles
compétentes afin qu'elles l'examinent en vue de sa ratification
ou de son rejet;

b) De s'abstenir, antérieurement à la ratification, de tout acte
qui aurait essentiellement pour but de compromettre la valeur de
l'engagement tel qu'il a été signé.

Article 6

Ratification

1. La ratification est l'acte par lequel un organe compétent d'un 75
Etat approuve, en reconnaissant formellement sa force obligatoire, le
traité ou la signature y apposée.

2. En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une Partie
contractante, à moins :

- a) Que le traité ne prévoit effectivement le contraire en disposant, sans mentionner la ratification, qu'il entrera en vigueur dès la signature ou à toute autre date, ou quand se produira un événement déterminé autre que la ratification;
- b) Que le traité, tout en prévoyant la ratification, ne dispose également que l'entrée en vigueur aura lieu avant cette ratification;
- c) Que le traité n'ait été conclu sous la forme d'un échange de notes ou d'un accord entre des services gouvernementaux;
- d) Que les circonstances concomitantes ou la pratique suivie par les Parties contractantes intéressées ne fassent apparaître leur intention de contracter une obligation qui les lie sans qu'il soit besoin de ratification.

[Variante pour le paragraphe 2]

2. La confirmation du traité par voie de ratification n'est de rigueur que si le traité comporte une disposition à cet effet.

Article 7

Adhésion

1. Un Etat ou une organisation d'Etats qui n'a pas signé ou ratifié un traité peut y adhérer en déclarant formellement, dans un instrument écrit, que ce traité a force obligatoire à son égard. 93
2. L'adhésion ne peut avoir lieu que conformément aux dispositions du traité.
3. Sauf dispositions contraires, l'adhésion peut avoir lieu à tout moment après l'authentification du texte du traité.

Article 8

Acceptation

[Dans tous les cas où il est prévu que les obligations du traité peuvent être contractées par voie d'acceptation, un Etat peut devenir partie à ce traité : a) soit par signature, ratification ou adhésion;

b) soit en vertu d'un instrument expressément qualifié d'acceptation; c) soit par une procédure combinant les deux méthodes précédentes.]

Article 9

Réserves

Est nulle, s'agissant d'un traité multilatéral, toute signature, 114
ratification, adhésion ou autre façon d'accepter le traité, qui
s'accompagne d'une ou plusieurs réserves auxquelles toutes les autres
parties au traité ne donnent pas leur assentiment.

II

PROPOSITIONS DE VARIANTES DE LEGE FERENDA

Projet de variante A à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

114

1. Lorsqu'un traité stipule qu'il entrera en vigueur à partir du moment où un nombre déterminé d'Etats y seront définitivement devenus parties, il n'est pas tenu compte, pour établir s'il existe le nombre requis de parties au traité, du fait qu'un Etat a formulé une ou plusieurs réserves au sujet d'un article dudit traité.
2. Si, dans les trois ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité, les deux tiers au moins des Etats qui l'ont accepté, que ce soit avec ou sans réserves, n'ont pas assenti à la ou aux réserves formulées par un Etat, cet Etat, s'il maintient la ou lesdites réserves, cesse d'être partie au traité. Si, à la fin de cette période et par suite de l'application de la règle qui précède, le nombre des parties devient inférieur au nombre requis pour l'entrée en vigueur du traité, celui-ci est résolu.
3. Si, à la fin de la période susmentionnée ou postérieurement, une réserve reçoit l'assentiment exprès ou tacite des deux tiers au moins du nombre total des Etats qui acceptent les obligations du traité, l'Etat qui a formulé la réserve est considéré comme partie au traité à l'égard de toutes les parties, sauf le droit que possèdent les autres parties de ne pas se considérer comme liées par la clause en question dans leurs rapports avec l'Etat qui a formulé la réserve.
4. Est considéré comme ayant assenti à une réserve formulée par un autre Etat, tout Etat qui n'a pas adressé au depositaire du traité, dans un délai de trois mois après réception de la notification de la réserve en question, une déclaration repoussant formellement ladite réserve.

Projet de variante B à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

115

1. Le depositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve, tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au depositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

2. Lorsqu'à l'expiration d'un délai fixé dans l'instrument, les deux tiers au moins des Etats qui ont qualité pour présenter des objections n'ont pas accepté une réserve, l'Etat qui a formulé cette réserve, s'il la maintient, n'est pas considéré comme étant partie au traité.

3. Lorsque les deux tiers au moins des Etats visés au paragraphe 2 donnent leur assentiment à une réserve, l'Etat qui a formulé la réserve est considéré comme partie au traité, sauf le droit que possède toute partie de ne pas appliquer, dans ses rapports avec ledit Etat, la disposition du traité à l'égard de laquelle une réserve a été formulée.

Projet de variante C à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

116

1. Les parties ou l'organe d'une organisation internationale qui ont authentifié le texte d'un traité, instituent une commission dont ils fixent le mode de nomination et à laquelle il appartient de se prononcer sur la recevabilité des réserves formulées par un gouvernement postérieurement à l'authentification du texte du traité.

2. Le dépositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve, tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

3. Lorsqu'un Etat ayant qualité à cet effet élève une objection contre une réserve, il appartient à la commission de se prononcer sur la recevabilité de la réserve, à la demande de l'Etat qui a formulé celle-ci. Lorsque la réserve est déclarée irrecevable, l'Etat en question, s'il la maintient, ne peut devenir partie au traité.

Projet de variante D à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

116

1. Les parties ou l'organe d'une organisation internationale qui ont authentifié le texte d'un traité, demandent à la Cour internationale de Justice de désigner, conformément à son Règlement, une Chambre statuant en procédure sommaire à laquelle il appartiendra de se prononcer sur la recevabilité des réserves formulées par un gouvernement postérieurement à l'authentification du texte du traité.

2. Le dépositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

3. Lorsqu'un Etat ayant qualité à cet effet élève une objection contre une réserve, il appartient à la Chambre statuant en procédure sommaire de se prononcer sur la recevabilité de la réserve, à la demande de l'Etat qui a formulé celle-ci. Lorsque la réserve est déclarée irrecevable, l'Etat en question, s'il la maintient, ne peut devenir partie au traité.

Article 10

Capacité des parties

Est nul, en tant que traité, tout instrument conclu sans égard pour les limitations internationales à la capacité des parties de conclure des traités.

160

Article 11

Capacité des agents

Limitations constitutionnelles au pouvoir de conclure des traités

1. Est susceptible d'annulation, au gré de la partie intéressée, tout traité conclu sans égard pour les limitations imposées par le droit et la pratique constitutionnels de ladite partie.

174

2. Peut être considérée, compte tenu des circonstances de l'espèce, comme ayant renoncé à son droit de faire valoir la nullité d'un traité conclu sans égard pour des limitations constitutionnelles, toute partie contractante qui, pendant une longue période, s'est abstenue d'invoquer la nullité du traité, ou qui a mis à exécution des dispositions du traité ou en a retiré un avantage.

3. Lorsqu'un traité est considéré comme nul pour avoir été conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles imposées par le droit ou la pratique d'une partie contractante, ladite partie est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie contractante qui ne peut pas être considérée à juste titre comme ayant eu connaissance des limitations constitutionnelles en question.

4. Une partie ne peut invoquer la nullité d'un traité en se prévalant du fait qu'il a été conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles qui s'imposent à l'autre partie contractante.

5. Toute partie qui fait valoir la nullité d'un traité pour inobservation des limitations constitutionnelles est tenue, en cas de désaccord, de porter le fond du différend ou la question du préjudice devant la Cour internationale de Justice ou devant toute autre juridiction internationale dont les parties seront convenues.

Article 12

Absence de contrainte

Est nul tout traité imposé par la force ou la menace de recourir à la force ou comme conséquence d'un recours à la force ou d'une menace de recours à la force contre un Etat, en violation des principes de la Charte des Nations Unies, lorsque la Cour internationale de Justice en prononce la nullité à la requête d'un Etat quelconque.

195

Article 13

Absence de dol

1. Est susceptible d'annulation, sur l'instance de la Cour internationale de Justice ou, lorsque les parties en sont ainsi convenues, d'une autre juridiction internationale, agissant sur l'initiative et à la requête de la partie lésée, tout traité dont la conclusion est le résultat d'un dol.
2. La partie lésée peut confirmer le traité conclu dans ces conditions et réclamer réparation du préjudice subi par elle du fait du dol de l'autre partie.

210

Article 14

Absence d'erreur

Est susceptible d'annulation, sur l'instance de la Cour internationale de Justice ou, lorsque les parties en sont ainsi convenues, d'une autre juridiction internationale, agissant sur l'initiative et à la requête de la partie à laquelle l'erreur est préjudiciable, tout traité conclu dans la croyance erronée, indépendante de tout dol d'une partie contractante, à l'existence d'un fait qui touche essentiellement à l'ensemble du traité.

212

Article 15

Compatibilité avec le droit international

Est nul tout traité ou toute disposition d'un traité dont l'exécution suppose un acte que le droit international considère comme illégal, lorsque cette situation a été constatée par la Cour internationale de Justice.

216

Article 16

Compatibilité avec des obligations conventionnelles antérieures

1. Est nul tout traité dont l'exécution suppose une violation d'une obligation conventionnelle antérieurement souscrite par une ou plusieurs des parties contractantes.

221

2. Toute partie à un traité qu'une juridiction internationale déclare nul en raison de son incompatibilité avec un traité antérieur peut avoir droit à réparation pour le préjudice subi de ce fait, lorsqu'elle n'avait pas connaissance de l'existence du traité antérieur.

3. Les dispositions qui précèdent ne sont applicables que dans les cas où la dérogation aux termes du traité antérieur est telle qu'elle contrarie gravement les intérêts des autres parties audit traité ou altère gravement l'objectif initial du traité.

4. La règle énoncée aux paragraphes 1 et 2 n'est pas applicable aux traités multilatéraux postérieurs, tels que la Charte des Nations Unies, qui, de par leur généralité, ont le caractère d'actes législatifs s'imposant à tous les membres de la communauté internationale, ou qui doivent être considérés comme conclus dans l'intérêt international.

Article 17

Forme écrite

Un accord est nul, en tant que traité, s'il n'est pas consigné par écrit.

232

Article 18

Enregistrement

Les traités conclus par les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies postérieurement à leur acceptation de la Charte des Nations Unies ne peuvent être invoqués par les parties, devant un organe des Nations Unies, que s'ils ont été enregistrés, dans le plus bref délai possible, au Secrétariat de l'Organisation.

TEXTE DES ARTICLES AVEC COMMENTAIRES ET NOTES

PREMIERE PARTIE

DEFINITION ET NATURE DES TRAITES

Article premier

Conditions essentielles de l'existence d'un traité

Les traités sont des accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats, destinés à créer les droits et obligations des parties.

COMMENTAIRE

L'objet de cet article n'est pas tant de donner une définition des traités que d'indiquer les conditions essentielles de leur existence et leurs caractéristiques.

1. "Les traités sont des accords...". Les traités se distinguent principalement par leur caractère consensuel ou, si l'on veut, contractuel, qui se retrouve à la base des règles du droit international coutumier relatives à la conclusion des traités, à leur force obligatoire, à leur validité, à leur interprétation et à leur extinction. On a parfois soutenu que, s'agissant de traités multilatéraux de caractère général qui s'apparentent par certains côtés à des dispositions législatives internationales ou qui sont conclus pour consacrer un règlement d'ordre général, il est possible d'appliquer des règles quelque peu différentes de celles qui régissent la grande majorité des traités. Ce point de vue sera examiné dans la septième partie du présent exposé, qui sera consacrée à l'étude de traités de types spéciaux et à déterminer dans quelle mesure il y a lieu de leur appliquer des règles différentes de celles auxquelles sont soumis les traités en général. La Cour internationale de Justice s'est une fois au moins prononcée nettement dans un sens qui montre que l'on ne saurait rejeter ce point de vue sans l'avoir au préalable examiné de manière

approfondie. En effet, dans l'Avis consultatif qu'elle a donné sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, la Cour a examiné la question de savoir si la Charte des Nations Unies peut légalement conférer à l'Organisation des Nations Unies une **personnalité** juridique internationale opposable non seulement à ses Membres, mais également aux Etats qui ne font pas partie de l'Organisation. La Cour a répondu à cette question par l'affirmative. Elle s'est exprimée dans les termes suivants : "A cet égard, la Cour est d'avis que cinquante Etats, représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective - et non pas une personnalité reconnue par eux seuls - ainsi que la qualité de présenter des réclamations internationales" (C.I.J., Recueil 1949, p. 185). Dans un tout autre domaine, l'éminente Commission de juristes que le Conseil de la Société des Nations avait chargée, en 1920, de présenter un rapport sur la question de la fortification des îles d'Aland, a été d'avis que la Convention de 1856 entre la Grande-Bretagne, la France et la Russie, qui proclamait le principe de la démilitarisation de ces îles, avait le caractère "d'un règlement d'intérêts d'ordre européen" et que, à ce titre, elle avait "créé pour les îles d'Aland un statut international particulier", ce qui avait pour conséquence de donner à tout Etat intéressé le droit d'en réclamer le respect (Journal officiel de la Société des Nations, Supplément spécial n° 3, 1920, pages 17 à 19). Dans l'Avis consultatif qu'elle a émis au sujet du Statut international du Sud-Ouest africain, la Cour internationale de Justice a déclaré que les règles internationales régissant le Mandat constituaient pour le Territoire un statut international (C.I.J., Recueil 1950, page 132). Dans l'opinion individuelle qu'il a exprimée en cette affaire, le Juge McNair a cité le Rapport de la Commission de juristes sur la question des îles d'Aland à l'appui de sa thèse selon laquelle le régime institué en vertu de l'Article 22 du Pacte de la Société des Nations, concernant les Mandats, "contient quelque chose de plus qu'une base purement contractuelle", de sorte que "les territoires auxquels il s'applique ont été empreints d'un statut juridique spécial" (page 154).

Article premier

Ces prises de position, comme celles du même ordre qui viennent étayer la thèse selon laquelle certains traités peuvent, dans un certain sens, avoir le caractère d'une législation internationale dont les effets ne se limitent pas aux parties, ne sont cependant pas incompatibles avec le principe fondamental qui veut que de tels traités soient, entre les parties, des instruments de nature contractuelle. La pratique qui a été suivie dans le passé, en matière de réserves, par la grande majorité des Etats était entièrement fondée sur la conception contractuelle des traités d'après laquelle l'Etat qui formule une réserve à un traité rejette, en droit, l'accord réalisé par les signataires et fait une nouvelle offre. Il est possible que dans ce cas particulier (voir plus loin le commentaire de l'article 9) - et même, dans certains autres cas déterminés - l'on estime souhaitable, compte tenu des problèmes spéciaux que posent les traités multilatéraux, de ne pas appliquer automatiquement, sans la modifier, une règle qui serait autrement de portée générale. Mais ce fait renforce plutôt qu'il n'atténue le caractère consensuel de tous les traités. Certains pensent que le principe selon lequel les traités sont des accords de nature contractuelle est non seulement compatible avec la pratique dominante en matière de validité, d'interprétation et d'extinction des traités, mais encore qu'il s'en inspire. Le fait que les tribunaux internationaux ont invariablement recours aux travaux préparatoires pour dégager les véritables intentions des auteurs des traités multilatéraux de caractère constitutionnel - tout au moins lorsqu'il n'est pas possible de s'assurer de ces intentions par d'autres moyens - illustre cette thèse de manière fort significative.

2. "Les traités sont des accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats ..." .

- 1) Cette partie de la définition des traités, dans la mesure où elle empêche les individus et les organismes autres que les organisations d'Etats d'être parties à des traités, découle du fait que seuls les Etats - qu'ils agissent individuellement ou conjointement - sont les sujets normaux du droit international et que, seuls, ils peuvent

avoir des relations internationales. Cela signifie que les accords entre les Etats et les individus ou les entités juridiques qui ne sont ni des Etats ni des organisations d'Etats ne sont pas des traités, même si le droit qui les régit n'est pas celui d'un Etat déterminé, mais un ensemble de principes généraux de droit qui ne se rattachent pas à un système donné de droit interne, comme ce fut, par exemple, le cas dans l'affaire Lena Goldfields qui opposait la Lena Goldfields Company à la Russie soviétique, et qui a été réglée par voie d'arbitrage en 1930 (Annual Digest, 1929-1930, affaire n°1). Dans la sentence arbitrale rendue en 1951 dans l'affaire entre le Cheikh d'Abou Dhabi et la Petroleum Development Company, l'arbitre, Lord Asquith, a déclaré que le droit interne d'aucun pays n'était applicable à l'interprétation de l'accord de concession et que les termes mêmes de cet accord "appelaient, voire même exigeaient, l'application de principes ayant leurs racines profondes dans la sagesse et la pratique courante de la plupart des nations civilisées - d'une sorte "de droit naturel moderne" " (International and Comparative Law Quarterly, 4th Series, 1 (1952) p. 251). L'Accord de concession intervenu en 1933 entre la Perse et l'Anglo-Iranian Oil Company était dénommé "convention" et la clause d'arbitrage qu'il contenait prévoyait l'application du droit énoncé à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. Cependant, le Cour internationale de Justice a refusé d'admettre que cet accord revêtait le caractère d'un traité. Elle a retenu qu'il n'était "rien de plus qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère" (C.I.J., Recueil 1952, page 112). Il peut parfois être difficile de décider si l'une des parties contractantes est un Etat ou un organisme relevant de l'Etat et assimilable à une société privée. Tel est, par exemple, le cas de l'Accord de prêt intervenu entre le Gouvernement du Royaume-Uni et l'Export-Import Bank de Washington, qui est qualifiée dans l'Accord d'"organisme des Etats-Unis d'Amérique" (British Treaty Series n° 78 (1950 Cmd. 8126). Dans un code général du droit des traités, il n'est pas possible de légiférer pour des cas-limite de ce genre.

Article premier

ii) La présence du mot "Etats" dans la définition ci-dessus introduit un élément d'ambiguïté qu'il peut être difficile de dissiper dans la définition elle-même. Ordinairement, le terme "Etats" signifie "les Etats qui sont des membres indépendants de la communauté internationale" ou "les Etats qui sont des sujets normaux du droit international". L'une des conséquences d'une telle interprétation de ce terme serait que les accords conclus entre l'Etat protecteur et l'Etat protégé, soit au moment de l'institution du protectorat, soit ultérieurement, ne pourraient être considérés comme des traités. Ces accords ont cependant été jugés être tels, tant par les juridictions internationales que par les tribunaux nationaux. Les règles et les principes du droit international qui s'appliquent aux traités leur ont été également appliqués. Les avis sont partagés sur la question de savoir si les Etats qui sont des protectorats sont ou non des sujets de droit international. Pourtant, dans l'affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, qui opposait la France aux Etats-Unis et qui a été jugée le 27 août 1952, la Cour internationale de Justice a semblé se rallier à la thèse -qu'aucune des parties n'a d'ailleurs contestée - d'après laquelle "le Maroc, même sous le protectorat, a conservé sa personnalité d'Etat en droit international" (C.I.J., Recueil 1952, page 185). On a souvent déclaré, à juste titre d'ailleurs, que la question de savoir si l'Etat protégé peut conclure certains traités internationaux doit être réglée d'après les dispositions du traité de protectorat. Les accords entre l'Etat protecteur et l'Etat protégé sont fréquents et l'on constate souvent que nul ne songe à mettre en doute leur caractère international, pas même l'Etat protecteur. C'est ainsi par exemple qu'au cours des débats qui se sont déroulés devant la Cour permanente de Justice internationale sur la question de la Compétence des tribunaux de Dantzig, au sujet de laquelle la Cour a donné un Avis consultatif, la Pologne n'a pas paru contester le caractère international de l'accord qu'elle avait conclu avec Dantzig, Etat protégé (C.P.J.I., Série B, n° 15, page 17). Le 5 avril 1947, le Royaume-Uni

et le Sultanat d'Oman et Mascate (qui est Protectorat britannique) ont conclu un accord relatif aux transports aériens civils, qui a été enregistré auprès de l'Organisation des Nations Unies (Nations Unies, Recueil des Traités, volume 27, page 287). En 1951, un traité général d'amitié, de commerce et de navigation est intervenu entre le Royaume-Uni et le Sultan d'Oman et Mascate et dépendances ("Mascate n° 1 (1952)", Cmd. 8462). Si l'Etat protégé et l'Etat protecteur interprétaient différemment une disposition donnée de l'Accord qui a institué le protectorat ou de tout autre traité qu'ils auraient conclu à une date postérieure, et s'ils convenaient de soumettre leur différend à un tribunal international, ce dernier serait-il en droit de considérer cet accord comme un traité et de l'interpréter à la lumière des règles applicables à l'interprétation des traités? Il est sans doute difficile de répondre à cette question par la négative. Citons une fois de plus, à cet égard, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc. Dans cette affaire, la Cour a examiné et interprété les traités relatifs à l'établissement du Protectorat, notamment le Traité de Fez de 1912 intervenu entre le Sultan du Maroc et la France. "En vertu de ce traité", a déclaré la Cour, "le Maroc demeurait un Etat souverain, mais il concluait un accord de caractère contractuel par lequel la France s'engageait à exercer certains pouvoirs souverains au nom et pour le compte du Maroc, et à se charger, en principe, de toutes les relations internationales du Maroc." (C.I.J., Recueil 1952, page 188).

Il n'y a pas lieu, et l'on pourrait dire qu'il n'est pas admissible, de refuser à un instrument le caractère de traité simplement parce que l'un des Etats parties à cet instrument est membre d'un Etat fédéral; cette question est traitée plus en détail à propos de l'article 10. En effet, d'après la Constitution de plusieurs Etats fédéraux, les membres de la Fédération sont habilités à conclure des accords, soit

Article premier

entre eux, soit, dans une mesure plus limitée, avec des Etats étrangers. Les tribunaux nationaux n'ont jamais entendu refuser à ces accords le caractère de traités. D'une façon générale, les tribunaux supérieurs des pays dont il s'agit ont estimé que les relations entre les membres d'une Fédération sont régies par le droit international. On trouve un exemple significatif de cette tendance dans la manière dont le Staatsgerichtshof allemand (dans l'affaire Brême c. Prusse, Annual Digest, 1925-1926, affaire n° 266) et la Cour fédérale suisse (dans l'affaire Canton de Thurgovie c. Canton de St. Gall, ibid., 1927-1928, affaire n° 289) ont appliqué à des Etats membres d'une Fédération la doctrine rebus sic stantibus. Il est peu probable qu'un tribunal arbitral international ait à se prononcer sur l'application ou l'interprétation de traités de ce genre, encore qu'il soit concevable qu'il puisse être amené à le faire, soit à titre incident, soit à la requête conjointe des deux parties. Etant donné les dispositions de l'Article 34 de son Statut, la Cour internationale de Justice ne serait vraisemblablement pas en mesure de le faire. La question n'est cependant pas sans présenter des difficultés lorsqu'il s'agit de traités conclus par des Etats membres d'une Fédération, comme par exemple l'Ukraine ou la Biélorussie qui ont acquis, dans une certaine mesure, une personnalité internationale officielle, de par la nature de la Constitution de la Fédération dont ils font partie et du fait qu'ils occupent une place dans l'organisation internationale (voir plus loin le commentaire de l'article 10).

Pour toutes ces raisons, bien que le mot "Etats" doive être considéré comme visant principalement les Etats pleinement indépendants qui sont parties à des accords contractuels, son emploi dans le présent article ne doit pas avoir pour conséquence d'empêcher des organes judiciaires internationaux ou d'autres organes d'assimiler à des traités des instruments dont les parties sont des collectivités qui sont ordinairement qualifiées d'Etats et qui, du point de vue du

droit interne et du droit constitutionnel, peuvent être tenues pour des Etats en raison de leur unité politique, de leur autonomie interne et de leur situation historique. Mais si ces Etats dépendants ou assujettis s'avisent de conclure un traité au mépris d'obligations ou de conventions internationales qui limitent leur capacité de contracter, l'instrument peut être annulé pour cause d'incapacité. Cette question - ainsi que celle plus générale de la situation des Etats fédéraux sur le plan international - est étudiée dans la Troisième partie du présent projet (Conditions de validité des traités, article 10). La difficulté en cette matière tient à ce qu'il est peut-être tout aussi inexact de dire que le pouvoir de conclure des traités appartient exclusivement aux Etats pleinement indépendants que de partir du principe que ce pouvoir appartient à toute entité politique dénommée "Etat". Il ne serait pas moins inutile de vouloir parvenir à une solution - qui, d'ailleurs, n'aurait de solution que le nom - en proclamant, comme on l'a fait parfois, que le pouvoir de conclure des traités revient aux seuls Etats qui sont membres de la communauté internationale. Cette dernière expression n'est pas, en soi, suffisamment explicite, à moins qu'elle ne vise les Etats dotés, sans exception, de tous les droits internationaux, y compris le droit de conclure des traités, auquel cas la déclaration que l'on aurait ainsi formulée ne constituerait qu'une pétition de principe. C'est pour cette raison que l'article premier a été rédigé en termes généraux, l'application

des dispositions de l'article 10 relatives à la capacité des parties devant permettre de régler, par des moyens pratiques, les situations particulières qui pourraient se produire. ^{1/}

^{1/} Jusqu'à l'adoption de la Loi du 3 mars 1871 qui a refusé aux tribus indiennes le statut de nations indépendantes "avec lesquelles les Etats-Unis peuvent contracter par traité", de nombreux traités avaient été conclus entre les Etats-Unis et certaines tribus indiennes et le Président les avait ratifiés, avec l'assentiment du Sénat, selon une procédure identique à celle qui était suivie pour les traités ordinaires. Pour plus de détails, voir Reiff, dans l'American Journal of International Law, 30 (1936), pages 67 à 69. Voir également le cours du Professeur Octavio à l'Académie de La Haye, Recueil des Cours, 1930 (I), page 252. Si les Etats-Unis avaient consenti, avant 1871, à soumettre à un tribunal international leur différend avec une tribu indienne au sujet de l'interprétation d'un traité conclu avec cette tribu et dûment ratifié, en tant que traité, par le Président, le tribunal aurait-il été empêché de considérer ce traité comme tel et de lui appliquer les règles du droit international ?

3. "Les traités sont des accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats...". Les Etats peuvent exercer leur capacité de conclure des traités soit à titre individuel soit par une action collective en tant qu'organisations créées par un traité. Il en résulte que les accords conclus entre des organisations internationales et des Etats ou d'autres organisations internationales doivent être considérés comme des traités s'ils possèdent par ailleurs, aux termes du présent article, le caractère de traités. Rentrent dans cette catégorie les traités conclus par l'Organisation des Nations Unies^{1/} avec des Etats Membres des Nations Unies (tel que l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies : Nations Unies, Recueil des traités, volume 11, page 11) et avec des Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation, tels les accords suivants conclus avec la Suisse : arrangement sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (Nations Unies, Recueil des traités, volume 1, page 163), convention sur l'Ariana (Ibid., volume 1, page 153), et arrangement pour la fourniture de timbres de service à l'Office européen des Nations Unies à Genève (Ibid., volume 43, page 327), ainsi qu'un certain nombre d'accords conclus avec des institutions spécialisées et d'autres organisations internationales. Rentrent également dans ce cadre des accords conclus entre ou par des organisations internationales autres que l'Organisation des Nations Unies, tels que ceux conclus entre des institutions spécialisées (par exemple, l'accord de 1948 entre l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture et l'Organisation mondiale de la santé prévoyant une étroite coopération et des consultations dans les questions présentant un intérêt commun : Nations Unies, Recueil des traités, volume 76, page 171), ou entre des institutions spécialisées et des Etats (par exemple, l'accord du 27 mai 1946, avec instruments annexes, conclu entre l'Organisation internationale du Travail et la Suisse : Nations Unies, Recueil des traités, volume 15, page 377). Ces accords, auxquels l'Organisation des Nations Unies ou une institution spécialisée

1/ Voir, d'une façon générale, Parry, Treaty Making Power of the United Nations dans le British Year Book of International Law, 26 (1949), pp. 108-149.

Article premier

est partie, ont été régulièrement enregistrés en application des dispositions de l'Article 102 de la Charte qui stipule que tout traité ou accord international doit être enregistré. On a soutenu que ces accords doivent être enregistrés non pas parce que l'Organisation des Nations Unies ou une institution spécialisée y est partie, mais parce qu'une des parties au moins est Membre de l'Organisation des Nations Unies. Toutefois, de très nombreux accords ont été régulièrement enregistrés auxquels ne sont parties que l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées.^{1/} Au reste, parmi les organisations d'Etats, la conclusion d'accords enregistrés n'est pas limitée aux institutions spécialisées, ainsi qu'en témoigne l'accord intervenu le 25 janvier 1951 entre le Fonds international des Nations Unies pour le secours à l'enfance et le Gouvernement du Paraguay concernant les activités du FISE au Paraguay (Nations Unies, Recueil des traités, volume 79, page 20). Il arrive que les parties contractantes consistent en plusieurs organisations internationales, d'une part, et en un Etat, d'autre part.^{2/} Même avant la création de l'Organisation des Nations Unies, on trouvait, dans la pratique internationale, des exemples d'accords conclus entre des Etats et des organisations ou des organismes internationaux. C'est ainsi que, le 28 juin 1932, la Yougoslavie, la Roumanie et la Commission internationale du Danube ont conclu un accord relatif à la constitution des services spéciaux aux Portes-de-fer, qui a été enregistré auprès de la Société des Nations (Société des Nations, Recueil des traités, volume CXL, page 191; Hudson, International Legislation, 6, page 47). Le 9 août 1924, la Commission des réparations et le Gouvernement

-
- 1/ Les motifs qui, semble-t-il, ont incité le Secrétaire général à enregistrer ces accords ainsi que d'autres accords internationaux auxquels sont parties des institutions spécialisées, ont été exposés, de façon convaincante, par M. Schachter, fonctionnaire au Secrétariat des Nations Unies, dans un article publié par le British Year Book of International Law, 25 (1948) (pp. 130-132).
- 2/ Par exemple, dans l'Accord de base conclu le 15 décembre 1950 entre l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, l'Organisation de l'aviation civile internationale, l'Organisation internationale du Travail, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et l'Organisation mondiale de la santé, d'une part, et le Royaume-Uni, en qualité de puissance administrante des territoires de Cyrénaïque et de Tripolitaine, d'autre part, relatif à la fourniture d'une assistance technique (Nations Unies, Recueil des traités, volume 76, page-122).

allemand ont conclu un accord général (Société des Nations, Recueil des traités, volume XLI, page 432; Hudson, International Legislation, 2, page 1301). On pourrait citer d'autres exemples de traités de ce genre.

Aucune raison décisive ne paraît s'opposer à ce que les règles qui s'appliquent par ailleurs aux traités ne s'appliquent pas également aux accords conclus par ou entre des organisations internationales, créées par des Etats et composées d'Etats, sous réserve des modifications qui sont étudiées dans la septième partie du présent projet de Code du droit des traités. Au contraire, il semblerait souhaitable que, pour réaliser une intégration progressive de la société internationale sur une base concrète, les hommes politiques et les juristes s'efforcent de faire bénéficier les activités collectives des Etats, sous leurs formes multiples, de l'expérience du droit des traités.^{1/} Une raison supplémentaire réside dans le fait que les traités multilatéraux joueront vraisemblablement un rôle toujours plus important dans un monde où les Etats dépendent de plus en plus les uns des autres - non seulement parce que de nouveaux intérêts surgissent qui appellent une réglementation internationale de caractère général, mais encore parce que, dans bien des cas, les problèmes réglés, jadis, par des accords bilatéraux présentent, au fond, un caractère d'uniformité ou d'identité qui pourra inciter toujours davantage à recourir au système des traités multilatéraux, mieux en mesure de traduire en faits cette uniformité ou cette identité. Il serait plus difficile d'atteindre cet objectif si l'on devait soutenir que les instruments en question n'ont pas fondamentalement le caractère de traités.

4. "Les traités sont des accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats, destinés à créer les droits et obligations juridiques...".

Il est des instruments internationaux formels qui, bien que solennellement reconnus ou signés par des représentants d'Etats ou promulgués unilatéralement par eux, revêtent le caractère de déclarations de principe plutôt que celui d'instruments destinés à créer des droits et des obligations juridiques. Parmi les instruments de ce type, on peut ranger la Charte de l'Atlantique, du mois

^{1/} L'article 748 du "Droit international codifié" de Fiore, dans la cinquième édition publiée en 1915, dispose que la capacité de conclure des traités "peut appartenir aux associations auxquelles la personnalité internationale a été attribuée".

Article premier

d'août 1941, dans laquelle le Président des Etats-Unis d'Amérique et le Premier Ministre britannique représentant le Gouvernement de Sa Majesté dans le Royaume-Uni, sont convenus de "certains principes communs de la politique nationale de leurs pays respectifs sur lesquels ils fondent leurs espoirs d'un avenir meilleur pour le monde" (American Journal of International Law, 35 (1941), Special Supplement, page 191); la Déclaration relative à l'énergie atomique, faite en commun par le Président des Etats-Unis d'Amérique, le Premier Ministre du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Premier Ministre du Canada, signée à Washington le 15 novembre 1945 (Nations Unies, Recueil des traités, volume 3, page 123); le Communiqué du 30 octobre 1943 relatif à la Conférence de Moscou, signé par les chefs des Gouvernements des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'Union soviétique, qui contient la déclaration solennelle relative au châtiement des criminels de guerre (Cmd. 6668); et la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Dans certains cas, l'absence, dans les instruments en question, d'un véritable lien contractuel apparaît moins clairement en raison de la forme donnée à l'instrument, qui se présente sous l'aspect traditionnel d'un accord. C'est ainsi que le Communiqué relatif à la Conférence de Moscou, signé le 27 décembre 1945, et le compte rendu des réunions des Ministres des affaires étrangères de l'URSS, des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni en date du 26 décembre 1945, ont été enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies (Nations Unies, Recueil des traités, volume 20, page 258) comme constituant, dans leur ensemble, "un Accord relatif à la préparation des Traités de paix et à certaines autres questions". Le texte enregistré de l'instrument porte qu'il est "entré en vigueur le 27 décembre 1945, par signature". Pourtant, le communiqué, qui fait partie de l'instrument, se borne à déclarer que les Ministres "ont procédé, au cours de leurs réunions, à des échanges de vues préliminaires et officieux et sont tombés d'accord sur les questions suivantes". La valeur juridique des assurances données dans un instrument est peut-être discutable, même si cet instrument est rédigé dans

la forme généralement adoptée pour les accords ayant force obligatoire, comme c'est le cas d'un échange de notes.^{1/} On peut dire la même chose des cas où le caractère formel d'un instrument qui constitue, au demeurant, un engagement d'ordre général, est souligné par le fait que cet instrument contient, comme un traité ordinaire, des dispositions prévoyant l'adhésion d'autres Etats. Tel était le cas, par exemple, de la "Déclaration des Nations Unies" du 1er janvier 1942, qui souscrit à un programme d'objectifs et de principes communs incorporé dans la Charte de l'Atlantique et proclame l'engagement de chaque gouvernement de mettre toutes ses ressources au service de la lutte commune et de ne conclure avec l'ennemi ni armistice ni paix séparés (American Journal of International Law, 36 (1942), Supplément, page 191).

Le fait que l'obligation prévue dans l'instrument puisse être exécutée par un acte qui n'engage en quelque sorte que nominalement les parties n'enlève pas nécessairement à l'instrument son caractère de traité. Appartiennent à cette catégorie les traités imposant l'obligation de se consulter, tels que le Traité des Neuf Puissances, du 6 février 1922, relatif à la Chine. De même, l'engagement de négocier implique l'obligation juridique d'entamer des négociations, bien qu'un engagement de ce genre laisse nécessairement à l'Etat auquel il s'impose une plus grande liberté d'action.^{2/} On doit

^{1/} Le 4 juin 1940, le Premier Ministre du Royaume-Uni a déclaré que, s'il devenait impossible, pour la flotte de guerre britannique, de demeurer dans les eaux des Iles britanniques, en aucun cas ces bâtiments ne se rendraient à l'ennemi ni ne se saborderaient, mais qu'ils seraient envoyés outre-mer pour participer à la défense d'autres parties de l'Empire. Le 29 août 1940, la question ci-après a été posée à l'Ambassadeur britannique aux Etats-Unis : "Le Gouvernement des Etats-Unis désire respectueusement demander si la déclaration ci-dessus reflète la politique bien arrêtée du Gouvernement britannique". Cette question a reçu une réponse affirmative. La demande et la réponse ont été publiées sous la forme d'un échange de notes : Department of State Bulletin, 7 septembre 1940, volume III, page 63, page 191; American Journal of International Law, 35 (1941), page 37.

^{2/} De même, bien qu'elle n'ait probablement pas eu le caractère d'une obligation conventionnelle réciproque, en ce qui concerne le fond même des questions qu'elle réglementait, la Déclaration du 27 octobre 1938, tendant à fixer des règles similaires de neutralité, souscrite par le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède (enregistrée auprès de la Société des Nations; Société des Nations, Recueil des traités, volume 188, page 293; Hudson, International Legislation, VIII, p. 56) comportait un élément d'obligation découlant du fait qu'il était convenu de ne pas modifier ces règles "sans en avoir, si possible, averti préalablement les quatre autres Gouvernements assez tôt pour permettre un échange de vues sur la matière".

Article premier

également considérer qu'il existe un devoir juridique dans les cas-limite où, en vertu de l'instrument envisagé, un Etat se réserve le droit de décider aussi bien de l'existence que de l'étendue de l'obligation qu'il assume; c'est le cas, par exemple, de certaines déclarations d'acceptation de la clause facultative de l'Article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, par lesquelles les Etats qui souscrivent la déclaration se réservent le droit de décider si une question est du ressort de leur juridiction interne. En effet, cette décision doit être prise en respectant l'obligation implicite d'agir de bonne foi. Bien qu'il soit, à d'autres égards, d'une importance considérable, le fait que l'Etat intéressé soit seul juge de l'existence de l'obligation n'influe pas sur la détermination du caractère juridique de l'instrument.^{1/} La situation est la même dans le cas de traités, tels que le Traité de l'Atlantique Nord du 4 avril 1949, dans lesquels chaque partie s'engage à assister les autres en prenant "telle action qu'elle jugera nécessaire" dans l'hypothèse où les autres parties seraient attaquées. Dans d'autres cas, comme par exemple lorsque certains Etats, en signant le Pacte général de renonciation à la guerre du 27 août 1928, se sont réservé le droit de recourir à des actes de légitime défense en s'attribuant en outre celui de décider s'il devient à propos d'y recourir; la liberté d'action, ainsi revendiquée, ne vise qu'une décision imposée par les nécessités de l'heure et qui doit être prise sans délai. Comme dans les autres cas de légitime défense, elle ne s'oppose pas à ce que, par la suite, la légitimité de l'action fasse l'objet d'une appréciation impartiale. Les instruments de ce type n'ont donc rien qui autorise à mettre en doute leur caractère juridique de traités.

^{1/} La situation peut être différente lorsqu'il ne dépend pas de la volonté de l'Etat contractant d'exécuter effectivement l'obligation. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a estimé, en fait, dans son avis consultatif relatif au statut du Sud-Ouest africain, que l'obligation de conclure un accord constitue une antilogie et ne saurait avoir d'existence juridique. La Cour s'est exprimée comme suit : "Un 'accord' suppose le consentement des parties intéressées, y compris celui de la Puissance mandataire dans le cas des territoires sous Mandat... Les parties doivent être libres d'accepter ou de refuser les termes d'un projet d'accord. Nulle partie ne peut prétendre imposer ses conditions à l'autre" (C.I.J., Recueils, 1950, page 139). Cette opinion n'exclut cependant pas l'idée que, comme toute autre obligation, l'engagement de conclure un accord doit s'interpréter de bonne foi et de façon raisonnable et que, par conséquent, l'Etat qui

(suite de la note de la page précédente)

s'engage à conclure un accord est juridiquement tenu d'exécuter cet engagement, dans la mesure où il lui est possible de le faire. Il y a obligation d'accepter un accord proposé par l'autre partie si les termes en sont tels qu'un tribunal impartial considérerait qu'ils tiennent compte des intérêts légitimes des deux parties. Les sentences rendues dans l'arbitrage Tecna-Arica de 1925 entre le Chili et le Pérou (Annual Digest, 1925-1926, affaire N° 269) et dans l'Affaire de la Zone espagnole du Maroc entre la Grande-Bretagne et l'Espagne (Annual Digest, 1923-1924, affaire N° 8) semblent confirmer la valeur juridique du pactum de contrahendo. Dans l'avis consultatif émis par elle le 19 octobre 1931 au sujet du Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, la Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée dans les termes suivants : "En réalité, il est permis de considérer que l'engagement des deux Gouvernements, conformément à la résolution du Conseil, n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords... Mais l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre, et notamment il n'en résulte pas pour la Lithuanie l'engagement et, en conséquence, l'obligation de conclure les accords administratifs et techniques indispensables pour le rétablissement du trafic sur la section de ligne de chemin de fer Landwarow-Kaisiadorys" (Série A/B, fascicule N° 42, page 116).

Dans la partie pertinente de sa résolution, le Conseil recommandait "aux deux Gouvernements d'entamer aussitôt que possible des négociations directes afin d'arriver à l'établissement de relations de nature à assurer entre les deux Etats voisins 'la bonne entente... dont la paix dépend'". Cependant, lorsque les termes du pactum de contrahendo sont précis et impératifs et surtout lorsqu'ils se combinent avec une attribution de compétence à un tribunal international, pour les différends qui peuvent surgir dans l'interprétation ou l'application du traité, il semble faire peu de doute que l'obligation ait force de loi. C'est ainsi que l'article 9 du Traité de paix avec le Japon du 8 septembre 1951 stipule que "le Japon engagera à bref délai des négociations avec les Puissances alliées qui le désireront, afin de conclure des accords bilatéraux et multilatéraux en vue de la réglementation ou de la limitation de la pêche et de la conservation et du développement des pêcheries en haute mer". Des dispositions identiques figurent à l'article 12 (en matière de relations commerciales, maritimes et autres) et à l'article 13 (en matière de transports aériens civils). L'article 22 du traité attribue compétence à la Cour internationale de Justice dans les différends concernant l'interprétation ou l'application du traité qui n'auront pu être réglés autrement.

Si l'on considère des cas comme celui des articles 284 et 354 du Traité de Versailles, dans lesquels une partie s'engage à accepter un traité ou un arrangement qui lui sera présenté, on se trouve devant une obligation précise et non un simple pactum de contrahendo.

Article premier

D'autre part, en dépit du caractère formel et solennel de l'instrument, l'absence de véritables rapports conventionnels peut ressortir des termes de l'appellation et de l'historique de l'instrument en question. Tel était probablement le cas de l'Accord du 2 novembre 1917 entre les Etats-Unis et le Japon en matière d'immigration, souvent cité sous le nom de Gentlemen's Agreement Lansing-Ishii. Parfois, comme dans le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale en 1948, l'absence d'une obligation juridique ne fait aucun doute puisque les parties se défendent expressément d'avoir l'intention d'assumer une obligation de cette nature. Dans les cas de ce genre, la forme donnée à l'instrument ne saurait constituer un critère décisif pour établir si cet instrument a le caractère juridique d'un traité. Si un différend surgit à ce sujet, il doit normalement appartenir aux instances judiciaires de décider si un instrument, quelle que soit sa dénomination, est, en fait, destiné à créer des droits et des obligations juridiques entre les parties, et si, comme tel, il appartient à la catégorie des traités. Le fait qu'il ait été enregistré auprès de l'Organisation des Nations Unies, par une ou plusieurs des parties, comme traité ou engagement international, ne permet pas, à lui seul, de trancher cette question - bien que le fait de son enregistrement à la demande conjointe des parties établisse une présomption très forte en ce sens.

5. "Les traités sont des accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats, destinés à créer les droits et obligations juridiques des parties". D'une façon générale, les traités ne créent de droits et d'obligations juridiques qu'entre les parties. Ce point sera examiné en détail dans la quatrième partie du présent projet relative à l'exécution des traités. Toutefois, le principe d'après lequel les traités sont des instruments qui ont pour but de créer des droits et des obligations juridiques entre les parties au traité ne signifie pas forcément que leurs effets juridiques soient nécessairement limités aux seules parties. On a plus haut (paragraphe 1) attiré l'attention sur une opinion émise dans ce sens par la Cour internationale de Justice. Le rapport - déjà cité - de la Commission de juristes instituée en 1920 par le Conseil de la Société des Nations à l'occasion de l'affaire des îles d'Aland montre dans une sphère différente - celle de la création de ce qu'on a appelé un droit public européen dans le cadre d'un règlement international général - que cette extension des effets des traités est concevable. Certains instruments d'un caractère général et quasi législatif semblent vouloir réglementer la conduite d'Etats qui n'y sont pas parties. On peut ranger dans cette catégorie le paragraphe 6 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies qui stipule que "l'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes [de l'Article 2] dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales". Cet Article n'impose aucune obligation juridique aux Etats non Membres. Il revendique pour les Nations Unies le droit de réglementer, dans l'intérêt du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la conduite d'Etats non Membres. Etant donné la cohésion de plus en plus grande de la société internationale, il se peut que les traités collectifs soient considérés, de l'avis général, comme imposant aux Etats qui n'y sont pas parties, non seulement un acquiescement effectif, mais aussi des droits et des obligations. Dans cette mesure, et sans perdre leur caractère de traités, ils peuvent devenir également, au sens exact du terme, des instruments de législation internationale.

Article premier

NOTES

1. Les traités considérés comme accords. On pourrait objecter que cet élément de la définition d'un traité ne fait pas la distinction entre les traités du type purement contractuel et ceux du type dit législatif, les traités-lois. Le Rapporteur se permet d'espérer que, dans le cas présent, cette objection ne sera pas soulevée. En effet, quelles que puissent être les conséquences juridiques de cette distinction - question controversée qui est étudiée dans la septième partie de ce projet - il n'en reste pas moins qu'à l'heure actuelle les instruments internationaux créant des droits et des obligations juridiques naissent soit de l'accord des parties qui acceptent ces instruments à l'origine, soit de l'accord de ceux qui y adhèrent. On peut toutefois noter à ce propos que, dans leur ensemble, les juristes ont tendance à nier qu'il existe une différence fondamentale - aux fins de l'élaboration de règles en matière de création, d'application et d'extinction des traités - entre les deux types de traités ^{1/}. Ces deux types de traités ont pour caractère essentiel d'énoncer des règles qui gouvernent la conduite des parties.

2. Les traités, considérés comme des accords auxquels des organisations d'Etats sont parties. L'expression "organisations d'Etats" est prise ici comme synonyme de l'expression "organisations internationales", laquelle est censée désigner des entités créées par voie de traité entre Etats, principalement composées d'Etats, dotées de leurs propres organes permanents et ayant une personnalité internationale reconnue, soit par les dispositions de leur instrument constitutif, soit en vertu d'une reconnaissance expresse résultant d'un traité conclu entre elles et un Etat.

La question de savoir si le Code du droit des traités que la Commission est chargée d'élaborer doit porter sur les traités conclus par les organisations

^{1/} Voir, par exemple, Harvard Draft Convention (commentaire général de l'article premier, pages 688, 689); Rousseau, op.cit. ci-après, page 136; Balladore Pallieri, Académie de La Haye, Recueil des cours, 74 (1949) (I), page 513.

internationales, - question qui a déjà été abordée dans le Commentaire -, a été examinée par la Commission au cours des sessions qui se sont tenues en 1950 et en 1951. Selon le point de vue provisoirement adopté, les accords conclus par des organisations internationales ou entre ces organisations n'entrent pas dans le cadre du droit des traités que la Commission doit codifier. Nous pensons que ce point de vue devrait être modifié. Etant donné le nombre considérable d'accords conclus par les diverses organisations internationales et entre ces organisations, toute codification du droit des traités qui ne tiendrait pas compte de ces accords serait incomplète et insuffisante. De nombreux accords de cette nature ont été conclus directement par l'Organisation des Nations Unies. Un grand nombre d'entre eux ont été conclus par le Conseil économique et social en vertu de l'Article 63 de la Charte qui prévoit que le Conseil économique et social peut conclure avec toute institution spécialisée des accords fixant les conditions dans lesquelles cette institution sera reliée à l'Organisation ^{1/}. De multiples accords ont été conclus entre diverses institutions spécialisées, telles que l'Organisation internationale du Travail, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et l'Organisation mondiale de la santé. On a dit que ces accords sont "essentiellement des traités d'amitié et de bonne volonté" ^{2/}

^{1/} Des accords de cette nature sont actuellement en vigueur entre l'Organisation des Nations Unies et dix institutions spécialisées, savoir : l'Organisation internationale du Travail, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture, l'Organisation de l'aviation civile internationale, le Fonds, la Banque, l'Organisation mondiale de la santé, l'Union postale universelle, l'Union internationale des télécommunications et l'Organisation météorologique mondiale. L'historique détaillé de ces accords et une analyse de leurs dispositions se trouvent dans le Rapport du Secrétaire général sur les mesures prises dans le cadre des accords conclus entre l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées (Nations Unies, Conseil économique et social, documents officiels, quatrième année, 9^{ème} session, 31 mai 1949, E/1317). Voir également International Organization de Sharp, 1, (1947), pages 460 à 474, et 2 (1948), pages 247 à 267.

^{2/} Jenks dans British Year Book of International Law, 28 (1951), page 68.

Article premier

dans la mesure où ils prévoient une étroite collaboration et des consultations pour les questions d'intérêt commun. Cette particularité ne leur enlève pas le caractère de traités. Il en va de même, de façon plus évidente, pour le grand nombre d'accords conclus entre les institutions spécialisées et divers Etats en ce qui concerne le statut juridique et les immunités de ces organisations sur le territoire des Etats intéressés ainsi que diverses autres questions qui se posent à ce propos. On peut ranger dans cette catégorie les accords intervenus entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique, l'Organisation des Nations Unies et la Suisse, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et la France, l'Organisation internationale du Travail et la Suisse, l'Organisation mondiale de la santé et la Suisse, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture et l'Italie, l'Organisation de l'aviation civile internationale et le Canada, l'Organisation internationale pour les réfugiés et la Suisse, l'Organisation internationale des télécommunications et la Suisse, l'Union postale universelle et la Suisse. Une étude détaillée de ces traités montre combien ils se rapprochent des traités du type classique. C'est ainsi que les clauses finales de l'accord conclu le 12 janvier 1949 entre le Conseil Fédéral Suisse et l'Organisation mondiale de la santé pour régler le statut juridique de l'Organisation mondiale de la santé en Suisse sont analogues aux clauses finales de la plupart des autres traités, en ce qui concerne le règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de l'accord, l'entrée en vigueur, l'approbation par les autorités constitutionnelles compétentes, la modification et la dénonciation de l'accord, etc. (Nations Unies, Recueil des traités, Volume 26, page 333). On peut apprécier dans quelle mesure les traits communs aux traités se retrouvent dans les accords conclus par les organisations internationales, et à quel point les juridictions reconnaissent ce fait, d'après la manière dont le juge Read, dans l'opinion qu'il a formulée dans l'affaire relative au statut international du Sud-Ouest Africain, a examiné la question de

savoir si, à la suite d'une série d'actes et de déclarations du Gouvernement de l'Union Sud-Africaine, un accord était intervenu entre l'Organisation des Nations Unies et l'Union Sud-Africaine. Il a dit : "Il n'est pas nécessaire de débattre la nature juridique d'un accord international. Il suffit, pour les besoins de la cause, de dire qu'un accord intervenu entre les Nations Unies et l'Union [Sud-Africaine] comprend nécessairement deux éléments : un accord de volonté, et une intention de créer une obligation juridique" (Recueil de la Cour internationale de Justice, 1950, page 170).

Les accords conclus par des organisations internationales et entre ces organisations ont pris une place de premier plan dans les relations internationales. La personnalité internationale des organisations internationales - c'est-à-dire des organisations d'Etats - est en voie d'être universellement reconnue. Pour les organisations internationales, le pouvoir de conclure des traités est à la fois un corollaire de leur personnalité internationale et une condition de l'exercice effectif de leurs fonctions. C'est par un raisonnement de cette nature que la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, a affirmé que l'Organisation des Nations Unies possède la personnalité internationale. Après s'être référée à la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies qui "crée des droits et des devoirs entre chacun des signataires et l'Organisation", elle a dit : "On doit admettre que les Membres [de l'Organisation des Nations Unies], en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions". (Recueil de la Cour internationale de Justice, 1949, page 179). C'est en partie grâce au pouvoir de conclure des traités que les organisations internationales peuvent être à même de fonctionner efficacement et il paraît souhaitable que ce pouvoir soit reconnu et développé de la manière appropriée. En fait, on ne voit pas pourquoi, s'agissant du pouvoir de conclure des traités, les Etats agissant collectivement ne seraient pas en mesure de faire ce qu'ils peuvent

Article premier

faire chacun pour leur compte. Le pouvoir de conclure des traités, exercé par les organisations internationales, est si bien entré dans la pratique internationale que l'inclusion, dans la catégorie des traités, des accords conclus par ces organisations et entre elles sera en fait du ressort de la Commission du droit international dans ses travaux sur la codification du droit existant indépendamment des fonctions qu'elle assume dans le domaine du développement du droit international. Il serait regrettable, à notre avis, de considérer que, bien que les accords conclus par les organisations internationales soient des traités, ces accords devraient, cependant, pour une raison ou pour une autre, être laissés en dehors du droit des traités que codifie la Commission du droit international. Vouloir ainsi limiter le champ de la codification du droit des traités est probablement aussi criticable que le serait le fait de vouloir en exclure les échanges de notes - question étudiée, sous cet angle, dans le commentaire de l'article 2. Un tel raisonnement pourrait aboutir à éliminer les instruments auxquels certains auteurs attribuent la valeur de traités-lois, traités qui, à leur avis, diffèrent foncièrement des traités-contrats du type classique. En définitive, l'oeuvre de codification du droit des traités risquerait de se trouver réduite à des proportions insignifiantes. Les travaux de la Commission dans ce domaine doivent être complets, tant pour des raisons de principe que pour contribuer au développement d'une branche du droit qui joue un rôle de plus en plus grand et de plus en plus utile dans les relations entre Etats. Aussi, bien qu'il semble que la Commission ait décidé, à sa session de 1951, de ne pas faire place, dans la codification du droit des traités, aux accords conclus par les organisations internationales et entre ces organisations, nous suggérons qu'elle ne devrait pas s'en tenir à cette décision. Dans la mesure où, pour des questions particulières, certains types déterminés de traités nécessitent l'adoption de règles différentes de celles qui s'appliquent aux traités en général, l'examen et la formulation de ces règles entrent normalement dans le cadre de la codification.

3. L'expression "accords entre Etats, y compris les organisations d'Etats" n'a pas été adoptée sans que l'on ait auparavant envisagé d'autres formules. Le but de l'expression employée est au premier chef de préciser que seuls les Etats ou les organisations d'Etats peuvent être parties à des traités. Elle vise également à empêcher qu'on puisse conclure qu'il suffit qu'une des parties à un instrument soit un Etat ou une organisation d'Etats, et qu'il n'est pas nécessaire que l'autre partie soit un Etat ou une organisation d'Etats. L'expression "accords entre Etats et (ou) organisations d'Etats" pourrait également prêter à une interprétation erronée. En fait, du point de vue des parties, le présent article vise trois catégories d'accords : 1) les accords entre Etats; 2) les accords entre Etats et organisations d'Etats; 3) les accords entre organisations d'Etats. Nous pensons que la formule actuelle englobe les trois catégories.

4. Le présent article premier n'énonce pas la condition qui était formulée au paragraphe a) de l'article 1er du projet de convention d'Harvard et qui a figuré pendant quelque temps dans les avant-projets d'articles approuvés par la Commission à savoir que l'instrument, pour constituer un traité, doit établir entre les Etats un rapport de droit international. Cette formule avait apparemment pour but de préciser que, pour constituer un traité, un instrument doit, d'après l'intention des parties ou autrement, être sous l'empire des règles du droit international. Le point de vue ainsi adopté avait, semble-t-il, sa raison d'être dans l'existence d'accords réglementant des questions qui ressortissent normalement au droit privé, telles que les prêts d'argent, l'achat de marchandises, la réglementation des prix, la location ou l'achat de biens immeubles et des questions analogues. Au fur et à mesure que les Etats ont développé leur activité sur le plan économique, le champ d'application des accords de cette nature a eu tendance à s'élargir. Cela est vrai, notamment, des multiples accords relatifs aux produits. On peut douter cependant que ces accords puissent être rangés dans une catégorie spéciale du point de vue du droit applicable. Ils sont tous régis, en dernière analyse, par le droit international. Ce n'est pas parce qu'un accord est régi

Article premier

par le droit international qu'il constitue un traité. C'est en raison de sa qualité de traité qu'il est régi par le droit international. Il en est ainsi même lorsque les parties à un traité stipulent qu'il sera régi par le droit interne de l'un des Etats - ce qui est exceptionnel - car, dans ce cas, c'est à la volonté des parties qu'est imputable le choix d'un droit déterminé. A la suite d'une disposition de cet ordre, le droit applicable est transformé en droit international conventionnel formulant, selon les termes de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, "des règles expressément reconnues par les Etats en litige". Il n'en reste pas moins que les dispositions de cette nature sont habituellement régies par les principes généraux de droit qui leur sont applicables et par les règles relatives à l'interprétation des traités. C'est pourquoi s'il remplit par ailleurs les conditions requises d'un traité, l'instrument établit ipso facto un rapport de droit international entre les Etats ou les organisations d'Etats intéressés. Cela demeure valable même dans le cas, à vrai dire exceptionnel en droit moderne, où des traités stipulent des arrangements matrimoniaux entre membres de familles régnantes ^{1/}. La définition d'un traité telle qu'elle est formulée à l'article premier est suffisamment large pour englober les traités de cette nature.

^{1/} Tel est le cas du traité du 27 octobre 1923 entre la Grande-Bretagne et la Suède relatif au mariage de Lady Louise Mountbatten avec le Prince héritier de Suède. Le traité, signé par les plénipotentiaires des deux souverains, était soumis à ratification et il a été enregistré auprès de la Société des Nations (Recueil des traités, Volume 22, page 387). Pour d'autres exemples de traités de cette nature, voir Rousseau, Principes généraux de droit international public, Volume 1 (1944), page 145.

Article 2

Forme et dénomination des traités

Les accords qui répondent à la définition de l'article premier constituent des traités, quelle que soit leur forme ou leur dénomination.

[Variante pour l'article 2]

[Les accords qui répondent à la définition de l'article premier constituent des traités, quelle que soit leur forme ou leur dénomination et qu'ils soient formulés dans un ou plusieurs instruments. Une obligation conventionnelle peut être créée par un instrument unilatéral portant acceptation d'une offre ou suivie d'acceptation.]

COMMENTAIRE

1. Cet article énonce un principe généralement reconnu. Bien que les dénominations "traité", "convention", "accord" et "échange de notes" soient les plus fréquemment utilisées et bien que la plupart - sans doute les quatre cinquièmes - des instruments de caractère conventionnel auxquels les Etats ou les organisations d'Etats sont parties portent l'une de ces dénominations, on emploie également à l'occasion un grand nombre d'autres appellations. On rencontre notamment les termes et expressions "protocole", "déclaration", "statut", "acte final", "acte général", "pacte", "modus vivendi", "arrangement", "échange de notes constituant un accord", "compromis d'arbitrage", "articles additionnels", "procès-verbaux approuvés", "instrument" et autres ^{1/}. La dénomination employée importe peu du point de vue juridique pourvu que l'instrument en question puisse normalement être interprété comme portant création de droits et d'obligations juridiques. Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans son Avis consultatif sur le Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, "au point de vue du caractère obligatoire des engagements internationaux, on sait que ceux-ci peuvent être pris sous forme de traités, de conventions, de

^{1/} Voir infra le paragraphe 5 de la note au présent article.

Article 2

déclarations, d'accords, de protocoles ou de notes échangées ^{1/}. Dans son Arrêt concernant l'Interprétation du Statut du Territoire de Memel, la Cour permanente de Justice internationale a refusé d'attacher une importance quelconque au fait que le Statut avait été promulgué sous la forme d'une loi nationale lithuanienne et a fondé sa décision sur ce que le Statut constituait "un arrangement de nature conventionnelle, liant la Lituanie" et qu'il devait "être ainsi interprété". (Série A/B, fascicule n° 49, page 300).

2. Il importe également peu que l'acceptation des obligations (et, dans certains cas, des droits correspondants) prenne la forme d'une déclaration unilatérale relative à un instrument préexistant, comme c'est le cas des différentes Déclarations reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 36 du Statut de la Cour; de la Déclaration de la Suisse en date du 6 juillet 1948, (Nations Unies, Recueil des traités, volume 17, page 111), portant acceptation des conditions fixées par l'Assemblée générale des Nations Unies pour que la Suisse devienne partie au Statut de la Cour internationale de Justice; ou des divers "instruments d'adhésion" à l'Organisation des Nations Unies (tels que ceux de l'Islande, de la Suède, du Siam et d'autres pays : Nations Unies, Recueil des traités, volume 1, pages 41, 43 et 47). Les déclarations unilatérales de cette nature constituent dans certains cas des instruments d'adhésion ou d'accession à un traité préexistant (voir infra l'article 7). Il en est ainsi même lorsque, comme c'est le cas des Déclarations faites conformément à la clause dite clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, le texte ne parle pas expressément d'adhésion au sens technique du terme. Car il est évident que l'ensemble des Déclarations faites conformément à l'article 36 du Statut de la Cour constitue un traité entre les parties qui ont fait lesdites déclarations. C'est en ce sens qu'elles ont été interprétées par la Cour internationale de Justice, pour qui l'intention des parties est l'élément déterminant. Et cela reste vrai alors même que certaines règles relatives à

1/ Série A/B, fascicule n° 41, page 47. Le professeur Hudson a indiqué que "cette énumération n'est pas censée être limitative et que les dénominations qui sont attribuées à un instrument, souvent pour des raisons politiques ou fortuites, ont rarement une portée juridique". Permanent Court of International Justice, (1943), page 632.

l'interprétation des traités ne sont pas toujours applicables aux déclarations du fait que leur texte ne constitue pas "un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs Etats" mais "résulte d'une rédaction unilatérale" par l'une des parties. [Arrêt de la Cour internationale de Justice du 22 juillet 1952 : Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company (Exception préliminaire): C.I.J. Recueil, 1952, page 105]. Les mêmes considérations valent pour des déclarations telles que les Déclarations relatives à la protection des minorités faites par divers Etats et adressées au Conseil de la Société des Nations. Dans son Avis consultatif du 6 avril 1955 sur les Ecoles minoritaires en Albanie, la Cour permanente de Justice internationale a interprété la Déclaration de l'Albanie relative à cette question comme si elle était l'un des traités sur les minorités (Série A/B, fascicule n° 64). En fait, la Déclaration reproduisait, pour l'essentiel, le texte de ces traités. Elle prévoyait la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale en ce qui concerne les différends auxquels ses dispositions pourraient donner lieu sur des questions de droit et de fait. Comme pour un grand nombre d'autres traités, l'instrument de ratification de ladite Déclaration a été déposé auprès du Secrétaire général de la Société des Nations. Il convient d'ajouter que les Déclarations susmentionnées et des Déclarations similaires montrent également que, pour qu'un instrument puisse constituer un traité, il n'est pas indispensable qu'il y ait une réciprocité ou une correspondance absolue, et formellement énoncée, en ce qui concerne les droits et les obligations. Il n'est pas nécessaire que les avantages qu'un Etat retire en contrepartie des obligations qu'il assume soient expressément prévus, soit dans l'instrument en question, soit dans un autre instrument. C'est ainsi que le Royaume de l'Irak a souscrit la Déclaration du 30 mai 1932 relative aux minorités en Irak pour se conformer à la résolution par laquelle le Conseil de la Société des Nations demandait une telle déclaration comme condition préalable à l'extinction du mandat (Société des Nations, Journal officiel, 1932, page 474). Le Conseil a ensuite approuvé le texte de la Déclaration dont l'article 16 stipulait que ses dispositions constituaient "des obligations d'intérêt international". Dans des cas pareils - c'est-à-dire lorsqu'une résolution adoptée par le Conseil est suivie d'une déclaration faite conformément à ses termes et lorsqu'une nouvelle résolution vient approuver

la déclaration - les "obligations d'intérêt international" doivent être considérées comme ayant un caractère conventionnel ^{1/}. Un engagement apparemment unilatéral portant acceptation des dispositions d'un instrument préexistant ou suivi d'acceptation par la partie à laquelle il est destiné, a le caractère d'une obligation conventionnelle. C'est là également l'une des raisons pour lesquelles les échanges de notes doivent être considérés comme constituant des accords - ce que la pratique des Etats prouve d'ailleurs abondamment. (Voir infra note n° 4). Il est intéressant de signaler à ce propos le passage suivant extrait du rapport du Rapporteur du Comité IV/2 de la Conférence de San-Francisco sur la question de l'enregistrement des traités conformément à l'Article 102 de la Charte : "le terme accord doit être interprété comme comprenant les engagements unilatéraux de caractère international qui ont été acceptés par l'Etat en faveur duquel un tel engagement a été conclu". De ce point de vue, le but de l'article 2 nous paraît convenablement exprimé dans la phrase : "Les accords qui répondent à la définition de l'article premier constituent des traités, quelle que soit leur forme ou leur dénomination". La variante qui figure entre crochets ne fait qu'amplifier le principe énoncé dans cet article. Elle est soumise pour le cas où une telle amplification serait jugée nécessaire.

3. 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.

^{1/} On trouvera l'exposé d'une autre conception de la nature de ces déclarations unilatérales et de déclarations similaires, dans le commentaire de l'article 4 du Projet de convention de Harvard.

4. Les mêmes considérations valent pour les différences dans la forme des traités qui sont dues au fait que, dans certains traités, les parties désignées sont des chefs d'Etat, alors que dans d'autres, les parties désignées sont soit des Etats ou des gouvernements, soit des chefs de gouvernement, soit des délégations gouvernementales, soit des départements ministériels, soit encore des chefs de départements ministériels. C'est ainsi, par exemple, qu'aucune règle du droit international ne stipule que la question de savoir si un traité est soumis à ratification, dépend de la qualité des parties désignées. Il est vrai cependant que, conformément à la pratique de certains Etats, les traités conclus par un chef d'Etat, en son nom, ou ceux conclus entre départements ministériels, ne sont pas en général considérés comme soumis à ratification. Il est impossible d'affirmer que, d'après la pratique internationale, des traités d'un certain type exigent que les parties désignées soient de telle catégorie. Toutefois, en règle générale, mais non invariablement, les traités politiques importants, tels que les traités d'alliance, sont conclus entre chefs d'Etat. Il arrive que certains Etats, en raison des dispositions de leur droit constitutionnel interne, préfèrent s'en tenir à une désignation particulière. C'est ainsi que, pendant un certain temps, les Etats membres du Commonwealth britannique tenaient à ce que les traités soient conclus sous forme d'accords entre chefs d'Etat et non pas entre Etats en tant que tels.^{1/} D'autres Etats, tels que les Etats-Unis d'Amérique, ont préféré, sans d'ailleurs insister sur cette préférence devant les objections soulevées par les autres parties contractantes, que les Etats-Unis d'Amérique soient eux-mêmes désignés en tant que partie. Dans le cas du Traité général de renonciation à la guerre du 27 août 1928, qui a été conclu entre chefs d'Etat, le Japon aurait soulevé des objections contre l'article premier du Traité dans lequel les parties déclarent "au nom de leurs peuples respectifs" qu'elles renoncent à la guerre en tant qu'instrument de

^{1/} Voir la déclaration faite à ce sujet au Conseil de la Société des Nations par le Secrétaire d'Etat britannique aux affaires étrangères, en 1927, dans Société des Nations, Journal officiel, 1927, page 377.

Article 2

politique nationale. L'objection provenait du fait que, d'après la Constitution japonaise, l'Empereur signe les traités en son propre nom et non pas au nom de son peuple. Le Préambule de la Charte des Nations Unies, qui est un texte adopté par les "Gouvernements respectifs", commence par les mots "Nous, Peuples des Nations Unies". Dans l'Acte constitutif de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture du 16 octobre 1945, il semble que les Parties soient "les Nations qui adhèrent au présent Acte". Cependant, quelque intéressantes que soient ces innovations à d'autres points de vue, elles n'ont, comme toutes autres différences de terminologie en la matière, aucune portée juridique en ce qui concerne le droit des traités.

NOTES

1. Le principe essentiel formulé dans cet article est généralement admis. Il s'agit du principe selon lequel la dénomination d'un instrument ou d'un ensemble d'instruments n'influe pas, en règle générale, sur le point de savoir si cet instrument ou cet ensemble d'instruments doit être considéré comme un traité, aussi longtemps que l'intention d'assumer une obligation apparaît d'une façon suffisamment précise. C'est ainsi qu'une déclaration unilatérale constitue un traité si la partie à laquelle la déclaration s'adresse l'accepte ou y donne suite. De même, il peut arriver qu'une déclaration apparemment unilatérale - telle une déclaration ayant trait à la clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice - constitue en soi l'acceptation d'un instrument préexistant et représente par conséquent un traité. Par ailleurs, une déclaration peut être considérée comme un acte d'adhésion à un instrument préexistant. Il paraît également de peu d'importance que le texte ait été étudié de telle ou telle manière - que ce texte se présente sous la forme d'un instrument unique ou de plusieurs instruments (comme c'est le cas pour les échanges de notes et les adhésions), - et qu'il l'ait été par les parties elles-mêmes ou par un autre organisme avec acceptation ultérieure des parties. C'est sans doute en s'inspirant de considérations de ce genre que la Cour permanente de Justice internationale a jugé, dans l'affaire de Jaworzina, qu'une déclaration commune de la Tchécoslovaquie et de la Pologne portant acceptation d'une décision de la Conférence des Ambassadeurs constituait "deux accords" et que "les deux accords (donnaient) à la décision intervenue ... la force d'un engagement contractuel entre les Parties" (C.P.J.I., Série B, fascicule n° 8, page 30). Cela ne résout pas la difficulté de savoir quel est le texte qui, dans l'esprit de la Cour, représentait le traité obligeant les parties - la déclaration commune portant acceptation de la décision ou la décision elle-même. Il est probable que c'était l'ensemble des deux textes. Il est permis de supposer, eu égard aux termes employés par la Cour, que la décision constituait le traité et que la déclaration commune représentait une acceptation du traité ainsi authentifié.

Article 2

2. Il peut évidemment se présenter des cas-limite où le caractère conventionnel d'un acte unilatéral apparaît avec moins d'évidence et peut, par conséquent, donner lieu à controverse. C'est ainsi que la Cour permanente de Justice internationale a jugé, dans l'affaire des zones franches, qu'un manifeste de la Royale Chambre des Comptes de Sardaigne de 1829 concrétisant l'adhésion donnée par le roi de Sardaigne à une réclamation formulée par le canton du Valais a mis fin à un différend international portant sur l'interprétation du Traité de Turin, qu'il représentait ainsi un accord de volontés, et présentait, en conséquence, "un caractère conventionnel". (Série A/B, fascicule n° 46, page 145). Cet arrêt n'indique pas très clairement quelles sont les parties aux rapports contractuels ainsi créés. Dans cette même affaire, la Cour permanente de Justice internationale a jugé qu'une déclaration faite au cours des débats par l'agent du Gouvernement suisse présentait un caractère obligatoire pour la Suisse, quoique l'agent du Gouvernement français eût déclaré qu'il n'avait aucun pouvoir pour accepter l'offre contenue dans la déclaration (Ibid., page 170). Il peut paraître difficile d'admettre qu'une offre non acceptée par l'autre partie constitue une obligation conventionnelle, bien que la Cour ait considéré cette déclaration comme obligatoire. Mais il faut poser en principe que chaque fois que l'on trouve les éléments constitutifs d'une offre et d'une acceptation de cette offre, que ce soit dans un instrument authentique ou dans une série ou un ensemble d'instruments authentiques, on peut légitimement conclure à l'existence d'un traité. L'article 2 a pour but de formuler ce principe.

3. Des considérations analogues valent également lorsqu'il s'agit de savoir si un échange de notes constitue un traité, question à laquelle l'article 2 tend à répondre nettement par l'affirmative. Au cours des délibérations qu'elle a consacrées à cette question en 1951, la Commission a décidé, par cinq voix contre quatre, de ne pas exclure les échanges de notes de ses travaux relatifs à la codification du droit des traités. C'est non sans beaucoup d'hésitation qu'elle a pris cette décision provisoire. Le projet de convention d'Harvard (Harvard Draft Convention) indique, dans le commentaire sur l'article 4, diverses

raisons qui militent en faveur de l'élimination des échanges de notes du projet. Pour les raisons qui sont exposées ci-après d'une manière assez détaillée, nous pensons que rien ne saurait justifier qu'on exclue du domaine du droit des traités une catégorie d'accords qui représente une fraction importante de l'ensemble des accords internationaux effectivement conclus par les gouvernements.

4. Ce qui paraît avoir déterminé certains membres de la Commission, c'est l'idée que, puisque les échanges de notes ne sont pas soumis à ratification et que toute procédure ne comportant pas la ratification est contraire aux exigences d'un régime constitutionnel démocratique, il faut éviter d'encourager, en les élevant à la dignité de traités, des accords internationaux qui, en règle générale, ne donnent pas lieu à ratification. Il convient de réexaminer ces postulats et les conclusions que l'on en tire. D'une façon générale, il faut, lorsqu'on examine la question des échanges de notes, garder présentes à l'esprit les considérations suivantes :

a) Au cours des trente dernières années, les échanges de notes ont représenté plus du quart - et sans doute un tiers - du nombre total des accords internationaux, et cette proportion a été sans cesse croissant ^{1/}.

^{1/} C'est ainsi que, de 1921 à 1930, on a pu compter 93 échanges de notes sur un total de 338 instruments publiés dans la British Treaty Series. Sur un total de 453 instruments publiés dans cette Series entre 1941 et 1950, il n'y a pas eu moins de 195 échanges de notes. En 1951 et en 1952, la moitié environ des instruments publiés dans cette Series sont des échanges de notes. Les mille premiers instruments enregistrés auprès du Secrétariat de la Société des Nations comprenaient 212 échanges de notes. Les échanges de notes représentent près de 25 pour 100 des 4.834 instruments publiés dans le Recueil de la Société des Nations. Sur les mille premiers instruments enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies, on compte 280 échanges de notes. Voir Weinstein, dans le British Year Book of International Law, 29 (1952).

Cette tendance tient au fait que l'échange de notes constitue une méthode simplifiée pour parvenir à des accords internationaux et les authentifier, notamment lorsqu'ils sont conclus entre des services ou des organismes gouvernementaux. C'est le procédé qui convient pour les accords de caractère technique et d'une portée limitée, ainsi que pour ceux qui, malgré l'importance de leur objet, doivent être négociés et mis en application avec célérité. De nombreux instruments soulignent que les échanges de notes participent de la nature des accords, en les qualifiant expressément d'"échanges de notes constituant un accord". ^{1/} De fait, on est presque tenté de croire que l'emploi de cette expression se généralise pour dissiper des doutes fondamentalement injustifiés. ^{2/}

-
- 1/ Voir, par exemple, la série d'échanges de notes constituant un accord" relatif aux visas de passeport, intervenus entre les Etats-Unis et divers autres pays - Nations Unies, Recueil des Traités, volume 84, pages 3, 11, 19, 33, 43, 255, 265, 275 et 283.
- 2/ Voir notamment les échanges de notes suivants constituant des accords entre le Danemark et l'Union Sud-Africaine prévoyant l'exonération réciproque de l'impôt d'Etat ou de l'impôt local sur les revenus provenant de la navigation maritime et aérienne (30 novembre 1950 : Nations Unies, Recueil des Traités, volume 84, page 51); entre la Belgique et le Chili concernant la protection réciproque des marques de fabrique et de commerce (10 et 11 février 1947 : Ibid., volume 76, page 107); entre les Etats-Unis d'Amérique et la Chine relatif aux réclamations résultant des activités des forces militaires des Etats-Unis en Chine (13 octobre 1947 et 17 mars 1948 : Ibid., page 157); entre les Etats-Unis d'Amérique et le Danemark concernant l'échange de publications officielles (27 juillet et 1er août 1949; Ibid., volume 79, page 147); entre le Royaume-Uni et l'Italie au sujet des installations militaires fixes britanniques en Italie (30 décembre 1947 et 21 janvier 1948 : Ibid., volume 77, page 23); entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas relatif au règlement des créances de guerre (11 mars 1948 : Ibid., page 69); entre la Grèce et l'Italie relatif aux établissements culturels (21 septembre 1948 : Ibid., page 259).

b) Le fait que de nombreux échanges de notes ont trait à des questions techniques de portée limitée ne signifie pas que les échanges de notes soient en général réservés à des sujets d'importance secondaire^{1/}. C'est par voie d'échange de notes qu'ont été réglées des questions telles que la limitation des armements (par exemple l'arrangement de 1817 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis au sujet du nombre et du tonnage des bâtiments armés à entretenir sur les Grands Lacs, ou l'échange de notes du 18 juin 1935 entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne limitant, pour l'avenir, le tonnage de la flotte allemande en fonction du tonnage global des forces navales des membres du Commonwealth britannique (Société des Nations, Recueil des Traités, volume CLXI, page 9)), la renonciation aux droits d'exterritorialité, l'octroi de baux perpétuels, l'établissement de relations diplomatiques, les arrangements relatifs à la représentation diplomatique et consulaire, au commerce et à la navigation (par exemple l'échange de notes entre les Etats-Unis d'Amérique et le Népal (Nations Unies, Recueil des Traités, volume 16, page 97) et entre les Etats-Unis et le Yémen (Ibid., volume 4 (1947), page 165)), le maintien de forces armées en territoire étranger, les cessions de territoire, le règlement de différends de frontière (par exemple l'échange de notes entre le Royaume-Uni et le Brésil (Nations Unies, Recueil des Traités, volume 5 (1947), page 71) ou celui intervenu entre le Royaume-Uni et la Chine (Ibid., volume 10 (1947), page 227)), l'aviation, les transports maritimes et les transports en général, le règlement des créances de guerre et ainsi de suite. Près d'un quart des accords commerciaux conclus par le Royaume-Uni l'ont été sous forme d'échanges de notes.

c) Pour ce qui est des objections à l'assimilation des échanges de notes à des traités, dans la mesure où elles sont fondées sur le fait que les échanges de notes ne sont pas soumis à ratification, il faut se rappeler :

^{1/} "... c'est un fait, à l'heure actuelle, que l'on ne saurait plus guère affirmer que l'échange de notes traite, en règle générale, de questions moins importantes que celles réglées par traité ou convention". Fitzmaurice, dans le British Year Book of International Law, 15 (1934), p. 120.

- 1) Que, dans certains cas, les échanges de notes sont soumis à ratification (voir, par exemple, l'échange de notes entre l'Allemagne et l'Espagne - Société des Nations, Recueil des Traités, volume 26 (1923), page 455 - qui prévoit une ratification par les deux parties; l'échange de notes entre le Royaume-Uni et le Danemark - Nations Unies, Recueil des Traités, volume 45 (1949-1950), page 320 - qui prévoit une approbation par le Parlement de l'une des parties; les échanges de notes entre les Etats-Unis d'Amérique et le Danemark - Ibid., volume 27 (1949), page 35, entre l'Union Sud-Africaine et l'Allemagne - British Treaty Series, N° 25 (1935), Cmd. 4961, et entre les Etats-Unis d'Amérique et la Pologne - Société des Nations, Recueil des Traités, volume 37 (1925), page 141).
- ii) Que l'absence d'une clause de ratification n'est pas particulière aux échanges de notes. De nombreux pays appliquent la règle suivant laquelle, sauf disposition contraire, les accords conclus entre les gouvernements ou des services gouvernementaux sont dispensés de ratification, sans parler de ceux conclus directement entre les Chefs d'Etat. En outre, comme on le verra plus loin (article 6), nombreux sont les traités qui éliminent expressément la ratification, et ce nombre ne fait que croître.
- d) Quantité de décisions rendues par les tribunaux nationaux montrent que ceux-ci n'éprouvent aucune hésitation à considérer les échanges de notes comme des traités, bien qu'il y ait, dans la pratique, quelques divergences sur le point de savoir si les échanges de notes ont le caractère d'accords entre gouvernements, non soumis à ratification, ou bien, au contraire, de traités formels, au sens que le droit constitutionnel de l'Etat intéressé attache à cette expression, ce qui aurait pour conséquence de les rendre inapplicables à défaut de ratification. En pareil cas, ces échanges de notes sont réputés inopérants, non faute de constituer des traités, mais parce que,

tout en étant des traités, ils n'ont pas été incorporés dans la législation nationale^{1/}.

1/ Ces remarques valent tout particulièrement pour la France. Voir, par exemple, l'affaire Talbot (dans laquelle la Cour a jugé qu'un échange de notes ne saurait avoir, faute de ratification ou de publication, force de loi aux termes de l'article 26 de la Constitution de la République française - Gazette du Palais, 1947, IIème partie, p. 17; Annual Digest, 1947, affaire N° 6b). Dans le même sens : affaire Vermote (Sirey, I (1950), IIème partie, p. 154) et affaire Benzoni et autres c. Davidovici et autres (Ibid., I (1951), IIème partie, p. 79). En sens contraire : voir affaire Colman (Annual Digest, 1947, affaire N° 67) et affaire Zumkeller c. Florence (Sirey, 1936, Ière partie, p. 257). Voir également les affaires Vicens c. Bonfillon (Annual Digest, 1933-1934, affaire N° 180), Huckendubler c. Hoeffleur (Ibid., 1931-1932, affaire N° 213), et Société Ruegger et Boutet c. Société Weber et Howard (Ibid., 1933-1934, affaire N° 179). La décision de la Cour de cassation italienne dans l'affaire Délégation commerciale de l'URSS c. Querci (Foro Italiano, 67 (1942), Ière partie, p. 11; Annual Digest, 1941-1942, affaire N° 129) est dans le même sens. Voir l'analyse des affaires susmentionnées et d'autres en la même matière des Weinstein, British Year Book of International Law, 29 (1952) (en cours de publication). Voir également, dans American Journal of International Law, 47 (1953), pp. 58 à 62, l'étude de Brandon sur la question des échanges de notes envisagée dans ses rapports avec celle de l'enregistrement prévu par l'Article 102 de la Charte des Nations Unies. Dans toutes les affaires susmentionnées, les tribunaux ont eu à connaître d'échanges de notes interprétant des accords antérieurs. Dans l'affaire Ministre des finances c. Société United States Lines, le Conseil d'Etat français a donné à un échange de notes indépendant la qualification d'accord diplomatique (Journal du droit international (Clunet), 65 (1938), p. 532). Dans deux affaires importantes jugées aux Etats-Unis - Etats-Unis c. Belmont, (1937) 301 U.S. 324 et Etats-Unis c. Pink, (1942) 315 U.S. 203 - la Cour suprême a attribué aux échanges de notes qui ont accompagné la reconnaissance du Gouvernement de la Russie soviétique le caractère d'une convention internationale ayant des conséquences importantes, et même étonnantes, sur le plan de la législation interne. Voir également l'affaire Etats-Unis c. Guy W. Capps (1951) F. Supp. 30, dans laquelle il a été jugé qu'un échange de notes entre les Etats-Unis et le Canada relatif à l'importation et à l'exportation des pommes de terre avait force de loi bien que ne constituant pas un traité de la Constitution. Voir aussi la décision du Reichsgericht allemand dans l'affaire relative à l'Accord de Paris (Annual Digest, 1919-1922, affaire N° 225).

e) Il semble donc, pour les raisons indiquées, qu'il serait très convenable de décider que les échanges de notes ne rentrent pas dans le cadre du droit des traités. Ainsi que je l'ai déjà exposé à propos des déclarations unilatérales, il pourrait être inopportun de laisser en dehors de la codification d'une matière déterminée un sujet qui, bien qu'il présente certaines particularités, ressortit intrinsèquement à cette matière. Si l'on excepte la manière dont le texte en est établi, il n'existe, entre les échanges de notes et les autres formes d'accords internationaux, aucune différence de fond en ce qui concerne leur validité, leur exécution, leur interprétation ou leur extinction. On admet très généralement, en droit interne, le procédé qui consiste à conclure un contrat au moyen d'instruments parallèles se complétant l'un l'autre. Refuser de reconnaître que les échanges de notes participent intégralement de la nature des traités peut aboutir à priver une fraction importante des rapports contractuels internationaux de l'autorité et de l'efficacité que la qualité de traité confère à un instrument. Adopter pareille attitude serait écarter un procédé qui s'est révélé, à l'expérience, particulièrement bien adapté à la nécessité croissante d'élargir le domaine des relations internationales sans être entravé par des procédures ou des formes solennelles compliquées^{1/}.

^{1/} Cela est d'autant plus vrai que des échanges de notes peuvent en fait servir à conclure des accords entre plus de deux Etats. Voir, par exemple, les échanges de notes parallèles entre l'Italie et le Royaume-Uni et l'Italie et les Etats-Unis d'Amérique - British Treaty Series, N° 52 (1951), Cmd. 8294. Ces échanges de notes parallèles constituent un accord entre l'Italie, d'une part, et le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part. Le procédé de l'échange de notes a également été utilisé dans des cas où l'une des parties n'était pas un Etat : voir, par exemple, l'échange de notes entre la Cour internationale de Justice (représentée par son Président) et les Pays-Bas, relatif aux privilèges et immunités des membres et des fonctionnaires de la Cour - Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 8, p. 61.

La tendance moderne, fréquemment notée par les auteurs, est de conclure les traités suivant une procédure moins formaliste qu'autrefois, quand la difficulté des communications entre les gouvernements et leurs agents constituait un facteur important alors que les intérêts en présence n'avaient ni la diversité ni le degré d'urgence qui, à l'heure actuelle, caractérisent les relations de plus en plus étendues entre Etats. Certains projets, y compris ceux dont la Commission a été saisie antérieurement, définissent le traité comme étant "un instrument solennel". A la vérité, un traité peut ne pas être un instrument solennel; il n'est pas obligatoire, non plus, qu'il consiste en un instrument unique. On peut discuter sur le point de savoir s'il est ou non souhaitable d'exiger invariablement la ratification comme condition préalable de la validité d'un traité. La pratique ne lui a certes pas attribué ce caractère^{1/}. Si l'on estime que la procédure de ratification répond aux nécessités du régime constitutionnel et de la démocratie, il faut en prévoir expressément l'application dans les traités. Ce résultat ne saurait être obtenu en rejetant hors du domaine des traités des accords contractuels qui en relèvent normalement. L'utilité de pareille mesure serait au contraire douteuse, même si l'on y voit le moyen de décourager la conclusion d'accords internationaux non soumis à ratification ultérieure. En effet, une réforme de la sorte ne toucherait que la terminologie. Elle n'empêcherait pas les gouvernements de contracter des engagements expressément dispensés de ratification, en ayant recours à des instruments autres que les échanges de notes.

f) C'est pour ces raisons que le texte proposé pour l'article 2 - "les accords qui répondent à la définition de l'article premier constituent des traités, quelle que soit leur forme ou leur dénomination" - est censé inclure les échanges de notes dans le cadre des traités. On peut se demander s'il ne serait pas souhaitable, afin d'écartier toute incertitude au sujet d'une question qui a donné lieu à des controverses et à des hésitations, de préciser ce principe en ajoutant les mots : "et qu'ils soient formulés dans un ou

^{1/} C'est pour cela que l'argument, parfois invoqué, suivant lequel les échanges de notes seraient automatiquement soumis à ratification s'ils étaient assimilés à des traités, ne paraît pas très convaincant.

plusieurs instruments". Tel est le but de la variante proposée pour l'article en question.

5. La grande variété des dénominations utilisées pour désigner les accords internationaux soulève la question de savoir si cette diversité est justifiée, et s'il est possible - ou souhaitable - de lui assigner des limites raisonnables. Dans la plupart des cas, rien ne paraît justifier les différences de terminologie, qui donnent souvent l'impression de n'être dues qu'au caprice du rédacteur. C'est ainsi, pour ne citer que des exemples tirés d'un seul volume du Recueil des Traités des Nations Unies - le volume 84 - que les Etats-Unis d'Amérique ont conclu avec la France, en 1946 et en 1948, toute une série d'accords diversement intitulés mémoire d'accord (relatif au prêt-bail, à l'aide réciproque et à d'autres questions analogues - page 59), accord et arrangement complémentaire y annexé (cession de biens et installations on surplus de l'armée et de la marine des Etats-Unis - page 79), déclaration conjointe (règlement de créances - page 93), mémoire constituant un accord (créances maritimes - page 113), déclaration constituant un accord (politique commerciale - page 151), arrangement constituant un accord (projection de films - page 161), déclaration (problèmes économiques et financiers - page 167), convention (financement de programmes d'échanges dans le domaine de l'enseignement - page 173) et déclaration commune constituant un accord (cinéma - page 185). Aucune méthode n'a semblé présider au choix des différentes expressions qui apparaissent dans les exemples ci-dessus, comme dans beaucoup d'autres cas, et rien n'indique pourquoi elles ont été employées. Toutefois, il est peu vraisemblable que l'on puisse réussir à uniformiser systématiquement la terminologie dans ce domaine juridique, par voie de codification ou de toute autre manière. Si l'on considère que la multiplicité des expressions utilisées présente certains inconvénients, ceux-ci sont négligeables dès lors qu'on n'en tire aucune conséquence sur le plan juridique. Il en va de même pour les divergences que l'on relève dans la pratique en ce qui concerne la désignation des parties.

Article 3

Droit régissant les traités

En l'absence de stipulations contraires des parties, non compatibles avec les principes supérieurs du droit international, les conditions de validité des traités, leur exécution, leur interprétation et leur extinction sont régies par la coutume internationale et, dans certains cas, par les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

COMMENTAIRE

L'article ci-dessus reprend dans une large mesure, en l'appliquant aux traités, la teneur de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice où sont énumérées les sources du droit que la Cour doit appliquer. De ce fait, l'article 3 peut paraître superflu, étant donné que les sources énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour sont également celles d'autres parties du droit international. Toutefois, comme les traités eux-mêmes sont la première des sources du droit international énumérées dans l'article 38, il est indispensable de préciser, dans un article préliminaire d'un code du droit des traités, que ce droit est fondé sur le droit international coutumier et sur les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, et qu'il en tire sa validité. Bien que, à de rares exceptions près, la Cour internationale de Justice et l'ancienne Cour n'aient été appelées à se prononcer que sur l'interprétation des traités, elles l'ont fait dans le cadre des règles générales du droit international coutumier. Cette primauté du droit international en général apparaît notamment dans les aspects fondamentaux du droit des traités, savoir, leur caractère obligatoire et le principe - qui constitue le fondement du droit en matière d'interprétation des traités - selon lequel les traités doivent être interprétés conformément aux règles de la bonne foi. La force obligatoire des traités est ainsi indépendante de la volonté des Etats qui les concluent dans l'exercice de leur souveraineté. Cette force obligatoire, et les autres conditions essentielles de leur application, ont leur origine dans le droit international coutumier. On voit donc que, si les Etats sont libres de donner à leurs relations conventionnelles la forme qu'ils jugent bon et de déterminer à leur gré les modalités de ces relations, ils ne peuvent le faire

Article 3

que sous réserve des principes supérieurs du droit international, des principes généraux du droit, et du principe de la bonne foi. Nous verrons dans la troisième partie, à propos de l'article 15, dans quelle mesure ces principes priment les autres considérations. En conséquence, bien que la majorité des dispositions du présent code relatif au droit des traités soient conçues de manière à reconnaître aux parties la plus large autonomie et la plus grande liberté d'action et ne soient applicables qu'en l'absence de stipulations contraires des parties, il en est d'autres qui lient les parties en tout état de cause et doivent être interprétées dans ce sens. S'il en est ainsi, c'est que, s'agissant de traités, la volonté des Etats n'est qu'une des sources - et même, dans certains cas, une source secondaire - du droit international.

NOTES

A première vue, l'article 3 semble porter sur un point de pure doctrine et peut donc paraître inutile. Toutefois, nous pensons qu'il faut un article de ce genre pour situer dans sa véritable perspective ce qu'on pourrait appeler provisoirement le code du droit des traités. Comme dans un grand nombre d'autres domaines du droit international, les parties peuvent, par traité, changer ou modifier les règles existantes du droit international. Dans une large mesure, le présent code vise à régler certaines questions qui ne seraient pas expressément réglées par les traités. Or, comme l'ont montré les débats que la Commission a consacrés au Code de procédure arbitrale, il y a certaines règles et certains principes qui transcendent le jus dispositivum des parties et sont hors de son domaine. Une déclaration expresse en ce sens s'impose tout particulièrement dans le cas des traités, précisément parce qu'ils constituent eux-mêmes une des sources du droit international. Le code du droit des traités sauvegarde en bien des cas la liberté d'action des parties. Les articles de ce code débiteront fréquemment par la caluse "A moins que les parties n'en disposent autrement". Même en l'absence d'une disposition expresse à cet effet, les parties seront souvent fondées à adopter des règles et une procédure qui répondent à leur situation particulière. Par contre, il va de soi qu'elles ne peuvent aller à l'encontre du principe qui énonce, par exemple, qu'un traité ne doit pas violer les règles obligatoires du droit international (encore qu'on puisse parfois se demander quelles règles du droit international sont impératives

et obligatoires au point d'entraîner la nullité d'un traité incompatible avec ces règles : voir l'article 15 ci-après); ou, qu'un traité ne peut, à peine de nullité, entraîner violation d'un traité antérieur auquel les États contractants sont parties; ou encore qu'un traité imposé par recours illicite à la force n'a pas caractère obligatoire. En fait, le principe qui est à la base de l'article 3 proposé constitue le fondement du droit relatif à la validité des traités, tel qu'il est exposé dans la partie III de la présente étude. A ce titre, sa présence se justifie - s'impose même - dans cette première partie du rapport, qui est générale et sert d'introduction.

DEUXIEME PARTIE
CONCLUSION DES TRAITES

Article 4

Naissance des obligations conventionnelles

Un traité acquiert force obligatoire par la signature non soumise à confirmation, la ratification, l'adhésion, l'acceptation ou tout autre moyen d'exprimer la volonté des parties, par l'intermédiaire d'un organe compétent, conformément à leurs dispositions et pratiques constitutionnelles.

COMMENTAIRE

1. L'article 4, qui intéresse la forme, énonce le principe selon lequel les parties à un traité jouissent d'une grande liberté de choix touchant les moyens leur permettant d'assumer des obligations conventionnelles. Outre les méthodes traditionnelles de la signature, de la ratification et de l'adhésion, il existe non seulement la méthode plus récente de "l'acceptation" (voir l'article 8 ci-après), mais également des méthodes telles que l'action concertée des parties procédant par échange de notes (voir plus haut le commentaire de l'article 2), la déclaration unilatérale acceptée par l'autre partie ou par les autres parties (*ibid*) et, d'une façon générale, toute autre procédure que les parties peuvent juger nécessaire d'utiliser.
2. Bien que la signature figure dans le présent article parmi les moyens d'assumer une obligation conventionnelle, elle est également un moyen d'authentifier le texte d'un traité. Il est difficile - et peut-être d'ailleurs inutile - de déterminer laquelle de ces deux fonctions est la plus importante. Cela dépendra en grande partie de la thèse qui prévaudra quant à la nature et à la nécessité de la ratification (voir plus loin l'article 6). De même, il faudra tenir compte, dans une certaine mesure, de ce qu'à l'heure actuelle, plus d'un tiers des instruments contractuels bilatéraux acquièrent force obligatoire sans ratification. Ces observations visent uniquement à éliminer les malentendus qu'il pourrait y avoir du fait que la signature est souvent considérée - et notamment au paragraphe 4 ci-après - comme l'un des moyens d'authentifier le texte d'un traité, tandis que dans le texte de l'article que nous examinons actuellement, elle figure parmi les méthodes permettant d'assumer une obligation conventionnelle. En outre, comme nous l'expliquons dans le commentaire de

l'article 5, il est très rare, pour ne pas dire plus, que la signature soit uniquement un moyen d'authentifier le texte d'un traité. Même lorsqu'elle est sujette à ratification, elle fait naître, sur un plan limité, certaines obligations qui sont loin d'être de pure procédure (voir plus loin l'article 5).

3. La dernière clause de l'article 4, qui prévoit que la volonté des parties doit s'exprimer par l'intermédiaire d'un organe compétent, conformément à leurs dispositions constitutionnelles - c'est-à-dire au droit constitutionnel comme à la pratique constitutionnelle - touche à l'une des conditions de validité des traités, qui fait l'objet de l'article 11 du présent projet (Troisième partie, validité des traités).

4. L'article 4 ne touche pas à la question des méthodes d'authentification du texte d'un traité, qui est une question de procédure. L'authentification s'effectue par la signature au nom des parties qui ont pris part aux négociations précédant le traité ou aux travaux de la conférence au cours de laquelle le traité a été négocié; par incorporation dans l'Acte final de la conférence; par incorporation dans une résolution d'un organe d'une organisation internationale, conformément à ses pratiques constitutionnelles; par une note ou une lettre qui est le point de départ d'un échange de lettres; par une déclaration unilatérale acceptée ultérieurement par la partie ou les parties auxquelles elle est adressée; ou, par tout autre moyen dont les Etats négociants peuvent être convenus. Ces autres moyens peuvent en comprendre un qui, en réalité, n'est qu'une signature provisoire, savoir le paraphe ou la signature ne varietur, qui intervient parfois dans les cas où il s'écoule un certain délai entre la conclusion des négociations et la signature du traité. La signature ou le paraphe ne varietur constitue alors une garantie de l'authenticité du texte. C'est ainsi que le traité de Garantie mutuelle de Locarno a été paraphé ne varietur le 16 octobre 1925, et il porte cette date, bien qu'il n'ait été signé que le 1er décembre 1925. L'authentification du texte d'un traité par résolution d'un organe d'une organisation internationale est une méthode relativement récente. Elle a été utilisée pour certaines conventions adoptées par l'Organisation internationale du Travail, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, ou par l'Organisation des Nations Unies elle-même, par exemple dans le cas de la Convention de 1946 sur les privilèges et

Article 4

immunités des Nations Unies, ou la Convention de 1948 sur le génocide. L'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux nous offre un exemple d'une autre procédure. Cet Acte a été signé par le Président de l'Assemblée de la Société des Nations et par le Secrétaire général. Il ne contient aucune disposition relative à la signature ou à la ratification. L'article 43 de l'Acte ne prévoit que l'adhésion.

5. La signature, la ratification et l'adhésion, considérées comme moyens de faire naître des obligations conventionnelles, font chacune l'objet d'un article distinct dans la présente section. Il en est de même de l'"acceptation" - procédure qui, bien qu'utilisée parfois avant la deuxième guerre mondiale (par exemple lorsque les Etats-Unis d'Amérique sont devenus membre de l'Organisation internationale du Travail), est d'origine récente. Si elle a été adoptée, c'est surtout parce que certains Etats voulaient éviter la clause usuelle de ratification et se dispenser ainsi d'avoir à appliquer à la lettre la procédure constitutionnelle prévue pour la ratification. Compte tenu de variantes de détails, cette procédure permet à une partie de se lier soit par signature sans réserve d'acceptation; soit par signature avec réserve d'acceptation, suivie de l'acceptation; soit enfin par l'acceptation pure et simple. A propos de l'article 8 et dans le commentaire qui l'accompagne, nous serons appelés à nous demander si l'acceptation ainsi conçue constitue en réalité un moyen distinct de contracter des obligations conventionnelles.

NOTES

1. Comme l'indique le commentaire qui précède, l'article 4 qui n'énonce aucune règle de fond vise surtout à poser en principe que les parties sont libres de choisir entre les diverses méthodes d'authentification du texte d'un traité. Nous ne croyons pas devoir faire plus à cet égard, car à notre avis l'élaboration de règles de procédure n'entre pas dans le cadre des travaux dont la Commission est chargée en matière de traités. Un manuel de procédure faisant autorité, qui servirait lors des conférences internationales et pour la conclusion des traités, serait sans doute des plus utiles, et la Commission pourrait, ultérieurement, songer à entreprendre une étude du genre de celle qui avait été envisagée à la Société des Nations par le Comité des experts pour la codification progressive du droit international. Ce Comité s'était demandé "s'il est possible de formuler des règles à recommander pour la procédure des conférences internationales, ainsi que pour la conclusion et la rédaction des traités, et quelles

pourraient être ces règles". Toutefois, bien qu'à notre avis cette question ne relève pas du domaine du Code des traités que la Commission étudie à l'heure actuelle, on ne saurait en faire totalement abstraction. Une bonne part des difficultés et des débats auxquels donne lieu le droit des traités tient à ce que les méthodes d'élaboration et de conclusion des traités sont loin d'être au point. Ainsi, - comme nous l'indiquerons dans le commentaire de l'article 7 - la controverse, d'ailleurs en grande partie théorique, sur le point de savoir si les traités qui ne contiennent aucune disposition précise touchant la nécessité de la ratification doivent être ratifiés pour acquérir force obligatoire, s'explique, dans la plupart des cas, par une omission qu'une rédaction soignée eût permis d'éviter. Il en est de même pour le manque d'uniformité dans les pratiques suivies en matière d'adhésion. Certains traités prévoient que l'adhésion sera possible à tout moment; d'autres fixent une date d'ouverture à l'adhésion; dans d'autres cas, le traité stipule qu'il ne sera ouvert à l'adhésion que lorsqu'il sera entré en vigueur. Cette variété ne semble pas justifiée. Les exemples de cet ordre abondent et nous amènent à nous demander s'il ne serait pas possible d'élaborer une procédure bien définie qui éliminerait les imprécisions et remédierait à ce manque d'uniformité sur des points où ni l'intérêt des parties, ni des considérations de commodité, ne semblent justifier des règles contradictoires ou équivoques.

2. A ce propos, la Commission voudra peut-être tenir compte, dans une certaine mesure, d'une proposition faite en 1945 par un juriste de compétence reconnue, qui envisagerait la création d'un bureau de rédaction ^{1/} pour les instruments internationaux, chargé de fournir aux gouvernements et aux conférences internationales des conseils pour la rédaction des traités. Il faudrait évidemment étudier avec le plus grand soin la nature d'un tel organe, mais il est très probable qu'il serait extrêmement utile. Dans de nombreux Etats, des rédacteurs de lois sont adjoints aux organes législatifs et jouent un rôle essentiel dans l'élaboration des textes de lois. Leur connaissance approfondie de l'ensemble de la législation s'est révélée inestimable, car elle permet d'éviter de regrettables contradictions entre textes législatifs et d'assurer l'uniformité voulue au mécanisme d'élaboration des lois. Une assistance de cet ordre serait

^{1/} Cette proposition a été formulée par M. Jenks dans le "American Journal of International Law, 39 (1945), pp.163-179.

Article 4

encore plus nécessaire sur le plan international, étant donné le problème des langues et, surtout, la variété déconcertante des dispositions légales internes et notamment des dispositions constitutionnelles des Etats. C'est ainsi que le problème délicat du jeu des limitations constitutionnelles serait en partie résolu si les parties à un traité pouvaient compter à cet égard sur les conseils de rédacteurs internationaux qui seraient chargés, entre autres fonctions, de fournir des renseignements à ce sujet. De même, dans le cas de réserves, il peut être difficile à un gouvernement d'évaluer, dans leurs moindres détails, les effets des réserves formulées par un Etat contractant à l'égard d'une convention déterminée. Dans ce cas aussi, des renseignements dignes de foi seraient d'une grande utilité. Enfin, bien que l'uniformité de terminologie ou de structure ne soit pas absolument indispensable à une application satisfaisante des traités, il est vraisemblable qu'en adoptant une pratique uniforme ou des pratiques moins diverses que les pratiques suivies à l'heure actuelle, qui prêtent souvent à confusion, on renforcerait l'autorité et l'on favoriserait le développement de cette branche du droit international. Les gouvernements peuvent évidemment faire appel à leurs propres conseillers juridiques, qui connaissent bien les problèmes du droit international. Toutefois, de par la nature même des choses, on ne saurait attendre de ces experts qu'ils aient les connaissances détaillées et spécialisées que donne une étude approfondie de l'ensemble du droit des traités et des dispositions correspondantes du droit interne de chaque Etat. C'est pourquoi on peut se demander si, indépendamment de la codification du droit des traités, la Commission ne devrait pas recommander la création, sous les auspices et dans le cadre des Nations Unies, d'un service qui fournirait aux gouvernements des experts pour les aider à rédiger les traités et qui serait régulièrement représenté aux conférences internationales chargées d'élaborer des conventions. Rappelons qu'à ses sixième et septième sessions, l'Assemblée générale a étudié des propositions tendant à confier à un groupe d'experts juridiques la rédaction de textes et d'instruments juridiques émanant de l'Assemblée, notamment des conventions conclues sous ses auspices^{1/}.

^{1/}Pour le texte de la proposition présentée à cet effet par le représentant du Royaume-Uni, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Sixième Commission, page 41. M. Liang et M. Liu ont publié dans le American Journal of International Law (47.1953, pp.70-83) un aperçu général des débats que l'Assemblée générale a consacrés à cette question.

Article 5

Signature

1. La signature d'un traité donne naissance à une obligation ayant force de loi dans tous les cas où les parties en conviennent expressément ou lorsque, conformément aux dispositions de l'article 6, la confirmation de la signature n'est pas nécessaire.
2. Dans tous les autres cas, la signature ou tout autre moyen de contracter une obligation sous réserve de confirmation ultérieure, n'a pas pour effet de lier les parties, mais entraîne l'obligation, qui doit être exécutée de bonne foi :
 - a) De soumettre l'instrument aux autorités constitutionnelles compétentes afin qu'elles l'examinent en vue de sa ratification ou de son rejet;
 - b) De s'abstenir, antérieurement à la ratification, de tout acte qui aurait essentiellement pour but de compromettre la valeur de l'engagement tel qu'il a été signé.

COMMENTAIRE

1. La question qui fait l'objet du présent article est étroitement liée à celle de la ratification, dont traite l'article 6; les deux questions chevauchent. Cependant la signature, en tant que mode distinct de contracter une obligation conventionnelle, est admise, dans la pratique, d'une façon très générale et de plus en plus répandue, si bien qu'il convient de préciser ce caractère dans un article séparé. Il n'en reste pas moins qu'en faisant de la signature un moyen de contracter une obligation, on s'écarte de la règle normale, qui exige la ratification. Il sera donc plus commode de commenter dans le détail cette partie - le paragraphe 1 - de l'article 5 en même temps que l'article relatif à la ratification.
2. En déclarant que "la signature, ou tout autre moyen de contracter une obligation sous réserve de confirmation ultérieure... entraîne l'obligation, qui doit être exécutée de bonne foi, de soumettre l'instrument aux autorités constitutionnelles compétentes afin qu'elles l'examinent en vue de sa ratification ou de son rejet", on avance une affirmation qui, en tant qu'expression d'une règle de droit international, est discutable même dans sa rédaction actuelle, manifestement restrictive. L'opinion la plus courante est qu'un Etat n'est pas tenu de

Article 5

ratifier un traité qu'il a préalablement signé. Cette opinion correspond exactement à la règle de droit international en vigueur en cette matière. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'un grand nombre d'auteurs ne l'acceptent qu'avec certaines réserves : ils font observer que le droit de refuser de ratifier n'est pas absolu, qu'il ne doit pas être exercé à la légère ou arbitrairement et qu'un abus de ce droit porte atteinte non seulement à la réputation de l'Etat intéressé, mais aussi à l'autorité du droit international et aux exigences des relations internationales. On a aussi parfois émis l'avis qu'il y a obligation juridique de ratifier lorsque leurs pleins pouvoirs autorisent les plénipotentiaires non seulement à négocier, mais aussi à conclure le traité. Bien que ces thèses, et d'autres du même ordre, ne semblent guère admises par la pratique actuelle, elles soulignent l'inconvénient et les désavantages de la règle du droit absolu, pour un Etat, de ne considérer la signature que comme un mode d'authentification. Ce sont des considérations de ce genre qui inspirèrent la résolution par laquelle, en 1930, l'Assemblée de la Société des Nations autorisa le Secrétaire général à prier, chaque année, les signataires de traités conclus sous les auspices de la Société des Nations, de lui faire connaître leurs intentions concernant la ratification de ces conventions.

Ces considérations ne restreignent pas la portée du principe en vigueur, celui du droit de refuser de ratifier une signature librement apposée. Mais à la longue, ce principe ne peut être appliqué d'une façon satisfaisante que si certaines restrictions, quelque limitée qu'en soit la portée, viennent en atténuer la rigueur. Il ne suffira sans doute pas de se dire que l'Etat qui refuse d'une façon régulière et sans motif valable de ratifier sa signature compromettra vraisemblablement sa propre activité conventionnelle, du fait que les autres Etats se refuseront à conclure des traités avec lui. Cette éventualité n'a pas empêché certains gouvernements de s'abstenir indéfiniment de donner la suite voulue à des signatures librement apposées - ce qui a contribué à affaiblir, dans son ensemble, tout le mécanisme des conventions internationales.

3. La solution ne peut consister à imposer aux gouvernements le devoir de confirmer des signatures qu'ils n'ont données qu'à la condition expresse de rester libres de les confirmer ou de ne pas les confirmer. Le droit international n'impose aucune obligation de ce genre, à moins qu'elle n'ait été acceptée soit expressément soit tacitement. Cela ne signifie pas, toutefois, que l'on doive se

borner, dans une codification du droit des traités, à proclamer qu'il n'existe pas de devoir de confirmer la signature apposée sur un traité. Il faut considérer que la bonne foi - donc un principe de droit et non pas seulement de prudence politique - exige de l'Etat signataire d'un traité qu'il soumette ce traité aux autorités constitutionnelles compétentes afin qu'elles décident si la signature doit être confirmée. Il s'agit là nécessairement d'une obligation imparfaite, dont le gouvernement intéressé doit s'acquitter dans la mesure où les circonstances le permettent. Il peut même s'agir d'une obligation purement théorique, lorsqu'il est peu probable que les vues des autorités constitutionnelles compétentes diffèrent de celles d'un pouvoir exécutif décidé à ne pas donner la suite voulue au traité. C'est cependant une obligation de droit, mais il est facile d'y satisfaire. Aux termes de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, les gouvernements dont les représentants ont voté contre une convention adoptée par une conférence, sont tenus de soumettre cette convention aux autorités nationales, pour qu'elles l'approuvent ou la rejettent. Les gouvernements ont toute liberté d'action pour confirmer ou rejeter un traité qu'ils ont signé sous condition de confirmation ultérieure - cette condition étant la règle normale en l'absence de dispositions expresses ou implicites en sens contraire. (Voir plus loin l'article 6). Ce que la bonne foi leur interdit, c'est de signer un traité et d'agir ensuite comme s'ils n'y portaient aucun intérêt ou comme si leur signature constituait une simple formalité d'authentification. Rien, dans le droit international, ne permet de rabaisser à ce point le rôle de la signature. Même lorsqu'elle est donnée sous réserve de confirmation ou de ratification ultérieure, la signature d'un instrument est plus qu'un mode d'authentification du texte. Dans bien des cas, le texte existe déjà, comme, par exemple, lorsqu'un texte arrêté est adopté par une conférence et ouvert à la signature^{1/}, sous réserve

^{1/}L'exemple qui suit démontre que, même du point de vue de la forme, la signature, sans faire naître d'obligations qui lient le signataire, peut avoir un caractère autre que celui d'une simple authentification du texte. L'Acte final des quatre Conventions de Genève de 1949 stipule que les textes desdites Conventions ont été arrêtés par la Conférence. L'Acte final a été signé le 12 août 1949 par la totalité des 61 Etats participants. Ces signatures n'équivalaient pas à la signature des Conventions. Seize délégations seulement, en effet, signèrent toutes les quatre Conventions; les Etats-Unis d'Amérique ne signèrent que les Conventions n°1, 2 et 3. Les autres délégations signèrent les quatre Conventions au cours d'une séance spéciale, le 8 décembre 1949, à laquelle les Etats-Unis signèrent également la Convention n°4. Chaque Convention portait la date du 12 août 1949. Chacune d'elles était, jusqu'au 12 février 1950, ouverte à la signature au nom des Puissances représentées à la Conférence ainsi que des Puissances qui participaient à la Convention de Genève antérieure sur le même sujet. Après cette date, les Conventions étaient ouvertes à l'adhésion.

Article 5

de ratification, pendant une période déterminée, ou lorsque l'adhésion à un texte déjà arrêté ou l'acceptation de ce texte s'effectue par signature sous réserve de ratification. Le véritable principe de droit, en ce qui concerne les effets juridiques de la signature est, à notre avis, exposé exactement dans le passage ci-après du commentaire qui suit l'article 9 du projet de Convention de Harvard :

"A notre sens, lorsqu'un plénipotentiaire dûment autorisé signe un traité au nom de l'Etat qu'il représente, la signature n'est pas une simple formalité dépourvue d'effet juridique et qui n'impose à l'Etat signataire aucune obligation morale ou juridique. Il semble que, lorsqu'un traité a été signé au nom d'un Etat, les organes de celui-ci, aussi bien tous ceux qui ont pouvoir d'agir pour lui que celui qui a précisément la charge de conclure des traités, ne sont pas absolument libres, s'ils veulent agir de bonne foi, de se comporter comme si le traité n'avait jamais été signé. Il semble également que chaque Etat signataire est en droit de présumer que l'autre considérera que sa signature a été donnée sérieusement, que normalement il procédera à la ratification et que, dans l'intervalle, il n'adoptera pas une politique qui rendrait vaine la ratification ou qui contrecarrerait, après la ratification, l'application des dispositions du traité".

En passant sous silence la question de l'obligation de prendre des mesures appropriées en matière de confirmation ou de répudiation de la signature, les auteurs du projet de Harvard ont omis de tirer les conclusions nécessaires du principe ainsi exposé. Le présent projet tire ces conclusions. Il existe des raisons impérieuses de ne pas permettre à un signataire de traiter sa signature comme une formalité dépourvue de sens. En signant un traité, une partie exerce une grande influence sur certaines des clauses de procédure du traité (clauses généralement dénommées "clauses finales" bien que, dans certaines conventions, elles figurent dans les premiers chapitres). Sa signature sert à déterminer des questions comme le droit d'adhésion, la recevabilité des réserves, les conditions d'entrée en vigueur et nombre d'autres. En fait, cette remarque vaut non seulement pour les clauses de style et de procédure du traité, mais aussi pour ses dispositions de fond. En effet, ces dispositions peuvent avoir subi l'influence profonde, voire même décisive, du ou des Etats signataires en question. Sous bien des rapports, le traité est le résultat d'un compromis laborieux, auquel certains Etats se rallient, souvent avec répugnance, pour assurer la participation d'autres

Etats. Il arrive fréquemment qu'un Etat signe ou ratifie une convention parce qu'il considère, en cas de doute, que la signature d'un ou de plusieurs autres Etats est un motif suffisant de signer lui-même le traité. Mais si ces Etats sont libres, par la suite, d'agir comme si leur signature ne comportait aucune sorte d'obligation, les concessions consenties par les autres signataires auront été faites en vain, puisqu'ils n'obtiendront pas la compensation qu'ils étaient en droit d'escompter. En outre, le simple fait de la signature confère au signataire des droits - dont certains, il est vrai, sont controversés - et il est équitable qu'en contrepartie de ces droits le signataire assume certaines obligations. Par exemple, une opinion très répandue veut qu'un Etat signataire ait son mot à dire au sujet de la recevabilité des réserves et, dans certains cas, des adhésions. D'après une opinion que le présent article présente comme l'opinion orthodoxe, la signature oblige les signataires à s'abstenir, antérieurement à la ratification, de tout acte incompatible avec l'objectif visé par le traité. Mais si la signature est une pure formalité, qui n'entraîne pour les autres aucune obligation quelle qu'elle soit, il ne semble y avoir aucune justification à cette contrainte volontaire. Toutes ces considérations amènent à conclure que la signature, si elle n'entraîne pas l'obligation de ratifier, implique pour le signataire le devoir de prendre certaines mesures montrant qu'il accepte le principe suivant lequel la ratification est l'aboutissement naturel et le but de la signature.

4. Par contre, les auteurs du projet de convention de Harvard ont correctement appliqué le principe cité ci-dessus à la question des obligations de l'Etat signataire entre la signature et la ratification. Sur ce point, le présent article adopte, comme formulant le droit en vigueur, le principe suivant lequel la signature implique l'obligation " de s'abstenir, antérieurement à la ratification, de tout acte qui aurait essentiellement pour but de compromettre la valeur de l'engagement tel qu'il a été signé". On remarquera : 1) que cette obligation constitue un devoir non seulement moral mais juridique; 2) qu'elle vise uniquement les actes qui ont pour but, et non pas seulement pour effet, de compromettre la valeur de l'engagement tel qu'il a été signé. En effet, cette règle entend interdire tout acte commis de mauvaise foi, par lequel une partie cherche délibérément à priver l'autre partie des avantages qu'elle espérait à bon droit retirer du traité et en vue desquels elle a fait les concessions appropriées. C'est ainsi que, pour prendre un exemple précis, dont a eu à connaître la Cour

Article 5

permanente de justice internationale dans l'affaire citée plus loin, un Etat agirait de mauvaise foi et contreviendrait à une obligation juridique si, après s'être engagé à céder à un autre Etat une portion de son territoire, il procédait, entre la signature et la ratification, à l'aliénation de tous les biens publics qu'il possède dans cette zone, biens qui, sans cela, seraient devenus la propriété de l'autre partie contractante en vertu des règles en vigueur en matière de cession de territoires. Ceci dit, en dehors des actes délibérés qui ont pour but de priver l'autre partie de certains des avantages du traité, on ne peut retirer à une partie contractante, pendant une période qui peut être longue et peut même se prolonger indéfiniment, sa liberté d'action touchant les actes normaux de l'administration publique. Sous cette réserve, la signature impose à un Etat le devoir défini dans le présent article. C'est là, en fait, la règle que la Cour permanente de justice internationale a posée dans l'Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise. Tout en confirmant qu'un Etat peut disposer de la propriété publique après la signature du traité, la Cour a limité ce droit en déclarant qu'un abus donnerait à un acte d'aliénation le caractère d'une violation d'une obligation internationale; qu'un tel abus ne se présume pas mais qu'il incombe à celui qui l'allègue de fournir la preuve de son allégation. (Série A, fascicule n°7, page 30). Passant à l'examen des faits, la Cour a conclu que les actes d'aliénation de l'Allemagne ne sortaient pas du cadre de l'administration normale des biens publics, et qu'ils n'étaient pas destinés à priver la Pologne d'un droit qu'elle aurait possédé. On trouve dans le même sens des décisions d'autres tribunaux nationaux et internationaux ^{1/}.

^{1/} Voir, notamment, les affaires suivantes : Megalidis c. Turquie, jugée en 1923 par le Tribunal arbitral mixte helléno-turc (Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, volume 8, page 390); Schrager c. Workmen's Accident Insurance Institute, jugée en 1927 par la Cour suprême de Pologne, (Annual Digest, 1927-1928, affaire n°274); Rentengutsvertrag (Dantzig) jugée en 1928 par le Obergericht de Dantzig (ibid., affaire n°276). Dans l'affaire Kemeny c. Etat yougoslave, le Tribunal arbitral mixte hongaro-yougoslave a jugé que la concession de droits d'exploitation minière, le 20 mars 1920, c'est-à-dire avant la signature du Traité de Trianon, mais postérieurement à l'armistice, ne contrevenait pas aux obligations imposées par le Traité (ibid., affaire n°374).

Presque tous les auteurs qui ont étudié cette question se déclarent en faveur de la règle telle qu'elle est énoncée. Certains traités stipulent expressément que les parties doivent s'y conformer; voir par exemple l'article 38 de l'Acte général de Berlin du 26 février 1885, où il est dit : "En attendant la ratification, les Puissances signataires de cet Acte général s'obligent à n'adopter aucune mesure qui serait contraire aux dispositions dudit Acte". Dans la mesure où ces dispositions, ou d'autres du même genre, visent les actes envisagés dans le présent article 5, elles ne font qu'énoncer un principe en vigueur. Dans la mesure où elles interdisent toute mesure contraire au traité, elles vont probablement plus loin que cet article, car celui-ci n'interdit que les actes qui ont délibérément pour but de priver l'autre partie contractante des avantages prévus dans le traité.

5. En ce qui concerne les paragraphes 3-5 de ce commentaire, ce qui est dit des effets juridiques de la signature doit s'entendre compte tenu de la clause suivant laquelle ces effets s'étendent aussi à "tout autre moyen de contracter une obligation sous réserve de confirmation ultérieure". Ceci vise les cas dans lesquels, par exemple, une adhésion (voir plus bas, article 7) une acceptation, ou une déclaration unilatérale (voir plus haut, article 2) se font sous réserve de confirmation ultérieure.

NOTES

1. L'article 5 que nous proposons diffère profondément des articles que la Commission a provisoirement adoptés en la matière; c'est pourquoi les observations qui suivent peuvent être utiles. On ne trouvait, dans ces textes provisoires, aucun article distinct consacré à la signature, bien que la signature figurât au nombre des moyens de contracter une obligation conventionnelle. Ceci provient sans doute du fait que la Commission, tout en reconnaissant que les parties peuvent se considérer liées par la signature, avait tendance à envisager la signature surtout comme un moyen d'authentification, et voyait avec quelque défaveur, comme contraire aux préceptes de droit constitutionnel, l'emploi de la signature comme moyen de contracter une obligation immédiate. Or en fait, la pratique des gouvernements reconnaît de plus en plus ce caractère à la signature. En outre, même dans les cas où la signature ne va pas jusqu'à entraîner une obligation immédiate, sa signification juridique dépasse la portée d'une simple authentification. Qu'elle soit ou non donnée sous réserve de ratification, le signataire, en la donnant, déclare son intention de devenir partie au traité. Il est intéressant de noter que, dans de nombreux cas, les conventions multilatérales signées par des Etats ou des organisations d'Etats participant aux conférences qui les adoptent, stipulent que d'autres Etats pourront les signer jusqu'à une date déterminée ou y adhérer après cette date. De plus, de nombreux accords conclus récemment sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, et qui n'exigent pas la ratification, font ressortir le rôle de la signature en tant que préliminaire de l'adhésion (article 7) ou de l'acceptation (article 8). ^{1/}

2. A notre avis, ce serait traiter le problème d'une façon trop superficielle, du point de vue tant de la codification que du développement du droit international, que de se borner à dire qu'il n'existe aucune obligation de ratifier une signature. Convenablement complétée, cette déclaration négative est correcte. Isolée, elle est incomplète, donc incorrecte. Une partie qui a signé un traité n'est pas obligée de le ratifier. Mais, pour respecter les

^{1/} Voir, par exemple, la Convention sanitaire internationale pour la navigation aérienne du 15 décembre 1944, qui dispose, dans son article XVII, qu'elle entrera en vigueur aussitôt qu'elle aura été acceptée, par voie de signature ou d'adhésion, par dix gouvernements au moins.

règles juridiques et le principe de la bonne foi, elle ne peut agir - ou s'abstenir d'agir - comme si elle n'avait jamais signé le traité. Elle doit étudier le traité pour décider si elle l'approuvera ou non; elle jouit pour cette décision d'une entière liberté d'action. On ne doit pas attacher une importance décisive au fait que les gouvernements n'ont pas expressément admis ce principe ou que le rapport présenté sur ce point par la Commission nommée par l'Assemblée de la Société des Nations, et qui concluait à l'obligation de soumettre le traité aux autorités compétentes en vue de son approbation ou de son rejet, n'a pas été formellement accepté. Lorsqu'elle codifie le droit international, la Commission n'est pas tenue de se borner à enregistrer la pratique générale. Si telle était sa mission, ses travaux seraient, pour partie, théoriques et, pour partie, superflus. Si, dans certains domaines, la Commission peut s'acquitter convenablement de sa tâche en se bornant à formuler des règles qui expriment la pratique générale, sur d'autres points - là où une pratique générale fait défaut - sa mission consiste à formuler des règles fondées sur ce qu'elle considère être le principe juridique correct, le respect de la bonne foi, et telles pratiques qu'elle juge les plus propres à servir l'efficacité et le développement du droit international.

3. Les mêmes considérations s'appliquent à la seconde conséquence de la signature, c'est-à-dire à l'obligation de s'abstenir, entre la signature et la ratification, de toute mesure ayant pour but de vider le traité de tout ou partie de ses effets, et, de la sorte, de tromper l'autre partie contractante. C'est là également, une obligation juridique. La Commission s'est abstenue d'exprimer ce principe, car elle a jugé, comme il est dit dans son commentaire de l'article 7 provisoire, que "la documentation (existante) est trop fragmentaire et trop peu concluante pour servir de base à une codification". Toutefois, le commentaire consacré au présent article montre que la jurisprudence, y compris celle de la juridiction internationale la plus haute, est aussi complète qu'il est possible de le souhaiter dans les circonstances. Même s'il existait un organe judiciaire international exerçant de façon régulière une compétence obligatoire, on ne saurait s'attendre à ce qu'il ait à se prononcer souvent sur un problème qui - de par sa nature même - ne se pose qu'exceptionnellement. Ici, encore, ce qui importe avant tout, dans l'œuvre

Article 5

de codification, c'est de tirer, à la lumière de la pratique existante, les conclusions qui découlent nécessairement du principe de la bonne foi (qui est partie du droit), du rôle de la signature (qui est plus qu'une simple authentification) et des exigences de relations internationales loyales. Presque tous les auteurs qui ont étudié ce problème sont arrivés à la conclusion que formule notre article, encore que certains, et notamment Anzilotti, fondent cette conclusion non sur l'effet du traité comme tel, mais sur le principe qui interdit l'abus de droits. Anzilotti s'exprime comme suit :

"Il faut encore observer que, en excluant tout effet obligatoire du traité antérieurement à la ratification, on ne veut pas dire que l'Etat puisse ne tenir aucun compte du texte intervenu et faire comme si rien ne s'était produit. Il y a lieu, par contre, d'admettre que, lorsque la procédure de ratification d'un traité régulièrement signé est pendante, l'Etat doit s'abstenir d'accomplir des actes de nature à rendre impossible, ou plus difficile, l'exécution régulière du traité une fois ratifié. Mais il est clair qu'il ne s'agit pas alors d'un effet du traité comme tel, mais bien d'une application du principe qui défend d'abuser du droit." (Cours de droit international dans la traduction de Gidel, 1929, page 372.)

4. Nous n'avons pas cru devoir mentionner dans le commentaire les dérogations conventionnelles au principe en vertu duquel une partie peut refuser de ratifier un traité. Cette dérogation est instituée par l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, qui dispose que le Membre de l'Organisation qui aura obtenu le consentement de l'autorité compétente est tenu de communiquer sa ratification de la Convention en question. Dans le cas des conventions internationales du travail, la question de la ratification d'une signature préalablement donnée ne se pose pas à proprement parler. La ratification a plutôt le caractère d'une adhésion que celui d'une ratification dans le sens admis du terme. Dans le cas d'autres traités, la question soulève certaines difficultés. On allègue souvent qu'une partie contractante n'est nullement tenue de ratifier un traité qu'elle a signé et qui a reçu, du pouvoir législatif, l'approbation nécessaire à la ratification. (Voir par exemple, en ce qui concerne les décisions et la pratique du Gouvernement français dans ce

domaine, l'étude de Preuss dans le American Journal of International Law, 44 (1950), page 649). Toutefois, refuser de ratifier dans ces conditions, c'est pousser jusqu'à l'extrême l'application du principe suivant lequel une partie contractante est libre de se refuser à ratifier un traité qu'elle a signé. En effet, la raison d'être de la ratification réside surtout dans la nécessité d'une approbation par le pouvoir législatif. Certaines raisons peuvent justifier, dans des circonstances de ce genre, le refus de ratifier un traité - raisons qui sont en grande partie identiques à celles qui justifient une dénonciation unilatérale - mais elles doivent être considérées comme exceptionnelles. La Commission se doit d'étudier cette question, qui se pose d'une façon particulièrement sérieuse lorsque l'article qui exige la ratification est rédigé de telle façon que l'approbation législative apparaît comme l'unique motif de la ratification.

Article 6

Ratification

1. La ratification est l'acte par lequel un organe compétent d'un Etat approuve formellement, en reconnaissant sa force obligatoire, le traité ou la signature y apposée.
2. En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une Partie contractante, à moins :
 - a) Que le traité ne prévienne effectivement le contraire en disposant, sans mentionner la ratification, qu'il entrera en vigueur dès la signature ou à toute autre date, ou quand se produira un événement déterminé autre que la ratification;
 - b) Que le traité, tout en prévoyant la ratification, ne dispose également que l'entrée en vigueur aura lieu avant cette ratification;
 - c) Que le traité n'ait été conclu sous la forme d'un échange de notes ou d'un accord entre des services gouvernementaux;
 - d) Que les circonstances concomitantes ou la pratique suivie par les Parties contractantes intéressées ne fassent apparaître leur intention de contracter une obligation qui les lie sans qu'il soit besoin de ratification.

[Variante pour le paragraphe 2]

2. La confirmation du traité par voie de ratification n'est de rigueur que si le traité comporte une disposition à cet effet.

COMMENTAIRE

1. La ratification considérée comme l'acte de confirmation par un organe compétent. La question de savoir quel est l'organe compétent pour ratifier un traité est une de celles que le droit international laisse à la Constitution, et, d'une manière générale, à la législation des parties, qu'il s'agisse d'Etats ou d'organisations d'Etats. En ce qui concerne les Etats, et bien qu'en règle générale le pouvoir de ratifier les traités appartienne officiellement au chef de l'Etat, la plupart des constitutions restreignent l'application de ce principe en stipulant que la ratification ne peut intervenir, ou ne peut avoir force obligatoire, qu'après avoir été approuvée par le pouvoir législatif ou par l'une

de ses Chambres. Dans certains pays, cette règle s'applique à tous les traités; dans d'autres, elle ne s'applique qu'à certaines catégories de traités. Le principe qui prévaut dans certains pays, ceux du Commonwealth britannique par exemple, selon lequel le chef de l'Etat jouit de pleins pouvoirs pour ratifier les traités, est en pratique modifié par l'usage qui veut que le Parlement donne son accord avant que les traités importants ou certaines catégories de traités ne soient ratifiés. Dans ces pays, le pouvoir théoriquement sans réserve dont jouit le chef de l'Etat pour ratifier les traités est limité par le principe selon lequel les dispositions des traités qui touchent les droits individuels des citoyens doivent être incorporées, par une mesure législative, dans la législation du pays avant de pouvoir être appliquées par les tribunaux. Il n'y a qu'un très petit nombre d'Etats - notamment l'Arabie saoudite, l'Ethiopie, la Jordanie, le Maroc et la Cité du Vatican - où le droit national confère au chef de l'Etat un pouvoir illimité en matière de ratification. La Constitution écrite ou la pratique constitutionnelle confère parfois à certaines autorités, autres que le chef de l'Etat, le pouvoir de ratifier des accords internationaux.^{1/} Ces dispositions sont rares cependant, car, dans la pratique suivie par de nombreux Etats, les accords conclus entre services gouvernementaux ne sont pas soumis à ratification (voir plus loin, paragraphe 5 c)). En tout cas, quelles que puissent être les dispositions du droit interne, le respect de ces dispositions, dans la

^{1/} Aux Etats-Unis d'Amérique, une loi, adoptée en 1934, stipule que le Ministre des Postes peut, le Président consulté et ayant donné son assentiment, négocier et conclure des conventions et des accords postaux. Ces accords et conventions sont ratifiés par le Ministre des Postes. Le sceau de l'Administration des Postes est apposé sur l'instrument de ratification.

Article 6

mesure où elles sont connues et peuvent être établies (voir plus loin l'article 11), est une condition essentielle de l'entrée en vigueur du traité^{1/}

2. La clause "approuve formellement, en reconnaissant sa force obligatoire, le traité ou la signature y apposée", signifie qu'en règle générale, l'acte de ratification peut être ou bien l'approbation d'un instrument que l'Etat n'a pas préalablement signé, ou bien, ce qui est la règle normale, l'approbation d'une signature déjà apposée par les représentants de l'Etat dûment autorisés à signer le traité. On déclare parfois (comme par exemple dans le commentaire de l'article 6 du projet de convention de Harvard) que la ratification n'est pas la confirmation de la signature (ou de son équivalent) mais la confirmation du traité. Nous pensons que cette conception, qui a été adoptée dans le commentaire du projet de convention de Harvard et dans l'article 5 du projet provisoire de la Commission, va à l'encontre des termes habituellement employés dans les instruments de ratification, qu'elle est contraire à la doctrine

^{1/} Il y a lieu de noter à ce propos que le terme "ratification", tel qu'il est employé ici, vise la ratification internationale. Le droit et la constitution de certains pays appellent "ratification" ce qui est en fait l'accord donné par le pouvoir législatif à la ratification internationale par le chef de l'Etat, qui interviendra ultérieurement. Le message suivant, adressé par le Congrès péruvien au Président de la République, montre bien cette acception du mot. "ratification" : "Resolución Legislativa No 11828, Lima, 3 de abril de 1952. Senor : El Congreso, en ejercicio de la atribución que le confiere el inciso 21 del artículo 123 de la Constitución política del Estado, ha resuelto ratificar el Convenio Comercial suscrito con la República Federal de Alemania, en Bonn, el 20 de julio de 1951." (Revista Peruana de Derecho Internacional, 1952, pp. 130-131). D'autre part, l'article 27 de la Constitution française de 1946 emploie à cet égard des termes plus précis : "Article 27. Les traités relatifs à l'organisation internationale, les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ceux qui modifient les lois internes françaises, ainsi que ceux qui comportent cession, échange, adjonction de territoire, ne sont définitifs qu'après avoir été ratifiés en vertu d'une loi".

prépondérante et qu'elle ne tient pas compte du caractère particulier de la signature, qui produit ses effets juridiques propres. Il importe peu, à cet égard, que les signatures soient celles des représentants personnels du chef de l'Etat ou celles des représentants de l'Etat lui-même ^{1/}. Cette conception de la signature - que nous jugeons inexacte - a pour but, en diminuant son rôle juridique, de souligner qu'il n'existe aucune obligation juridique de confirmer la signature. Or, il n'est pas besoin de recourir à une telle interprétation de la valeur de la signature pour défendre ce qui est une règle incontestée. Cela ne signifie pas - nous l'avons indiqué dans le commentaire de l'article 5 et nous l'indiquons plus loin - que la signature soit dépourvue de valeur ou d'effets juridiques.

La rédaction proposée pour le paragraphe 1 de l'article 6 a été adoptée en prévision du cas - qui se présente, par exemple, pour les conventions de l'Organisation internationale du Travail ou pour certains traités portant création d'une organisation internationale, qui sont adoptés par la Conférence et soumis à l'acceptation ultérieure des Etats - où des traités sont ratifiés sans être soumis à signature (bien que, même dans ce cas, la participation du représentant de l'Etat à l'élaboration et à l'adoption du traité par la conférence ou l'organe d'une organisation internationale corresponde le plus souvent à une signature).

^{1/} A notre avis, le Juge BASDEVANT expose correctement la question, sur le plan juridique, dans l'opinion dissidente qu'il a rédigée dans l'affaire Ambatielos entre la Grèce et le Royaume-Uni (Exception préliminaire). Il dit : "La rédaction et la signature d'un accord international sont les actes par lesquels s'énonce la volonté des Etats contractants; la ratification est l'acte par lequel la volonté ainsi exprimée est confirmée par l'autorité compétente en vue de lui donner force de droit." Cour internationale de Justice, (Recueil, 1952, page 69). De même, l'éminent juriste prend, en fait, position contre toute tendance à établir une distinction entre la ratification dans son sens juridique général et une conception de la ratification particulière au droit international (ou entre la notion de ratification dans le droit international ancien et dans le droit international moderne); il déclare : "Lorsqu'ils ont signé leurs instruments de ratification, actes par lesquels ils confirmaient l'accord intervenu entre leurs plénipotentiaires respectifs et donnaient un caractère définitif à la déclaration de volonté des Etats contractants, le Président de la République grecque et le Roi du Royaume-Uni ont entendu uniquement confirmer ce qui avait été énoncé par leurs plénipotentiaires."

Article 6

3. Le paragraphe 2 de l'article 6 traite d'une question souvent débattue mais d'une importance pratique nettement limitée, celle de savoir si les traités, en l'absence d'une disposition contraire, expresse ou implicite, exigent la ratification. Pour les raisons exposées ci-après, on peut envisager deux versions - apparemment contradictoires - du paragraphe en question. Dans la première version, la réponse est affirmative. Il est évident que, dans cette version du paragraphe 2, on rejette implicitement le point de vue selon lequel la ratification n'est de rigueur que s'il est stipulé, expressément ou implicitement, que le traité est soumis à ratification. Les raisons qui sont à la base de la thèse soutenue dans cette première version peuvent être exposées de la façon suivante : L'importance du contenu des traités est telle que, si les parties n'ont pas écarté la nécessité de la ratification, celle-ci doit être considérée comme essentielle pour que le traité soit valide sur le plan international. On ne peut guère considérer comme convaincant l'argument selon lequel, étant donné que de nombreux traités stipulent expressément la nécessité de la ratification, les parties doivent être considérées, dans tous les autres cas, comme ayant écarté cette formalité. En effet, une disposition expresse quant à la ratification peut simplement signifier que les parties ont voulu insister sur la solennité et l'importance du traité et ne laisser subsister aucun doute à ce sujet. D'ailleurs, a-t-on fait remarquer, on pourrait, par un raisonnement analogue, dire que puisque de nombreux traités stipulent expressément qu'ils entreront en vigueur au moment de la signature (c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de les ratifier), l'absence de toute mention à ce sujet signifierait qu'il doit y avoir ratification. La controverse est, dans une grande mesure, purement théorique. Les instruments de caractère particulièrement formel, désignés sous le nom de traités ou conventions entre chefs d'Etat ou entre Etats, contiennent presque tous des dispositions expresses quant à la ratification. On trouve parfois ces dispositions, mais cela est plus rare, dans les échanges de notes et dans les accords entre services gouvernementaux. Quelle que soit leur nature, les traités stipulent que l'instrument sera ratifié, ou bien, en déclarant qu'il entrera en vigueur dès la signature, ou à une certaine date, ou quand se produira un événement déterminé écartent la nécessité de la ratification. Telle est la pratique habituellement suivie. Le silence, en la matière, est exceptionnel. Dans ces conditions, il peut paraître superflu d'énoncer, au paragraphe 2 de l'article 6, les cas dans lesquels, en

L'absence de dispositions en la matière, la ratification est inutile. Cependant, l'un des objets de la codification est de poser les règles applicables aux cas - même si ceux-ci sont rares - dans lesquels la question n'est pas expressément réglementée par les parties.

4. Comme nous l'avons déclaré, l'importance pratique de l'article 6 tel qu'il est rédigé se trouve quelque peu diminuée du fait qu'un nombre croissant de traités stipulent, sans mentionner la ratification, qu'ils entreront en vigueur soit lors la signature, soit à une date déterminée, soit lorsque se produira un événement déterminé. Près d'un tiers des accords bilatéraux conclus entre Etats ou organisations d'Etats contiennent des dispositions en ce sens. Ce fait montre bien ce qu'il y a d'exagéré dans la thèse selon laquelle la pratique suivie en droit moderne a eu pour effet de réduire le rôle de la signature - thèse qui appelle tout autant de méfiance que celle selon laquelle il y aurait, dans la pratique actuelle, une tendance à supprimer la ratification en faveur soit de la signature, soit de méthodes nouvelles telles que l'acceptation. En réalité, la signature et la ratification sont toutes deux - avec l'adhésion - les moyens normaux d'assumer les obligations d'un traité. On pourrait gagner en clarté et en simplicité en leur conservant ce caractère. Venons-en, maintenant, au commentaire de la première version du paragraphe 2.

5 a). "En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une partie contractante, à moins : a) que le traité ne prévoie effectivement le contraire en disposant, sans mentionner la ratification, qu'il entrera en vigueur dès la signature ou à toute autre date, ou quand se produira un événement déterminé autre que la ratification."

Comme nous l'avons signalé, les divers moyens d'éviter la ratification - notamment la fixation d'une date précise d'entrée en vigueur - sont fréquemment utilisés, dans la pratique internationale, pour les accords bilatéraux.^{1/} Il est

^{1/} Ainsi, les exemples tirés d'un volume choisi au hasard dans le Recueil des traités des Nations Unies - volume 76 (1950) - montrent que plus d'un tiers des instruments qui sont reproduits dans ce volume stipulent qu'ils entreront en vigueur dès la signature. Dans la deuxième catégorie - l'entrée en vigueur à une date déterminée autre que celle de la signature - on trouve l'Accord de commerce du 15 décembre 1948 entre le Danemark et la Turquie qui prévoyait qu'il entrerait en vigueur le 1er janvier 1949 (Ibid. page 20). L'échange de notes en date du 28 février 1945 constituant un accord entre les Etats-Unis

Article 6

1/ (suite de la Note)

d'Amérique et le Gouvernement provisoire de la République française relatif aux principes applicables à la fourniture d'aide aux forces armées des Etats-Unis stipulait que l'accord entrerait en vigueur à la date de la signature avec effet rétroactif au 6 juin 1944 (Ibid., page 215). Dans la troisième catégorie - entrée en vigueur lorsque se produira un événement déterminé - on trouve l'Accord de paiement, en date du 15 décembre 1948, entre le Danemark et la Turquie qui prévoyait que l'accord entrerait en vigueur le même jour que l'Accord de commerce signé par les Parties (Ibid., page 6). Une disposition analogue figure dans l'échange de notes entre les Pays-Bas et la Nouvelle-Zélande, en date du 18 octobre 1947, constituant un accord complémentaire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Ibid., page 43). Il est intéressant de noter que, dans ce volume du Recueil des traités, deux traités seulement prévoyaient la ratification et un seul (l'Accord entre l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture et l'Organisation mondiale de la santé) prévoyait que l'accord entrerait en vigueur dès qu'il aurait été "approuvé". Ce n'est que pour un seul des accords publiés dans le volume en question, l'Accord du 20 juin 1950 entre les Pays-Bas et l'Organisation internationale pour les réfugiés relatif aux soins à donner à une quarantaine de réfugiés demeurant aux Pays-Bas (Ibid., page 57) que la question de la ratification reste en partie indéterminée; "en partie" seulement, car cet accord, en raison du fait qu'il devait être appliqué de toute urgence, tombe vraisemblablement dans la catégorie des accords pour lesquels la ratification n'est pas de rigueur en raison de "circonstances concomitantes" (voir plus loin paragraphe 5 c)). La note rédigée par le Secrétariat des Nations Unies indique que l'accord est entré en vigueur par signature. Le seul autre accord publié dans ce volume qui ne contienne pas de dispositions quant à la ratification est l'échange de notes du 8 novembre 1945 entre la France et les Etats-Unis d'Amérique qui complétait un accord antérieur, entré en vigueur à la date de la signature, concernant les principes applicables à l'aide mutuelle dans la poursuite de la guerre. (Ibid., page 152). Cet accord entre sans doute dans la catégorie des déclarations de principe plutôt que dans celle des instruments juridiques (voir l'article 1 ci-dessus). Une note rédigée par le Secrétariat des Nations Unies précise que l'accord est entré en vigueur par l'échange des notes. Ce volume du Recueil des traités, que nous croyons caractéristique en ce qui concerne les traités bilatéraux, est intéressant non seulement parce qu'il contient des exemples d'instruments contractuels entrant en vigueur sans ratification, mais aussi du fait qu'il apporte une fois de plus la preuve que les instruments eux-mêmes contiennent normalement des dispositions touchant la ratification, et que la question de savoir si les traités doivent être ratifiés, tout en présentant un intérêt théorique considérable, est donc de peu d'importance pratique. Pour une question de cette nature, où les querelles de doctrine ont, dans une grande mesure, fait perdre de vue les éléments véritables du problème qui se pose lorsqu'on entreprend une codification, il est bon d'étudier de très près la pratique suivie dans les accords; aussi avons-nous jugé utile de vérifier les résultats de l'analyse du volume 76 du Recueil des traités des Nations Unies en étudiant les volumes 66, 56 et 46. Le volume 56 est entièrement consacré à la reproduction miméographiée de listes de concessions relatives à l'Accord

1/ (suite de la Note)

général sur les tarifs douaniers et le commerce; il peut donc être laissé de côté. Le volume 66 se compose : de douze instruments qui sont des échanges de notes, entrés en vigueur à la date de la première ou de la deuxième note; de neuf instruments qui ne sont pas des échanges de notes et qui sont entrés en vigueur à la date de la signature; de six instruments entrés en vigueur à la date fixée par le traité. On voit donc que la question de la ratification n'a été laissée en suspens dans aucun des ces vingt-six instruments, et même que tous sont entrés en vigueur sans ratification d'aucune sorte (à une exception près, celle d'un accord qui prévoyait l'approbation par le Parlement de l'une des parties - et non la ratification). Dans le volume 46, dix instruments - il s'agit d'échanges de notes - sont entrés en vigueur immédiatement; quatre accords sont entrés en vigueur dès la signature et quatre autres à la date de l'échange des ratifications. Dans un cas - celui de la Convention franco-belge du 29 décembre 1947 (page 112) - la Convention est entrée en application provisoire à partir de la date de la signature et entrée en vigueur de façon définitive lors de l'échange des ratifications. Des trois autres instruments qui figurent dans ce volume, le Protocole du 12 novembre 1947 amendement la Convention pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes (page 171) prévoyait que les Etats pouvaient devenir parties : a) par signature sans réserve d'approbation; b) par acceptation, s'effectuant par le dépôt d'un instrument formel auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. L'arrangement concernant les colis postaux conclu entre les Philippines et l'Australie, le 15 juillet 1949 (page 217) stipulait qu'il entrerait en vigueur dès sa ratification ou son approbation par les autorités compétentes, mais qu'en attendant la ratification ou l'approbation il pourrait être mis en vigueur administrativement à la date qui serait fixée d'un commun accord par les administrations postales des deux pays. Une fois de plus, la question de la nécessité de la ratification n'avait été laissée en suspens dans aucun cas.

Article 6

parfois convenu que "l'autre date" dont il est question dans ce paragraphe sera fixée ultérieurement par accord entre les parties. Dans certains cas, il s'agit de la "date désignée" ou d'une date antérieure à la signature. "L'événement" à la date duquel le traité doit entrer en vigueur est de nature très différente selon les traités. Ainsi, dans la série d'accords relatifs à la défense, aux affaires extérieures et au commerce, conclus en 1947 entre le Royaume-Uni et Ceylan, il est stipulé, pour chacun de ces accords, qu'il "prendra effet à la date à laquelle entreranno en vigueur les mesures constitutionnelles nécessaires pour conférer l'autonomie à Ceylan dans le cadre du Commonwealth britannique" (Nations Unies, Recueil des traités, volume 86, page 29). Dans la Convention du 5 juin 1946 entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le Gouvernement du Canada tendant à éviter la double imposition, il est stipulé à l'article X que la Convention entrera en vigueur "à la date à laquelle aura été accompli dans le Royaume-Uni et au Canada le dernier des actes nécessaires pour lui donner force de loi dans le Royaume-Uni et au Canada respectivement" (Ibid., page 15).

5 b). "En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une partie contractante, à moins : b) que le traité, tout en prévoyant la ratification, ne dispose également que l'entrée en vigueur aura lieu avant cette ratification." Les traités de ce type sont nombreux. Par exemple, l'Accord relatif aux échanges commerciaux et aux paiements, signé le 14 décembre 1948 entre le Danemark et l'Argentine, après avoir prévu, à l'article 41, qu'il sera "ratifié^{1/} conformément à la procédure constitutionnelle de chacune des Hautes Parties Contractantes", stipule que, "sous réserve de ratification ultérieure, le présent Accord entrera en vigueur à titre provisoire quinze jours après la date de signature et demeurera en vigueur pendant cinq ans" sous réserve du droit pour les parties de le dénoncer après l'expiration de sa première année de validité. La Convention franco-belge tendant à éviter les doubles impositions, signée le 29 décembre 1947, prévoyait, à l'article 10, qu'elle serait ratifiée et que les instruments de ratification seraient échangés dans le plus bref délai possible, mais qu'elle entrerait en

^{1/} On trouve dans le texte anglais le mot "approved", alors que le texte français porte "le présent Accord sera ratifié". Le texte espagnol porte : "El presente Convenio será aprobado". Il est probable que les parties entendaient viser la ratification internationale, distincte de l'approbation constitutionnelle interne.

application provisoire à partir de la date de sa signature (Nations Unies, Recueil des traités, volume 46, page 116).

5 c). "En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une partie contractante, à moins : c) que le traité n'ait été conclu sous la forme d'un échange de notes ou d'un accord entre des services gouvernementaux". Normalement, la forme ou la dénomination du traité n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider si la ratification est nécessaire. En effet, comme nous l'avons déjà signalé, il arrive que des échanges de notes soient soumis à ratification. Cependant, en règle générale - et ceci s'applique également aux accords conclus entre services gouvernementaux - la date à laquelle l'accord doit entrer en vigueur est stipulée dans l'échange de notes, ce qui dispense implicitement de la ratification. La date peut être celle de l'échange de notes; c'est ce qui se produit généralement. Dans certains cas, il est stipulé que l'accord réalisé par l'échange de notes ou par un arrangement conclu entre services gouvernementaux^{1/} entrera en vigueur à une date qui sera fixée par les parties. On retombe alors dans le cas prévu au paragraphe 2 a) qui stipule, en fait, que le traité a force obligatoire sans qu'il y ait besoin de ratification si les parties, sans mentionner la ratification, fixent ou acceptent une date d'entrée en vigueur.

En règle générale, les échanges de notes, sauf dans des cas exceptionnels, ne laissent subsister aucun doute quant à l'intention des parties de se passer de ratification. Quant à ces cas exceptionnels, des raisons de commodité, l'uniformité de la pratique et le souci d'agir rapidement qui caractérise les échanges de notes - ainsi que les accords entre services gouvernementaux - militent en faveur de l'adoption de la règle qui veut que l'on présume que la ratification n'est pas exigée.

^{1/} C'est ainsi par exemple que dans l'Arrangement concernant l'échange des colis postaux entre les Etats-Unis d'Amérique et la Corée (signé par la Corée le 17 février 1949 et par les Etats-Unis d'Amérique le 13 avril 1949), conclu entre l'Administration des postes des Etats-Unis d'Amérique et le Département des communications de la Corée, il était stipulé que l'arrangement entrerait en vigueur à une date dont il serait mutuellement convenu entre les Administrations des deux pays.

Article 6

5 d). "En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une partie contractante, à moins : d) que les circonstances concomitantes ou la pratique suivie par les parties contractantes intéressées ne fassent apparaître leur intention de contracter une obligation qui les lie sans qu'il soit besoin de ratification". La nature des circonstances concomitantes qui dispensent de la ratification ne peut être fixée à l'avance de façon précise. En général, elles se présentent à l'occasion d'accords de portée limitée conclus par les gouvernements et qui exigent une action rapide. L'Accord mentionné ci-dessus (voir paragraphe 2 a), Note), entre les Pays-Bas et l'Organisation internationale pour les réfugiés et relatif aux soins à donner à une quarantaine de réfugiés demeurant aux Pays-Bas, peut être cité en exemple. De plus, si l'on peut montrer que, dans la pratique suivie par une partie contractante, un type donné d'accord n'a pas besoin d'être ratifié, cette partie sera liée par l'instrument en question à moins qu'il n'ait été expressément stipulé dans l'accord que la ratification est nécessaire. Lorsque tel est le cas, on en revient, dans le paragraphe 2 d), à la situation envisagée dans le paragraphe 2 c). C'est ainsi que Sir Arnold McNair a fait remarquer que, puisqu'il est d'usage constant d'insérer une clause stipulant la ratification toutes les fois que les parties désirent que cette procédure soit suivie, le Gouvernement du Royaume-Uni ne se considère pas tenu de ratifier un traité qui ne contient pas cette clause. Il précise notamment que le Royaume-Uni juge inutile la ratification des accords intergouvernementaux, même s'ils portent sur des questions importantes, dans le cas par exemple d'accords d'arbitrage ou d'accords de frontières, de protocoles, de déclarations^{1/} ou d'articles additionnels modifiant ou complétant l'accord principal pour lequel la ratification n'est ou n'était pas de rigueur, de "nombreux échanges de notes, d'accords établissant un modus vivendi ou d'autres arrangements provisoires, et d'accords prolongeant la durée des traités de commerce et des traités d'extradition" (Law of Treaties, 1938, pp. 85-87).

^{1/} Dans l'affaire Ambatielos (voir plus haut), le juge McNair était prêt à soutenir, si nécessaire, qu'une déclaration qui, à son avis, ne faisait pas partie intégrante d'un traité ratifié avait, selon la pratique suivie par le Royaume-Uni, force obligatoire sans être ratifiée. (Cour internationale de Justice, Recueil, 1952, page 61).

6. C'est à dessein que cette partie du paragraphe 2 de l'article 6 a été rédigée en termes généraux. Nous n'avons pas cherché à définir en détail la nature des circonstances concomitantes qui font supposer que la ratification n'était pas dans l'intention des parties et qu'elle n'est pas requise. Toutefois, dans certains cas, la pratique suivie par les Etats a pris l'aspect d'un usage bien établi, sans d'ailleurs être nécessairement défini d'une manière rigide. C'est cet usage qui permet de dire qu'en règle générale, et sous réserve de toutes dispositions expresses en sens contraire, les accords et arrangements conclus entre des services gouvernementaux et ceux qui ont visiblement trait à des questions d'importance limitée n'ont pas besoin d'être ratifiés. Il en est de même pour les autres instruments - quelle que soit leur dénomination - qui, dans un domaine limité, complètent des accords préexistants. Dans tous ces cas, nous l'avons vu, c'est la teneur de l'instrument et les circonstances concomitantes, plutôt que sa dénomination, qui constituent le facteur décisif. Bien qu'il y ait parfois un certain rapport entre la dénomination d'un instrument et sa teneur, tel n'est pas toujours le cas. On appelle souvent "conventions" ou "traités", des accords relatifs à des questions de caractère général présentant une importance politique incontestable; c'est de même dans des accords de ce genre que l'expression "partie contractante" désigne fréquemment le chef de l'Etat ou l'Etat lui-même. Mais ces mêmes expressions sont parfois utilisées dans des textes de portée limitée ou de caractère purement technique. Le facteur décisif, c'est qu'il y a des circonstances qui font qu'une ratification est de mise dans certains cas, et non dans d'autres. C'est ainsi, par exemple, qu'un traité bilatéral ou multilatéral qui appelle des modifications importantes de la législation nationale et nécessite des consultations approfondies entre les services gouvernementaux respectifs devra vraisemblablement être ratifié, quelle que soit sa dénomination; en pareil cas, il est vrai, on est en droit de s'attendre à ce que ce traité ne soit pas qualifié d'échange de notes ou d'accords entre services administratifs. En règle générale, le mieux est de se fier à la pratique antérieurement suivie en matière de ratification par l'Etat intéressé. Nous ne croyons pas pouvoir, dans le commentaire de cette partie de l'article 6, aller au delà de ces considérations de caractère nécessairement général. La question - nous l'avons vu - ne se pose que rarement dans la pratique. Les traités, de quelque nature qu'ils soient, ne laissent généralement aucun doute

quant à l'intention des parties en matière de ratification. Il faut néanmoins une règle à la fois en prévision des cas exceptionnels qui peuvent se présenter et pour inciter les gouvernements à formuler clairement leurs intentions lorsqu'ils souhaitent soumettre à ratification un instrument dont nous disons ici qu'il n'a pas normalement à être ratifié. En général, lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux, il faudra, en raison de leur importance et de leurs fréquentes incidences sur le plan interne, établir d'une façon particulièrement probante le fait que - pour reprendre les termes de l'alinéa c) du paragraphe 2 - "les circonstances concomitantes ou la pratique suivie par les parties" permettent de conclure qu'une ratification n'est pas exigée.

7. Toutefois, - et ceci nous amène à la variante proposée pour le paragraphe 2 de l'article 6 -, s'il doit y avoir une règle, si les cas où les parties omettent en fait de régler la question sont particulièrement rares, et si la règle que nous avons exposée prévoit tant d'exceptions qu'on en arrive presque à poser la règle inverse, ne serait-il pas préférable de décider, en tant que principe du droit tel qu'il est ou tel qu'il devrait être, que la ratification n'est de rigueur que si les parties la prévoient expressément ? Si l'on se reporte à la pratique constamment suivie par les gouvernements, on voit que, à de rares exceptions près, tous les traités multilatéraux de quelque importance prévoient expressément la ratification. Il semblerait raisonnable, s'agissant d'un traité de ce genre, de déduire de l'absence d'une disposition prévoyant la ratification que les parties n'ont pas voulu subordonner à la ratification l'entrée en vigueur du traité. Car il n'est guère possible d'admettre que les parties n'y ont pas songé. Il vaudrait certes mieux qu'elles disent quelque chose : que le traité entrera en vigueur dès la signature, ou à une date ou lors d'un événement déterminé, par exemple. Elles le font parfois.^{1/} Toutefois, eu égard à la pratique

^{1/} L'Arrangement du 31 décembre 1934 concernant les échanges postaux entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède (Société des Nations, Recueil des Traités, vol. CLVIII, p. 111) a été conclu entre les Administrations des postes de ces pays. Il prévoyait son entrée en vigueur à la date du 1er janvier 1935. L'Accord du 3 avril 1939 entre la Belgique, la France et les Pays-Bas relatif à la navigation du Rhin stipulait son entrée en vigueur le jour de sa signature (Société des Nations, Recueil des Traités vol. CXCIV, p. 471). L'Arrangement de Nyon du 14 septembre 1937 et l'Accord additionnel du 17 septembre 1937 relatifs aux attaques commises à l'encontre des navires de commerce dans la Méditerranée prévoyaient expressément une entrée en vigueur immédiate (Société des Nations, Recueil des Traités, vol. CLXXXI, pp. 135 et 149).

constante, qui est de stipuler expressément la ratification lorsque les parties souhaitent que le traité soit ratifié, il semble qu'on ne serait guère fondé à déduire de leur silence que la ratification est exigée. En fait, dans les rares cas où un traité est muet sur ce point, la tendance a été de considérer que les parties n'avaient pas eu l'intention d'exiger une ratification.^{1/} C'est pour cela que nous avons jugé opportun de proposer, pour le paragraphe 2 de l'article 6, une variante aux termes de laquelle la ratification n'est de rigueur que si le traité comporte une disposition expresse à cet effet. Comme nous chercherons à l'établir dans les notes 1 et 2 qui font suite au présent commentaire, il n'y a pas vraiment, sur le plan pratique, de différence fondamentale entre les deux textes. En dehors des considérations formulées ci-dessus, la variante proposée tient compte des changements survenus dans les relations internationales en matière de conclusion des traités. Ces changements, notamment pour ce qui est des traités bilatéraux, résultent de divers facteurs qui ne sont pas simplement des facteurs passagers. Tout d'abord, du fait des progrès des télécommunications et des moyens de transport, la ratification ne représente plus la confirmation d'un traité négocié par des plénipotentiaires privés de contact avec les autorités centrales de leur pays et hors d'état de recevoir chaque jour des instructions tant au sujet des négociations que de la signature même de l'instrument. D'autre part, quelles que soient les divisions qui séparent les différents pays du monde sur le plan politique, l'interdépendance croissante des Etats et la multiplicité de leurs rapports contractuels ont eu pour effet d'élargir considérablement le champ d'application des traités et d'exiger une mise en oeuvre plus rapide. La tendance croissante - d'ailleurs en grande partie consacrée par l'usage - vers

^{1/} L'Acte final de la Conférence des pays exportateurs et importateurs de blé, signé le 25 août 1933, a été considéré comme étant entré en vigueur ce même jour (Société des Nations, Recueil des Traités, vol. CXXI, p. 71) Le texte de l'Acte ne contient aucune indication à ce sujet. Il en est de même en ce qui concerne la Convention du 20 décembre 1935 entre les Gouvernements du Royaume-Uni, du Canada, du Commonwealth, d'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de l'Union Sud-Africaine et de l'Inde, et les Gouvernements allemand et français, relative aux sépultures militaires (Société des Nations, Recueil des Traités, vol. CXXVII, p. 150).

Article 6

une procédure simplifiée d'élaboration des traités est une conséquence inéluctable de ces changements.

NOTES

1. En ce qui concerne la question principale visée par le présent article, celle de savoir si, en l'absence de dispositions pertinentes, un traité doit être ratifié pour avoir force obligatoire, la solution ou plutôt les solutions que nous proposons ne diffèrent guère, en fait, de celle que la Commission a provisoirement adoptée. Dans la première version du paragraphe 2, elles en diffèrent dans la mesure où elles élargissent le domaine des cas où l'intention de se passer de ratification est à présumer. Toutefois, même dans l'article provisoirement adopté par la Commission, la portée des exceptions est telle qu'elle ne laisse guère de place pour l'application de la règle principale selon laquelle, à défaut de disposition pertinente, un traité doit être ratifié pour acquérir force obligatoire. C'est pourquoi il n'existe, sur le plan pratique, qu'une différence minime entre ce principe et la règle - en apparence opposée - qu'énonce la variante pour le paragraphe 2, à savoir qu'à défaut de disposition expresse prévoyant la ratification, celle-ci n'est pas indispensable à la validité du traité. Cette conclusion peut paraître surprenante de prime abord. Mais elle ne l'est que si l'on perd de vue qu'une règle absolument générale prescrivant la ratification serait contraire à la pratique, et que les exceptions ont tendance, lorsqu'elles sont nombreuses, à combler le fossé qui sépare les formules opposées.
2. Comme il n'y a aucune différence fondamentale entre les deux solutions - en apparence opposées - qu'énoncent les deux versions du paragraphe 2, il importe assez peu, semble-t-il que l'on choisisse l'une plutôt que l'autre, bien que des considérations d'ordre purement pratique militent en faveur d'une règle à la fois précise et claire. Sur le plan de la doctrine, la différence entre les deux conceptions est importante. La première recueillera les suffrages de ceux qui, pour des motifs d'ordre constitutionnel, ou tenant à l'importance des intérêts en jeu ou au rôle traditionnel de la ratification en tant que corollaire normal de la signature, estiment que la ratification est de rigueur si elle n'a pas été expressément écartée. La deuxième solution aura la faveur de ceux qui, se fondant sur les exigences des relations internationales modernes et sur les puissants

arguments fournis par la pratique, voient dans la signature autre chose qu'une simple formalité destinée à authentifier et parachever un texte. Nous avons vu, qu'en pratique, les différences entre deux solutions sont minimes. D'ailleurs la question ne se pose presque jamais en fait, ce qui lui enlève encore de son importance. Car tous les traités, à quelques exceptions près, ou bien stipulent la ratification, ou bien précisent, d'une manière ou d'une autre, que l'intention des parties est de les voir entrer en vigueur sans ratification. Bien que l'on connaisse, - nous le verrons dans le commentaire de l'article 11 - des exemples d'Etats qui cherchent à éluder l'application d'un traité en faisant valoir qu'il n'a pas été ratifié conformément aux exigences de leur constitution, on ne pourrait sans doute pas citer un seul Etat qui ait tenté d'agir ainsi en alléguant que la validité du traité sur le plan international était subordonnée à une ratification et que cette ratification faisait défaut. Mais cela ne dispense pas la Commission de formuler une règle à suivre dans les rares cas où les parties n'ont pas tranché la question. Car seule une règle claire, instituant une présomption en cas de silence du texte, pourra inciter les parties à être explicites lorsqu'elles voudront établir une procédure différente de celle énoncée dans le cadre de la codification générale.

3. Nous avons évité, dans le présent article, de nous étendre inutilement sur divers points de détail touchant la ratification, dont certains tombent d'ailleurs sous le sens. Il s'agit, entre autres, du principe, - qui ne doit guère donner lieu à controverses, - suivant lequel lorsqu'un instrument international emploie le terme "traité", ce terme s'entend d'un traité valide, c'est-à-dire d'un traité qui a été ratifié, et lorsqu'il y est question de "parties à un traité", cette expression s'entend des parties qui l'ont ratifié. Telle est en réalité la véritable signification de la décision qui figure à ce sujet dans l'arrêt que la Cour permanente de Justice internationale a rendu en 1929 dans l'Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Publications de la Cour permanente de Justice internationale, Série A, fascicule N° 23, pp. 17 à 22); la Cour a déclaré que la convention à établir par les Puissances alliées et associées, visée à l'article 338 du Traité de Versailles, devait s'entendre, à l'égard de la Pologne, d'une convention qu'elle aurait ratifiée.

Article 6

Il en était ainsi, notamment, parce que la convention en question - la Convention de Barcelone - disposait expressément qu'elle était sujette à ratification. La Cour a, partout, été d'avis que la Convention de Barcelone, qui n'avait pas été ratifiée par la Pologne, ne lui était pas opposable.^{1/} Dans l'Affaire Phillipson et autres c. Société Imperial Airways Ltd., 1939 A.C. 337, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a jugé que l'expression "Haute Partie Contractante", utilisée dans un contrat de transport et à propos de la Convention de Varsovie de 1929 relative au transport aérien, s'appliquait à la Belgique, qui avait signé mais non ratifié la Convention. Cette décision s'explique très probablement par des considérations propres aux contrats commerciaux. Dans une communication adressée par la suite aux Etats-Unis, le Gouvernement du Royaume-Uni semble l'avoir répudiée lorsqu'il a dit : " le Gouvernement de Sa Majesté est d'avis que l'expression "Haute Partie Contractante", dans une convention, désigne normalement une partie qui est liée par les dispositions de cette convention et ne vise pas, par conséquent, une signataire qui s'abstient de la ratifier". Le Département d'Etat des Etats-Unis a partagé cette façon de voir (Hackworth, Digest of International Law, vol.IV p.373).

4. En règle générale, ce n'est pas la ratification, mais l'échange ou le dépôt des instruments de ratification qui a pour effet de faire entrer le traité en vigueur de façon définitive. Cette règle relève plutôt de la Partie IV, qui a trait à l'application et à l'exécution des traités, et nous l'étudierons donc dans cette Partie.

5. Nous n'avons pas jugé nécessaire d'insister sur le principe énoncé dans le paragraphe 1, selon lequel la ratification est un acte formel, ce qui veut dire, pour le moins, qu'elle est un acte écrit. Les auteurs se sont parfois demandé

^{1/} On invoque parfois cet arrêt de la Cour à l'appui de la thèse selon laquelle les traités doivent être ratifiés. Toutefois, tel ne semble guère être le sens véritable de l'arrêt.

si la ratification peut prendre la forme d'une déclaration verbale. Nous n'en connaissons aucun exemple, et en tout cas les arguments qui commandent d'employer la forme écrite pour la conclusion des traités (voir article 17 infra) valent, a fortiori, pour leur ratification. La nature même de la ratification veut que celle-ci soit un acte réfléchi et formel, exclusivement destiné à cette fin. Pour des raisons analogues, il est difficile d'admettre, en droit, la possibilité d'une ratification tacite, c'est-à-dire d'une ratification résultant du comportement des parties. Lorsque les parties ou l'une d'entre elles ont, en fait, appliqué un traité prévoyant la ratification, la conclusion qui s'impose, juridiquement parlant, est non pas que ces parties ont tacitement ratifié le traité, mais qu'elles ont renoncé, par leur comportement, à la formalité de la ratification.

Article 7

Adhésion

1. Un Etat ou une organisation d'Etats qui n'a pas signé ou ratifié un traité peut y adhérer en déclarant formellement, dans un instrument écrit, que ce traité a force obligatoire à son égard.
2. L'adhésion ne peut avoir lieu que conformément aux dispositions du traité.
3. Sauf dispositions contraires, l'adhésion peut avoir lieu à tout moment après l'authentification du texte du traité.

COMMENTAIRE

1. Le terme "adhésion" est employé ici comme synonyme "d'accession". On a essayé parfois de donner à ces deux termes des significations différentes. Nous ne croyons pas cependant que ces interprétations soient corroborées par la pratique internationale, si ce n'est qu'en règle générale, on emploie "accession" en anglais et "adhésion" en français.
2. "Un Etat ou une organisation d'Etats qui n'a pas signé ou ratifié un traité peut y adhérer...". La raison pour laquelle nous avons introduit les mots "ou ratifié" est que parfois - bien qu'assez rarement - un traité prévoit que les parties qui ont participé à une conférence peuvent adhérer audit traité si, l'ayant signé, elles ne l'ont pas, pour une raison quelconque, ratifié dans le délai prescrit. Il semble qu'il y ait lieu, dans des cas pareils, de renoncer à la pratique usuelle - et logique - qui consiste à réserver le droit d'adhésion aux Etats non signataires. Ainsi, le Protocole du 19 septembre 1949 relatif à la signalisation routière, qui fixe au premier janvier 1950 la date limite pour les ratifications (paragraphe 3 de l'Article 56) dispose que "à partir du 1^{er} janvier 1950, les Etats signataires de la Convention sur la circulation routière ainsi que les Etats qui auront adhéré à celle-ci, pourront adhérer au présent Protocole". Tel semble être également le cas de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, approuvée par l'Assemblée générale le 9 décembre 1948, qui fixe au 1^{er}.

janvier 1950 la date à partir de laquelle les Etats invités à la signer pourront y adhérer. Cette clause peut également viser les Etats qui, à la suite de l'invitation qui leur a été adressée, ont signé la Convention mais ne l'ont pas ratifiée à la date du 1er janvier 1950. Lorsqu'un instrument ne prescrit aucun délai de ratification aux signataires, on comprend difficilement pourquoi ces derniers n'auraient pas, à tout moment, la faculté de ratifier l'instrument en question au lieu d'y adhérer.^{1/} La plupart des conventions multilatérales réservent expressément le droit d'adhésion aux Etats non signataires. C'est ainsi que l'article 17 de la Convention internationale des télécommunications du 2 octobre 1947 dispose que "Le gouvernement d'un pays qui n'a pas signé la présente Convention peut y adhérer en tout moment..." L'article 4 de la Convention des télécommunications du 9 décembre 1932 contenait une disposition identique (Hudson, International Legislation, vol. 6, page 113). L'article 139 de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre dispose : "Dès la date de son entrée en vigueur, la présente Convention sera ouverte à l'adhésion de toute Puissance au nom de laquelle cette Convention n'aura pas été signée". Des dispositions analogues figurent dans le Protocole du 23 avril 1946 prorogeant la durée de la Convention sanitaire internationale pour la navigation aérienne de 1944 (Nations Unies, Recueil des traités, Vol. 16, page 179); dans les Traités de paix signés à Paris le 10 février 1947; dans la Convention du 2 décembre 1949 pour la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui; dans la Convention sanitaire internationale pour la navigation aérienne du 12 avril 1933 et dans beaucoup d'autres instruments. Par contre, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce du 30 octobre 1947 (Nations Unies, Recueil des traités, Vol. 55, page 194); le Protocole du 19 septembre 1949 relatif à la signalisation routière et un

^{1/} Comme c'est le cas pour le Traité général de paix et d'amitié conclu le 7 février 1923 entre les Etats de l'Amérique centrale qui, tout en ne prescrivant aucun délai de ratification, prévoyait que "toute République de l'Amérique centrale qui n'aura pas ratifié le présent Traité pourra y adhérer pendant qu'il est en vigueur".

Article 7

certain nombre d'autres instruments peuvent être interprétés comme permettant aux Etats qui les ont signés mais ne les ont pas ratifiés de faire acte d'adhésion (ces instruments ne prévoient toutefois aucun délai de ratification). Etant donné la grande diversité des dispositions conventionnelles en la matière - diversité parfois assez déroutante - il y aurait lieu, semble-t-il, de formuler cette clause de l'Article 7 en termes assez généraux. Il faudrait examiner, lors de la codification de cette question, s'il n'y aurait pas lieu d'essayer d'introduire une certaine uniformité dans une pratique qui risque, autrement, d'être une source de confusion.^{1/}

3. L'article 7 que nous proposons donne aux organisations internationales la faculté d'adhérer à des traités. Cette clause est conforme à l'esprit du présent projet, qui reconnaît aux organisations d'Etats comme aux Etats le pouvoir de conclure des traités. Il va de soi que dans la pratique, les organisations internationales auront rarement l'occasion de devenir partie à des traités multilatéraux. L'Organisation météorologique mondiale ne saurait, étant donné ses attributions, prétendre devenir partie à la Convention internationale, disons, pour la réglementation de la chasse à la baleine. Ceci dit, le droit des organisations internationales de devenir partie à des conventions multilatérales par voie d'adhésion ne doit, étant donné les considérations qui précèdent, être limité que par le jeu des dispositions du paragraphe 2 de l'article, qui prévoit que la faculté d'adhésion découle de la volonté des parties au traité.

^{1/} C'est ainsi que le paragraphe premier de l'article IX de l'Accord du 22 novembre 1950 pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique et culturel, prévoit que l'Accord sera ouvert à la signature de tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, de tous les Etats Membres des Nations Unies, et de tous les Etats non Membres auxquels une invitation aura été adressée à cet effet. Le même article dispose que l'Accord doit être soumis à la ratification. L'article X prévoit que les Etats visés au paragraphe premier de l'article IX pourront adhérer à l'Accord à partir du 22 novembre 1950. Il est difficile d'interpréter l'article X autrement que comme permettant aux Etats mentionnés au paragraphe premier de l'article IX de devenir parties à l'Accord sans le ratifier. L'article X semble être une clause permettant l'adhésion à tout moment, que l'Accord soit entré en vigueur ou non.

4. Le paragraphe 2 de l'article énonce un principe évident, à savoir que l'assentiment des parties est indispensable pour qu'un tiers puisse devenir partie à un traité par voie d'adhésion. Dans l'Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Arrêt n° 7, pages 28 et 29), la Cour permanente de Justice internationale a nettement posé le principe selon lequel la faculté pour un Etat tiers d'adhérer à un traité découle exclusivement des dispositions dudit traité. On ne saurait admettre qu'un Etat s'impose, contre leur gré, aux parties à un traité existant. Cet assentiment est en général donné dans la clause du traité relative à l'adhésion. Il peut également être donné postérieurement à la conclusion du traité, comme c'est le cas, par exemple, pour le Traité de l'Atlantique Nord du 4 avril 1949 dont l'article 10 prévoit que les parties peuvent, par accord unanime, inviter à accéder au Traité tout autre Etat européen remplissant les conditions requises (Nations Unies, Recueil des traités, volume 34, page 243). De même, l'article 7 du Traité d'entente et de collaboration entre les Etats balkaniques, entré en vigueur le 3 novembre 1934, dispose que le Traité est ouvert à l'adhésion des Etats tiers, "une telle adhésion ne pouvant avoir lieu que d'un commun accord des Hautes Parties contractantes." (Hudson, International Legislation, volume 6, page 939). Un traité peut réserver le droit d'adhésion à certaines catégories d'Etats. Tel est le cas, par exemple, de la Convention relative à l'aviation civile internationale, dont l'article 92 dispose que "la Convention est ouverte à l'adhésion des Etats Membres des Nations Unies, des Etats associés à ceux-ci et des Etats demeurés neutres pendant le conflit mondial actuel". (Ibid. volume 9, page 168). Un traité peut également prévoir qu'en dehors des Etats qu'il mentionne, tout Etat ou toute catégorie d'Etats désignés à cet effet par un organisme spécifié pourront y adhérer. Ainsi, l'article 27 de la Convention du 19 septembre 1949 sur la circulation routière prévoit qu'outre les Etats mentionnés dans la Convention "tout autre Etat désigné à cet effet par une résolution du Conseil économique et social" pourra y adhérer. Des dispositions analogues figurent dans la Convention du 6 avril 1950 concernant la déclaration de décès de personnes disparues (article 13). Lorsque l'exercice du droit d'assentir à l'adhésion est ainsi délégué, il faut présumer que l'organisme

Article 7

désigné règle la question par un vote émis conformément à sa procédure habituelle.

5. Bien qu'en règle générale les traités comportent des dispositions précises touchant à l'adhésion, il y en a qui subordonnent l'adhésion à une décision ou à une condition future. Ainsi, l'article 33 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce du 30 octobre 1947 prévoit, entre autres, la possibilité d'adhésion de "tout gouvernement qui n'est pas Partie au présent accord... à des conditions à fixer entre ce gouvernement et les Parties contractantes". (Nations Unies, Recueil des Traités, volume 55, page 194). L'expression "les Parties contractantes" ne signifie pas nécessairement "toutes les Parties contractantes". En tout cas, parmi les Parties contractantes peuvent figurer des Etats qui n'étaient pas initialement parties à l'Accord, mais qui y ont adhéré ultérieurement. Lorsque, et c'est le cas de la Convention monétaire du 5 novembre 1878, un traité prévoit expressément qu'aucune demande d'adhésion ne peut être accueillie sans le consentement unanime des Parties contractantes - "les Parties contractantes" comprenant vraisemblablement celles qui ont ultérieurement adhéré au traité - aucun doute n'est possible quant à l'intention des Parties. Parfois, comme dans la Convention de Genève du 6 juillet 1906, il est prévu que les Etats non signataires ont la faculté d'adhérer au traité à condition que, dans un délai déterminé, aucune Partie contractante n'ait formulé une opposition contre l'adhésion. Cependant, un traité peut prévoir que l'unanimité n'est pas requise. C'est ainsi que l'article 42 de la Convention du 13 octobre 1919 portant réglementation de la navigation aérienne prévoit qu'après le 1er janvier 1923, l'adhésion "pourra être admise, si elle est agréée par les trois quarts au moins des Etats signataires et adhérents" votant dans les conditions prévues par la Convention. En général, les conventions multilatérales portant création d'organisations internationales donnent aux organes de l'organisation le pouvoir d'autoriser l'adhésion de nouveaux membres par une décision prise à une certaine majorité, sans que l'unanimité soit nécessaire.

6. Dans les cas où l'instrument original subordonne l'adhésion à une décision ou à une condition ultérieure, il y aurait lieu, dans l'intérêt du développement du droit international, de ne pas appliquer de façon rigoureuse la règle de l'unanimité lorsqu'il y a doute quant à l'intention des parties. Du point de vue théorique, on est fondé à soutenir que chaque partie contractante doit avoir la faculté de donner - ou de refuser - son assentiment à la participation de tiers à des rapports contractuels. Toutefois, les traités multilatéraux dont l'objet est de régler des questions d'intérêt général pour la communauté internationale ne sauraient être, à proprement parler, considérés comme établissant des rapports purement contractuels. Par leur nature même, ils témoignent d'un souci d'universalité qui mérite d'être encouragé. Il n'y a, nous semble-t-il, guère de raisons, en dehors des considérations de droit pur ^{1/}, pour subordonner à l'assentiment des parties contractantes l'adhésion de tiers à une convention comme la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux. Les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 contenaient, il est vrai, des dispositions en ce sens. Toutefois, lorsqu'après la première guerre mondiale un certain nombre d'Etats nouvellement créés - tels que la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Finlande - ont adhéré à ces Conventions, il semble que l'on ne se soit guère soucié d'appliquer la clause exigeant l'assentiment de toutes les parties contractantes. A moins que le traité ne contienne des dispositions expresses, il faut éviter qu'une seule partie contractante puisse empêcher un Etat d'adhérer à un instrument humanitaire, de caractère non politique qui, par sa nature, vise à recueillir une adhésion générale.

^{1/} Si ce n'est que, peut-être - et cette raison n'est pas sans rapport avec les théories de la légitimité - les parties contractantes peuvent vouloir réserver leur liberté de décision à l'égard des Etats qui viendraient à être créés postérieurement à la conclusion du traité.

Article 7

7. Cette interprétation restrictive de la règle de l'unanimité se justifie tout particulièrement lorsque l'instrument original subordonne le droit d'adhésion à certaines conditions de statut ou autres et lorsqu'il s'agit de savoir si la partie qui formule une demande d'adhésion remplit ces conditions. On pourra ainsi être amené à se demander si la partie en question constitue bien un Etat.^{1/} Souvent, la question sera normalement tranchée par le tribunal auquel les parties auront reconnu compétence pour interpréter les clauses du traité. Lorsque l'instrument ne prévoit pas la juridiction obligatoire d'un tribunal international ou la soumission volontaire des différends à un règlement judiciaire, il n'y a pas lieu d'appliquer strictement le principe de l'assentiment unanime des parties contractantes. Lors de l'élaboration du texte d'un traité, l'opposition d'un seul Etat ne peut en fait empêcher l'insertion de la clause d'adhésion. Il n'y a donc aucune raison pour qu'un seul Etat puisse ultérieurement empêcher l'adhésion de tiers. C'est pourquoi nous nous sommes abstenus, dans le deuxième paragraphe du projet d'article 7, d'énoncer la règle - qui figure dans un certain nombre d'autres projets - selon laquelle un Etat ne peut adhérer à un traité que sous réserve de l'assentiment unanime des autres parties contractantes.

8. "Sauf dispositions contraires, l'adhésion peut avoir lieu à tout moment après l'authentification du texte du traité." Cette solution que nous proposons diffère de celle qui figure dans quelques projets antérieurs, notamment le projet de convention de Harvard (article 9 b)) et selon laquelle un Etat ne peut adhérer à un traité qu'après l'entrée en vigueur de ce dernier. On a parfois affirmé que cette dernière solution était la seule logique puisque, si le traité n'est pas entré en vigueur, il n'existe aucun instrument auquel un Etat puisse adhérer. La logique de cet argument est en fait défectueuse. Il ne semble y avoir aucune raison convaincante pour que l'objet de l'adhésion ne puisse pas

^{1/} C'est ainsi que, lors de la création du soi-disant Etat du Mandchoukouo, la question s'est posée, en prévision de demandes éventuelles d'adhésion à des conventions multilatérales de la part du Mandchoukouo, de savoir s'il remplissait la condition essentielle requise pour l'adhésion, c'est-à-dire s'il possédait la qualité d'Etat exigée par le droit international.

être un instrument appelé à entrer en vigueur et dont le texte est identique à un texte déjà établi, plutôt qu'un instrument déjà entré en vigueur. De plus, il nous semble que le principe énoncé par notre article est dans l'ensemble corroboré par la pratique. Certes, il existe quelques traités - d'ailleurs rares - qui prévoient expressément que l'adhésion ne peut avoir lieu qu'après leur entrée en vigueur. Ainsi, l'article 3 du Traité général de renonciation à la guerre du 27 août 1928 prévoyait que "le présent Traité, lorsqu'il aura été mis en vigueur ... restera ouvert aussi longtemps qu'il sera nécessaire pour l'adhésion de toutes les autres Puissances du monde". Chacune des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoit que "Dès la date de son entrée en vigueur, la présente Convention sera ouverte à l'adhésion de toutes les Puissances au nom de laquelle la présente Convention n'aura pas été signée". La Convention du 29 septembre 1938 relative à l'assistance et au sauvetage des aéronefs ou par les aéronefs en mer (Hudson, International Legislation, vol. 8, page 145) contenait une disposition analogue. La Convention du 22 novembre 1928 concernant les expositions internationales prévoyait que l'adhésion pouvait avoir lieu "après l'entrée en vigueur de la présente Convention". (Hudson, International Legislation, vol. 4, page 2571). La Convention du 31 mai 1928 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer contenait une clause analogue (Article 64 : Hudson, International Legislation, vol. 4, page 2768). Le même principe a été consacré par la Convention du 20 juillet 1936 sur le régime des Détroits (ibid., vol. 7, page 399) et par l'Accord du 8 juin 1937 pour la réglementation de la pêche à la baleine (ibid., page 761). Le Traité du 25 mars 1936 pour la limitation des armements navals prévoyait expressément que les accessions qui seraient intervenues avant la date d'entrée en vigueur du traité prendraient effet à cette date (ibid., page 283). A la deuxième Conférence de La Haye, il semble qu'on ait admis comme évident "que l'adhésion ne produira effet au plus tôt qu'à partir de la mise en vigueur de la Convention elle-même".

Cependant, dans la grande majorité des cas, les Etats ont suivi la pratique contraire. La plupart des traités admettent la possibilité d'adhésion quelle que soit la date de l'entrée en vigueur. La Convention du 11 octobre 1933

pour faciliter la circulation internationale des films ayant un caractère éducatif est entrée en vigueur le 15 janvier 1935 (ibid., vol. 6, page 457). L'article 16 de la Convention prévoyait qu'il pouvait y être adhéré à partir du 12 avril 1934. La Convention du 11 octobre 1933 relative à la répression de la traite des femmes majeures est entrée en vigueur le 24 août 1934 (ibid., page 469). L'article 7 de la Convention prévoyait la possibilité d'adhérer à partir du 1er avril 1934. La Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés est entrée en vigueur le 13 juin 1935. L'article 19 de la Convention prévoyait la possibilité d'adhérer à partir du 16 avril 1934. La Convention du 8 novembre 1933 relative à la conservation de la faune et de la flore est entrée en vigueur le 14 janvier 1936. Son article 17 prévoyait la possibilité d'adhérer à partir du 31 mars 1934 (ibid., page 519). La Convention du 14 décembre 1928 concernant les statistiques économiques est entrée en vigueur le 14 décembre 1930. Elle prévoyait la possibilité d'adhérer à partir du 1er octobre 1929 (ibid., vol. 4, page 2586). La Convention du 20 avril 1929 pour la répression du faux monnayage est entrée en vigueur le 22 février 1931. Elle prévoyait la possibilité d'adhérer à partir du 1er janvier 1930 (ibid., page 2702). Le même principe a été adopté dans la Convention du 20 février 1935 pour la lutte contre les maladies contagieuses des animaux (ibid., vol. 7, page 9) et dans la Convention du 20 février 1935 concernant l'exportation et l'importation de produits d'origine animale (ibid., page 35). La Convention du 25 juillet 1934 sur la protection mutuelle contre la fièvre dengue prévoyait, sans fixer de délai limite, qu'elle serait accessible à l'adhésion de tout pays qui ne l'aurait pas signée (Hudson, International Legislation, vol. 6, page 934). La Convention postale universelle du 20 mars 1934 prévoyait la possibilité d'y adhérer "en tout temps" (article 2 : ibid., page 649). La Convention européenne de radiodiffusion du 15 avril 1939 contenait une disposition analogue (ibid., vol. 8, page 296). L'arrangement du 18 août 1938 relatif à l'exercice des pouvoirs de la Commission européenne du Danube (Société des Nations, Recueil des traités, vol. CXCVI, page 113) contenait, outre une clause de ratification, une clause permettant à tout Etat représenté à la Commission européenne d'y adhérer. Elle prévoyait qu'il serait tenu un procès-verbal du

dépôt des instruments de ratification et d'adhésion et disposait que "l'Arrangement entrerait en vigueur trois mois après la clôture dudit procès-verbal". La Convention du 10 février 1938 concernant le statut des réfugiés provenant d'Allemagne est entrée en vigueur le 26 octobre 1938. Mais l'article 21 de la Convention prévoyait que "à partir du 10 août 1938, tout Membre de la Société des Nations et tout autre Etat visé (dans la Convention) pourra y adhérer" (Hudson, International Legislation, vol. 8, page 29). L'article 5 de la Convention du 1er mars 1939 pour l'exonération de droits sur les combustibles et les lubrifiants utilisés dans le trafic aérien (ibid., vol. 8, page 269) prévoyait qu'à partir du 1er juin 1939, la Convention serait ouverte à l'adhésion de tous les pays au nom desquels elle n'aurait pas été signée. En 1946, la Convention n'était pas encore entrée en vigueur. L'article 15 de la Convention du 7 juin 1930 destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre, prévoyait que la Convention n'entrerait en vigueur que lorsqu'elle aurait été ratifiée ou qu'il y aurait été adhéré au nom de sept Etats spécifiés dans la Convention. (Société des Nations, Recueil des traités, vol. CXLIII, page 326)

Cette pratique est encore plus apparente lorsque l'adhésion est le seul mode prévu d'entrée en vigueur d'un traité, comme c'est le cas pour la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, approuvée par l'Assemblée générale le 13 février 1946 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1, page 15) et la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, approuvée par l'Assemblée générale le 21 novembre 1947. (ibid., vol. 33, page 261). L'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux prévoyait le même mode d'entrée en vigueur, de même que l'Acte général révisé approuvé par l'Assemblée générale le 28 avril 1949. L'article XVIII de la Convention sanitaire internationale pour la navigation aérienne, qui a été ouverte à la signature le 15 septembre 1944, prévoyait que la Convention entrerait en vigueur aussitôt qu'elle aurait été acceptée, par voie de signature ou d'adhésion, par dix gouvernements au moins (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 16, page 247). Une disposition identique quant au

Article 7

fond figure dans la Convention internationale du 20 avril 1929 pour la répression du faux monnayage (Société des Nations, Recueil des traités, vol. CXII, page 371). La Convention sur le génocide, approuvée par l'Assemblée générale le 20 décembre 1948, prévoyait, entre autres, la possibilité d'adhérer à partir du 1er janvier 1950. A cette date, cinq Etats seulement avaient ratifié la Convention, dont l'article 13 disposait qu'elle entrerait en vigueur après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion. On trouve un grand nombre d'autres traités contenant des dispositions analogues. ^{1/}

9. Etant donné cette pratique généralement suivie par les Etats, il n'y a aucune raison de considérer l'adhésion comme inopérante avant l'entrée en vigueur du traité. D'ailleurs, des considérations importantes ayant trait à la bonne marche de la procédure de conclusion des traités semblent militer en faveur de la règle opposée. Bien des traités n'entreraient peut-être jamais en vigueur si ce n'est par voie d'adhésion. Quand toute la pratique en matière de conclusion des traités tend à une plus grande souplesse et à la suppression des règles restrictives, il ne semble guère opportun d'assujettir l'adhésion à une condition qui, d'après la pratique, constitue l'exception plutôt que la règle.

10. Des considérations analogues font qu'il n'y a aucune raison de restreindre la faculté d'adhérer à un traité sous réserve de confirmation ultérieure. Un Etat peut tenir à faire connaître son intention d'adhérer à un traité sans enlever à ses organes constitutionnels le pouvoir de se prononcer sur la ratification de l'adhésion tout comme ils se prononcent sur les traités signés par les représentants de l'Etat. En conséquence, il y aurait

^{1/} Voir, par exemple, la Convention du 19 septembre 1949 sur la circulation routière (article 27) et la Convention sanitaire internationale pour la navigation aérienne, ouverte à la signature le 15 décembre 1944 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 16, page 247).

tout intérêt à s'en tenir, en cette matière, à la règle consacrée par la résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations en 1927, aux termes de laquelle "La procédure d'adhésion aux conventions internationales sous réserve de ratification ultérieure est une procédure admissible que la Société ne doit ni décourager ni encourager. Cependant, si un Etat fait acte d'adhésion, il doit savoir que, s'il ne mentionne pas expressément la réserve de ratification, il sera considéré avoir pris un engagement définitif. S'il veut empêcher cette conséquence, il devra, au moment de l'adhésion, déclarer expressément que l'adhésion est donnée sous réserve de ratification". (Actes de l'Assemblée, 1927, Séance plénière du 23 septembre).

Article 7

NOTES

1. Comme dans les autres articles du présent projet, nous avons évité de donner une définition de la procédure en question (en l'occurrence, une définition de l'adhésion). Les éléments nécessaires de cette définition sont contenus dans les règles fondamentales stipulées par l'article.
2. Pour les raisons exposées dans le commentaire qui précède, nous avons cru devoir nous écarter du texte de l'article provisoirement adopté par la Commission et formuler des conclusions à certains égards opposées. Il s'agit de la question de la nécessité de l'assentiment de toutes les parties contractantes postérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité et, notamment, de la question de savoir si l'adhésion peut avoir effet avant l'entrée en vigueur d'un traité.
3. Certains auteurs^{1/} se sont demandé si l'Etat qui adhère devient partie au traité sur un pied d'égalité absolue avec les parties contractantes initiales. La réponse ne fait au fond, aucun doute. Mais elle n'apparaît pas toujours clairement si l'on s'attache à l'argument selon lequel l'adhésion a pour effet, si elle est acceptée, de créer un traité nouveau - bien qu'identique à l'ancien - entre les parties contractantes initiales et l'Etat qui adhère. Même si cet argument était valable, il est difficile de voir en quoi cela modifierait la situation juridique. Cependant, que l'adhésion donne naissance ou non à un nouveau traité, le fait que l'Etat qui adhère devient partie, en fait et en droit, au traité original sur un pied d'égalité absolue avec les parties initiales, entraîne une autre conséquence, qui sera examinée dans la partie relative à l'interprétation des traités, à savoir que cet Etat doit être considéré comme ayant pleinement connaissance des faits et, le cas échéant de la documentation, concernant l'historique des pourparlers qui ont précédé la conclusion du traité et l'élaboration de son texte.
4. Nous croyons inutile de commenter en détail le premier paragraphe de l'article, qui dispose que l'adhésion doit être déclarée formellement, dans un instrument écrit. Cette règle n'est que l'application du principe, examiné plus loin à propos de l'article 17, selon lequel un traité doit être consigné par écrit, dans un instrument formel. Il s'ensuit que l'adhésion tacite n'est pas

^{1/} Voir, par exemple, le commentaire de l'article 9 e) du projet de convention de Harvard.

admissible. Dans l'Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (jugement n° 7, page 28), la Cour permanente de Justice internationale a soutenu que "une adhésion ou accession tacite ultérieure de la part de la Pologne à la Convention d'armistice et au Protocole de Spa n'a pas eu lieu". On ne saurait guère inférer de ces termes que la Cour a reconnu indirectement la validité d'une adhésion tacite. En tout cas, presque tous les traités qui comportent une clause d'adhésion prévoient que l'adhésion doit être notifiée au dépositaire ou qu'elle doit s'effectuer par le dépôt d'un instrument formel. La Commission jugera peut-être utile d'insérer une disposition expresse à cet effet dans le présent article.

Article 8

Acceptation

[Dans tous les cas où il est prévu que les obligations du traité peuvent être contractées par voie d'acceptation, un Etat peut devenir partie à ce traité : a) soit par signature, ratification ou adhésion; b) soit en vertu d'un instrument expressément qualifié d'acceptation; c) soit par une procédure combinant les deux méthodes précédentes.]

COMMENTAIRE

1. Nous avons placé cet article entre crochets parce que sa présence dans un code du droit des traités peut prêter à discussion. Si on en est venu, au cours de la Deuxième guerre mondiale et depuis, à faire de l'"acceptation" un moyen de contracter des obligations conventionnelles, c'était pour avoir une procédure moins formelle que certaines des méthodes traditionnelles, la ratification en particulier, et mettre ainsi à la disposition des Etats un système auquel ils pourraient avoir recours lorsque, en raison des dispositions de leur droit interne, il leur est plus difficile de contracter des obligations conventionnelles par la méthode traditionnelle de la ratification que par d'autres méthodes. La Convention du 16 novembre 1945 créant l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture dispose, en son article XV : "1. La présente Convention sera soumise à acceptation... 2. Les signatures pourront être apposées avant ou après le dépôt des instruments d'acceptation" (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 4, page 275). L'Accord relatif au Fonds monétaire international (ibid., vol. 2, page 39), et l'Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, contiennent des dispositions analogues : "Chaque gouvernement au nom duquel le présent Accord sera signé déposera auprès du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique un instrument établissant qu'il a accepté le présent Accord en conformité de ses lois et qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour être en état d'exécuter toutes les obligations découlant du présent Accord." D'autres accords se sont inspirés de cette formule, sous une forme quelque peu modifiée. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce prévoit qu'il "sera ouvert à l'acceptation de tous les gouvernements signataires de l'Acte final". La Charte de l'Organisation internationale du commerce, signée à La Havane

le 24 mars 1948, contient la même disposition. Dans de nombreux accords^{1/}, les parties ont adopté une formule-type prévoyant qu'il est possible de contracter les obligations de l'accord : a) soit par la signature sans réserve quant à l'acceptation; b) soit par la signature sous réserve d'acceptation, suivie d'acceptation; c) soit par l'acceptation. Il convient de noter que ce moyen de contracter des obligations internationales n'était pas entièrement nouveau. En effet, lorsque les Etats-Unis ont accepté, en 1934, de faire partie de l'Organisation internationale du Travail, ils ont agi non pas par voie de ratification d'un instrument international, mais par voie d'acceptation de l'invitation qui leur avait été adressée : ils avaient pris cette mesure à la suite d'une résolution du Congrès autorisant le Président "à accepter, pour le Gouvernement des Etats-Unis, la qualité de membre de l'Organisation internationale du Travail".^{2/}

2. En 1949, après un examen détaillé de la question, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a adopté, à propos du projet de Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution

^{1/} Par exemple, le Protocole amendant l'Arrangement relatif à la répression de la circulation des publications obscènes, approuvé par l'Assemblée générale le 3 décembre 1948 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 30, page 3); la Convention du 6 mars 1948 relative à la création d'une Organisation consultative intergouvernementale de la navigation maritime; la Convention du 10 mai 1948 relative à l'Institut international de l'Hylea amaronienne. Au sujet de l'utilisation du terme "acceptation" dans la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies en matière de conclusion des traités, voir l'exposé de M. Liang dans le American Journal of International Law, 44 (1950), pages 342 à 349.

^{2/} Antérieurement à cette date, les Etats-Unis étaient devenus de la même manière membre de certaines autres organisations internationales : du Bureau hydrographique international en 1921 et de l'Institut international de statistique en 1924 par exemple. La Proclamation du Président portant acceptation par les Etats-Unis de la qualité de membre de l'Organisation internationale du Travail était rédigée dans des termes analogues à ceux qui sont généralement employés pour la promulgation des traités. Par cette Proclamation, le Président a "proclamé et rendu public le texte de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, dont une copie certifiée conforme est annexée aux présentes, afin que les Etats-Unis et leurs citoyens en observent de bonne foi toutes les dispositions".

d'autrui, une résolution par laquelle elle a exprimé, à une très forte majorité (30 voix contre zéro, avec 4 abstentions), sa préférence pour la méthode traditionnelle (de signature suivie de ratification) par rapport à la formule-type de l'acceptation décrite plus haut.^{1/} Bien qu'il n'y ait eu, depuis, semble-t-il, que deux accords prévoyant l'acceptation - en plus de la signature suivie de la ratification^{2/} - rien ne permet vraiment de supposer que la Commission a entendu viser, dans son opinion, tous les instruments internationaux.

3. L'emploi du terme "acceptation" n'exclut pas que les obligations du traité soient contractées par voie de ratification ou d'adhésion. Ce terme n'exclut pas non plus la signature; en fait, les traités prévoient souvent une méthode qui combine l'acceptation et la signature. Le terme "acceptation" a pour effet de permettre aux gouvernements de contracter les obligations du traité, à leur choix, soit par les méthodes traditionnelles de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, soit en ayant recours au système - qui semble moins formel - de l'"acceptation". Faire officiellement de l'"acceptation" ainsi comprise un mode distinct de conclusion des traités, c'est aller au devant de diverses objections. On pourrait, par exemple, dire qu'aucune formule insérée dans un traité ne peut dispenser un gouvernement de tenir compte des limitations constitutionnelles à son pouvoir de conclure définitivement ce traité. Un gouvernement qui désire ratifier un traité peut, suivant les dispositions de son droit interne, être, ou n'être pas tenu d'obtenir l'approbation ou l'autorisation voulues. Si le traité prévoit l'"acceptation", cela n'aura pas pour effet de décharger le gouvernement de cette obligation. La méthode de l'adhésion, à laquelle peuvent recourir, ainsi que nous l'avons exposé, les Etats qui ont signé un traité mais ne l'ont pas ratifié, et qui n'est pas subordonnée à l'entrée en vigueur préalable du traité, constitue un

^{1/} Assemblée générale, Quatrième session, Documents officiels, Sixième Commission, Comptes rendus analytiques, 200ème et 201ème séances.

^{2/} L'Accord du 22 novembre 1950 pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique et culturel et la Convention universelle sur le droit d'auteur en date du 6 septembre 1952, élaborés sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.

moyen moins formel de contracter les obligations découlant de ce traité. En effet, dans la plupart des Etats, sinon dans tous, l'adhésion, comme l'a dit Sir Arnold McNair, "n'exige pas de ratification; elle est considérée, du point de vue constitutionnel, comme équivalant à une ratification".^{1/} D'autre part - et cet argument semble décisif - si un gouvernement estime qu'il lui serait plus facile de contracter des obligations internationales en suivant une procédure donnée, tout en tenant compte de l'expression - nécessaire et légitime - de la volonté nationale, il semble qu'il y a tout lieu de ne pas décourager l'emploi de cette méthode simplifiée en rendant en fait obligatoires des systèmes plus compliqués. De ce point de vue, il serait regrettable qu'un traité fasse de la ratification le seul moyen de consacrer l'acceptation des obligations stipulées.

4. Compte tenu des considérations qui précèdent, il semble que l'"acceptation" est plus qu'une simple généralisation des diverses méthodes - plus ou moins formelles - permettant de contracter une obligation conventionnelle, ou bien de confirmer ou d'approuver une obligation provisoirement assumée par signature (ou, dans certains cas, par adhésion). Un certain nombre d'accords récents parlent d'"approbation" au lieu d'"acceptation"^{2/}, alors que d'autres permettent l'une ou l'autre de ces deux procédures, laissant ainsi supposer - sans cependant le faire ressortir d'aucune manière - qu'elles sont différentes. C'est ainsi qu'aux termes de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, en date du 22 juillet 1946 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 14, page 185), les Etats peuvent devenir parties à la Constitution par : i) la signature, sans réserve d'approbation; ii) la signature sous réserve d'approbation, suivie de l'acceptation; iii) l'acceptation pure et simple.

^{1/} The Law of Treaties (1938), p. 99. L'auteur ajoute : "Dans la pratique ordinairement suivie, il n'est pas nécessaire que l'instrument d'adhésion soit revêtu du Grand Sceau. Une notification signée par le Secrétaire d'Etat aux affaires étrangères ou quelque autre personne dûment autorisée est jugée suffisante."

^{2/} Voir, par exemple, le Protocole relatif à l'Office international d'hygiène publique (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 9, p. 66) et le Protocole amendant les Accords, Conventions et Protocoles sur les stupéfiants (ibid., vol. 12, p. 179).

Article 8

5. La Commission estime certes que le droit des traités doit encourager la souplesse des méthodes utilisées pour contracter des obligations conventionnelles, mais il lui faut admettre qu'il n'est peut-être pas souhaitable d'inscrire dans un article nécessairement rigide une formule dont la signification n'est pas très précise. Le droit des traités ne doit pas ignorer les tendances qui ont donné naissance à la formule de l'"acceptation". Mais l'on pourrait considérer que, du fait de sa portée très générale, l'article 4, qui prévoit "tout autre moyen" accepté par les parties, tient suffisamment compte de ces tendances. L'expression "tout autre moyen" s'applique, en effet, à une procédure qui, tout en permettant la confirmation de la signature par une approbation ultérieure, ne subordonne pas cette approbation à une ratification formelle. Telle était, d'ailleurs, la pratique suivie avant que l'"acceptation" n'apparaisse en tant que moyen de contracter des obligations conventionnelles. D'autre part, il n'y a rien dans la nature de l'"acceptation" - ni dans la manière dont ce système est appliqué dans la pratique - qui empêche une partie de rendre ses engagements définitifs par voie de ratification formelle.

NOTES

Si nous avons fait figurer le présent article dans notre projet, c'est surtout pour tenir compte des dispositions de l'article 10 que la Commission a provisoirement adopté, et afin de fournir une base de discussion. Nous ne sommes pas convaincus qu'il faille consacrer à la question un article distinct. Ainsi qu'il a déjà été dit dans le commentaire, la Commission pourrait se prononcer contre l'adoption d'un article distinct relatif à l'"acceptation" sans pour cela empêcher une pratique qui a ses partisans et qui n'est pas complètement dépourvue d'utilité. Il suffirait de mentionner, dans l'article 4, "tout autre moyen d'accepter ou d'approuver" un traité. Il s'agira nécessairement de moyens formels. En fait, la plupart des accords qui prévoient l'acceptation exigent le dépôt en bonne et due forme d'un instrument d'acceptation. C'est pourquoi on peut soutenir qu'il serait préférable, par souci de clarté et pour éviter toute confusion, de faire entrer l'"acceptation", l'"approbation" et les méthodes analogues dans le cadre de la formule très générale de l'article 4, au lieu d'en faire une catégorie à part. Ce serait même là, pourrait-on dire, le seul moyen d'éviter les ambiguïtés et les contradictions auxquelles la question risque de donner lieu. C'est ainsi que l'article 10 provisoirement adopté par la Commission définit l'acceptation d'un traité l'"acte par lequel, en lieu et place de signature, de ratification ou d'adhésion, ou de toutes ces procédures à la fois, un Etat déclare que le traité a force obligatoire pour lui". Il ressort pourtant clairement, tant du commentaire qui fait suite à cet article que de la pratique suivie en la matière, que l'"acceptation" n'intervient pas nécessairement en lieu et place de signature, de ratification ou d'adhésion. Elle s'effectue souvent par l'une de ces trois procédures ou vient s'y ajouter. Ceci dit, quand bien même la procédure de l'"acceptation" - à supposer qu'il s'agisse d'une procédure distincte - n'offrirait, en droit international, que peu d'avantages par rapport aux méthodes traditionnelles de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, ou à une

Article 8

procédure qui combine ces méthodes, cette considération ne doit pas nécessairement être décisive. S'il s'avère que, dans certains cas, l'on aiderait les gouvernements ou l'on servirait la cause de la coopération internationale en utilisant une formule qui assure la liberté voulue en matière de procédure, il y aurait peut-être lieu d'encourager cette tendance, même au risque de nuire à l'élégance du texte ou de se répéter.

Article 9

Réserves

I

Est nulle, s'agissant d'un traité multilatéral, toute signature, ratification, adhésion ou autre façon d'accepter le traité, qui s'accompagne d'une ou plusieurs réserves auxquelles toutes les autres Parties au traité ne donnent pas leur assentiment.

II

PROPOSITIONS DE VARIANTES DE LEGE FERENDA

Projet de variante A à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Lorsqu'un traité stipule qu'il entrera en vigueur à partir du moment où un nombre déterminé d'Etats y seront définitivement devenus parties, il n'est pas tenu compte, pour établir s'il existe le nombre requis de parties au traité, du fait qu'un Etat a formulé une ou plusieurs réserves au sujet d'un article dudit traité.
2. Si, dans les trois ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité, les deux tiers au moins des Etats qui l'ont accepté, que ce soit avec ou sans réserves, n'ont pas assenti à la ou aux réserves formulées par un Etat, cet Etat, s'il maintient la ou lesdites réserves, cesse d'être partie au traité. Si, à la fin de cette période et par suite de l'application de la règle qui précède, le nombre des parties devient inférieur au nombre requis pour l'entrée en vigueur du traité, celui-ci est résolu.

Article 9

3. Si, à la fin de la période susmentionnée ou postérieurement, une réserve reçoit l'assentiment exprès ou tacite des deux tiers au moins du nombre total des Etats qui acceptent les obligations du traité, l'Etat qui a formulé la réserve est considéré comme partie au traité à l'égard de toutes les parties, sauf le droit que possèdent les autres parties de ne pas se considérer comme liées par la clause en question dans leurs rapports avec l'Etat qui a formulé la réserve.

4. Est considéré comme ayant assenti à une réserve formulée par un autre Etat, tout Etat qui n'a pas adressé au depositaire du traité, dans un délai de trois mois après réception de la notification de la réserve en question, une déclaration repoussant formellement ladite réserve.

Projet de variante B à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Le depositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve, tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au depositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

2. Lorsqu'à l'expiration d'un délai fixé dans l'instrument, les deux tiers au moins des Etats qui ont qualité pour présenter des objections n'ont pas accepté une réserve, l'Etat qui a formulé cette réserve, s'il la maintient, n'est pas considéré comme étant partie au traité.

3. Lorsque les deux tiers au moins des Etats visés au paragraphe 2 donnent leur assentiment à une réserve, l'Etat qui a formulé la réserve est considéré comme partie au traité, sauf le droit que possède toute partie de ne pas appliquer, dans ses rapports avec ledit Etat, la disposition du traité à l'égard de laquelle une réserve a été formulée.

Projet de variante C à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Les parties ou l'organe d'une organisation internationale qui ont authentifié le texte d'un traité, instituent une commission dont ils fixent le mode de nomination et à laquelle il appartient de se prononcer sur la recevabilité des réserves formulées par un gouvernement postérieurement à l'authentification du texte du traité.
2. Le dépositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve, tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.
3. Lorsqu'un Etat ayant qualité à cet effet élève une objection contre une réserve, il appartient à la commission de se prononcer sur la recevabilité de la réserve, à la demande de l'Etat qui a formulé celle-ci. Lorsque la réserve est déclarée irrecevable, l'Etat en question, s'il la maintient, ne peut devenir partie au traité.

Projet de variante D à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Les parties ou l'organe d'une organisation internationale qui ont authentifié le texte d'un traité, demandent à la Cour internationale de Justice de désigner, conformément à son Règlement, une Chambre statuant en procédure sommaire à laquelle il appartiendra de se prononcer sur la recevabilité des réserves formulées

Article 9

par un gouvernement postérieurement à l'authentification du texte du traité.

2. Le dépositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reues. Est considéré comme ayant accepté la réserve tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

3. Lorsqu'un Etat ayant qualité à cet effet élève une objection contre une réserve, il appartient à la Chambre statuant en procédure sommaire de se prononcer sur la recevabilité de la réserve, à la demande de l'Etat qui a formulé celle-ci. Lorsque la réserve est déclarée irrecevable, l'Etat en question, s'il la maintient, ne peut devenir partie au traité.

Article 9

Réserves

I

Est nulle, s'agissant d'un traité multilatéral, toute signature, ratification, adhésion ou autre façon d'accepter le traité, qui s'accompagne d'une ou plusieurs réserves auxquelles toutes les autres Parties au traité ne donnent pas leur assentiment.

COMMENTAIRE

1. La Commission considère que cette rédaction de l'article 9 représente probablement encore le droit en vigueur. Antérieurement à l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice au sujet de la Convention sur le génocide et en dehors du système dit américain instauré en 1938 à la suite d'une résolution adoptée par la huitième Conférence internationale des Etats américains, réunie à Lima, on admettait généralement, sinon universellement, que le principe énoncé dans l'article 9 exprimait une règle de droit international, et cela malgré les doutes auxquels son application a donné lieu en diverses occasions et de plus en plus fréquemment.^{1/} Ce principe a inspiré la pratique suivie par l'autorité dépositaire des Conventions de La Haye et par la Société des Nations, de même que le rapport établi par le Comité pour la codification progressive du droit international auquel le Conseil de la Société des Nations a donné son approbation en 1927 (Doc. de la S.D.N. 337. M.130. 1927. V.16). Le Secrétaire général des Nations Unies a également suivi cette pratique qui, jusqu'à la controverse provoquée par les réserves à la Convention sur le génocide, n'a pas été sérieusement contestée. Le rapport que la Commission du droit international a soumis en 1951 à l'Assemblée générale se fondait sur ce principe. La Commission doit donc considérer qu'en l'absence d'une modification expresse à cet égard, résultant d'un accord général ou d'une pratique constante ayant force de loi, ce principe constitue toujours la règle de droit international applicable.

1/ Voir infra le paragraphe 2 des notes (p.).

Article 9

Cependant, bien qu'aucun événement décisif ne soit venu infirmer le principe de l'acceptation unanime en tant que règle du droit international positif, la Commission, pour les motifs exposés dans le commentaire ci-après, n'est plus d'avis que ce principe constitue une règle satisfaisante et qu'il puisse ou doive être maintenu. C'est pourquoi la présente formulation de l'article 9 s'accompagne d'un certain nombre de projets de variantes qui admettent un principe différent comme base future du droit en la matière. Ces projets font l'objet de commentaires très détaillés. La matière des réserves aux traités multilatéraux est d'une complexité exceptionnelle, et même déconcertante, et il serait inutile de simplifier artificiellement un problème compliqué en soi. Cette remarque vaut en particulier dans les cas où il appartient à la Commission de développer le droit international, une fois acquis que de nombreux Etats jugent peu satisfaisant et même inacceptable le principe en vigueur.

Etant donné que la Commission ne considère pas que le principe de l'acceptation unanime, tel qu'il est formulé dans l'article 9, offre une base satisfaisante pour la mise en oeuvre ultérieure de cet aspect du droit des traités, il ne semble pas qu'un commentaire détaillé de l'article 9 soit nécessaire; on trouvera cependant quelques observations à ce sujet dans le commentaire sur les projets de variantes et notamment dans le commentaire sur le projet de variante A.

Projet de variante A

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Lorsqu'un traité stipule qu'il entrera en vigueur à partir du moment où un nombre déterminé d'Etats y seront définitivement devenus parties, il n'est pas tenu compte, pour établir s'il existe le nombre requis de parties au traité, du fait qu'un Etat a formulé une ou plusieurs réserves au sujet d'un article dudit traité.

2. Si, dans les trois ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité, les deux tiers au moins des Etats qui l'ont accepté, que ce soit avec ou sans réserves, n'ont pas assenti à la ou aux réserves formulées par un Etat, cet Etat s'il maintient la ou lesdites réserves, cesse d'être partie au traité. Si, à la fin de cette période et par suite de l'application de la règle qui précède, le nombre des parties devient inférieur au nombre requis pour l'entrée en vigueur du traité, celui-ci est résolu.

3. Si, à la fin de la période susmentionnée ou postérieurement, une réserve reçoit l'assentiment exprès ou tacite des deux tiers au moins du nombre total des Etats qui acceptent les obligations du traité, l'Etat qui a formulé la réserve est considéré comme partie au traité à l'égard de toutes les parties, sauf le droit que possèdent les autres parties de ne pas se considérer comme liées par la clause en question dans leurs rapports avec l'Etat qui a formulé la réserve.

4. Est considéré comme ayant assenti à une réserve formulée par un autre Etat, tout Etat qui n'a pas adressé au depositaire du traité, dans un délai de trois mois après réception de la notification de la réserve en question, une déclaration repoussant formellement ladite réserve.

COMMENTAIRE

I

OBSERVATIONS GENERALES

1. Avant d'expliquer la portée juridique du projet A de l'article 9, il est bon de rappeler une fois de plus que pour ce qui est du contenu de cet article, plus encore que pour les autres articles du projet de codification du droit des traités, la Commission n'a pas pu se borner à codifier le droit en vigueur. Cela tient, dans une certaine mesure, à ce que les avis diffèrent sur le droit applicable en la matière. Certains Etats^{1/} estiment que telle était la situation même avant que la Cour internationale de Justice eût rendu son avis consultatif au sujet des Réserves à la Convention sur le génocide. Alors que la plupart

^{1/} Notamment les Etats-Unis, ainsi que le montre l'exposé écrit du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique présenté devant la Cour internationale de Justice à l'occasion de l'opinion consultative sur les Réserves à la Convention sur le génocide : Voir Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, pages 23 à 47.

Article 9

des Etats appliquaient ce que nous appelons plus loin "la conception de l'unanimité" dont on trouve des exemples dans la pratique pour ainsi dire constante ^{1/} du Secrétaire général de la Société des Nations et du Secrétaire général des Nations Unies, les Etats américains suivaient depuis 1938 une pratique différente. Il est arrivé que la règle de l'acceptation unanime ne soit appliquée qu'en vertu d'un accord implicite, comme ce fut probablement le cas pour plusieurs des réserves formulées à certaines des conventions de La Haye relatives au droit de la guerre.^{2/} L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice au sujet de la Convention sur le génocide a ébranlé davantage encore l'autorité de la règle de l'acceptation unanime en tant qu'expression d'un principe de droit international généralement reconnu, et cela bien que, conformément à son mandat en cette affaire et comme le montrent les termes mêmes de son Avis, la Cour se soit limitée à la question dont elle était saisie. En effet, le raisonnement adopté tant par la Cour que par quatre de ses Juges, dans leur importante opinion dissidente, est, à beaucoup d'égards, d'un caractère général applicable aux réserves formulées à n'importe quel traité international. Enfin, il est impossible d'ignorer le fait que, postérieurement à cet avis consultatif, une majorité importante des Etats représentés à la sixième session de l'Assemblée générale, a refusé d'admettre que le droit international en vigueur trouvait son expression dans la règle de l'acceptation unanime qui était à la base du rapport présenté en 1951 par la Commission du droit international. Il semble, en outre, que certains gouvernements, notamment

1/ Dans son avis consultatif au sujet des Réserves à la Convention sur le génocide, la Cour internationale de Justice a intégralement cité (C.I.J. Recueil 1951, page 25) le passage suivant du rapport du Secrétaire général des Nations Unies en date du 21 septembre 1950 :

"Il est universellement reconnu que le consentement des autres gouvernements intéressés doit être obtenu avant qu'ils ne puissent être liés par une réserve, mais il n'y a unanimité ni sur la procédure que doit suivre le dépositaire pour obtenir le consentement requis, ni sur l'effet juridique de l'objection qu'un Etat formule contre une réserve."

2/ Voir cependant l'exposé du Gouvernement des Pays-Bas soumis à la Cour internationale de Justice le 19 janvier 1951, au sujet des mesures que ce gouvernement a prises en tant que dépositaire de la Convention de La Haye du 29 juillet 1899 concernant l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève de 1864, en vue d'obtenir des signataires de la Convention l'acceptation unanime des réserves formulées par certains Etats au sujet de l'article X de cette Convention (C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, 1951, page 288).

le Gouvernement du Royaume-Uni, qui, dans le passé, avaient ouvertement préconisé ce principe, soient maintenant prêts à reconnaître qu'il est trop rigide et qu'il devrait éventuellement être remplacé par un système fondé sur une sorte de vote majoritaire.^{1/}

2. Etant donné que le principe de l'acceptation unanime a cessé d'être considéré comme offrant une solution satisfaisante des problèmes qui se sont posés et risquent de se poser à cet égard, la Commission ne voit plus pourquoi elle se bornerait à formuler par voie de codification une règle juridique en la matière qui serait fondée sur ce principe. Elle n'a pas non plus de raison de prendre le principe de l'acceptation unanime comme base future du droit en la matière. La Commission ne saurait davantage admettre comme expression du droit en vigueur, ou comme base d'une future règle juridique le "principe de souveraineté" en vertu duquel un Etat possède le droit illimité de formuler des réserves en même temps que celui de devenir partie à une convention malgré les objections des autres parties. Enfin, bien que les projets de variantes à l'article 9 empruntent un peu de la souplesse au système dit américain, ils en diffèrent de façon importante. En fait, ces projets visent à une solution indépendante de l'un des trois principes fondamentaux (la règle de l'"unanimité", le principe de la "souveraineté" et le système "américain") qui, dans le passé, ont été plus ou moins largement préconisés ou admis.

3. Il n'est sans doute pas inutile d'indiquer à ce stade les principales considérations sur lesquelles se fondent les projets de variantes, en particulier le projet A.

A. Il est souhaitable de reconnaître le droit pour les Etats de formuler des réserves à un traité et de devenir en même temps parties à ce traité, à condition que ces réserves ne soient pas de nature à provoquer une opposition nombreuse chez les Etats qui acceptent en définitive les obligations du traité.

^{1/} Voir les observations formulées par M. Fitzmaurice, représentant du Royaume-Uni, à la 267^{ème} séance de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, qui s'est tenue le 10 décembre 1951 (Documents officiels, pages 86 et 87). Voir également l'article de M. Fitzmaurice dans l'International and Comparative Law Quarterly, Vol. 2, Première partie (1953), pages 1 à 27.

Article 9

B. Il n'est pas possible ni compatible avec les principes de reconnaître aux Etats le droit illimité de devenir parties à un traité tout en y formulant des réserves générales, arbitraires ou destructrices des fins raisonnablement conçues du traité ainsi que des intérêts et des espoirs légitimes des autres parties;

C. Il est contraire aux exigences et à la souplesse des rapports internationaux de poser que l'acceptation unanime des réserves par toutes les parties à un traité doit être la condition de la participation au traité d'un Etat réservataire.

Examinons maintenant ces trois principales considérations.

4. Justification des réserves. S'il est admis qu'un Etat a le droit de devenir partie à un traité en y formulant des réserves, la question voisine de l'étendue de son droit d'en formuler en dehors du consentement des autres parties est sujette à controverse. Il s'agit là d'une question étroitement liée, quoique indirectement, à celle du fondement intrinsèque des réserves qu'il semble donc opportun d'examiner brièvement. Bien que l'argumentation relative au fondement des réserves en général ne soit pas concluante, on a de plus en plus tendance à reconnaître que la pratique des réserves n'a rien d'injuste en soi. Si l'on considère qu'en principe il est juste et souhaitable d'admettre le droit de faire des réserves, il s'ensuit qu'en dehors des conséquences logiques, d'ailleurs contestées, de la doctrine de l'unité du lien contractuel entre les parties aux mêmes conventions - dont il sera touché un mot dans le présent commentaire^{1/} - la règle de l'acceptation unanime des réserves n'a plus de raison d'être. On ne saurait toutefois écarter sans examen les objections de principe à la formulation de réserves. On peut soutenir qu'un Etat doit choisir entre telle disposition de sa législation ou de sa constitution ou tels de ses intérêts particuliers et sa participation à des traités internationaux, et qu'il ne peut raisonnablement prétendre cumuler les avantages des uns et des autres. Si la réserve est censée protéger un intérêt véritable et important,

^{1/} Voir infra page .

on peut alors considérer qu'elle rend la participation au traité quelque peu fictive. Si l'intérêt en jeu n'a au contraire qu'une portée limitée, on peut affirmer qu'il devrait céder à la nécessité absolue d'assurer une réglementation internationale uniforme. Les Etats ne sauraient prétendre être parties à des traités sans sacrifier certains intérêts; un traité n'a guère de sens et revient presque à une déclaration de principe purement nominale si les parties ne s'engagent pas dans un certain domaine à abandonner leur liberté d'action, à sacrifier un intérêt particulier et à modifier leur législation. Si le droit en vigueur de l'Etat est regardé comme intangible et si l'Etat ne peut approuver un traité que si celui-ci n'est pas incompatible avec sa législation, la conclusion d'un traité n'est alors qu'un simple geste. Bien entendu, les divers services gouvernementaux d'un Etat ne voient pas sans appréhension les inconvénients et les complications auxquels expose la nécessité de modifier la législation interne et ils ont par conséquent tendance à préconiser des réserves qui évitent la nécessité de ces modifications. Il ne faut cependant pas accorder une importance décisive à ce phénomène de conservatisme des services gouvernementaux. En outre, l'expérience a très souvent montré que, même s'il exprime le point de vue très ferme de l'Etat réservataire sur une question donnée, le contenu de la réserve ne présente pas une très grande importance en comparaison de la portée du traité dans son ensemble, et que la réserve aurait pu être omise sans sacrifier aucun intérêt véritable de l'Etat considéré.

5. D'autre part, il y a quelque force dans l'argument selon lequel, dans la pratique, une réserve donnée ne diminue pas indûment la valeur du traité quoiqu'elle nuise, plus ou moins gravement, à la symétrie et à l'uniformité du traité et qu'elle porte sur une question de principe importante. Cette considération, qui explique la rareté relative des objections faites aux réserves formulées de bonne foi, oblige à nuancer la conception selon laquelle la pratique qui consiste à formuler des réserves est blâmable en soi, étant donné surtout qu'elle constitue dans un certain sens une protection des droits de la minorité des Etats qui ont accepté de devenir parties à un traité élaboré

Article 9

par la majorité sans tenir compte du point de vue et de l'attitude de la minorité dissidente, si bien fondés soient-ils. En cas d'adhésion, cette minorité risque de n'avoir jamais eu l'occasion de faire entendre ses objections, et c'est pourquoi il peut être parfois difficile de rejeter le point de vue selon lequel il faut prendre en considération les droits de la minorité en reconnaissant effectivement à celle-ci la faculté de formuler des réserves. Cependant, si l'on admet qu'il soit juste de faire des réserves, la reconnaissance de ce droit n'a de sens que si elle s'accompagne de la reconnaissance du droit de formuler des réserves dans les limites de la correction et de la bonne foi, même quand ces réserves ne sont pas acceptées à l'unanimité par toutes les autres parties. D'autre part, il est important de donner sa vraie place à l'argument fondé sur les droits des minorités. En effet, à la différence des cas où il s'agit de législation interne, aucune minorité n'est obligée de devenir partie à un traité multilatéral. Une minorité n'a pas non plus le droit d'imposer à la majorité son propre point de vue ce qui, dans la pratique, pourrait aboutir à modifier de façon radicale le caractère du traité.

6. Règle de l'acceptation unanime. Pour les raisons déjà exposées, et pour d'autres encore, le présent projet de variante à l'article 9, de même que les autres projets de variantes, ne s'inspirent pas de la conception, généralement quoique non uniformément, adoptée en la matière par la doctrine et la pratique, à savoir la conception dite de l'"unanimité", en vertu de laquelle un Etat isolé - qu'il soit réellement ou virtuellement partie au traité - aurait le droit d'empêcher la participation au traité d'un ou de plusieurs Etats réservataires, au mépris de l'attitude adoptée par les autres parties. Aux termes du présent projet d'article 9, la participation d'un Etat qui formule une réserve ne peut être empêchée que par un tiers au moins du nombre total des Etats qui ont exprimé, sous une forme qui les oblige, leur désir de devenir partie au traité. Si les deux tiers des Etats, ou davantage, estiment que l'Etat qui formule la réserve agit de bonne foi et d'une façon qui n'est pas déraisonnable au point de contrarier radicalement les objectifs du traité, dans ce cas, en vertu du projet de variante A à l'article 9, cet Etat ne devrait pas être exclu du droit de devenir partie au traité. Il est vrai que si nombre d'Etats sont enclins à considérer avec indulgence et dans un esprit libéral

les réserves faites par d'autres, c'est peut-être parce qu'ils ont eux-mêmes formulé des réserves. Cependant, dès l'instant où le nombre de ces Etats est important - et les deux tiers du total représentent une proportion importante - cette considération ne doit pas l'emporter. Un traité ne peut prétendre à un degré de perfection plus élevé que celui qui résulte de l'attitude des parties. La règle stricte de l'acceptation unanime est manifestement déraisonnable et incompatible avec les exigences et la souplesse des relations internationales. Cette règle soulève des objections du même ordre que celles que suscite, dans d'autres domaines, la règle de l'unanimité absolue. En matière de réserves, elle peut avoir une apparence de justification si l'on se fonde sur les précédents, c'est-à-dire sur ce qui doit être considéré comme la pratique généralement suivie, ou sur un raisonnement quelque peu technique, dont nous montrerons qu'il est d'une valeur contestable. Sous tous autres rapports, la règle qui permet à un Etat d'empêcher, même tout à fait arbitrairement, la participation d'un autre Etat à un traité en raison d'une réserve unique, même raisonnable et admissible, ne semble guère se justifier. Si on l'analyse, la règle de l'acceptation unanime a pour fondement soit le soupçon que toutes les réserves sont captieuses et déloyales et qu'il convient donc d'y faire obstacle, soit la conviction que l'acceptation des réserves ne sera pas refusée arbitrairement. L'expérience peut souvent révéler que ces suppositions ne sont pas justifiées. En particulier, croire que l'acceptation des réserves ne sera pas refusée par caprice ou dans un esprit de vexation, c'est ignorer le fait que, dans les relations internationales, l'harmonie et la courtoisie sont plus apparentes à certaines époques qu'à d'autres.

7. La règle de l'acceptation unanime n'est défendable que par des considérations de logique juridique qui ont été fréquemment exposées avec beaucoup d'autorité^{1/}, et qui procèdent essentiellement de la notion de l'accord des volontés dans les contrats et les traités bilatéraux. Cette notion se fonde sur la stricte réciprocité des obligations et sur l'équivalence de causes - le quid pro quo - que chaque partie est en droit d'escompter en échange de son acceptation sans condition des obligations du traité. D'après ce raisonnement, une partie qui

^{1/} Voir McNair, The Law of Treaties (1938), page 105; Malkin dans le British Year Book of International Law, 7 (1926), page 142; le Projet de Convention de Harvard (dans l'American Journal of International Law, 29 (1935), page 870)).

ratifie un traité sous condition de réserves auxquelles les autres parties n'ont pas assenti antérieurement, repousse, en fait, l'instrument primitif et fait une nouvelle offre; pour que cette offre produise des effets juridiques, il faut qu'elle soit acceptée par toutes les autres parties. Cette argumentation vaut, dit-on, indépendamment des raisons évidentes de commodité et de correction qui s'opposent à ce qu'un Etat puisse, par un acte unilatéral, insérer des dispositions nouvelles dans un instrument qui a vu le jour laborieusement, à la suite de négociations prolongées, dans une atmosphère de compromis et de concessions réciproques. Ces raisons ne peuvent être considérées comme décisives. C'est ainsi qu'il n'est pas absolument convaincant qu'un Etat, quand il accepte un traité multilatéral, soit justifié à considérer comme formant partie essentielle des avantages qu'il en retire, le fait que toutes les autres parties acceptent le traité sans formuler de réserves. Ce peut être le cas de certains traités, par exemple de traités de caractère économique ou de conventions telles que celles qui sont conclues sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail, dans lesquelles le fait pour une des parties de déroger aux normes fixées dans l'instrument crée un obstacle sérieux à l'adhésion des autres parties. Mais ce n'est pas toujours le cas des conventions humanitaires ou du même ordre - à caractère général - celles qu'on a qualifié de conventions normatives. L'objectif apparent de beaucoup, sinon de la plupart de ces traités, n'est pas de créer un système bien équilibré de droits et d'obligations - sur la base donnant donnant - entre les parties, mais plutôt de faire naître une obligation absolue dirigée vers la réalisation d'un idéal international prééminent et impératif auquel les parties souscrivent par sentiment de devoir moral et de solidarité internationale. Il semble probable que, dans le cas d'obligations de cette nature, le nombre des parties et les conditions qu'elles mettent à l'acceptation du traité ne sont pas toujours considérés comme des facteurs déterminants par les autres parties qui acceptent le traité. Certes il est fâcheux que des réserves formulées après coup, qui ajoutent des restrictions et des limitations sans le moindre effort de coordination, viennent bouleverser l'ordonnance symétrique du traité, si laborieusement obtenue, et cela ne peut que susciter une juste cause de mécontentement. Cependant, par rapport au but

et au caractère généraux du traité, il peut n'y avoir là qu'un simple inconvénient. La nécessité d'un choix strict entre la solution qui consiste à écarter du traité l'Etat qui formule des réserves et celle qui veut que les autres Etats soient écartés, ne s'impose pas en fait.^{1/}

8. En outre, bien qu'un traité multilatéral soit avant tout un traité et comme tel un contrat auquel il convient d'appliquer les éléments de base des principes généraux du droit des contrats, il ne faut pas pousser l'analogie jusqu'au point où le raisonnement transforme la nécessité de l'accord des volontés en sa propre négation. Ce point est atteint dès l'instant où la volonté d'une partie fait échec à la volonté de toutes les autres, en privant d'effet leur acceptation des réserves formulées par un Etat. Il est difficile d'appliquer aux traités multilatéraux les exigences strictes de l'unité du rapport contractuel. On ne trouve, par exemple, que les caractères généraux de l'unité et de la symétrie du contrat dans ce qui est essentiellement un traité collectif de règlement judiciaire international résultant des déclarations d'acceptation de la clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice - pour citer un des instruments multilatéraux les plus importants en fait. On se trouve là en présence d'une multiplicité de rapports engendrés par le jeu de la réciprocité en matière de réserves, qu'aucune disposition de l'instrument original n'autorise expressément et que les Etats qui sont parties à la clause facultative n'ont jamais expressément acceptée. Dans le domaine du droit de la guerre, les effets regrettables de la clause dite de participation générale, reposant sur l'idée d'une symétrie rigoureuse entre les obligations conventionnelles qui s'imposent de façon égale à toutes les parties, ont entraîné l'abandon de cette clause dans des conventions plus récentes, telles que le Protocole de 1925 concernant la prohibition de l'emploi des gaz asphyxiants et, surtout, les Conventions de Genève de 1949. Dans un domaine différent, la pratique internationale fournit de nombreux exemples d'Etats et de gouvernements qui, bien que non reconnus par certaines parties à un traité, participent pleinement au même traité dans leurs rapports avec d'autres parties. L'application

^{1/} Le commentaire général aux articles 14, 15 et 16 du projet de convention de Harvard (loc.cit. pages 870 et 871) expose avec clarté les raisons qui sont, sous ce rapport, à la base de la doctrine de l'acceptation unanime.

Article 9

automatique aux traités multilatéraux du raisonnement logique qui convient pour les traités bilatéraux se heurte à des limites évidentes. Dans le système de rapports engendré par les réserves à un traité multilatéral, le consentement - indispensable pour tout traité, qu'il soit bilatéral ou multilatéral - ne peut être garanti qu'en accordant la faculté de se retirer à l'Etat ou à la petite minorité d'Etats qui estime nécessaire de s'opposer au désir général que les autres parties contractantes peuvent avoir d'accepter les réserves formulées par d'autres contractants. Le consentement réel peut donc être garanti autrement qu'en permettant à un Etat ou à un petit nombre d'Etats de faire fi de l'attitude conciliante des autres et d'en réduire à néant les effets. Il importe toutefois qu'il ne s'agisse que d'un Etat ou d'un petit nombre d'Etats. Sinon, on aboutirait à ce résultat quelque peu paradoxal que les pays disposés à accepter intégralement le traité sans formuler aucune réserve seraient contraints de se retirer et d'abandonner la place à ceux qui ne sont prêts à accepter qu'une partie seulement des obligations du traité.

9. Droit absolu de formuler des réserves. C'est également en se basant sur la même règle fondamentale de l'acceptation générale - par opposition au simple consentement individuel - que le présent projet de variante à l'article 9 rejette ce qu'on appelle la doctrine de la souveraineté en matière de réserves, c'est-à-dire le droit absolu pour un Etat de formuler des réserves, même complètement arbitraires et de nature à empêcher la réalisation des buts essentiels du traité, et de revendiquer, en même temps, le droit d'être partie au traité, au mépris des objections soulevées par une fraction importante des parties. Si, de par sa nature, la réserve fait douter sérieusement de la bonne foi et de la sincérité de l'Etat qui la formule, on peut supposer que le nombre requis d'Etats ayant définitivement accepté le traité avec ou sans réserves, soit un tiers, se trouvera réuni pour s'opposer à ce que l'Etat en question soit partie audit traité. En présence d'une opposition de cette importance animée de pareils motifs, prétendre, sur la base des droits de souveraineté, devenir partie au traité équivaudrait à nier la souveraineté des autres parties. Ce droit efficace d'opposition, tel que l'énonce le présent projet, exercé par un nombre important

d'Etats qui agissent, comme leur nombre l'indique, dans l'intérêt général, assure la protection nécessaire contre un abus du pouvoir de conclure des traités qui pourrait, sans cela, permettre à un Etat de revendiquer des avantages, notamment l'avantage, immatériel mais appréciable, d'être partie au traité, sans assumer aucune des obligations réelles qu'impose celui-ci. Si l'on en juge d'après l'expérience, les Etats ne se prévaudront pas à la légère de cette mesure protectrice, qui aboutit à exclure l'Etat réservataire. Il est indispensable toutefois d'organiser une protection, dans l'intérêt de l'autorité des traités et du maintien des relations internationales et, à un autre point de vue, de la moralité internationale, à un niveau convenable. Il va de soi qu'une codification du droit des traités ne saurait sanctionner des pratiques qui permettent aux gouvernements de conclure des traités, non pour assumer des obligations internationales mais simplement pour créer l'impression qu'ils les ont assumées.

10. On peut soutenir non sans raison que la codification du droit des traités a pour un de ses principaux objectifs de créer une protection de ce genre. Le but à atteindre est moins d'assurer l'intégrité des traités, dans le sens de leur homogénéité et de leur application uniforme à toutes les parties, que de faire en sorte qu'ils expriment, dans une certaine mesure au moins, le caractère réel des obligations assumées. En l'absence de ce minimum d'efficacité, l'universalité obtenue aux dépens de la réalité des engagements ne représente qu'un avantage fictif. C'est à la lumière de considérations de ce genre qu'il convient de rechercher un compromis entre l'aspiration à l'universalité et l'intégrité de la convention. Ces considérations fournissent une réponse à l'opinion selon laquelle le peu que procure l'universalité des traités, est préférable à l'absence de traités ou à une intégrité obtenue par la réduction draconienne du nombre des parties. Mieux vaut peu que point, dira-t-on.^{1/} Encore faut-il que ce peu ait quelque consistance. A supposer qu'un gouvernement, en acceptant un traité, ajoute une réserve aux termes de laquelle il ne se considère pas comme tenu d'appliquer les dispositions du traité lorsque celles-ci

^{1/} M. Fitzmaurice a exposé très clairement le caractère décevant de certaines applications de la doctrine du "mieux vaut peu" dans une remarquable étude sur les réserves aux conventions multilatérales, publiée dans International and Comparative Law Quarterly, 2 (1952), 1ère partie, pages 1 à 26.

Article 9

seront en opposition avec sa législation, ou qu'il se réserve la faculté de décider, dans chaque cas litigieux, de l'étendue de ses obligations, on pourrait soutenir que le droit de conclure un traité est détourné de son but véritable et que, de par sa nature, la réserve permet d'exclure l'Etat en question du droit d'être partie au traité. C'est là une conclusion qui ne saurait être adoptée sans réflexion. En exigeant sur ce point, par une de ses dispositions, l'accord d'un tiers au moins des Etats qui acceptent les obligations du traité envisagé, le présent projet pare efficacement au danger de voir adopter, abusivement ou arbitrairement, une conclusion aussi grave. En reconnaissant, dans l'intérêt de l'universalité du traité, un droit absolu à la participation à un traité multilatéral, sans avoir égard à la nature des réserves formulées, ou en conférant le droit à la participation aussi longtemps qu'il se trouve un Etat qui n'élève pas d'objection contre la réserve, on court le risque de voir battre en brèche non seulement l'autorité des traités mais encore celle du droit international en général. Pour reprendre la formule de l'exposé écrit soumis à la Cour internationale de Justice par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique à propos de la Convention sur le génocide, si une réserve est frauduleuse ou déraisonnable et si elle transforme la ratification en simulacre, il est surprenant de conclure que l'Etat qui a formulé une réserve de cette nature peut néanmoins devenir partie au traité dès lors qu'il se trouve un Etat qui ne s'oppose pas à la réserve. Il est plus rationnel de décider que l'Etat réservataire ne peut devenir partie au traité lorsqu'une fraction importante des parties estime que, pour les raisons exposées, la réserve est, dans sa nature même, absolument inadmissible. Le présent projet fixe cette fraction à un tiers au moins du nombre des parties.^{1/}

^{1/} Le présent projet s'efforce d'harmoniser les principes opposés de l'acceptation unanime et du droit de l'Etat qui formule une réserve à devenir partie au traité dès lors qu'un autre Etat au moins l'accepte en cette qualité. Dans ces conditions, les détails du compromis que suppose la solution proposée pourront être modifiés, à la lumière des débats de la Commission, pourvu toutefois que ces modifications ne portent pas sur le caractère essentiel de cette solution. C'est ainsi que le projet pose la règle de l'acceptation formelle ou implicite de la réserve par les deux tiers des parties. On pourra discuter la question de savoir si l'acceptation devrait émaner d'une fraction plus ou moins importante du nombre total des parties.

11. La solution adoptée dans le présent projet se situe à l'opposé du système "américain" et des autres systèmes dans la mesure où ils posent en principe que seul le refus de toutes les parties au traité d'accepter une réserve devrait empêcher l'Etat qui l'a formulée de devenir partie au traité. Elle s'efforce d'harmoniser deux notions apparemment contradictoires s'agissant des traités, celle d'universalité et celle d'intégrité - ce dernier terme étant pris dans ses deux acceptions. Si l'universalité est obtenue grâce à l'expédient grossier d'une participation au traité sans acceptation concomitante d'obligations réelles et de caractère impératif, le résultat peut être décevant et nuire à la dignité des relations internationales. D'autre part, en voulant assurer ce qu'on appelle l'intégrité des traités par l'application d'une règle stricte d'unanimité au mépris des opinions et des intérêts légitimes de chaque Etat, on s'expose à entraver la réglementation conventionnelle des problèmes internationaux d'intérêt commun. L'universalité, recherchée à tout prix, ne peut être obtenue qu'aux dépens de la réalité et de la sincérité des traités. L'"intégrité" peut restreindre sans raison le domaine de la coopération internationale, si on cherche à la réaliser en appliquant la règle de l'acceptation unanime des réserves et en négligeant, de ce fait, une prétention légitime à la diversité.

12. A la lumière des considérations générales qui précèdent, lesquelles valent dans une large mesure pour tous les projets de variantes soumis dans le présent document, il convient maintenant d'établir une distinction entre deux problèmes de nature différente, qui doivent être examinés séparément dans le cadre du projet A. Le premier de ces problèmes est lié à l'entrée en vigueur du traité. Les traités prévoient, en général, qu'ils entreront en vigueur au moment où se produira un événement déterminé signifiant qu'un nombre fixé d'Etats assument une obligation conventionnelle, que cet événement consiste dans la signature, la ratification, l'échange ou le dépôt des ratifications, l'adhésion comportant ratification, ou le dépôt d'un instrument d'acceptation ou d'approbation. Lorsque ces Etats assument une obligation conventionnelle en formulant des réserves, la question se pose de savoir si l'Etat ou les Etats réservataires doivent être

Article 9

compris dans le calcul du nombre requis - au cas où d'aucuns élèvent des objections contre la réserve ou jusqu'à ce que toutes les parties contractantes aient exprimé leur assentiment ou se soient abstenues d'exprimer leur opposition - et si, par conséquent, le traité est entré en vigueur. Le deuxième problème, qui est le plus important, est celui du droit de l'Etat qui formule une réserve de devenir partie au traité malgré les objections soulevées par les autres parties. Il est possible et, selon nous, préférable d'étudier ces deux problèmes séparément.

II

ENTREE EN VIGUEUR

13. La principale caractéristique du projet de variante A à l'article 9 est qu'il constitue une tentative de solution de la première question, celle de l'entrée en vigueur d'un traité dans le cas où, en le signant, en le ratifiant, en y adhérant ou en l'acceptant de toute autre façon, une des parties a formulé des réserves auxquelles les autres parties n'ont pas expressément donné leur assentiment. La solution proposée se distingue principalement par le fait que, dans tous les cas où un traité stipule qu'il entrera en vigueur quand un nombre déterminé d'Etats auront définitivement accepté les obligations qui en découlent, il n'y aurait pas lieu de tenir compte, pour établir si le nombre requis d'Etats ont ratifié le traité ou définitivement accepté de toute autre manière les obligations qui en découlent, du fait qu'un Etat a formulé une ou plusieurs réserves au sujet d'un article dudit traité. Si cette solution était acceptée comme base du droit futur en la matière, elle pourrait permettre d'éviter les difficultés qui s'attachent à la question controversée de savoir si les réserves doivent être acceptées seulement par les Etats qui ont ratifié le traité ou définitivement assumé de toute autre manière les obligations qui en découlent, ou bien si elles doivent l'être également par les Etats qui ont signé le traité mais qui ne l'ont pas ratifié et qui ne le ratifieront peut-être jamais, ou bien encore si elles doivent être acceptées même par les Etats, dont le nombre est souvent indéterminé, qui n'ont pas signé le traité mais qui ont le droit d'y adhérer. On a fait valoir certaines raisons pour expliquer qu'un Etat qui a signé un traité, mais ne l'a pas encore ratifié, doit avoir le droit d'empêcher, par son objection à une réserve, la participation d'un Etat qui ratifie le traité (ou accepte définitivement de toute autre manière les obligations du traité) en formulant des réserves. On peut cependant considérer que ces raisons, tout en étant convaincantes dans une certaine mesure, ne sont pas décisives ^{1/}. La Cour internationale

^{1/} Dans son Rapport de 1951, la Commission a déclaré que, bien que le Secrétaire général ait suivi une pratique contraire, "il convient toutefois de tenir compte aussi de l'intérêt de l'Etat simplement signataire". En effet, ainsi que la Commission l'a alors déclaré, "il se peut qu'au moment où la réserve est présentée, cet Etat poursuive activement l'étude de la convention, ou ait

de Justice a refusé, dans son avis consultatif relatif à la Convention sur le génocide, d'admettre un tel droit ^{2/} - bien qu'apparemment quatre juges, qui n'ont pas donné de raisons à l'appui de leur thèse, aient reconnu ce droit aux Etats signataires et aux Etats ayant simplement le droit d'adhérer. Dans le rapport qu'elle a présenté à l'Assemblée générale en 1951, la Commission, tout en reconnaissant le droit d'un Etat simplement signataire d'empêcher un Etat réservataire de devenir partie au traité, a limité l'exercice de ce droit par la condition qu'une telle objection cesserait d'avoir pour effet d'empêcher l'Etat réservataire de devenir partie à la convention si, à l'expiration d'une période de douze mois à compter de la présentation de l'objection, l'Etat qui a opposé celle-ci n'a pas ratifié le traité ou ne l'a pas accepté d'une autre manière. Il paraît probable, à la lumière des débats qui se sont déroulés depuis cette

(Suite de la note 1/

engagé la procédure nécessaire pour sa ratification, ou encore qu'il ait été, pour une raison quelconque, telle que la nécessité de convoquer son parlement, contraint de retarder sa ratification" (paragraphe 29). Ces considérations ne compensent probablement pas les inconvénients d'une règle selon laquelle un Etat qui n'est pas - et qui ne deviendra peut-être jamais - partie à un traité a le droit d'empêcher la participation audit traité d'un Etat qui déclare, quoique en formulant des réserves, qu'il assume des obligations en vertu de ce traité. On conçoit les mêmes doutes quand il s'agit de conférer un tel droit à des Etats qui n'ont pas signé le traité mais qui ont le droit d'y adhérer. C'est pourquoi la Commission n'estime pas nécessaire de formuler une opinion sur la question de savoir s'il existe sur ce point une différence de statut, entraînant une différence en ce qui concerne le droit de faire objection aux réserves, entre les deux catégories d'Etats, à savoir les Etats signataires et les Etats ayant le droit d'adhérer. La majorité des juges de la Cour internationale de Justice ont répondu affirmativement à cette question, bien que ce fût avec un objet très limité et presque théorique, dans l'avis consultatif relatif à la Convention sur le génocide (Cour internationale de Justice, Recueil, 1951, page 28). Les quatre juges dissidents, sans exposer leurs raisons, y ont répondu par la négative (Ibid., page 48). Ils ont déclaré que le droit de faire des objections dans le but d'empêcher l'Etat réservataire de devenir partie au traité appartient tant aux Etats signataires qu'aux Etats simplement habilités à adhérer au traité.

2/ Bien qu'elle ait déclaré que l'effet juridique d'une objection faite par un Etat qui a seulement signé le traité était celui d'un avertissement d'objection qui acquiert force de droit lorsque l'Etat qui a élevé l'objection ratifie le traité (Cour internationale de Justice, Recueil, 1951, page 30).

date, que, même après modification, les propositions tendant à reconnaître aux Etats simplement signataires ou qui peuvent le devenir le droit d'empêcher un Etat réservataire de devenir partie à un traité, seront jugées inacceptables par de nombreux Etats, qu'à certains égards elles ne peuvent être mises en pratique, qu'à d'autres égards elles peuvent faire l'objet d'objections graves et qu'on ne peut plus les maintenir ^{1/}.

14. Il peut être utile de signaler certaines des objections qui peuvent être formulées à l'encontre des propositions qui figurent dans le rapport de la Commission en 1951, aux termes desquelles les Etats simplement signataires et les Etats ayant le droit d'adhérer ont également le droit d'empêcher un Etat réservataire de devenir partie au traité.

a) Le système proposé risque de retarder l'entrée en vigueur des conventions multilatérales pendant une période de douze mois au moins et, étant donné les délais prévus par ailleurs pour la formulation d'objections aux réserves, pendant une période beaucoup plus longue dans le cas d'un Etat qui formule une objection à une réserve et qui, par la suite, ne ratifie pas le traité. En outre, le délai de douze mois accordé, pour procéder à la ratification, à l'Etat qui formule une objection, serait, bien souvent, insuffisant, en raison de la complexité de nombreux traités multilatéraux qui, étant donné les changements de la législation interne qu'exige leur adoption, peuvent nécessiter des consultations prolongées entre divers services gouvernementaux.

^{1/} Il semblerait d'après les précédents peu nombreux qui existent dans ce domaine, que seuls les Etats qui ont définitivement accepté le traité ont qualité pour opposer des objections aux réserves. L'article 22 de la Convention du 20 avril 1929 pour la suppression du faux monnayage stipulait que les Etats qui ratifieraient la convention ou y adhéreraient et qui désireraient être autorisés à formuler des réserves devraient informer de leur intention le Secrétaire général de la Société des Nations; celui-ci communiquerait immédiatement ces réserves à toutes les Hautes Parties Contractantes au nom desquelles un instrument de ratification ou d'adhésion aurait été déposé, en leur demandant si elles avaient des objections à présenter. "Si, dans un délai de six mois, à dater de ladite communication, aucune Haute Partie Contractante n'a soulevé d'objection, la participation à la convention du pays faisant la réserve en question sera considérée comme acceptée par les Hautes Parties Contractantes sous ladite réserve." (Hudson, International legislation, vol. 4, page 2703.)

Article 9

La ratification des conventions multilatérales dans un délai aussi bref est l'exception plutôt que la règle.

b) D'après les propositions formulées en 1951 par la Commission, le droit de faire des objections est conféré seulement aux Etats qui ont signé ou ratifié la convention. Il n'est pas question, dans ces propositions, des Etats ayant le droit d'adhérer à la convention. Si l'on considère que le droit de formuler des objections doit être reconnu aux Etats signataires, il est difficile de comprendre pourquoi il devrait être refusé aux Etats qui ont le droit d'adhérer à tout moment à la convention dans les mêmes conditions que les Etats signataires. Toutes les raisons avancées par la Commission pour conférer ce droit aux Etats signataires ^{1/} valent également pour les Etats qui ont le droit d'accéder à la convention.

c) Ces propositions ne tiennent pas compte de la question complexe qui se pose en ce qui concerne la situation résultant du fait que les Etats de l'assentiment desquels dépend la participation au traité de l'Etat réservataire, peuvent eux-mêmes avoir ratifié le traité (ou y avoir adhéré définitivement de quelque autre manière) en formulant des réserves. Ces Etats, dont la participation même au traité est douteuse en raison des réserves qu'ils ont formulées, ont-ils le droit de s'opposer à ce que des Etats réservataires figurent au nombre de ceux dont la participation est requise pour l'entrée en vigueur du traité ?

d) Si le principe de l'acceptation unanime est considéré comme d'une importance capitale, il est difficile - en ce qui concerne les conventions qui entrent en vigueur lorsqu'un nombre déterminé de ratifications ont été déposées - de considérer comme satisfaisante une solution selon laquelle un Etat qui formule une réserve au moment de la ratification peut devenir partie à la convention s'il n'y a pas d'objection de la part d'un des Etats qui a déjà ratifié le traité (ou qui y a définitivement adhéré de quelque autre manière). Outre la difficulté qui risque de surgir du fait que ces derniers Etats ont peut-être eux-mêmes ratifié la convention en formulant une réserve, il peut se faire qu'un très petit nombre d'Etats, dont la ratification ou l'adhésion est nécessaire pour l'entrée en vigueur de la convention, soient en mesure de décider en définitive de la participation de l'Etat réservataire à une

^{1/} Voir ci-dessus, page

convention que trente ou quarante Etats ratifieront par la suite ou à laquelle ils adhéreront.

e) La Commission a reconnu dans son rapport (paragraphe 31), que la solution proposée laisse de côté, parce que soulevant des problèmes particuliers, la question des traités qui sont ouverts à l'adhésion mais non à la signature, comme c'est le cas pour la Convention du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies. Il est dit dans le rapport, pour expliquer cette attitude, que ces traités soulèvent des problèmes particuliers et sont exceptionnels. Or, ces conventions sont en fait très nombreuses ^{1/}. Au surplus, la situation est pratiquement identique pour les traités auxquels les Etats peuvent devenir partie uniquement par acceptation ou approbation et ceux auxquels ils deviennent partie soit par signature soit par acceptation (ou approbation). Ces traités sont devenus de plus en plus nombreux. Loin d'être exceptionnels, ils peuvent devenir la règle. Dans ces conditions, toute solution qui ne tient pas compte de ces instruments ne peut être considérée comme complète ni satisfaisante.

15. Etant donné les difficultés exposées ci-dessus, une solution qui pourrait être satisfaisante est celle qui est exposée dans le paragraphe 1 du projet de variante A à l'article 9, selon laquelle l'entrée en vigueur d'un traité au moment fixé dans ledit traité, ne devrait en rien être subordonnée au fait que l'Etat ou les Etats de l'acceptation définitive desquels dépend l'entrée en vigueur du traité ont formulé une réserve au sujet d'une disposition du traité. Ces Etats seront considérés, à cette fin, comme ayant pleinement accepté les obligations du traité et celui-ci entrera donc immédiatement en vigueur. Le dépositaire n'aurait à prendre aucune décision en la matière - et n'aurait d'ailleurs pas le droit d'en prendre. Il devrait notifier les réserves aux autres Etats qui ont signé le traité, qui y sont devenus parties ou qui ont le droit d'y adhérer. Mais cette notification et les réponses qui pourraient y être données, bien que pertinentes à d'autres égards, seraient sans effet sur l'entrée en vigueur du traité. Le traité entrera en vigueur immédiatement. Comme il est indiqué plus loin, il est cependant

1/ Voir par exemple la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées approuvée le 21 novembre 1947 par l'Assemblée générale, l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux approuvé le 28 avril 1949 par l'Assemblée générale et la Convention du 6 avril 1950 concernant la déclaration de décès de personnes disparues.

possible, quoique peu probable, que le traité ainsi entré en vigueur doive être considéré comme résolu, parce que, en raison des objections opposées à la participation des Etats réservataires, le nombre des parties au traité n'atteindrait plus le minimum requis. Cependant, cette éventualité est si peu probable qu'on ne peut considérer que cet inconvénient l'emporte sur les avantages de la solution qui est proposée ici. Avec ces réserves, il semble que la procédure suggérée dans le projet de variante A à l'article 9 permette d'éviter toutes complications. Le traité qui est entré en vigueur continue à produire ses effets à l'égard de tout Etat réservataire à moins que, après un délai suffisant - qui pourrait être fixé à trois ans - un tiers au moins des Etats qui ont définitivement accepté les obligations de la convention ne déclarent que la réserve appelle des objections telles qu'elle empêche l'Etat réservataire de continuer à être partie au traité. Il importe peu, à cet égard, que l'un quelconque des Etats qui objectent ainsi à la réserve (et qui représentent le tiers ou plus du nombre total des parties) ait lui-même formulé une réserve. Le même principe s'appliquerait à un Etat qui adhérerait au traité après expiration du délai de trois ans. Certes, la solution proposée peut théoriquement donner lieu à des abus et permettre de priver le traité de ses effets. Cela pourrait arriver, par exemple, si tous les Etats ou la plupart d'entre eux formulaient des réserves qui feraient de l'acceptation du traité un acte purement nominal. Cependant, ce serait peut-être faire preuve de pessimisme que de supposer qu'un grand nombre de gouvernements pourraient recourir à de tels procédés qui, de toute façon, risquent d'être inefficaces. Tout d'abord, étant donné le principe de la réciprocité, ces Etats ne pourraient obtenir aucun des avantages prévus par le traité dans les domaines sur lesquels porte la réserve. En second lieu, tout avantage pratique résultant du fait qu'ils ont recouru à un tel procédé serait en tout cas limité à une période de trois ans, c'est-à-dire à un délai relativement court, comme nous l'expliquons plus loin, à l'expiration duquel la majorité des parties pourraient, en objectant à la réserve, faire en sorte que l'Etat réservataire cesse d'être partie au traité. Enfin, même pendant cette période, si certaines des parties étaient amenées à considérer que le traité est entré en vigueur par suite d'acceptations purement nominales qui, en fait, privent le traité de ses effets, elles seraient en droit de se prévaloir de toute possibilité de dénonciation prévue par le traité.

16. D'autres objections qui peuvent être soulevées contre le projet que nous proposons sont plus valables et doivent être examinées.

a) En premier lieu, les gouvernements peuvent être peu disposés à accepter d'être partie à une convention pendant trois ans, avec des réserves, et d'être ensuite exclus de la participation au traité. On peut répondre à cette objection que si ces gouvernements ont accepté la procédure proposée, ils n'ont aucune raison de se plaindre, car ils savaient à l'avance que telle pouvait être la conséquence des réserves qu'ils ont formulées. En effet, le caractère provisoire, pendant les trois premières années, de la participation au traité d'un Etat qui a formulé une réserve est à la base même de la solution proposée dans cette variante.

b) Etant donné la situation difficile qui se présente forcément lorsqu'un Etat qui a été partie à un traité - même si ce n'est qu'à titre provisoire - pendant trois ans doit cesser d'être partie à ce traité, on peut se demander si les autres Etats seraient disposés à faire objection aux réserves, à moins que celles-ci n'aient manifestement été faites à la légère ou de mauvaise foi. Etant donné la réticence des gouvernements lorsqu'il s'agit de faire objection à une réserve, même s'ils la désapprouvent, cette réticence sera encore beaucoup plus grande si la convention est effectivement entrée en vigueur et si l'Etat réservataire y est partie, surtout si la réserve a été effective pendant un certain temps. Il pourrait en résulter que des réserves contraires au but du traité ou incompatibles avec ce but soient maintenues. Il est évident qu'on ne peut répondre de manière concluante à cet argument, sinon en soulignant que l'action à la suite de laquelle un Etat réservataire cesse d'être partie au traité ne serait pas le résultat de l'action individuelle d'une partie, mais le résultat global de l'objection faite par un tiers au moins des parties. En outre, comme une réserve doit être refusée dans un bref délai après sa notification, si un certain nombre d'Etats font objection à la réserve dans ce laps de temps, l'Etat réservataire sera rapidement fixé sur le sort de sa réserve.

c) Enfin, on peut souligner le désavantage évident d'une solution qui permet de résoudre un traité du fait que, par suite de l'objection d'un tiers ou plus des Etats, le nombre des parties est devenu inférieur au nombre requis pour que le traité soit en vigueur. Il est difficile de nier les inconvénients

Article 9

qu'entraîneraient la résolution du traité et la nécessité de tenir compte des effets juridiques des actes accomplis pendant que le traité était en vigueur. Ces difficultés ne sont cependant pas insurmontables. Il est peu probable qu'une telle éventualité se réalise car il faudrait pour cela que de nombreux Etats formulent des réserves et que de nombreux Etats y fassent objection.

III

ACCEPTATION ET REJET DES RESERVES

17. Alors que le paragraphe 2 du projet de variante A à l'article 9 vise l'entrée en vigueur du traité, le paragraphe 3 traite de l'aspect essentiel des questions faisant l'objet de cet article, à savoir les conditions dans lesquelles un Etat qui formule des réserves peut devenir définitivement partie au traité. (On remarquera que le paragraphe 2 n'a d'autre but que d'apporter une solution provisoire au problème plus limité de l'entrée en vigueur du traité). Avant d'aborder dans le détail l'examen de la solution proposée, il paraît opportun d'indiquer les difficultés techniques qui sont en jeu; certaines d'entre elles ont déjà été évoquées en termes généraux à propos de la question de l'entrée en vigueur du traité.

18. Lorsqu'un Etat soulève une objection contre une réserve formulée par un autre Etat, il s'en faut de beaucoup que les conséquences juridiques de cette objection présentent un caractère automatique et uniforme. Il convient de distinguer quatre cas possibles. Premièrement, l'Etat qui formule la réserve ne peut, à défaut d'acceptation unanime de la réserve, devenir partie au traité à quelque titre que ce soit; telle semble être la conclusion qui découle du principe dit "de l'unanimité". Deuxièmement, l'objection peut avoir pour effet que l'Etat auteur de la réserve devient partie au traité vis-à-vis de tous les Etats qui n'ont pas fait d'objection contre la réserve, alors qu'il ne le devient pas à l'égard de l'Etat qui a élevé une objection. Troisièmement, le résultat de l'objection peut simplement consister en l'absence, entre l'Etat auteur de la réserve et l'Etat qui soulève l'objection, de rapports conventionnels ayant trait à la clause spécialement visée par la réserve. Quatrièmement, on peut concevoir que l'Etat qui soulève l'objection se contente de désapprouver la réserve sur le plan moral ou politique, sans expressément attacher de conséquences juridiques à son objection. Telle semble avoir été, par exemple, l'attitude adoptée par le Gouvernement du Salvador, qui a tenu à déclarer "qu'il... désapprouvait/complètement" les réserves à la Convention sur le génocide formulées par certains Etats, et a affirmé que le fait de ne pas avoir soulevé d'objections à ces réserves lors du dépôt de son instrument de ratification de la Convention

Article 9

ne valait pas acceptation tacite desdites réserves. En même temps, le Gouvernement du Salvador a précisé qu'en ratifiant la Convention, il n'avait pas eu l'intention de se référer en aucune façon aux réserves formulées par certains pays dans le plein exercice de leur souveraineté. ^{1/} Il est évident que la situation demeurera confuse tant que cet aspect de la question n'aura pas fait l'objet d'une réglementation juridique par voie de codification. Elle le sera tout particulièrement si les différentes parties adoptent vis-à-vis de l'Etat auteur de la réserve des solutions différentes choisies parmi les quatre possibilités qui viennent d'être indiquées.

19. Une autre difficulté est de savoir qui peut faire une objection susceptible d'entraîner l'une ou l'autre des conséquences indiquées au paragraphe précédent. Ce droit est-il exclusivement réservé aux Etats qui sont devenus définitivement parties au traité par signature, par adhésion non sujette à ratification, ou par ratification ? Ou bien appartient-il également aux Etats qui ont signé ou adhéré sous réserve de ratification ou qui, ayant qualité pour le faire, n'ont pas encore exercé cette faculté ? On a déjà mentionné les considérations qui s'opposent à ce que l'on accorde à la masse indéterminée des Etats qui ne sont pas liés par un traité - masse qui souvent comprend tous les Etats Membres des Nations Unies et peut même, le cas échéant, embrasser un nombre plus considérable d'Etats - le droit d'empêcher des Etats ayant formulé des réserves de devenir parties au traité. De même, comme on l'a déjà indiqué, si le nombre des Etats dont la participation définitive est requise pour l'entrée en vigueur du traité est peu élevé - il a été fixé à deux dans les Conventions de Genève de 1949

^{1/} Annexe n° 125 à l'Exposé écrit de l'Organisation des Nations Unies adressé à la Cour internationale de justice à propos de l'avis consultatif concernant la Convention sur le génocide (Cour internationale de Justice; Mémoires, plaidoiries et documents; Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, p. 187). C'est également l'attitude qu'a adoptée le Gouvernement du Guatemala (Ibid., p. 166). L'attitude qu'a finalement adoptée l'Equateur laisse subsister quelques doutes. Le 21 mars 1950, le Secrétaire général adjoint a adressé au Gouvernement de l'Equateur une lettre où il se référait à une communication antérieure de ce Gouvernement dans laquelle celui-ci déclarait qu'il n'avait pas d'objection à élever contre le fait que l'Union des Républiques socialistes soviétiques et quelques autres Etats avaient fait des réserves, mais qu'il n'adhérait pas "aux idées qu'expriment ces réserves". Le Secrétaire général adjoint lui ayant demandé de préciser cette déclaration, le Gouvernement de l'Equateur a répondu qu'il "n'adhère pas à ces réserves et que, par conséquent, ces réserves ne sauraient être valables en ce qui concerne l'Equateur". (Ibid., pp. 156 et 157).

signées par soixante et un Etats - il peut s'ensuivre que ces Etats viennent à détenir un pouvoir de décision d'une importante capitale pour le sort du traité tout entier, indépendamment du fait que l'on adopte ou accepte, en matière de réserves, le principe de l'unanimité ou celui d'une décision majoritaire quelconque.

20. Enfin, si l'on adopte le principe suivant lequel seuls les Etats devenus définitivement parties à un traité peuvent effectivement soulever des objections contre des réserves, un nouveau problème se pose, celui de savoir s'il est nécessaire que ces Etats aient définitivement accepté le traité sans aucune réserve pour avoir le droit d'exclure des Etats qui souhaitent devenir parties moyennant des réserves. Car on peut soutenir que seuls les Etats dont la participation ne peut être mise en doute ont le droit de contester - et d'écarter - celle d'autres Etats. C'est là un argument qui n'est peut-être pas entièrement négligeable.

21. Les paragraphes 2 à 4 de cette variante de l'article 9 s'efforcent de surmonter ces difficultés au moyen de la solution suivante :

a) Pendant une période de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du traité, toutes les parties qui en ont définitivement accepté les obligations, avec ou sans réserves, auront la possibilité de faire savoir si elles ont des objections à présenter contre les réserves formulées par d'autres Etats, et, dans l'affirmative, quelles conséquences elles souhaitent voir découler de leurs objections. Elles peuvent accepter les réserves soit expressément, soit tacitement, en s'abstenant d'y faire objection; elles peuvent au contraire soutenir que, à leur avis, les réserves appellent de telles objections et sont tellement contraires aux fins et à l'esprit du traité que les Etats auteurs de ces réserves ne sauraient, sans y renoncer, devenir parties au traité; ou elles peuvent encore déclarer - bien qu'il en serait ainsi en tout état de cause - que tout en ne s'opposant pas à ce que l'Etat auteur de la réserve devienne partie au traité, elles ne se considéreront pas comme liées par le traité vis-à-vis dudit Etat en ce qui concerne l'application de la clause sur laquelle porte la réserve.

Si le nombre des Etats qui s'opposent à ce que l'Etat auteur de la réserve devienne partie au traité est inférieur au tiers du nombre total des Etats qui, à l'expiration de ce terme, auront définitivement accepté, avec ou sans réserves, les obligations du traité en question, l'Etat auteur de la réserve sera réputé être partie au traité, sans préjudice du droit pour les autres parties de ne pas considérer le traité comme étant applicable entre eux et l'Etat auteur de la réserve en ce qui concerne la clause visée par celle-ci. De cette manière, il sera possible de savoir, à l'expiration du terme de trois ans, si le traité est effectivement entré en vigueur du fait de son acceptation définitive par le nombre d'Etats requis. Si, après l'expiration de ce terme, de nouveaux Etats viennent à accepter les obligations du traité moyennant certaines réserves, la question de savoir s'ils peuvent être considérés comme des parties contractantes sera tranchée dans les mêmes conditions, le pouvoir d'en décider appartenant aux Etats effectivement parties au traité au moment envisagé.

b) Il convient de remarquer que, d'après la solution proposée, si un tiers au moins des parties ne s'opposent pas à ce que l'Etat auteur de la réserve devienne partie au traité, cet Etat deviendra partie au traité non seulement d'une façon générale, mais également vis-à-vis de toutes les autres parties. Cela veut dire qu'aucune partie n'aura le droit de déclarer qu'elle ne se considère pas liée en vertu du traité vis-à-vis de l'Etat auteur de la réserve, bien qu'elle pourra toujours se refuser à appliquer la clause en question dans ses rapports avec l'Etat auteur de la réserve. Cette solution serait de nature à écarter ce que certains considèrent comme un grave inconvénient du système "américain", à savoir qu'un Etat qui est partie à un traité d'une façon générale peut ne pas l'être vis-à-vis de certaines des autres parties (concept qui, poussé à l'extrême, pourrait avoir pour résultat qu'un Etat serait partie à un traité d'une façon générale, tout en ne l'étant en fait que vis-à-vis d'un seul Etat), situation que beaucoup estiment illogique ou en tout cas peu souhaitable. Cette critique n'est peut-être pas absolument décisive, mais elle est néanmoins suffisamment sérieuse pour justifier la solution qui vient d'être proposée.

Projet de variante B à l'article 9

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Le dépositaire d'un traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

2. Lorsqu'à l'expiration d'un délai fixé dans l'instrument, les deux tiers au moins des Etats qui ont qualité pour présenter des objections n'ont pas accepté une réserve, l'Etat qui a formulé cette réserve, s'il la maintient, n'est pas considéré comme étant partie au traité.

3. Lorsque les deux tiers au moins des Etats visés au paragraphe 2 donnent leur assentiment à une réserve, l'Etat qui a formulé la réserve est considéré comme partie au traité, sauf le droit que possède toute partie de ne pas appliquer, dans ses rapports avec ledit Etat, la disposition du traité à l'égard de laquelle une réserve a été formulée.

COMMENTAIRE

1. Dans son aspect essentiel, ce projet de variante s'inspire de la même idée que le précédent puisqu'il rejette la règle de l'acceptation unanime des réserves et dispose que l'assentiment des deux tiers au moins du nombre total des Etats intéressés est suffisant en l'espece. A cet égard, les observations générales formulées dans le commentaire joint à la variante qui précède valent également pour le projet B.

2. Par ailleurs, ce projet B cherche à éviter les complications, à vrai dire sérieuses, qu'entraîne le système précédent, qui repose sur l'idée d'une entrée en vigueur provisoire du traité indépendamment des réserves que les parties peuvent formuler. Il laisse en outre aux auteurs du traité, dans une certaine mesure, le soin de déterminer quels sont les "Etats intéressés", c'est-à-dire les Etats qui ont qualité pour présenter des objections aux réserves, et se borne à fixer un délai pour la présentation de ces objections. L'effet pratique en serait que, dans la plupart des cas, le traité entrerait en vigueur à la date prévue ou lors de l'événement spécifié, du fait que le nombre d'Etats requis viendraient à le ratifier ou à lui donner d'une autre façon leur acceptation définitive, sans formuler de réserves. Dans les cas où il n'en serait pas ainsi, l'entrée en vigueur serait retardée jusqu'à ce que le nombre des ratifications (ou autres actes équivalents) libres de toutes réserves - ou assorties de réserves ultérieurement acceptées par les Etats intéressés - atteigne le chiffre exigé par le traité. Cela pourrait retarder considérablement son entrée en vigueur. Une nouvelle complication pourrait surgir si l'un des "Etats qualifiés", c'est-à-dire l'un des Etats qui ont qualité pour présenter des objections aux réserves, venait à formuler lui-même une réserve contre laquelle d'autres Etats soulevaient ultérieurement des objections. Dans cette hypothèse, il n'y aura pas lieu de tenir compte de l'objection soulevée par ledit Etat s'il advient que ses propres réserves se heurtent à des objections présentées par un tiers au moins des Etats et si ces objections ont pour résultat de l'empêcher de devenir partie à l'accord.

3. L'idée principale qui est à la base de ce système apparaîtrait beaucoup plus clairement si le traité prévoyait expressément que les "Etats qualifiés" sont uniquement ceux qui ratifient le traité ou qui l'acceptent définitivement, de toute autre façon, dans le délai fixé par le traité. On pourrait également prévoir, en s'inspirant des recommandations formulées en 1951 par la Commission, que l'objection d'un Etat simplement signataire d'un traité (ou qui a le droit d'y adhérer) cesse d'être valable si cet Etat ne ratifie pas le traité dans un délai prescrit.

Projet de variante C

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit pas ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins que ledit traité n'en dispose autrement :

1. Les parties ou l'organe d'une organisation internationale qui ont authentifié le texte d'un traité, instituent une commission dont ils fixent le mode de nomination et à laquelle il appartient de se prononcer sur la recevabilité des réserves formulées par un gouvernement postérieurement à l'authentification du texte du traité.

2. Le dépositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves requises. Est considéré comme ayant accepté la réserve tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

3. Lorsqu'un Etat ayant qualité à cet effet élève une objection contre une réserve, il appartient à la commission de se prononcer sur la recevabilité de la réserve, à la demande de l'Etat qui a formulé celle-ci. Lorsque la réserve est déclarée irrecevable, l'Etat en question, s'il la maintient, ne peut devenir partie au traité.

COMMENTAIRE

1. La disposition principale de ce projet de variante n'a pas besoin d'être expliquée. Elle tend à conférer à une commission permanente, désignée par les Etats ou par l'organe international qui ont authentifié le texte du traité, le pouvoir de se prononcer sur la recevabilité d'une réserve donnée. Des propositions de ce genre ont déjà été formulées dans le passé ^{1/}. Cette disposition permettrait, si elle était adoptée, d'éliminer aussi bien les difficultés ayant trait à l'entrée en vigueur du traité que les complications qu'entraîne la nécessité de recourir à la décision individuelle des divers Etats.
2. Cette procédure n'apporte aucune réponse à la question de savoir quels sont les Etats qui ont qualité pour présenter des objections à une réserve. Il serait plus aisé, voire même, en fait, inutile, de chercher une réponse à cette question si l'on confiait à la commission permanente le soin de se prononcer sur la recevabilité des réserves, qu'elles aient ou non donné lieu à des objections.
3. Il n'a pas paru nécessaire de s'étendre sur les détails ou les variantes possibles de la solution envisagée, comme, par exemple, le point de savoir si la commission permanente doit être l'organe normalement chargé de se prononcer sur la recevabilité des réserves ou si elle ne doit intervenir que lorsqu'un Etat présente une objection (variante qui soulèverait immédiatement la question de savoir quelles sont les catégories d'Etats qui ont qualité pour présenter des objections); si les décisions de la commission doivent être prises à la majorité des voix et quelle est la majorité requise; si la commission doit être composée de représentants des Etats désignés ou de personnalités indépendantes nommées par ces Etats, etc. Si les gouvernements envisageaient avec faveur une solution de ce genre, il y aurait intérêt à poursuivre l'élaboration de la procédure appropriée.

1/ Sir Arnold McNair (alors M. McNair) a présenté en 1932 une proposition en ce sens à propos des réserves aux Conventions internationales du travail portant sur d'éventuelles "divergences de détail" entre ces Conventions et les législations nationales. Le Bureau international du Travail ne s'est pas rallié à cette proposition, qu'il peut être intéressant de reproduire in extenso :

"7. En d'autres termes, ma proposition est la suivante : toute convention, ainsi que tout texte amendé d'une convention arrêté lors des

(suite de la note de la page précédente)

revisions périodiques, devra contenir une clause s'inspirant du modèle ci-après :

"Afin que la ratification ne soit pas compromise par d'éventuelles divergences de détail entre le texte de la présente Convention et celui des lois ou décrets nationaux déjà en vigueur, ou qui pourront être adoptés, aux fins de donner effet à la présente Convention, chaque membre pourra soumettre à la Commission des réserves de la Conférence le texte de toute réserve qu'il voudra formuler. La Commission examinera ces réserves, et si elle estime, à la majorité des deux tiers au moins, qu'une réserve est légitime eu égard au système juridique et à d'autres considérations propres au pays du membre qui la propose, et qu'elle peut être acceptée sans risquer de compromettre l'application uniforme de la présente Convention, elle notifiera son assentiment au membre intéressé. La ratification assortie de cette réserve deviendra alors effective, et ne cessera de l'être que si la Conférence générale de l'Organisation, à la première session qui suivra, ne la rejette."

"8. De plus, il faudrait que la Conférence crée une Commission des réserves sur les bases suivantes :

"La Commission des réserves est une commission permanente de la Conférence; elle est composée de six membres, dont quatre membres permanents (deux membres représentant les gouvernements, un membre représentant les employeurs et un membre représentant les travailleurs) et deux membres non permanents, spécialement désignés par le Conseil d'administration, qui devront avoir les connaissances techniques spéciales correspondant à chaque convention." (Texte en langue anglaise dans Cour internationale de Justice; Mémoires, plaidoiries et documents; Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, p. 259. Traduction du Secrétariat des Nations Unies.).

Le Protocole de la Convention internationale pour la simplification des formalités douanières, en date du 3 novembre 1923, habilitait le Conseil de la Société des Nations à se prononcer sur l'admissibilité de certaines réserves après consultation d'un organe technique désigné par lui (Société des Nations, Recueil des Traités, vol. XXX, p. 371.).

Article 9

4. D'aucuns penseront que les avantages de cette solution du point de vue de la simplicité et de la célérité sont tellement évidents qu'ils l'emportent sur tous les inconvénients ou incertitudes qu'elle présente. Le principal de ces inconvénients réside dans le fait que les gouvernements pourront éprouver une certaine répugnance, naturelle peut-être, à confier à un organe soustrait à leur contrôle le pouvoir, essentiellement arbitraire, d'apporter à la teneur d'un traité des modifications sur des points qui peuvent éventuellement mettre en jeu certains aspects fondamentaux des dispositions du traité et qu'il n'est pas possible de trancher en invoquant des normes juridiques établies. On peut soutenir, par exemple, que cette dernière considération est valable dans le cas du critère formulé par la Cour internationale de Justice dans son Avis consultatif sur les Reserves à la Convention sur le génocide, à savoir le critère de la compatibilité avec le but et l'objet de la Convention. Il est évident que toute réserve visant une clause déterminée est incompatible avec le but et l'objet de cette clause. Par conséquent, la question est de savoir si ladite clause constitue un élément essentiel de l'objet ou du but du traité. C'est ainsi que d'aucuns estimeront qu'un article donnant à la Cour internationale de Justice compétence pour connaître des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'un traité est une pure disposition de procédure, qu'il est permis de dissocier du but principal du traité. D'autres considéreront que cette clause attributive de compétence participe de l'essence même et de la principale raison d'être du traité, surtout lorsque les dispositions de fond de celui-ci se bornent en fait à exprimer, d'une manière générale, les sentiments d'ordre juridique et moral des parties contractantes. Il est difficile de concevoir, sur le plan juridique, que l'on puisse donner à des questions de ce genre une réponse qui ne soit pas purement subjective. Il se peut toutefois que cette circonstance même constitue un argument en faveur de la solution qui consisterait à confier le pouvoir de décider de ces questions à un organisme qui, par sa composition, aurait un caractère à la fois technique et politique.

Projet de variante D

Lorsqu'un traité multilatéral n'interdit ou ne limite pas expressément la faculté de formuler des réserves, si un Etat le signe, le ratifie, y adhère ou l'accepte de toute autre façon, en formulant une ou plusieurs réserves qui restreignent ou modifient les obligations imposées par un ou plusieurs articles du traité, il est procédé comme suit, à moins quedit traité n'en dispose autrement :

1. Les parties ou l'organe d'une organisation internationale qui ont authentifié le texte d'un traité demandent à la Cour internationale de Justice de désigner, conformément à son Règlement, une Chambre statuant en procédure sommaire, à laquelle il appartiendra de se prononcer sur la recevabilité des réserves formulées par un gouvernement postérieurement à l'authentification du texte du traité.

2. Le dépositaire du traité communique à tous les Etats intéressés le texte des réserves reçues. Est considéré comme ayant accepté la réserve tout Etat intéressé qui, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de ladite communication, n'a pas notifié au dépositaire qu'il n'assentit pas à la réserve.

3. Lorsqu'un Etat ayant qualité à cet effet élève une objection contre une réserve, il appartient à la Chambre statuant en procédure sommaire de se prononcer sur la recevabilité de la réserve, à la demande de l'Etat qui a formulé celle-ci. Lorsque la réserve est déclarée irrecevable, l'Etat en question, s'il la maintient, ne peut devenir partie au traité.

COMMENTAIRE

Comme dans le cas du projet C, la disposition essentielle de ce projet de variante D se passe d'explications. Elle a pour objet de confier à une Chambre statuant en procédure sommaire, constituée par la Cour internationale de Justice conformément à son Règlement, le pouvoir de se prononcer sur la recevabilité des réserves, soit directement, soit sur appel interjeté contre une objection soulevée contre la réserve par l'un quelconque des Etats qui sont parties au traité (ou qui pourrait le devenir). Une telle solution a de nombreux points communs avec celle qui est proposée dans le projet C. Elle suscite à certains égards les mêmes hésitations. Mais on ne peut méconnaître les avantages du principe selon lequel les différends de cette nature - et dans une certaine mesure, les éléments d'un différend se trouvent toujours présents lorsqu'un Etat revendique le droit de formuler une réserve et que ce droit est contesté - sont appelés à être réglés par un organe de composition stable et d'indépendance reconnue, qui, en raison du caractère continu de son activité, est à même d'élaborer des normes d'application générale. Cela est vrai bien que le point de savoir si une réserve donnée est recevable ne constitue peut-être pas essentiellement une question juridique, mais appelle une décision d'ordre législatif. Toutefois, on ne voit guère pourquoi un organe permanent et autorisé devrait se borner à résoudre des difficultés concrètes et ne pourrait pas, en outre, apporter une contribution importante à l'élaboration de normes législatives de valeur. Dans la mesure où une réserve donnée met en jeu le critère de sa compatibilité avec l'objet et l'esprit général du traité, la question se pose de savoir si le droit de formuler des réserves a été exercé de bonne foi. C'est là une question de fait, qui n'est pas en dehors de la compétence normale de la fonction judiciaire. Tout comme la création d'une commission permanente par les Etats signataires, qui est la solution indiquée dans le projet C, le recours à la procédure sommaire de la Cour pourrait constituer, à un degré plus poussé encore, un procédé remarquable par sa simplicité et sa célérité. Attendu qu'il serait possible de l'intégrer dans le cadre d'une codification générale du droit des traités, ce procédé éliminerait la nécessité de créer un organe spécial pour chaque traité. D'autre part, il n'imposerait pas un fardeau exagéré à la Cour, envisagée dans son ensemble. Le fait d'accepter une fonction

de cette nature serait conforme aux traditions de la Cour qui s'est toujours montrée disposée à aider au règlement des différends survenus à propos d'affaires ne relevant pas du domaine de la fonction judiciaire proprement dite.

NOTE

1) Le commentaire de l'article 9 est beaucoup plus long que celui des autres articles du projet. Cela ne tient pas seulement à la complexité du sujet, mais aussi au fait que les diverses solutions énoncées dans l'article de lege forenda diffèrent de celles qui ont été adoptées dans le passé par les gouvernements et les organismes officiels ainsi que par la Commission elle-même. Aussi avons-nous estimé qu'il convenait de développer davantage le commentaire.

2) La nature du sujet explique aussi pourquoi nous avons pris le parti de présenter un certain nombre de variantes, sans marquer de préférence pour aucune des solutions proposées. Nous estimons qu'il appartiendra à la Commission, dans sa tâche de codification du droit des traités, de formuler les principes à adopter en la matière une fois qu'elle aura énoncé ce qui constitue encore le droit existant. Parmi les gouvernements représentés aux diverses sessions de l'Assemblée générale plusieurs ont été d'avis que la Commission devrait examiner la question de façon plus approfondie à l'occasion de ses travaux relatifs aux traités. En présentant son rapport de 1951 qui repose sur la doctrine prépondérante de l'acceptation unanime, la Commission considérait sans doute que sa tâche en la matière devait se limiter, en fait, à la codification du droit existant. Or, dans leur grande majorité, les Etats représentés à l'Assemblée générale pour la session de 1951 ont jugé inacceptables les conclusions du rapport conçues dans cet esprit. A notre avis, même avant la controverse provoquée par les réserves à la Convention sur le génocide, on se rendait compte que la thèse de l'acceptation unanime n'était pas sans soulever des difficultés. Etudiant cette question en 1926, Sir William Malkin, tout en persistant

Article 9

à soutenir que toute réserve doit être expressément acceptée par les autres signataires^{1/}, se déclarait favorable aux tendances à atténuer la rigidité du système alors en vigueur et à faire en sorte que "les réserves compatibles avec les intentions des premiers signataires soient admises et que les autres ne le soient pas"^{2/}. Etant donné, indépendamment des insuffisances fondamentales du système traditionnel, la souplesse croissante de la procédure de conclusion des traités et la réticence que manifestent actuellement beaucoup de gouvernements - peut-être la majorité d'entre eux - à accepter le principe de l'unanimité, la question des réserves se prête à une combinaison des deux méthodes que la Commission peut utiliser en vertu de son statut, celle de la codification et celle du développement. Les divers projets de variantes à l'article 9 ont été élaborés sur cette base. L'argument selon lequel le principe de l'acceptation unanime a été appliqué avec des résultats satisfaisants dans le passé n'est pas concluant, et il ne saurait guère en être autrement. Il n'est pas aisé de déterminer dans quelle mesure la non-ratification de nombreuses conventions par un grand nombre d'Etats - qui aboutit parfois à empêcher l'entrée en vigueur - provient de l'application de la règle de l'acceptation unanime et de la difficulté de formuler des réserves qui en résulte. La Convention de La Haye de 1930 relative aux conflits des lois sur la nationalité n'a pas été acceptée par un grand nombre d'Etats alors qu'elle prévoyait que les parties pourraient au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, formuler des

1/ Dans le British Year Book of International Law, 7 (1926), p.160, M. Jenks a également souligné en 1945 "la tendance marquée, dans le cas des instruments négociés sous les auspices de la Société des Nations, à permettre leur acceptation rapide, par l'insertion de dispositions destinées à faciliter l'acceptation des réserves en assouplissant la règle de droit international selon laquelle un instrument assorti d'une réserve ne peut être valablement accepté que si toutes les parties à l'instrument ont accepté cette réserve". (American Journal of International Law, 39 (1945), p.167)

2/ Loc. cit., p. 162.

réerves concernant toutes ses dispositions de fond^{1/}. D'autre part, il serait difficile d'admettre que le principe de l'acceptation unanime n'a pas provoqué de difficultés. C'est parce que des difficultés ont surgi que cette question a été débattue, à la Société des Nations et ailleurs, pendant la période qui a précédé la création de l'Organisation des Nations Unies.

3) Pour les raisons qui sont exposées dans le commentaire, aucun des projets présentés ici ne s'inspire du système dit "américain", adopté en 1938, qui admet la possibilité pour un Etat d'être partie à un traité à l'égard de certains Etats mais non à l'égard d'autres Etats. Comme nous l'avons déjà signalé, cette particularité du système américain n'est pas sans précédent. Cependant, il semble qu'il faille considérer comme décisif le point de vue selon lequel un système de cette nature porte atteinte à l'unité du traité, le transforme à bien des égards en un assemblage assez incohérent d'accords bilatéraux et surtout ne peut guère s'appliquer aux traités qui, en fait, ne créent pas des droits et des obligations entre les parties mais sont destinés à donner corps à une

^{1/} On trouve d'autres exemples de traités autorisant à l'avance des réserves d'une portée étendue et presque illimitée. C'est ainsi que la Convention du 10 février 1938 sur le Statut des réfugiés provenant d'Allemagne prévoit que "les Hautes Parties contractantes peuvent formuler des réserves concernant les articles compris dans les chapitres auxquels s'appliquera leur obligation" (Hudson, International Legislation, vol. 8, p.32).

Article 9

obligation absolue de toutes les parties^{1/}.

1/ Le système américain a suscité, comme celui de l'acceptation, des appréciations divergentes quant à son application. Le Département juridique et des organisations internationales de l'Union panaméricaine a déclaré qu'il convenait bien "dans le cadre limité du régionalisme interaméricain" et qu'il y avait été appliqué avec succès. "On pense que la procédure de l'Union panaméricaine est celle qui permet le mieux, dans le cadre du régionalisme interaméricain, d'obtenir un plus grand nombre de ratifications et d'assurer une plus large utilisation des traités tant à des fins de caractère contractuel que pour le développement des principes généraux de droit international. Jusqu'ici elle n'a pas eu pour effet, comme on aurait pu logiquement s'y attendre, de créer la confusion en ce qui concerne les obligations découlant des divers traités auxquels les Etats sont devenus parties. La question de savoir si cette procédure convient également à une organisation plus vaste comme l'Organisation des Nations Unies, où il paraît normal que les traités de caractère législatif jouent un rôle plus important que dans le cadre du régionalisme interaméricain, sort des limites du présent mémoire". (Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents - Réserves à la Convention sur le génocide, p. 20). Dans son article sur les "Réserves aux Conventions multilatérales", M. Fitzmaurice a montré par des exemples probants que certains pays du continent américain n'étaient pas satisfaits de la façon dont ce système fonctionne. (International and Comparative Law Quarterly, 2 (1) (1953), pp.20-22). Il donne, dans cet article, un extrait intéressant d'un rapport établi par un organe de l'Union panaméricaine - autre que le Département juridique semble-t-il - et qui se lit comme suit : "L'absence d'un critère défini en ce qui concerne l'effet des réserves formulées au moment de la signature ... a donné lieu à plusieurs interprétations qui sont, dans certains cas, si différentes les unes des autres - dans le cas de l'Accord économique de Bogota par exemple - qu'elles rendent l'instrument inapplicable parce qu'aucun Etat ne considère qu'il est sage de ratifier un accord multilatéral dont l'application varie d'un pays à l'autre en raison des nombreuses réserves formulées" (Ibid., pp.20-21).

4) Toute règle de procédure en matière de réserves, dans le cadre d'une codification générale du droit des traités, doit avoir un caractère purement facultatif. Conformément à la recommandation qui figure dans le rapport de la Commission pour 1951^{1/} et qui a été approuvée la même année, par une résolution de l'Assemblée générale, les parties doivent avoir la possibilité d'adopter toutes autres dispositions en la matière. Elles doivent pouvoir stipuler qu'aucune réserve ne sera recevable ou que certains articles ne pourront faire l'objet de réserves. Dans un code du droit des traités, l'article pertinent devrait simplement énoncer la procédure à suivre si le traité n'en prévoit aucune. Cet article devrait forcément être de caractère général. Il ne saurait rendre pleinement compte de l'extrême diversité des traités. C'est ainsi qu'il peut y avoir une différence marquée, du point de vue des réserves, entre un traité de caractère humanitaire, tel que la Convention sur le génocide, et un traité de caractère politique ou économique dans lequel il se peut que la réciprocité et l'uniformité des obligations soient une qualité intrinsèque de l'accord. Il peut être particulièrement souhaitable, dans des cas de cet ordre, que le traité contienne des dispositions précises quant à la recevabilité et à l'effet des réserves. Mais ce n'est pas en insérant un article spécial dans un code du droit des traités qu'on parviendra à convaincre les gouvernements de l'opportunité de formuler dans les traités des règles détaillées concernant les réserves. On pourra, dans une certaine mesure, obtenir ce résultat en rappelant, à l'occasion de la codification du droit des traités, la résolution de l'Assemblée générale en la matière.

^{1/} La Commission a recommandé que "les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les Etats envisagent, lors de l'élaboration de conventions multilatérales, l'opportunité d'insérer dans ces conventions des dispositions concernant la recevabilité ou l'irrecevabilité des réserves et l'effet qu'il faut attribuer aux réserves" (paragraphe 33).

Article 9

5) Quelle que soit finalement la méthode adoptée, le dépositaire ne gardera probablement que des fonctions purement administratives. Il ne devrait plus lui appartenir de décider si, compte tenu des réserves formulées, le traité est entré en vigueur. Il devrait se contenter de recevoir les déclarations portant acceptation, sous des formes diverses, les obligations du traité, de communiquer ces déclarations, en même temps que les réserves dont elles sont assorties, aux gouvernements intéressés et, si besoin est, d'obtenir des précisions sur tous les mémoires et déclarations présentés sur ce point par les gouvernements. La même procédure s'appliquerait pour déterminer si la déclaration ou le mémoire présenté par un Etat constitue une réserve^{1/}.

1/ On peut noter à ce propos qu'il n'y a pas de raison impérieuse de considérer comme des réserves les déclarations qui tendent simplement à limiter l'effet d'une disposition du traité. Le professeur Hyde écrit à cet égard : "les Etats semblent rejeter dans la pratique la conclusion qu'il faut seulement considérer comme réserve une proposition ou une condition tendant à diminuer l'importance des obligations qui incombent à l'Etat réservataire en vertu d'un instrument. Il y a des cas où l'effet d'une réserve est de modifier, en les élargissant, les obligations que devraient assumer, à l'égard de l'Etat réservataire, les autres parties au traité ou les parties en présence". (International Law (2ème éd., 1945), vol.2, p. 1435). La question de savoir si une déclaration constitue une réserve est indépendante du nom donné à ladite déclaration par l'Etat qui en est l'auteur. Les Etats-Unis d'Amérique ont signé, en 1938, un certain nombre de Conventions internationales du travail en apportant certaines "précisions" qui faisaient partie intégrante de la ratification. Les Etats-Unis ont déclaré en la circonstance que "ces précisions sont considérées non pas comme des réserves qui devraient être soumises à l'acceptation d'autres gouvernements, mais comme de simples précisions de définitions indiquant que les définitions acceptées par les Etats-Unis d'Amérique sont bien en fait celles qui correspondent aux intentions de la Conférence". La notification officielle a été faite "sous bénéfice des précisions suivantes qui font partie intégrante de la ratification" (Bulletin officiel du Bureau international du Travail, 23 (1938), No 4, pp. 136 à 144). On trouve dans le volume 5 du Digest of International Law de Hackworth (1943), pp. 144-153, un chapitre intéressant sur les "précisions qui ne sont pas à proprement parler des réserves".

TROISIEME PARTIE

CONDITIONS DE VALIDITE DES TRAITES

Section I

CAPACITE DES PARTIES ET DE LEURS AGENTS

Article 10

Capacité des Parties

Est nul, en tant que traité, tout instrument conclu sans égard pour les limitations internationales à la capacité des parties de conclure des traités.

COMMENTAIRE

1. Cet article fait dans une certaine mesure double emploi avec l'article premier qui définit la notion de traité et avec l'article 16 qui dispose qu'un traité est nul si son exécution suppose une violation d'une obligation conventionnelle antérieurement souscrite par une ou plusieurs des parties contractantes. Aussi cet article n'a-t-il peut-être qu'un caractère accessoire, et donc une importance pratique limitée. De plus, l'une des principales difficultés auxquelles on se heurte ici tient à ce qu'en droit international, à la différence du droit interne où la capacité contractuelle des personnes est définie par des règles juridiques impératives, le fait même qu'un instrument qualifié de traité est conclu par un Etat incontestablement souverain avec une entité dont le statut juridique était jusqu'alors incertain peut suffire à conférer à cette dernière le statut requis. A cela s'ajoute une difficulté supplémentaire : le problème envisagé par cet article ne semble pas avoir été soulevé devant les tribunaux et, dans les rares cas où il s'est posé en pratique, les solutions ont été diverses, de sorte que les gouvernements n'ont pu dégager de conclusions sûres.

2. Le présent article s'applique aux entités ci-après, dont la capacité de conclure des traités peut prêter à controverse :

- a) Les Etats dépendants, notamment les protectorats;
- b) Les Etats subordonnés, par exemple les Etats membres d'un Etat fédéral;
- c) Les Etats souverains dont la capacité contractuelle se trouve limitée du fait de la création d'un statut déterminé, comme par exemple dans le cas d'Etats neutralisés;

d) Les Etats souverains dont la liberté de contracter s'est trouvée limitée du fait qu'ils ont assumé des obligations internationales dans des domaines déterminés;

e) Les organisations internationales, dans la mesure où leur capacité contractuelle est limitée par l'étendue des pouvoirs que leur confère leur constitution.

Ces cinq catégories seront traitées séparément.

3. Etats dépendants, notamment les protectorats. Les protectorats dont il s'agit ici sont des Etats - et ils ont probablement aussi cette qualité au regard du droit international - qui, tout en étant normalement représentés sur le plan international par les Etats protecteurs, ont une existence administrative distincte et une certaine autonomie propre ^{1/}. On a parfois tendance à croire que, puisque ces Etats "ne font pas partie de la collectivité internationale", ils n'ont pas le pouvoir de conclure des traités. Cette thèse, probablement inexacte d'ailleurs, semble bien n'être qu'une pétition de principe. Le statut international d'une entité politique dépend de divers facteurs, et notamment de sa capacité de conclure des traités. Cela ne signifie pas nécessairement que la capacité de conclure des traités dépende de la qualité de membre de la communauté internationale. Il est probablement plus exact de dire que, sauf disposition contraire expresse du traité de protectorat, l'Etat protégé possède la capacité de conclure

^{1/} Cette définition exclut les collectivités politiques telles que les protectorats coloniaux britanniques, bien que la distinction entre ces protectorats et les protectorats ordinaires soit assez subtile. C'est ainsi que dans l'affaire Duff Development Company Ltd. c. Gouvernement du Kelantan [1924] A.C. 797, le Foreign Office a informé la Cour que le Kelantan était un Etat indépendant, bien qu'en vertu d'un accord régissant ses relations avec le Royaume-Uni, il se fût engagé à n'avoir de relations politiques avec les puissances étrangères que par l'intermédiaire du Gouvernement du Royaume-Uni et à suivre, pour toutes les questions d'administration, l'avis d'un conseiller nommé par ce Gouvernement. Par ce même accord, le Royaume-Uni s'était engagé à ne pas s'ingérer dans l'administration intérieure du Kelantan sauf dans certaines circonstances exceptionnelles.

des traités, du moins avec le consentement de l'Etat protecteur. C'est ainsi par exemple que la France a signé la Convention internationale sanitaire du 21 juin 1926 (Hudson, International Legislation, 3 (1926-1927), p. 1903) pour son propre compte et pour le compte d'un certain nombre de ses possessions et territoires sous mandat, mais que la Tunisie et le Maroc étaient parties distinctes à cette Convention. De même, on trouve, parmi les parties à la Convention du 5 juin 1935 pour l'unification des méthodes d'analyse des vins dans le commerce international, le Sultan du Maroc et le Bey de Tunis, qui ont signé en leur nom propre (Ibid., 7, p. 89). Tel est également le cas de la Convention du 2 juin 1934 pour la protection de la propriété industrielle (Ibid., 6, (1932-1934), p. 870). On peut citer bien d'autres exemples de protectorats usant de leur pouvoir de conclure des traités ^{1/}. En outre, l'Etat protecteur et l'Etat protégé concluent souvent des traités entre eux après l'établissement du protectorat. Ainsi, la Convention du 8 juin 1883 entre la France et la Tunisie a confirmé le Traité du 12 mai 1881 établissant le protectorat et a prévu des réformes intérieures ainsi qu'une aide financière française à la Tunisie. Divers traités et accords - qui ont donné lieu par la suite à l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale dans la Question de la compétence des tribunaux de Dantzig (série B, n° 15) - ont été conclus entre la Pologne et Dantzig ^{2/}.

La capacité générale d'un Etat protégé en matière de conclusion de traités n'est donc pas en cause; le présent article pose la question de la limitation ou du retrait exprès, par le traité de protectorat ou tout traité ultérieur conclu avec l'Etat protecteur, du droit pour l'Etat protégé de conclure des traités. C'est ainsi que par le traité qu'elle a conclu le 3 août 1881 avec le Transvaal la Grande-Bretagne se réservait le "contrôle des relations extérieures du Transvaal, notamment la conclusion des traités". De même, l'alinéa 6 de

^{1/} On trouvera plusieurs de ces exemples dans Hackworth, Digest of International Law, vol. 5 (1943), p. 154.

^{2/} Pour d'autres exemples, voir plus haut le commentaire de l'article premier.

l'article 104 du Traité de Versailles et la Convention de Paris du 9 novembre 1920 entre la Pologne et Dantzig stipulaient que la Pologne assurerait la conduite des affaires extérieures de Dantzig - clause dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a vu une limitation organique qui était un des traits essentiels de la structure politique de Dantzig (avis consultatif n° 18, page 11). Dans certains cas, comme dans celui des traités de la France avec le Maroc (30 mars 1912), la Tunisie (12 mai 1881) et Monaco (17 juillet 1918) la conduite des relations internationales des Etats protégés a été subordonnée à une "entente préalable" avec la France. C'est dans le cas de traités conclus par l'Etat protégé sans égard pour ces limitations que la question de la validité du traité se pose. Pour certains, ces traités sont nuls. Hell (International Law (8ème édition, 1924, p. 380) déclare : "On doit donc considérer comme nulles toutes les conventions que ces Etats (les Etats protégés) concluent en outrepassant les pouvoirs qu'ils ont conservés, ou qui leur sont conférés, dans le cadre de leurs relations avec les Etats associés ou protecteurs." Les Hauts Magistrats de la Couronne britannique, dans un avis du 27 avril 1896 (cité par Sir Arnold McNair dans The Law of Treaties (1938, p.139)), ont déclaré qu'un traité conclu par la République Sud-Africaine sans égard pour le traité de 1884, précité, avec le Transvaal était nul. Les Hauts Magistrats ont reconnu que le traité en question - un traité d'extradition - ne présentait pas "par lui-même une grande importance" mais ils ont estimé que "le principe en cause présentait à n'en pas douter un caractère de gravité exceptionnelle". (p.140). En 1908, le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique par intérim a déclaré, dans ses instructions à l'Ambassadeur des Etats-Unis en Turquie : "L'Etat qui se propose d'entrer en relations conventionnelles avec un Etat qui n'a pas pleine capacité juridique, un Etat dont la capacité est, d'une manière ou d'une autre, incomplète ou anormale, du fait, par exemple, qu'il dépend à un titre quelconque d'un autre Etat ou fait partie d'une unité plus vaste, un Etat fédéral par exemple, est censé connaître ces circonstances et doit s'assurer que le traité envisagé rentre dans la compétence restreinte de l'autre Etat contractant. Les traités que ces Etats concluent en outrepassant leur capacité sont nuls" (Hackworth op. cit. vol. 5 (1943), page 153).

Par contre, certains auteurs estiment que les traités conclus par un Etat dépendant sans égard pour sa capacité contractuelle sont simplement annulables, apparemment au gré de l'Etat protecteur. C'est ainsi que Sir Arnold McNair, tout en indiquant que le Gouvernement britannique n'avait pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet et que la question ne pouvait recevoir de réponse de caractère général, a déclaré que, lorsque "l'Etat dépendant est autorisé à conclure des traités sous réserve de les communiquer à l'Etat protecteur et sous réserve que ce dernier puisse opposer son veto dans un délai donné, il semble que ces traités, étant soumis à une condition résolutoire, sont simplement annulables, et demeurent valides à moins de faire l'objet d'un veto dans le délai fixé" (op. cit., page 138). Le professeur Hyde, dont l'étude est assez peu concluante, semble penser que les traités dont il s'agit ne sont pas nécessairement "dépourvus de toute valeur juridique" et sont annulables plutôt que nuls ^{1/}. (International Law, deuxième édition, vol. 11 (1945), page 492). Il semble que, dans ce cas, la distinction est purement théorique. En général, la question doit être considérée comme régie par le principe supérieur posé plus loin à l'article 16, celui de la nullité des traités conclus en violation de traités antérieurs. Toute dérogation à ce principe doit se fonder sur le consentement implicite, c'est-à-dire l'absence de protestation, de l'Etat protecteur. La protestation suffit à rendre le traité nul, donc inapplicable. Comme il s'agit ici d'un statut résultant non pas de l'application générale règle de droit mais de clauses d'un traité, le plus souvent bilatéral, il n'y a probablement pas lieu d'aller jusqu'à la conclusion apparemment logique et de dire qu'un traité conclu par un Etat dépendant sans égard pour sa capacité contractuelle est définitivement et irrémédiablement nul.

1/ Le fait - important selon le professeur Hyde - que les protestations de l'Etat protecteur ou suzerain sont souvent restées sans effet n'a probablement qu'une signification juridique limitée. Il semble bien que, dans certains cas, ces protestations n'étaient pas suffisamment fondées en droit. Dans le cas de la Bulgarie par exemple, l'Etat suzerain - la Turquie - a parfois protesté contre l'exercice par ce pays du pouvoir de conclure des traités, mais les Hauts Magistrats britanniques ont estimé, en 1894, que les limitations imposées à la Bulgarie par le Traité de Berlin n'empêchaient cependant pas le Gouvernement britannique de conclure un traité avec ce pays (McNair, op. cit. pages 141 à 144).

Article 10

Mieux vaut voir dans l'absence de protestation de la part de l'Etat protecteur ou suzerain un assentiment par lequel il renonce aux clauses limitatives du traité original. La question de la violation de ce traité original, donc de la nullité du traité ultérieur, cesse dès lors de se poser. En l'absence d'assentiment, le traité doit être considéré comme nul. On pourrait se demander si un traité conclu par une partie sans égard pour son statut d'Etat dépendant est annulable au gré de l'autre partie, lorsque cette dernière ignorait de bonne foi cette limitation; mais il s'agit là d'une question trop théorique pour que nous l'examinions en détail ici.

4. Etats subordonnés, en particulier les Etats membres d'un Etat fédéral. On pourrait soutenir qu'en fait la question de la validité des traités conclus par les membres d'un Etat fédéral ne se pose pas puisque ces Etats, n'étant pas des Etats en droit international, ne peuvent conclure de traités internationaux. Mais, comme on l'a vu plus haut dans le commentaire de l'article premier, cet argument n'en est guère un. La constitution d'un certain nombre d'Etats fédéraux permet aux Etats membres de conclure des traités. C'est ainsi que l'amendement du 1er février 1944 à la Constitution de l'Union des Républiques socialistes soviétiques confère à chaque République de l'Union "le droit d'entrer en relations directes avec les Etats étrangers, de passer des accords avec eux et d'échanger des représentants diplomatiques" (Loi sur l'octroi aux Républiques fédérées de pouvoirs dans le domaine des relations internationales). Cette loi a permis à la République d'Ukraine et à la République de Biélorussie de devenir membres distincts de l'Organisation des Nations Unies. En leur nom propre, elles sont devenues parties à de nombreuses conventions multilatérales. L'article 32 de la Constitution de l'Allemagne occidentale de 1949 dispose que, dans la mesure où les Laender sont habilités à légiférer, ils peuvent, avec l'assentiment du Gouvernement fédéral, conclure un traité avec des Etats étrangers ^{1/}. L'article 78 de la Constitution

^{1/} Kraus, "Die Zuständigkeit der Länder der Bundesrepublik Deutschland zum Abschluss von Kulturabkommen mit auswärtigen Staaten nach dem Bonner Grundgesetz", dans Archiv des Völkerrechts, 3 (1951-1952), pages 414 à 427.

de Weimar contenait une disposition analogue. L'article 9 de la Constitution helvétique de 1848 conférait aux cantons le droit de conclure des traités avec des Etats étrangers sur des sujets concernant l'économie publique et les rapports de bon voisinage et de police avec les Etats limitrophes, à condition que ces traités ne soient pas incompatibles avec les intérêts de la Confédération ou les droits des autres cantons. Des traités de ce genre ont été conclus entre des cantons suisses et des Etats allemands ^{1/}. Il semble bien que les traités ainsi conclus par des Etats membres d'un Etat fédéral soient des traités en droit

1/ En 1874, l'Etat de Bade et le Canton de Bâle ont conclu un accord pour la création d'un service de bac. En 1907, les Cantons de Bâle-Campagne et Argovie ont conclu un accord pour la construction d'une centrale hydro-électrique. En 1935, les Cantons de Berne et de Neuchâtel ont conclu des accords avec la France. Voir d'une façon générale, à ce sujet, His dans Revue de droit international et de la législation comparée, pages 454 à 479.

L'article 4 de la résolution que le Congrès des Etats-Unis a adoptée le 4 août 1947 au sujet de la Loi sur l'Accord relatif au Siège dispose : "Tous Etats des Etats-Unis et, dans la mesure où la loi de ces Etats le permet, toutes subdivisions politiques desdits Etats, que touche l'établissement du Siège de l'Organisation des Nations Unies sur le territoire des Etats-Unis, pourront conclure avec l'Organisation des Nations Unies ou entre eux des accords compatibles avec l'Accord relatif au Siège et destinés à en faciliter l'application; il est entendu toutefois que, sauf en cas d'urgence et s'il s'agit de contrats concernant des affaires courantes, un représentant des Etats-Unis désigné par le Secrétaire d'Etat pourra, si ce dernier le juge bon, participer aux négociations; que, d'autre part, tout accord ainsi conclu par un ou plusieurs Etats ou par leurs subdivisions politiques sera soumis à l'approbation du Secrétaire d'Etat."

Si l'on ne peut interpréter cette clause comme conférant aux Etats un véritable pouvoir de conclure des traités, elle présente un intérêt en ce qu'elle vise des accords qui sont plus que des "contrats concernant des affaires courantes" et exige le consentement du Secrétaire d'Etat pour des accords qui ont sans doute un caractère de droit public.

Article 10

international. Ce sont des traités au regard de l'article 10 du présent projet. Les Etats membres qui les concluent ont la capacité contractuelle qu'exige le droit international. Le droit international autorise les Etats à déterminer dans quelle mesure ils permettront à leurs subdivisions politiques de conclure des traités. Lorsque le droit constitutionnel d'un Etat fédéral confère la capacité de conclure des traités à ses Etats membres, il s'agit en somme d'une délégation de ce pouvoir de la part de l'Etat fédéral. Preuve en est que l'Etat membre doit, parfois, obtenir l'autorisation expresse du gouvernement fédéral et s'engager à tenir compte de l'intérêt des autres membres de la fédération.

Par contre, lorsque la législation fédérale ne confère pas ce droit, les Etats membres d'une fédération ne sauraient être considérés comme habilités à conclure des traités. En droit international en effet, c'est l'Etat fédéral qui, en l'absence de dispositions contraires du droit constitutionnel, a la capacité et la personnalité internationales. Il en résulte qu'un traité conclu par un Etat membre sans égard pour la constitution fédérale doit également être considéré comme ayant été conclu sans égard pour les limitations que le droit international impose à son pouvoir de conclure des traités. Ce n'est donc pas un traité au regard du droit international; en tant que traité, il est nul. Et comme, à l'inverse des Etats protégés, un Etat membre d'une fédération n'est pas a priori sujet de droit international, il semble qu'on ne puisse pas dire que le traité est simplement annulable au gré de l'Etat fédéral.

5. Limitation de la capacité contractuelle des Etats souverains du fait de la création d'un statut déterminé comme, par exemple, dans le cas d'Etats neutralisés.

Alors que, dans le cas d'Etats dépendants et subordonnés, la limitation de capacité contractuelle qui résulte de leur statut s'étend, en général, à tous les aspects du pouvoir de conclure des traités, ce pouvoir peut être limité, dans un domaine déterminé seulement, du fait d'une réglementation conventionnelle qui équivaut, dans ce domaine, à la création d'un statut. Tel est le cas, en particulier, d'un Etat neutralisé. La neutralité comprend, d'une part, une garantie d'indépendance et d'intégrité donnée à l'Etat neutralisé et, d'autre part, l'obligation pour ce dernier de s'abstenir, entre autres, de conclure des traités de nature à mettre en péril sa neutralité et à l'entraîner dans une guerre.

La Suisse étant actuellement le seul Etat neutralisé ^{1/}, la question n'offre guère d'intérêt pratique. En principe, cependant, pour autant que des arrangements de ce genre équivalent à ce qu'on a appelé un règlement international ^{2/} à caractère objectif - ce qui est le cas dans une large mesure - ils limitent, semble-t-il, la capacité contractuelle au point de rendre nuls les traités conclus sans égard pour la limitation ainsi acceptée. Il en est ainsi indépendamment du fait qu'un traité conclu par l'Etat neutralisé sans égard pour les obligations qu'il a volontairement acceptées en tant qu'Etat neutralisé tombe vraisemblablement sous le coup de la règle posée à l'article 16, qui déclare nuls les traités incompatibles avec des traités antérieurs ^{3/}. On

- 1/ Le traité du Latran conclu entre l'Italie et le Saint-Siège le 11 février 1929 prévoit, dans son article 24, que la Cité du Vatican sera toujours et en tous cas, considérée comme un territoire neutre et inviolable. Il est douteux que cet article, qui reproduit une déclaration en ce sens émanant du Saint-Siège, puisse être considéré comme donnant à la Cité du Vatican le statut d'un Etat neutralisé. Les éléments caractéristiques de la neutralisation sont manifestement absents. Pour ce qui est de la Belgique et du Luxembourg, on doit considérer que leur statut d'Etats neutralisés a disparu en raison des obligations qu'ils ont assumées en acceptant la Charte des Nations Unies.
- 2/ Voir l'avis consultatif rendu, le 11 juillet 1950, par la Cour internationale de Justice dans la question du Statut international du Sud-Ouest africain. La Cour a estimé que "les règles internationales régissant le mandat constituaient, pour le territoire, un statut international reconnu par tous les Membres de la Société des Nations". (C.I.J. Recueils, 1950, page 132). On trouvera une explication semblable des clauses du Traité de Paris relatives à la démilitarisation des îles Aland dans le rapport de la Commission de juristes désignée en 1920 par le Conseil de la Société des Nations : Journal officiel de la Société des Nations, 1920, supplément spécial n° 3.
- 3/ Dans The Law of Treaties (1938) pages 135 à 137, Sir Arnold McNair cite certains avis émis, en Angleterre, par les Hauts Magistrats de la Couronne. Ces avis, toutefois, ne semblent pas concluants et sont parfois contradictoires. Dans un avis formulé le 22 juillet 1872, les Hauts Magistrats ont estimé que si un Etat neutralisé de façon permanente concluait un traité incompatible avec son statut, l'unique conséquence de son acte serait de dégager les Puissances garantes de leurs obligations. On peut en douter, étant donné que le statut de neutralité est fondé non seulement sur la garantie, mais aussi sur l'obligation assumée par l'Etat dont l'indépendance est garantie. D'ailleurs, dans un avis formulé le 4 mai 1871, les Hauts Magistrats ont estimé que l'adhésion du Luxembourg à la Confédération germanique constituerait, de la part du Luxembourg, "une violation du traité de 1867".

Article 10

remarquera que le Traité du 31 mai 1867 par lequel le Luxembourg a été neutralisé, et dont la Belgique était signataire, stipulait expressément que la Belgique ne serait pas une des Puissances garantes en raison de ce qu'elle était elle-même "un Etat neutre". On considérerait donc que son statut de neutralité emportait l'incapacité juridique d'assumer une obligation de garantie.

6. Etats souverains dont la liberté de contracter a été limitée du fait qu'ils ont assumé des obligations internationales dans des domaines déterminés. Il ne semble pas qu'il y ait, à proprement parler, dans les cas de ce genre, limitation de la capacité contractuelle. En un sens, toute obligation que le droit international coutumier ou conventionnel impose à un Etat constitue une limitation de sa capacité contractuelle, puisqu'il lui est interdit par la suite de conclure un traité incompatible avec cette obligation. Il ne semble pas, toutefois, que l'on soit justifié à pousser à ce point la notion de capacité contractuelle. Deux exemples peuvent illustrer la situation. Le traité conclu, le 22 mai 1903, entre les Etats-Unis d'Amérique et Cuba stipule : "le Gouvernement de Cuba ne conclura jamais, avec une ou plusieurs Puissances étrangères, aucun traité ou autre convention qui compromette l'indépendance de Cuba, il n'autorisera jamais, sous quelque forme que ce soit, une ou plusieurs Puissances étrangères à s'établir ou à exercer un contrôle sur une partie quelconque de ladite île, soit par voie de colonisation, soit à des fins militaires ou navales, soit de toute autre manière". On pourrait soutenir que ces restrictions imposées à Cuba étaient si étendues qu'elles portaient atteinte à sa capacité contractuelle. Nombreux, toutefois, sont ceux qui penseront que si, par le traité de 1903, Cuba a certes accepté de ne pas conclure de traité qui compromette son statut d'Etat indépendant, le traité par lui-même ne portait pas formellement atteinte à son statut en tant qu'Etat et notamment à sa capacité contractuelle. Il importe sans doute peu, du point de vue juridique, que l'on admette l'une ou l'autre et que l'on considère qu'un traité conclu en violation de la restriction imposée est nul pour défaut de capacité contractuelle (soit absolu, soit limitée à certaines questions) ou comme conséquence du principe formulé dans l'article 16, qui déclare nuls les traités incompatibles avec des obligations conventionnelles antérieures. La même remarque vaut pour la Déclaration par laquelle d'Autriche, dans un Protocole signé le

4 octobre 1922, s'engageait à ne pas aliéner son indépendance et à s'abstenir de tout engagement d'ordre économique ou financier susceptible de compromettre, directement ou indirectement, son indépendance. Dans son avis consultatif du 19 mars 1931 (C.P.J.I., série A/B, n° 41), la Cour permanente de Justice internationale a déclaré qu'une union douanière entre l'Allemagne et l'Autriche ne serait pas compatible avec les obligations du Protocole de 1922. Que les obligations assumées respectivement par Cuba et par l'Autriche en vertu de ces traités aient été de nature à limiter leur capacité contractuelle (donc à rendre nuls les traités conclus sans égard pour ces limitations) ou qu'elles aient simplement imposé à ces pays le devoir de s'abstenir d'assumer certaines obligations déterminées (de sorte que, si elles assumaient ces obligations, celles-ci auraient été dépourvues d'effets juridiques) la différence est, avant tout, une différence de termes. Le même problème se pose à propos de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, qui a trait à l'enregistrement des traités. On pourrait soutenir que la capacité contractuelle de chacun des Membres de l'Organisation des Nations Unies, dans ses rapports avec les Etats Membres et non Membres, est limitée dans la mesure où il ne peut conclure un traité exécutoire par un organe des Nations Unies qu'en le faisant enregistrer. On pourrait aussi prétendre que l'Article 102 a seulement pour effet de créer une obligation d'enregistrer les traités, sans porter atteinte à la capacité contractuelle des Membres de l'Organisation, et que la seule sanction d'un manquement à cette obligation est que le traité non enregistré ne peut être invoqué, aux fins d'exécution, devant un organe des Nations Unies. La même question se pose, dans un domaine différent, à propos de l'Article 103 de la Charte; on pourrait en effet dire que cet article restreint la capacité contractuelle des Membres de l'Organisation, dans la mesure où ceux-ci ne peuvent valablement conclure des traités incompatibles avec les obligations que leur impose la Charte - les dispositions de celle-ci prévalant, le cas échéant, sur celles des traités. Il semble cependant difficile d'admettre qu'un traité conclu par un Membre de l'Organisation des Nations Unies est nul - en raison d'une incapacité de contracter - pour le seul motif qu'il ne mentionne pas la disposition primordiale de l'Article 103. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, la Commission estime que les obligations, aussi étendues soient-elles, qu'un Etat accepte dans un traité ne limitent pas sa capacité de conclure

Article 10

des traités à moins qu'elles n'aient pour effet de créer un statut particulier, dans le cas d'une neutralisation par exemple.

7. Limitations à la capacité contractuelle des organisations internationales.

Le présent projet pose, dans son article premier, le principe selon lequel les organisations internationales ont, en règle générale, la capacité de conclure des traités. Il reste cependant à examiner si cette capacité leur appartient sans aucune limitation ou si son étendue est fonction de leurs buts et de leur constitution. En droit interne, on admet que la capacité contractuelle de certaines personnes morales, sinon de toutes, est limitée. En Angleterre, par exemple, la capacité contractuelle d'une personne morale créée par une loi du Parlement ou en application d'une loi du Parlement est limitée par les termes de cette loi; une société créée en vertu de la Loi sur les sociétés (Companies Act) est tenue, par les termes de ses statuts, de ne pas conclure de contrat qui soit incompatible avec ses buts, tels que les forment ces statuts, ou qui soit étranger à ces buts. Tout contrat conclu sans égard pour cette limitation est ultra vires et, dans cette mesure, nul. Sur le plan international, il est douteux que les organisations internationales aient une capacité illimitée de conclure des traités. Il est certain que cette capacité découle de leur personnalité internationale. Toutefois, cette personnalité n'a ni la même nature ni la même étendue que celle des Etats. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la question de la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies : "Alors qu'un Etat possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation (des Nations Unies) doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique". (C.I.J. Recueils, 1949, p. 180). C'est pourquoi, tout en déclarant que l'Organisation des Nations Unies est une personne internationale et qu'elle a la capacité de conclure des accords, la Cour a ajouté la restriction ci-après : "Cela n'équivaut pas à dire que l'Organisation soit un Etat, ce qu'elle n'est certainement pas, ou que sa personnalité juridique, ses droits et ses devoirs soient les mêmes que ceux d'un Etat" (Ibid., p. 179).

Il en est de même, à plus forte raison, des organisations internationales dont les fonctions et les buts sont moins étendus que ceux des Nations Unies. Dans certains cas, les constitutions des organisations internationales déclarent expressément que leur capacité internationale est limitée. C'est ainsi que la Constitution de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture dispose que "l'Organisation a la personnalité juridique pour accomplir tout acte juridique conforme à son objet dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le présent Acte" (Article 15 (1)). La Constitution de l'Organisation mondiale de la santé emploie des termes identiques (Article 66). De même, la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés, approuvée par l'Assemblée générale à sa première session, en décembre 1946, stipule que "l'Organisation jouira, sur le territoire de chaque Etat Membre, de la capacité juridique nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses objectifs." (Article 13). On trouve des dispositions semblables dans le cas de bien d'autres organisations et organes internationaux. Par contre, les constitutions de quelques autres organisations internationales reconnaissent, sans aucune limitation, "la capacité internationale et la capacité légale" de l'organisation ^{1/}. Il ne semble pas toutefois que l'on doive attacher une importance décisive au fait que les constitutions de certaines organisations limitent expressément leur personnalité et leur capacité internationale en fonction de leurs objectifs et de leurs buts, tandis que d'autres ne contiennent pas de dispositions de cette nature. Le caractère général des termes, cités plus haut, de l'avis de la Cour internationale de Justice dans la question de la Réparation des dommages laisse entendre qu'une telle limitation générale de capacité doit être présumée pour toutes les organisations internationales. Jusqu'à présent, il n'y a eu, semble-t-il, aucun cas qui ait permis de faire la lumière sur cette question et de formuler des règles claires et précises. La Commission a estimé qu'il suffisait d'incorporer le principe en question dans les termes généraux de l'article 10 que nous proposons.

^{1/} Voir par exemple l'article VIII (13) de l'Accord de 1945 portant création de l'Office central des transports intérieurs européens.

NOTE

Il nous a été difficile de déterminer dans quelle mesure la question traitée dans le présent article a une importance pratique. Cette importance tend à diminuer, par exemple, pour ce qui est de la capacité contractuelle des protectorats et des Etats neutralisés. En ce qui concerne la limitation de capacité contractuelle qui résulterait de l'obligation de ne pas conclure de traités d'une nature déterminée, nous avons vu qu'il ne s'agit pas là d'une restriction à la capacité de conclure des traités au sens de la création d'un statut, mais plutôt du cas visé par l'article 16, relatif à la validité de traités incompatibles avec des obligations conventionnelles antérieures. Le problème de la capacité de conclure des traités, dans le cas d'Etats membres d'Etats fédéraux, soulève des questions d'un caractère assez complexe et nous avons cru devoir l'étudier en détail. Quant aux limitations de la capacité contractuelle des organisations internationales, il convient de s'en remettre aux organes judiciaires et autres du soin d'élaborer des règles détaillées dans le cadre du principe général posé par l'article 10. Il fallait un principe général de ce genre, qui expose les conséquences juridiques de toute violation des limitations internationales à la capacité contractuelle. Il a été dit, dans certains projets antérieurs, que tout Etat a la capacité de conclure des traités, mais que la capacité de certains Etats peut être limitée; il s'agit là de vérités incontestables.

Article 11

Capacité des agents

Limitations constitutionnelles au pouvoir de conclure des traités

1. Est susceptible d'annulation, au gré de la partie intéressée, tout traité conclu sans égard pour les limitations imposées par le droit et la pratique constitutionnels de ladite partie.
2. Peut être considérée, compte tenu des circonstances de l'espèce, comme ayant renoncé à son droit de faire valoir la nullité d'un traité conclu sans égard pour des limitations constitutionnelles, toute partie contractante qui, pendant une longue période, s'est abstenue d'invoquer la nullité du traité, ou qui a mis à exécution les dispositions du traité ou en a retiré un avantage.
3. Lorsqu'un traité est considéré comme nul pour avoir été conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles imposées par le droit ou la pratique d'une partie contractante, ladite partie est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie contractante qui ne peut pas être considérée à juste titre comme ayant eu connaissance des limitations constitutionnelles en question.
4. Une partie ne peut invoquer la nullité d'un traité en se prévalant du fait qu'il a été conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles qui s'imposent à l'autre partie contractante.
5. Toute partie qui fait valoir la nullité d'un traité pour inobservation des limitations constitutionnelles est tenue, en cas de désaccord, de porter le fond du différend ou la question du préjudice devant la Cour internationale de Justice ou devant toute autre juridiction internationale dont les parties seront convenues.

COMMENTAIRE

1. Cet article est destiné à énoncer les règles applicables dans une matière du droit des traités sur laquelle les avis des auteurs sont partagés et au sujet de laquelle la pratique, tant des tribunaux que des gouvernements, ne permet pas de dégager une solution bien définie. Il ne se trouve actuellement qu'un très petit nombre d'auteurs qui soutiennent, sans réserve, que les limitations imposées par le droit ou la pratique constitutionnels au pouvoir de conclure des traités n'ont

Article 11

aucune portée du point de vue international, et que tout Etat qui a contracté de manière définitive une obligation conventionnelle est lié par le traité, que les limitations constitutionnelles aient été ou non respectées. Les raisons sur lesquelles repose cette thèse ont été indiquées à plusieurs reprises. Certaines d'entre elles se fondent sur les déductions que l'on peut tirer des doctrines dites dualiste et moniste relatives aux rapports entre le droit international et le droit interne. Ces déductions sont à vrai dire peu concluantes; car il semble qu'en partant, en cette matière, de points de vue diamétralement opposés, les auteurs soient parvenus à des conclusions pratiquement identiques. Anzilotti, par exemple, qui adopte la théorie spécifiquement dualiste, soutient que les restrictions imposées par le droit interne au pouvoir de conclure des traités ne doivent pas être prises en considération, étant donné que le droit international attribue à l'Etat la volonté de contracter par l'intermédiaire du Chef de l'Etat (ou de toute personne déléguée par lui conformément aux lois constitutionnelles du pays, dont les dispositions importent peu en droit international)^{1/}. De son côté, le professeur Scelle, qui part de la conception moniste de la primauté du droit international, enseigne, lui aussi, que les limitations constitutionnelles n'ont aucune portée, parce que l'adoption du point de vue contraire impliquerait la subordination du droit international aux stipulations du droit interne (Précis de droit des gens, II (1934), page 455). Telle semble être également l'opinion de Kelsen ^{2/}.

^{1/} Cette opinion est exposée dans le passage suivant, fréquemment cité : "La conclusion à laquelle nous arrivons est donc que le droit international impute à l'Etat la déclaration de la volonté de stipuler faite en due forme par le Chef de l'Etat, sans prendre égard aux dispositions constitutionnelles qui, d'une façon quelconque, limitent sa compétence ou lui imposent des devoirs. Nous disons "par le Chef d'Etat", nous référant ainsi au cas le plus important et le plus grave : ajoutons immédiatement toutefois que lorsque, en conformité avec une pratique désormais bien établie, des accords internationaux sont conclus sans l'intervention des Chefs des Etats contractants, notre conclusion vaut pour les déclarations de volonté des organes dûment autorisés à conduire les négociations et à conclure l'accord. La question, qui est de droit constitutionnel, de savoir si, dans ces cas, la compétence des organes doit se ramener à une délégation de compétence du Chef d'Etat et si cette délégation est valable, est dénuée de pertinence au regard du droit international". (Anzilotti, Cours de droit international (traduction de Gidel), vol. 1 (1929), pages 366 et 367).

^{2/} Académie de La Haye, Recueil des Cours, 14 (1926) (IV), page 270; Principles of International Law (1952), page 324.

2. La thèse selon laquelle les limitations constitutionnelles sont sans aucune portée en la matière se fonde sur deux raisons principales :

- a) D'une part, la sécurité des relations juridiques internationales qui serait compromise, a-t-on dit, si les parties à un traité ne pouvaient se fier à l'autorité apparente des organes qui acceptent, au nom de l'Etat dont ils relèvent, des obligations ayant force de loi, et s'il leur fallait étudier, en cette matière, les dispositions souvent vagues et obscures du droit constitutionnel de l'autre ou des autres parties contractantes;
- b) D'autre part, le grave inconvénient auquel s'exposerait l'une des parties contractantes - sans compter la situation embarrassante dans laquelle elle se trouverait placée de ce fait - s'il lui fallait trancher des questions litigieuses se rapportant au droit constitutionnel de l'autre partie contractante et, le cas échéant, contester la compétence de l'organe qui représente cette dernière ^{1/}.

Ces considérations, qui sont de poids, ne doivent pas être perdues de vue lorsque l'on veut formuler les principes applicables en la matière. Pour les raisons qui vont être exposées, elles ne sauraient cependant être tenues pour décisives.

3. De leur côté, un grand nombre d'auteurs ^{2/} - encore qu'ils ne soient pas la majorité - ont adopté la thèse selon laquelle un traité conclu par les agents de l'Etat - qu'il s'agisse du Chef de l'Etat, du gouvernement ou de toutes autres

^{1/} Ces raisons ont été exposées d'une façon convaincante par M. Fitzmaurice, dans un article paru en 1934 dans le British Year Book of International Law (vol. 15, pages 129 à 137). Ce distingué juriste pose le principe suivant : "L'Etat qui a manifesté l'intention de s'obliger par un engagement international, en accomplissant toutes les formalités nécessaires du point de vue international, pour atteindre ce but, ne saurait être autorisé à nier la validité de ses propres actes en invoquant le fait que les stipulations de son droit constitutionnel n'ont pas été observées." (page 133). Mais la question se pose alors de savoir : a) d'une part, si c'est réellement l'Etat (et non ses agents sans autorisation) qui a manifesté l'intention de s'obliger; b) d'autre part, si la seule ratification du traité par un agent non autorisé suffit du point de vue international.

^{2/} Parmi lesquels Schoen dans Zeitschrift für Völkerrecht, 5 (1911), page 400; Charles de Visscher dans Bibliotheca Visseriana, 2 (1924), page 98; Schücking dans l'Annuaire de l'Institut international de droit public, 1930, page 225; Chailley, La nature juridique des traités internationaux (1932) pages 175 et 215.

personnes spécialement habilitées à cet effet - est nul s'il a été conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles. Les partisans de cette thèse soutiennent que, d'après le droit international, il appartient au droit interne de chaque pays de fixer l'étendue des pouvoirs de représentation dont l'Etat investit ses agents; que, dans la mesure où un agent outrepassé ses pouvoirs, il agit sans la moindre autorité; que, conformément à la maxime qui cum alio contrahit non est vel non debet esse ignarus conditionis ejus, une partie contractante est censée connaître l'existence et la nature des limitations constitutionnelles au pouvoir de conclure des traités exercé par les agents de l'autre partie contractante; enfin, qu'il n'est pas possible d'admettre qu'un Etat puisse être lié par des actes de personnes qui ont outrepassé leurs pouvoirs, cette notion étant absolument incompatible avec la conception moderne du gouvernement représentatif et les principes démocratiques.

4. La conception qui a présidé à la rédaction du présent article et que la pratique semble généralement confirmer, part du principe que, si l'on veut préserver la bonne foi et la sécurité dans les relations juridiques internationales, la solution satisfaisante du problème doit être cherchée dans un compromis entre les doctrines antagonistes qui ont été exposées plus haut. Le compromis consiste à admettre que, s'il est vrai qu'en règle générale les limitations constitutionnelles sont prépondérantes et qu'elles doivent constituer le point de départ de toute solution du problème, il n'en faut pas moins attacher toute l'importance voulue à des facteurs tels que le caractère plus ou moins notoire et évident desdites limitations constitutionnelles, la conduite ultérieure de la partie qui cherche à se dérober à l'application du traité et la nécessité de dédommager la partie non fautive pour le préjudice qu'elle a pu subir. C'est à une solution fondée sur des considérations de ce genre que s'est ralliée, on doit bien le reconnaître, la majorité des auteurs, notamment ceux qui ont étudié la question au cours des dernières années ^{1/}. Il est évident que la règle fondamentale de la nullité des actes dont les auteurs ont commis un excès de pouvoir, de même que les impératifs de l'idéal démocratique, s'opposent à l'acceptation de la thèse selon laquelle un Etat peut être lié, dans des domaines qui touchent à ses intérêts vitaux ou dans d'autres domaines, par des actes que son droit interne n'autorise ni ne justifie. Mais ces considérations ne sauraient permettre aux gouvernements d'agir d'une manière qui compromette

^{1/} Voir page suivante.

1/ C'est ainsi que le regretté professeur Hyde, après avoir posé qu'"il est logique et nécessaire que les tribunaux nationaux d'un pays tel que les Etats-Unis considèrent comme nul un traité inconstitutionnel", a développé cette idée de la manière suivante : "Si un Etat contractant donne à un autre Etat l'assurance que les termes de l'accord qu'il se propose de conclure avec lui ne violent pas ses propres lois fondamentales, et s'il le fait par l'intermédiaire d'un agent qui, par la nature de ses rapports avec le service de son gouvernement spécialement chargé de la conduite des affaires étrangères, est censé connaître les formalités qu'elles imposent, et si, d'autre part, aucune constitution écrite n'est en jeu et aucun instrument officiellement publié et ayant force de droit ne proclame ouvertement le point de vue contraire, on est fondé à conclure que l'Etat contractant qui a donné une telle assurance ne peut pas nier la validité d'un accord conclu en vertu de cette assurance". (International Law (2ème édition, 1945), vol. 2, page 1385). Sir Arnold McNair énonce dans les termes suivants une règle qui s'applique à un autre aspect de la question : "Il ne paraît pas téméraire d'affirmer que, de l'avis du Gouvernement du Royaume-Uni, lorsqu'un engagement international a été partiellement exécuté ou lorsque les deux parties en cause se sont comportées à son égard comme en présence d'un instrument ayant force de loi du point de vue international, ni l'une ni l'autre ne peut valablement le répudier pour le motif qu'il a été conclu sans qu'aient été remplies certaines conditions prévues par son droit constitutionnel ou par d'autres dispositions de sa législation interne." (The Law of Treaties (1938), page 44). Dans un autre ouvrage, Sir Arnold McNair précise comme suit sa conclusion générale quant à la nullité d'un tel traité : "Il semble plus logique de dire - ce qui est d'ailleurs plus conforme à la dernière thèse - que si, lors de la conclusion d'un traité, l'une des parties produit un instrument "ayant toute apparence d'être complet et régulier" (pour emprunter cette expression à une autre branche du droit), alors qu'en fait il est irrégulier du point de vue constitutionnel, l'autre partie, si elle ignore et peut raisonnablement ignorer cette irrégularité, est fondée à présumer que l'instrument est en règle et elle est en droit de contraindre la première partie à respecter les obligations du traité. Si cette opinion est valable, il s'ensuit que la répudiation d'un tel traité constitue un préjudice international (Introduction à l'ouvrage d'Arnold, Treaty-Making Procedure (1933), page 6). L'article 21 du projet de convention d'Harvard, qui porte sur la même question, contient les éléments des principales réserves dont s'inspirent les dispositions de l'article 11 actuel : "Un Etat n'est pas lié par un traité conclu en son nom par un organe ou une autorité qui, en vertu de son droit interne, ne sont pas compétents pour conclure ledit traité; toutefois, l'Etat peut être responsable du dommage résultant pour un autre Etat du fait que celui-ci a accordé une confiance raisonnable aux assurances qui lui ont été données touchant la compétence de cet organe ou de cette autorité pour conclure ledit traité." (Supplement to the American Journal of International Law, 29 (1935), troisième partie, page 992). Dans l'ensemble, ces dispositions semblent correspondre également aux conclusions auxquelles Paul de Visscher est parvenu après une étude approfondie de la question (De la conclusion des traités internationaux) (1943), page 275). Le professeur Verdross écrit, lui aussi, dans la deuxième édition

1/ (suite)

de son traité : "Ein ratifizierter Staatsvertrag ist aber dann anfechtbar, wenn die effektive Beschränkung der "treaty-making power" dem anderen Vertragspartner bekannt war oder bei Anwendung der nötigen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen. Er kann sich daher in einem solchen Falle nicht beklagen, wenn der Vertrag mangels der parlamentarischen Genehmigung nicht erfüllt werden kann. Hat hingegen ein Staat bonafide einen Vertrag abgeschlossen, ohne die Beschränkung der Zuständigkeit der "treaty-making power" des Partners zu kennen, dann ist dieser Staat schadenersatzpflichtig, wenn er die Verbindlichkeit des Vertrages nicht nachträglich anerkennt." (Völkerrecht (2ème édition, 1950), p.128). Telle est également, pour l'essentiel, la position prise par le professeur Guggenheim dans son énoncé - formulé en termes soigneusement pensés - de la règle qu'un traité est nul s'il a été conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles. Le professeur Guggenheim s'exprime dans les termes suivants : "Si l'autorité exécutive conclut un traité de commerce, contrairement à une disposition claire et non ambiguë de son droit interne et présumée connue de la partie adverse, l'organe législatif compétent a le droit de l'annuler. Toutefois, l'Etat dont l'organe incompétent a conclu la convention reste responsable des actes illicites consécutifs commis dans le cadre de l'exécution du traité, malgré l'invocation de sa nullité." (Académie de La Haye, Recueil des cours, 74 (1949) (I), p.236). Les conclusions de M. Mervyn Jones aboutissent au même résultat (Full Powers and Ratification) (1946), p.155.

l'inviolabilité des traités et qui soit contraire aux exigences de la bonne foi; de retirer des avantages d'un traité et de répudier ensuite leurs engagements, en invoquant une théorie constitutionnelle obscure ou controversée; enfin, de revendiquer le droit de se conduire ainsi sans dédommager l'autre partie contractante qui, de bonne foi et sans qu'on puisse lui reprocher la moindre faute, s'est fiée aux pouvoirs apparents des organes constitutionnels réguliers de l'Etat en cause. On peut relever que la pratique internationale - largement confirmée par la doctrine - tend à considérer que ces facteurs ne sauraient être négligés.

5. C'est sans doute aussi pour des raisons de cet ordre que la pratique des gouvernements ne fournit que relativement peu d'exemples d'Etats qui essaient de se soustraire aux obligations d'un traité en alléguant que les limitations constitutionnelles n'ont pas été respectées. En dehors des cas isolés, cités plus loin, qui ont été soumis aux tribunaux ou à des arbitres, la liste suivante est presque complète, à l'exception de quelques cas historiques de moindre importance ^{1/} : la répudiation par la France, en 1832, d'une Convention qu'elle avait conclue l'année précédente avec les Etats-Unis d'Amérique en vue du règlement des indemnités relatives aux pertes matérielles subies par des citoyens des Etats-Unis au cours de la guerre d'indépendance, répudiation qu'elle justifiait par le défaut d'approbation de ses organes législatifs; la protestation élevée, en 1835, par les Etats-Unis contre l'accord commercial conclu entre le Pérou et le Chili; les controverses qui ont opposé, en 1861, l'Equateur au Pérou et, en 1888, le Costa-Rica à l'Equateur ^{2/}; le rejet de la sentence arbitrale rendue en 1871 dans l'affaire Western Griqualand Diamond Deposit, qu'a tenté d'opposer la République du Transvaal en alléguant que le compromis d'arbitrage avait été conclu au mépris des dispositions de la Constitution; l'attitude de la Chine qui, pour contester, a

^{1/} Le professeur Balladore Pallieri cite (voir Académie de La Haye, Recueil des Cours, 74 (1949) (I), p.472) celui d'un traité conclu par le roi François Ier et dont ce dernier contesta la validité en alléguant qu'il n'avait pas été approuvé par le Parlement de Paris.

^{2/} Les détails de ces trois derniers différends sont relatés par M. Mervyn Jones dans Full Powers and Ratification (1946), pages 137 à 141.

Article 11

la validité des traités qu'elle avait conclus en 1915 avec le Japon, s'est apparemment fondée sur ce que le Président avait outrepassé ses pouvoirs constitutionnels; la position prise en 1920 par le Gouvernement roumain à l'égard d'un traité de commerce conclu avec l'Autriche, traité qui, a-t-on prétendu, n'avait pas été approuvé par le Parlement; les doutes exprimés par l'Argentine, entre 1920 et 1933, au sujet de la validité de son adhésion au Pacte de la Société des Nations; la question de la validité de l'adhésion du Luxembourg au Pacte de la Société des Nations^{1/}; la répudiation, en 1932, par l'Etat libre d'Irlande d'accords conclus avec la Grande-Bretagne au sujet du paiement de certaines rentes foncières, pour le motif que ces accords n'avaient pas été approuvés par le Dail, ainsi que l'exigeait sa Constitution^{2/}; enfin, la demande présentée en 1929 par la Suisse en vue de retirer son adhésion à une résolution de la Conférence de Washington sur la limitation des armements, résolution qui faisait obligation aux parties de se communiquer mutuellement la liste des traités et accords conclus avec la Chine, ou concernant ce pays. La Suisse justifiait sa demande, qui n'équivalait d'ailleurs pas à une tentative de répudiation unilatérale de ses engagements, par le fait qu'elle avait constaté, après avoir adhéré à la résolution, que cette adhésion était illégale et entachée d'erreur, les dispositions de la Constitution suisse n'ayant pas été respectées^{3/}. Il est intéressant de noter que lorsque la Suisse a répondu, en 1926, au questionnaire établi, en cette matière, par le Comité d'experts pour la codification progressive du droit international,

-
- 1/ Cet incident est examiné en détail par Paul de Visscher, op.cit., pages 165 à 170.
- 2/ Pour plus de détails sur ces incidents, voir l'introduction de M. McNair à l'ouvrage d'Arnold, Treaty-Making Procedure (1933), pages 3 à 13, ainsi que le Commentaire relatif à l'article 22 du projet de Convention d'Harvard, pages 1002 à 1005. Les efforts déployés en 1932 et en 1952 par le Gouvernement de la Perse en vue de répudier, pour des motifs d'ordre constitutionnel, l'accord relatif aux concessions pétrolières qu'il avait conclu avec l'Anglo-Iranian Oil Company, visaient à annuler un instrument que ledit Gouvernement estimait être non pas un traité, mais un contrat privé.
- 3/ Pour plus de détails, voir Hackworth, Digest of International Law, 5 (1943), page 83. En fait, la Suisse s'est conformée aux termes de la résolution, mais elle a ensuite déclaré que cette dernière était demeurée "lettre morte", étant donné que les autres Parties ne lui avaient pas fourni les renseignements en question.

elle a exprimé l'avis que, dans l'intérêt de la sécurité des relations internationales, les traités ratifiés par les organes exécutifs d'un Etat devaient engager définitivement celui-ci.

6. La jurisprudence internationale est encore plus remarquable par le peu de précédents qu'elle offre en la matière. Dans la sentence arbitrale qu'il a rendue en 1888 à l'occasion d'un différend entre le Costa-Rica et le Nicaragua, le Président Cleveland a admis, avec des réserves importantes quant à la charge de la preuve et aux actes subséquents valant acceptation, le principe selon lequel la non observation des limitations constitutionnelles entraîne la nullité du traité. (Moore, International Arbitrations, vol. 2, p.1946). D'autre part, dans l'Arbitrage de 1912 entre la France et la Suisse, un tribunal arbitral a refusé d'attacher une importance quelconque au fait que les règlements tarifaires qui devaient être établis par application de la Convention de commerce entre la France et la Suisse n'avaient pas été soumis à la sanction du Parlement français. Le Tribunal a estimé qu'il s'agissait en l'espèce "d'une question de droit interne"^{1/}. Dans la sentence rendue en 1923 dans l'arbitrage entre la Grande-Bretagne et l'Espagne, le juge Huber n'a pas voulu entrer dans l'analyse du droit constitutionnel marocain selon lequel, affirmait-on, l'échange de lettres invoqué par la Grande-Bretagne aurait dû être sanctionné par un décret chérifien. Mais il a

^{1/} McNair, op.cit., page 8, fait remarquer, à propos de cette affaire, que la France n'a pas prétendu que la Convention était nulle faute d'avoir reçu la sanction exigée par la Constitution. Elle a simplement soutenu qu'il y avait lieu, de ce fait, de donner à la Convention une interprétation différente de celle de la Suisse.

Article 11

tenu compte du fait que, postérieurement à l'échange des lettres en question, les deux parties avaient mis à exécution des dispositions contenues dans lesdites lettres ^{1/}. L'Arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Statut juridique du Groenland oriental (Série A/B, n° 53, p.71) a été parfois interprété comme étant fondé sur le même principe. En fait, la Cour a soutenu que la déclaration faite par le Ministre des affaires étrangères - déclaration que la Cour, étant donné les circonstances de l'espèce, a considéré comme ayant force obligatoire pour la Norvège - portait sur "une affaire qui était du ressort" du Ministre. L'opinion exprimée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (Série A/B, n° 46, p.170) quant au caractère obligatoire de la déclaration faite par l'Agent suisse au cours des audiences - déclaration dont la France a contesté le caractère obligatoire en alléguant qu'elle avait été faite sans égard pour les dispositions du droit constitutionnel suisse - n'a probablement pas trait à la question que nous examinons ^{2/}.

7. En raison du nombre très restreint et du caractère peu concluant des décisions judiciaires et arbitrales rendues en cette matière, il est difficile de déduire de ces dernières une règle de droit international pouvant donner une solution pratique au problème en question. Dans le présent article, nous tentons de donner une solution de cette nature. Bien que la question présente peut-être une importance plus limitée que ne le ferait supposer l'abondance des controverses doctrinales qu'elle suscite, il est néanmoins souhaitable de la régler de façon détaillée, par voie de codification. Or, il ne suffit pas, pour cela, de s'arrêter à la formule

^{1/} Annual Digest, 1923-1924, affaire n° 20.

^{2/} Nous ne mentionnons pas ici la sentence rendue en 1923 par le Président Taft dans l'arbitrage entre la Grande-Bretagne et le Costa-Rica au sujet de la validité des concessions accordées à une société privée en violation des dispositions de la Constitution de Costa-Rica : "American Journal of International Law, 18 (1924), pp. 147 à 174.

énoncés au paragraphe 1 de l'article 11 qui consacre le caractère impérieux des limitations constitutionnelles et dispose qu'un Etat ne peut assumer des obligations ayant force de loi que par l'intermédiaire d'agents compétents agissant conformément à son droit et à sa pratique constitutionnels. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 11 ont pour but d'introduire les réserves nécessaires pour que la règle principale reçoive une application juste et raisonnable. Au paragraphe 2, on envisage le cas où un Etat qui invoque la nullité d'un traité conclu sans égard pour les limitations constitutionnelles aurait tacitement approuvé ledit traité en le mettant à exécution ou en en retirant des avantages quelconques. On ne saurait tolérer qu'un Etat puisse se prévaloir des dispositions d'un traité lorsqu'elles sont à son avantage et les répudier lorsque leur exécution devient onéreuse. Il importe peu que la règle soit fondée sur ce que le droit anglais appelle le principe de l'irrecevabilité des rétractions (estoppel) ou sur le principe plus généralement admis de la bonne foi, le premier n'étant d'ailleurs, selon toute vraisemblance, qu'un aspect du second. Pour la même raison, le paragraphe 2 prévoit la possibilité d'une série de réserves qu'il est inutile de préciser dans le détail, mais qui sont indispensables si l'on veut que la règle principale soit appliquée rationnellement. Ainsi, par exemple, le fait qu'un Etat ait, pendant une longue période, accepté et mis à exécution un traité conclu sans égard pour des limitations constitutionnelles n'est pas décisif si, en raison du maintien au pouvoir du gouvernement inconstitutionnel qui a conclu ledit traité, le pays n'a pas eu la possibilité de manifester sa volonté sur le plan constitutionnel et de répudier le traité en question. La répudiation n'est inadmissible que si le traité a été mis à exécution pendant que le gouvernement qui le répudie était au pouvoir ou sous un régime identique. De même, le paragraphe 3 ne fait que consacrer l'application du principe de la bonne foi en subordonnant le droit d'obtenir réparation au titre de l'inexécution d'un traité conclu en violation de limitations constitutionnelles, à la condition que l'Etat qui demande réparation ait exercé une diligence suffisante pour prendre connaissance desdites limitations. D'autre part, pour des considérations évidentes de logique juridique, le fait d'avoir ignoré l'existence desdites limitations constitutionnelles ne peut servir de motif qu'à une demande en réparation et ne saurait influencer sur la validité du traité. Le fait d'avoir ignoré de bonne foi les limitations en question ne peut suppléer à l'absence de compétence

Article 11

constitutionnelle ^{1/}.

8. Il convient de noter que l'article 11 porte exclusivement sur les limitations constitutionnelles au pouvoir de conclure des traités. Il ne s'applique pas dans les cas où un Etat, ayant définitivement accepté un traité par voie de ratification ou autrement, conformément à son droit et à sa pratique constitutionnels, se trouve empêché, par sa Constitution, de mettre à exécution ledit traité sans adopté de nouvelles dispositions législatives. Il peut se présenter des cas où le gouvernement d'un Etat fédéral, tout en ayant régulièrement ratifié un traité conformément à la Constitution, se trouve dans l'impossibilité de légiférer pour le mettre en application, en raison de la compétence réservée des Etats membres de la Fédération. Ainsi, dans la décision qu'il a rendue en 1937 dans l'affaire Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario, sur appel d'un arrêt de la Cour suprême du Canada, le Comité judiciaire du Conseil privé pour l'Empire britannique a décidé que le Parlement canadien n'avait pas le pouvoir de légiférer pour donner effet à diverses conventions du travail régulièrement conclues par le Canada ([1937] A.C. 326; Annual Digest, 1935-1937, affaire n° 17). Dans un cas pareil, un Etat ne peut pas prétendre que le traité est nul en droit international. Si le traité a été conclu de bonne foi et si les parties contractantes avaient des raisons valables de croire que la partie en cause avait le pouvoir de donner effet audit traité, cette dernière, si elle se trouve dans l'impossibilité d'exécuter le traité en question, n'a

^{1/} On pourrait penser que le même raisonnement s'applique au paragraphe 2. En fait, ce paragraphe est fondé sur le principe que la réalité du consentement est démontrée par les actes subséquents dans lesquels s'exprime la volonté de l'Etat et qui suppléent ainsi à l'absence initiale de compétence constitutionnelle.

sans doute d'autre choix que de demander aux autres parties contractantes l'autorisation de ne plus être partie au traité nonobstant les délais qui y sont prescrits, étant entendu que sa demande ne doit pas être repoussée. Il va de soi que si l'Etat en question a retiré des avantages quelconques du traité au détriment de l'autre ou des autres parties contractantes, il est tenu à une juste réparation. Dans les situations de ce genre, qui sont d'une complexité évidente du point de vue constitutionnel, on peut légitimement présumer que l'Etat qui a ratifié le traité a agi de bonne foi même si, plus tard, ses juridictions supérieures statuent que sa Constitution ne lui permet pas de légiférer pour mettre ledit traité à exécution. Ainsi, presque au moment même où le Comité judiciaire du Conseil privé britannique décidait, dans l'affaire susmentionnée, que les lois fédérales ne pouvaient donner effet au traité considéré, la Cour suprême de l'Australie aboutissait, à propos d'une affaire similaire, à une conclusion différente en ce qui concerne l'adoption de lois fédérales pour la mise à exécution de la Convention aérienne internationale de 1919. ([1936] Commonwealth Law Reports, 608). Dans la célèbre affaire Missouri c. Holland, la Cour suprême des Etats-Unis a statué que la Fédération avait compétence pour donner effet, par voie législative, au Traité sur les oiseaux migrateurs, conclu entre les Etats-Unis et le Canada, alors que cette question relevait normalement de la compétence des Etats de l'Union ([1920] 252 U.S. 416). Mais tout le monde reconnaît que cet Arrêt, qui a suscité des controverses, était difficilement prévisible.

9. D'autre part, il est évident qu'un Etat ne saurait être dégagé des obligations découlant d'un traité du seul fait qu'il n'a pas été à même de prendre les mesures nécessaires pour édicter les dispositions législatives que suppose l'exécution d'un traité, ou parce qu'il n'a pu faire adopter les dispositions législatives en question pour des raisons étrangères à sa constitution. La Cour permanente de Justice internationale a expressément affirmé ce principe dans son avis consultatif sur la Compétence des tribunaux de Dantzig - Série B, n° 15, p. 26 - où elle déclare que le fait de n'avoir pas édicté les dispositions législatives nécessaires

Article 11

équivalait en lui-même à la non exécution d'un engagement international et ne pouvait donc pas être invoqué par la Pologne ^{1/}. C'est pourquoi il paraît souhaitable qu'un Etat s'abstienne de devenir définitivement partie à un traité avant de s'assurer qu'il sera à même de prendre les mesures législatives nécessaires. Dans le Royaume-Uni, par exemple, bien que la conclusion et la ratification des traités soient, en règle générale et sans restriction, du ressort du pouvoir exécutif, les tribunaux refusent d'appliquer les dispositions des traités touchant aux droits privés à moins que les dispositions en question n'aient été incorporées dans le droit interne en vertu d'une loi du Parlement. Il s'est produit des cas où, par application de cette règle, les tribunaux ont refusé de donner effet à des traités régulièrement conclus par le pouvoir exécutif et parfaitement exécutoires sur le plan international ^{2/}. Dans ces cas-là, on ne saurait reconnaître aux Etats le droit de se soustraire à un traité en se prévalant de l'inobservation de limitations constitutionnelles. En pareilles circonstances, l'Etat est, au contraire, internationalement responsable de l'inexécution de ses obligations conventionnelles. Pour éviter la situation fâcheuse qui en résulte, il suffit de poser une règle, - dont l'acceptation entraînerait à modifier la pratique constitutionnelle - prescrivant l'adoption des mesures législatives nécessaires comme condition

1/ Dans son avis consultatif sur le Traitement des ressortissants polonais dans le Territoire de Dantzig, la Cour a déclaré qu'un Etat ne saurait invoquer, vis-à-vis d'un autre Etat, ses propres dispositions constitutionnelles pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur (Série A/B, n° 44, p.24). Toutefois, cela ne s'applique pas aux dispositions constitutionnelles ayant trait au pouvoir de conclure des traités qui auraient été édictés avant la ratification du traité en question.

2/ Voir, par exemple : Administrator of German Property c. Knoop [1933] Ch. 439; Republic of Italy c. Hambros Bank [1950] 1 All. E.R. 430. En ce qui concerne le Canada, voir dans le même sens l'affaire Arrow River Tributaries Slide and Boom Co., Annual Digest, 1931-1932, affaire n° 2.

préalable à la ratification d'un traité. On constate d'ailleurs qu'une procédure de ce genre tend à s'imposer progressivement ^{1/}. Lorsqu'elle se sera généralisée, elle aura la même valeur qu'une procédure sanctionnée par la Constitution, que les autres parties contractantes ne sont pas censées ignorer et dont l'inobservation aura la même portée, sur le plan international, que l'inobservation des dispositions correspondantes des constitutions écrites. Il est évident, par exemple, que la disposition de l'article 27 de la Constitution française de 1946 qui

^{1/} Au moment de présenter en 1952 le projet de loi sur les forces armées étrangères détachées (Visiting Force Bill), destiné à introduire dans la législation anglaise les modifications rendues nécessaires par l'Accord conclu entre les Puissances parties au Traité de l'Atlantique-Nord concernant le statut de leurs forces armées respectives dans le territoire d'une autre partie, le Secrétaire d'Etat à l'Intérieur a fait la déclaration suivante : "Jusqu'à ce que notre législation soit modifiée à cet égard, notre pays ne peut pas ratifier l'Accord". (Weekly Hansard, n° 231, 1952, col.565). Cependant, le 11 mars 1953, répondant à une question posée par un membre du Parlement, le Gouvernement britannique a déclaré que, "strictement parlant, le Gouvernement de Sa Majesté n'est jamais tenu d'obtenir le consentement du Parlement avant la conclusion ou la ratification d'un traité" mais que, dans la pratique, la ratification est expressément prévue par les traités et la sanction du Parlement est sollicitée avant de procéder à la ratification dans deux cas : a) "le premier est celui dans lequel nous ne serions pas effectivement en mesure d'exécuter le traité sans adopter certains textes législatifs. Il est alors indispensable de demander au Parlement d'adopter lesdits textes, mais, comme le Gouvernement de Sa Majesté ne peut pas prévoir la réaction du Parlement à cet égard, il est obligé de signer les traités nous réserve de ratification et de faire adopter la législation voulue entre le moment où le traité est signé et le moment où il se propose de le ratifier". b) Le second cas est celui où un traité présente une importance politique telle que le Gouvernement de Sa Majesté se sent tenu, pour des raisons politiques mais non pas juridiques, de demander l'avis du Parlement avant de s'engager. Ici encore, l'usage veut qu'on subordonne l'entrée en vigueur du traité à la ratification et qu'on suscite un débat devant le Parlement un certain temps après la signature, de sorte que, si le Parlement se montre nettement hostile audit traité, le Gouvernement de Sa Majesté puisse s'abstenir de le ratifier. (180 House of Lords Deb., Col.1284). La seule existence de cette pratique constitutionnelle de plus en plus utilisée, mais qui ne se traduit par aucune disposition obligatoire dans les constitutions, suffit à montrer la complexité de la question des limitations constitutionnelles.

subordonne à la sanction du pouvoir législatif la ratification définitive par le pouvoir exécutif des traités appartenant à des catégories spécifiées, constitue une limitation constitutionnelle précise au pouvoir de conclure des traités. Le même résultat peut être atteint par l'insertion d'une clause telle que celle qui figure dans la Convention du 5 juin 1946 entre le Royaume-Uni et le Canada tendant à éviter la double imposition qui prévoit que la Convention entrera en vigueur "à la date à laquelle aurait été accompli dans le Royaume-Uni et au Canada le dernier des actes nécessaires pour lui donner force de loi dans le Royaume-Uni et au Canada". (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 86, page 15.)

10. La question de savoir si les traités conclus sans égard pour les limitations constitutionnelles sont nuls ou susceptibles d'annulation a été examinée dans le passé du point de vue des traités bilatéraux. C'est seulement sur cette base qu'il est possible d'accepter comme règle les dispositions de l'article 11 que nous proposons et selon lesquelles "est susceptible d'annulation, au gré de la partie intéressée, tout traité conclu sans égard pour les limitations imposées par le droit et la pratique constitutionnels de ladite partie". Toutefois, il est évident que ces dispositions ne peuvent s'appliquer aux traités multilatéraux. Un traité multilatéral n'est pas, en tant que tel, susceptible d'annulation - ou nul - parce qu'une des parties ou plusieurs d'entre elles ont accepté les obligations qui en découlent contrairement à leur droit ou à leur pratique constitutionnels. Le traité reste en vigueur entre les autres parties (sauf - mais c'est là une éventualité peu vraisemblable - si le nombre des parties ayant conclu le traité en violation de leur constitution est si élevé que le nombre des parties restantes n'atteint plus le chiffre requis pour l'entrée en vigueur du traité^{1/}). Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner si la rédaction actuelle de l'article 11

^{1/} Ou si, - ce qui est également une éventualité peu probable - en présence de la défection de certains Etats, les autres parties contractantes estiment avec raison que le traité n'a pas atteint l'objet visé et qu'elles ne sont plus liées par lui.

ne devrait pas être modifiée afin de couvrir le cas des traités multilatéraux. On pourrait obtenir ce résultat, en adoptant par exemple la formule suivante : "est susceptible d'annulation, l'acceptation de tout traité..." (au lieu de "est susceptible d'annulation tout traité..."), ou bien celle-ci : "est susceptible d'annulation, au gré de la partie intéressée et en ce qui concerne cette partie, tout traité...". Des modifications analogues devraient alors être apportées aux autres paragraphes de l'article. (La même question se pose au sujet des autres articles de la troisième partie du présent projet dans lesquels, pour une raison ou pour une autre, le traité est considéré comme nul ou susceptible d'annulation).

11. En ce qui concerne les traités multilatéraux, cependant, il s'agit de plus qu'une simple question de rédaction. Quand deux Etats négocient et concluent un traité, il est normal de supposer, en premier lieu, que chacune des parties est censée connaître le droit et la pratique constitutionnels de l'autre. Il n'en va pas de même pour un traité multilatéral qui comprend un très grand nombre de signataires et qui peut être signé ou auquel on peut adhérer une fois que le texte est authentifié. Dans ce dernier cas, les parties ne sont guère en mesure de soulever la question des limitations constitutionnelles à l'action de l'Etat qui adhère au traité. Bien que les problèmes qui se posent à cet égard ne soient pas de nature à faire l'objet d'une clause juridique dans un code du droit des traités, il est peut-être bon d'examiner dans quelle mesure la difficulté peut être résolue par la création d'un organisme consultatif international de caractère permanent, qui serait à la disposition des conférences internationales et des gouvernements en général, pour les aider - et pour aider le depositaire, le cas échéant - à résoudre ce qui constitue souvent un problème complexe, exigeant une connaissance approfondie du droit et de la pratique constitutionnels de nombreux Etats. Nous avons suggéré plus haut, à propos de l'article 4 (note 2), d'examiner la possibilité de créer un tel organisme.

Article 11

NOTE

1. La longueur du commentaire qui précède tient en partie à ce que, par son contenu juridique, l'article 11 s'écarte de la position adoptée par la Commission dans l'avant-projet qu'elle a rédigé pour l'article 4. Il semble que la Commission veuille considérer les traités conclus sans égard pour les limitations constitutionnelles comme étant purement et simplement frappés de nullité. Dans son commentaire relatif à cet article, la Commission a déclaré que c'était là le point de vue adopté par la majorité des auteurs. A notre avis, cette affirmation n'est pas exacte ^{1/}. L'article provisoirement adopté par la Commission a manifestement le mérite d'être clair et précis. Il pourrait être acceptable dans une certaine mesure si, dans les différents pays, les limitations constitutionnelles au pouvoir de conclure des traités étaient nettement définies, notoires et faciles à vérifier. Mais c'est précisément le contraire qui se produit. Aussi, toute solution qui fait, sans aucune réserve, de l'inobservation des limitations constitutionnelles, un facteur décisif et unique, peut aboutir à introduire, dans le domaine du droit des traités, un élément d'arbitraire et une source d'abus. Il pourrait en être de même d'une règle qui permettrait aux gouvernements de se soustraire, sous prétexte d'inconstitutionnalité, aux traités qu'ils ont conclus, quelle qu'ait été leur conduite avant et après la conclusion de ces traités. Il y a peut-être quelque chose de trompeur dans la grande simplicité d'une règle destinée à régler un problème éminemment complexe ^{2/}.

^{1/} D'autre part, la Commission considère, dans son commentaire, que l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Groenland oriental vient confirmer dans une certaine mesure la thèse opposée. Comme nous l'avons souligné plus haut dans le commentaire relatif à l'article 11, cette interprétation de l'arrêt de la Cour est sujette à discussion.

^{2/} On trouve un exemple de cette complexité dans l'exposé, d'ailleurs lumineux, du professeur Belladore Pallieri. Il déclare - Académie de La Haye, Recueil des Cours, 74 (1949) (I), page 475 - que "les constitutions internes sont devenues toujours plus compliquées, la détermination de l'organe compétent donne naissance à des questions toujours plus subtiles; à un certain moment, il n'y a presque plus de traités dont la validité ne soit douteuse à cause de l'incompétence de l'organe". Il ajoute un peu plus loin, ce qui n'est pas facilement conciliable avec la déclaration que nous venons de citer : "Il se peut qu'un Etat ne se donne pas la peine de se renseigner sur l'organisation constitutionnelle d'autrui, mais il le fait à ses risques et périls. Les constitutions sont des actes assez notoires, et sur lesquels il n'est pas difficile de se renseigner".

La valeur d'un principe, par ailleurs acceptable, risque de se trouver diminuée si on ne tient pas compte des situations dans lesquelles l'application pure et simple dudit principe n'est manifestement pas logique ou peut être cause d'injustice.

2. Toute tentative de codifier cette partie du droit des traités devrait, à notre avis, tenir compte de la considération suivante qui a un caractère général. Il suffit de se référer à la pratique internationale pour constater que, dans l'ensemble, les gouvernements n'ont pas fréquemment invoqué la prétendue nullité des traités pour inobservation de limitations constitutionnelles. En reconnaissant expressément et officiellement, dans un code international, le droit de se soustraire aux effets d'un traité pour ce motif, on risque d'encourager les Etats à invoquer la nullité des traités d'une manière contraire à la bonne foi, à la stabilité des relations internationales et au respect des obligations conventionnelles. Le danger de voir se réaliser une telle éventualité peut être considérablement diminué, sinon entièrement supprimé, par les dispositions du paragraphe 5 - sans parler des garanties prévues dans les paragraphes précédents - qui, en cas de désaccord, confient à un tribunal judiciaire ou arbitral le soin de se prononcer sur la valeur juridique des prétentions de l'Etat qui invoque la nullité. Il importe que toute règle de droit international en la matière confère à un tribunal international la compétence obligatoire et reconnaisse cette compétence dans ce cas particulier, comme d'ailleurs dans tous les cas où l'on invoque la nullité d'un traité.

Section II

REALITE DU CONSENTEMENT

Article 12

Absence de violence

Est nul tout traité imposé par la force ou la menace de recourir à la force ou comme conséquence d'un recours à la force ou d'une menace de recourir à la force contre un Etat, en violation des principes de la Charte des Nations Unies, lorsque la Cour internationale de Justice en prononce la nullité à la requête d'un Etat quelconque.

COMMENTAIRE

A. Généralités

1. Cet article a pour objet d'affirmer la validité en droit international d'un principe général de droit que la société des Etats n'a reconnu que lorsqu'elle a renoncé à l'emploi de la force et interdit le recours à la force dans des accords internationaux généraux tels que le Traité général de renonciation à la guerre, le Pacte de la Société des Nations et la Charte des Nations Unies. On a fréquemment indiqué la raison pour laquelle le droit international traditionnel ne considérait pas que l'emploi de la force ou la menace de recourir à la force portait atteinte à la validité des traités. Jadis, le droit international autorisait le recours à la guerre non seulement comme moyen de faire respecter des droits reconnus par le droit international mais aussi comme moyen de contester des droits qu'un Etat possédait légalement ou de l'en priver. Dès lors que la guerre était une entreprise légitime, le droit devait sanctionner les résultats obtenus par l'emploi heureux de la force. On ajoutait à cet exposé logiquement inattaquable de la situation juridique, un argument puissant : l'adoption d'une règle différente priverait de base juridique tous les traités imposés par le vainqueur au vaincu, et maintiendrait indéfiniment l'état de guerre. Bien qu'il fût impossible de nier la force convaincante de ces

considérations, il était évident qu'en refusant de reconnaître que la contrainte employée lors de la conclusion d'un traité portait atteinte à la validité de ce traité, on niait en réalité la nature juridique des traités conçus comme des accords fondés sur la libre volonté des parties contractantes. Une transaction consensuelle dans laquelle le consentement réel des parties, librement donné, n'est pas un élément déterminant est une anomalie. Toute règle qui sanctionne cette anomalie, comme la reconnaissance de la validité de la guerre en soi, révèle un vice fondamental dans la structure du droit international.

2. Les progrès accomplis depuis la première guerre mondiale ont eu pour résultat général de priver de base la règle traditionnelle de droit international qui reconnaissait la validité de traités imposés par la force. Ces progrès ont consisté à limiter le recours à la guerre puis à y renoncer et à l'interdire, et d'une façon plus générale, à renoncer à l'emploi de la force ou de la menace et à les interdire. Bien que le Pacte de la Société des Nations n'ait pas enlevé aux Etats le droit de faire la guerre, il leur interdisait d'y recourir avant d'avoir épuisé les méthodes de règlement pacifique qu'il prescrivait. Le Pacte rendait illégal tout recours à la guerre en violation des obligations qu'il imposait aux Etats et il autorisait et prescrivait des sanctions contre l'Etat délinquant. De l'avis général, ces dispositions du Pacte avaient eu pour conséquence de modifier fondamentalement le statut de la guerre en droit international. Dans le Traité général de renonciation à la guerre du 27 août 1928 (Pacte de Paris), les signataires ont renoncé au recours à la guerre en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles. Juridiquement, ce traité a eu pour effet d'interdire le recours à la guerre tant comme moyen légal d'obtenir réparation que comme moyen de modifier le droit. On a dit que "du fait qu'il est permanent par sa nature et par son but et du fait qu'il modifie fondamentalement la structure juridique de la société internationale, le Pacte de Paris doit être considéré comme une création continue et comme une des pierres angulaires du système juridique international" et cela "bien qu'il n'ait pas été expressément incorporé dans

Article 12

la Charte des Nations Unies" (Oppenheim, International Law, volume II (7ème édition, 1952), page 197). La Charte des Nations Unies dispose dans le paragraphe 4 de son Article 2 que "les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies." Le même article, dans son paragraphe 6, stipule que l'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément aux principes de la Charte dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Le Traité d'assistance mutuelle interaméricaine, signé à Rio-de-Janeiro, le 2 septembre 1947, a combiné les dispositions du Pacte de Paris et celles de la Charte des Nations Unies. L'article premier de ce traité dispose que "les Hautes Parties Contractantes condamnent formellement la guerre et s'engagent, dans leurs relations internationales, à ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force, dans une forme qui ne soit pas compatible avec les dispositions de la Charte des Nations Unies ou de présent Traité". L'ensemble de ces instruments internationaux de caractère général - Pacte de la Société des Nations, Traité général de renonciation à la guerre et Charte des Nations Unies - a eu pour résultat de modifier le droit, sur la question de la légalité de la guerre, non seulement entre les parties contractantes, mais pour la communauté internationale tout entière. L'interdiction de recourir à la guerre et, d'une façon générale, d'employer la force, dans les limites fixées par ces instruments, doit désormais être considérée comme indépendante desdits instruments et comme ayant acquis le caractère d'une règle générale de droit international obligatoire pour les Etats au même titre que les règles de droit international coutumier: Cette règle générale interdit la guerre d'agression, c'est-à-dire la guerre entreprise comme instrument de politique nationale en violation ou au mépris des principes énoncés dans les instruments fondamentaux dont il vient d'être question. Le tribunal militaire international de Nuremberg, dans le jugement qu'il a rendu et dont les principes ont été confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies, a déclaré que la guerre constituait un acte à la fois illégal et criminel.

3. Il résulte de ce qui précède qu'un traité imposé par la force ou la menace de recourir à la force ou comme conséquence d'un recours à la force d'une menace de recourir à la force, en violation des principes de ces instruments fondamentaux, est nul par application du principe général de droit en vertu duquel la liberté du consentement est une condition essentielle de la validité des engagements consensuels. Les raisons qui rendaient jadis ce principe inopérant dans le domaine international ont maintenant disparu. De plus, pour autant que le recours à la guerre ou à la force ou encore à la menace de recourir à la force constitue un acte illégal en droit international, le résultat de cette illégalité - c'est-à-dire le traité imposé par ce moyen ou comme conséquence de l'emploi de ce moyen - est régi par le principe selon lequel un acte illégal ne peut créer un droit pour celui qui a enfreint la loi. Ce principe - ex injuria jus non oritur - admis par la doctrine et par les tribunaux internationaux, y compris le tribunal international suprême, est, en lui-même, un principe général de droit. ^{1/}

4. Les conséquences du principe énoncé ci-dessus ont elles-mêmes été exprimées dans diverses déclarations de principe, ou dans des déclarations ou des engagements par lesquels les Etats se sont obligés à ne pas reconnaître la validité de traités, de situations, ou d'acquisitions de territoires résultant de l'emploi illégal de la force en violation d'engagements antérieurs. C'est ainsi

^{1/} Voir par exemple l'avis consultatif donné dans la question de la Compétence des tribunaux de Dantzig (Série B, n° 15, pages 26 et 27), l'arrêt rendu dans l'affaire de l'Usine de Chorzow (Série A, n° 9, page 31) et l'arrêt rendu dans l'affaire du Sud-Est du Groënland (Série A/B, n° 48, page 285 et n° 53, page 75) dans lequel la Cour a décidé que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même Gouvernement constituaient une infraction à l'état juridique existant et étaient par conséquent illégales et non valables; voir encore l'ordonnance rendue dans l'affaire des Zones franches (Série A, n° 24) dans laquelle la Cour a déclaré que la France ne pouvait pas invoquer contre la Suisse des modifications résultant du transfert illégal de la ligne douanière française.

Article 12

que, le 7 janvier 1932, M. Stimson, alors Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, a affirmé dans une déclaration célèbre que les Etats-Unis "ne peuvent admettre la légalité de toute situation de facto et qu'ils n'ont pas l'intention de reconnaître quelque traité ou accord que ce soit, conclu entre ces gouvernements ou leurs agents, qui risquerait de léser les droits conférés par traité aux Etats-Unis ou à leurs citoyens en Chine ...; et qu'ils n'ont pas l'intention de reconnaître quelque situation, traité ou accord que ce soit qui pourrait résulter de l'emploi de moyens incompatibles avec les engagements ou obligations du Pacte de Paris du 27 août 1928, auquel sont parties la Chine et le Japon, comme les Etats-Unis." (US For. Rel. Japan 1931-1941, I, page 76). Tandis que cette déclaration constituait l'affirmation d'une politique de non-reconnaissance volontairement adoptée - déclaration d'intention - la résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations, le 11 mars 1932, a formulé le principe de la non-reconnaissance en lui donnant le caractère d'une obligation juridique. Cette résolution déclarait que "les Membres de la Société des Nations sont tenus de ne reconnaître aucune situation, aucun Traité et aucun accord qui pourraient être obtenus par des moyens contraires au Pacte de la Société des Nations et au Pacte de Paris". Dans des déclarations formelles, les Etats américains ont fréquemment exprimé l'obligation de non-reconnaissance, distincte d'une politique de non-reconnaissance. C'est ainsi que la déclaration de Lima, du 22 décembre 1938, sur la non-reconnaissance des acquisitions territoriales effectuées par la force, a confirmé que c'est "un principe fondamental du droit public de l'Amérique" que de telles acquisitions sont nulles et n'ont aucun effet juridique "et que l'engagement de ne pas reconnaître les situations créées dans ces conditions est une obligation qui ne peut être éludée ni unilatéralement ni collectivement". Le projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats, préparé par la Commission du droit international en 1949, disposait, dans son article 11, que "tout Etat a le devoir de s'abstenir de reconnaître toute acquisition territoriale faite par un autre Etat, en violation" de l'obligation de s'abstenir du recours à la guerre comme instrument de politique nationale et de s'abstenir de menacer de l'emploi de la force ou de recourir à l'emploi de la force. A l'analyse, on constate que la non-reconnaissance des

traités, notamment des traités qui prévoient des transferts de territoires, et qui ont été imposés par un emploi illégitime de la force, signifie que, aux yeux des Etats qui refusent la reconnaissance, le traité est nul. Tandis qu'une reconnaissance expresse, dans le domaine des traités comme dans les autres domaines, n'est pas une condition nécessaire pour la création valable des droits, le refus exprès de reconnaître ces droits équivaut à nier leur validité et a pour objet de nier cette validité. Il en résulte que la nullité des traités imposés par l'emploi illégitime de la force doit actuellement être considérée comme résultant, non seulement de considérations générales fondées sur le principe qui refuse tout effet juridique, à l'avantage du délinquant, à des actes illégaux, mais aussi, entre autres, de la pratique de la non-reconnaissance qui est, dans de nombreux cas, considérée comme une obligation.

5. Nous pouvons maintenant résumer les considérations qui amènent à conclure que sont nuls les traités imposés par l'emploi illégitime de la force ou comme conséquence du recours illégitime à la force. Ce sont a) le principe général de droit en vertu duquel sont nulles les transactions consensuelles obtenues par la contrainte; b) le fait que la règle de droit international qui autorisait le recours à la guerre ou à la force ou la menace de recourir à la guerre pour obtenir une réparation ou une modification des droits reconnus par le droit international est tombée en désuétude; c) le principe général de droit en vertu duquel aucun acte illégal au regard du droit ne peut créer de droit en faveur du délinquant; d) la pratique et le principe de la non-reconnaissance. Ces diverses règles étant actuellement applicables, il faut considérer qu'en formulant expressément la règle posée dans l'article 12, la Commission codifierait le droit existant à cet égard. Ce droit existant n'est plus ce qu'il était avant la première guerre mondiale.

6. On peut soutenir - et l'argument ne semble pas dénué de toute valeur - qu'il n'y a guère d'intérêt pratique à déclarer formellement nuls les traités imposés par la force. On peut dire, en effet, que si la société internationale organisée dans le cadre des Nations Unies est incapable d'empêcher le recours illégal à la force, elle peut aussi ne pas être en mesure de faire triompher

contre l'agresseur victorieux, le principe qui proclame la nullité de traités imposés par la violence. On peut soutenir également que dès qu'une modification dans le rapport des forces permettrait de contester la validité de traités imposés par la violence, l'annulation pourrait s'opérer par le moyen d'une décision politique appuyée par l'opinion publique mondiale plutôt que par l'application d'un principe de droit. Toutefois, ces arguments et d'autres arguments analogues ont une valeur plus apparente que réelle. Une organisation internationale à caractère général, comme les Nations Unies, peut, soit en raison de la règle de l'unanimité, soit pour toute autre raison, ne pas être en mesure d'empêcher l'agression ou les menaces d'agression et les traités imposés comme conséquence du recours à l'agression ou à la menace d'agression. Cependant, un tel état de choses n'implique pas nécessairement l'effondrement total de l'organisation internationale ou du règne du droit. Au contraire, la perspective de constater que les avantages obtenus par un traité imposé sont illusoire et ce, pour des raisons diverses et notamment du fait de la nullité du règlement ainsi imposé - nullité qui sera formellement déclarée par les tribunaux internationaux, par les autres Etats et, lorsque les circonstances le permettront, par la victime de la violence elle-même - peut en soi faire renoncer à l'emploi illégitime de la force. Quoi qu'il en soit, il semble indispensable qu'une codification du droit des traités, réalisée sous les auspices des Nations Unies, élève au rang de règle indiscutable du droit international le principe général de droit reconnu par tous les Etats civilisés, suivant lequel la liberté du consentement - c'est-à-dire l'absence de toute contrainte autre que celle qui résulte de la loi - est une condition essentielle de la validité des traités, considérés comme des accords contractuels. En réalité, on peut admettre que la codification du droit des traités demeurerait souhaitable, même si elle ne devait avoir d'autre résultat que d'exclure de l'ensemble des règles de droit international, par une disposition formelle, la règle traditionnelle qui méconnaissait que la contrainte porte atteinte à la validité des traités. Cette règle va à l'encontre des notions admises en droit et en morale et de ce fait, elle compromet gravement l'autorité du droit international. En même temps, il importe de faire en sorte que l'on ne puisse user - et abuser - du principe qui serait ainsi formellement incorporé dans le droit d'une façon incompatible avec l'autorité et l'efficacité

des traités. Comme nous l'indiquons, dans le commentaire ci-après, en rédigeant cet article, nous n'avons pas perdu de vue la nécessité d'atteindre ce but.

B.

7. Traités imposés comme conséquence d'un recours à la force ou d'une menace de recourir à la force.

a) La rédaction que nous avons adoptée à cet égard suit de très près celle de la Charte des Nations Unies. Il s'agit des traités imposés, non comme conséquence de la guerre, mais comme conséquence d'un recours à la force ou d'une menace de recourir à la force. Le recours à la force englobe évidemment la guerre. L'avantage de la formule adoptée dans la Charte est qu'elle supprime les doutes et, par conséquent, l'incertitude que laissaient subsister le Pacte de la Société des Nations et le Pacte de Paris sur le point de savoir si, dans un cas particulier, le recours à la force équivaut à la guerre, au sens technique du terme. Les dispositions de la Charte, et celles de l'article 12 que nous proposons ici, enlèvent tout intérêt à une telle distinction.

b) L'expression "comme conséquence d'un recours à la force ou d'une menace de recourir à la force" a pour but d'énoncer le principe selon lequel la contrainte, même indirecte, si elle est la conséquence d'un recours illégal à la force ou d'une menace de recourir à la force, entraîne la nullité du traité. En d'autres termes, un traité est nul si un Etat, à la suite d'un recours illégal à la force, s'est trouvé réduit à un degré d'impuissance tel qu'il n'a pu résister à la pression exercée sur lui pour l'amener à accepter un traité, même si au moment de la signature aucune tentative évidente n'a été faite pour lui imposer par la force le traité considéré. La rédaction que nous avons adoptée vise également le cas où le vainqueur a installé dans l'Etat vaincu un gouvernement servile qui signe le traité sans élever la moindre protestation.

c) L'article 12 envisage l'emploi de la force matérielle ou la menace de recourir à la force matérielle, par opposition à la contrainte n'allant pas jusqu'à l'emploi de la force matérielle. Cependant, dans le cas d'un

Etat, la ligne de séparation entre les deux formes de contrainte n'est pas très nette. Il semblerait en fait que la force matérielle ne puisse être employée directement que contre des individus, mais non contre la collectivité que constitue l'Etat. Cependant lorsque, par exemple, pour amener un Etat à se soumettre, on tente ou menace de le réduire à la famine en l'empêchant d'importer ou en le privant d'un accès à la mer, il est difficile de nier, bien qu'aucune violence matérielle n'ait été exercée contre des individus, qu'il faille considérer le traité comme ayant été conclu à la suite d'un recours à la force ou d'une menace de recourir à la force. Il ne semble pas davantage essentiel que la contrainte ainsi exercée directement contre un Etat soit la conséquence d'une guerre ou d'un autre recours direct à la force matérielle. Etant donné le caractère forcément imprécis de cette cause de nullité des traités, il est particulièrement nécessaire de n'en admettre l'existence que si elle est constatée par un organisme impartial, comme le prévoit l'article que nous proposons.

8. Contre un Etat. - L'article n'envisage que la contrainte exercée contre des Etats en tant que collectivité. Il ne vise pas l'emploi de la force matérielle ou la menace de recourir à la force matérielle contre les organes de l'Etat pour obtenir la conclusion d'un traité. La violence ou les menaces de violence de cet ordre, dont les manuels citent un certain nombre d'exemples ^{1/}, font totalement disparaître la liberté du consentement qui est un élément essentiel à la validité d'un engagement contractuel. On s'est toujours accordé à reconnaître, même en droit international traditionnel, qu'un traité conclu ou un engagement souscrit dans ces conditions ne pouvait avoir d'effet juridique.

9. En violation des principes de la Charte des Nations Unies. - La force perd son caractère de simple moyen de contrainte si elle est exercée en exécution de la loi - comme sanction légale - ou conformément à la loi. Bien que, dans ces cas, le consentement de l'Etat intéressé fasse défaut, l'autorité impersonnelle de la loi, au nom de laquelle - et conformément à laquelle - la force

^{1/} Voir Rousseau, Principes généraux de droit international public, volume I (1944), pages 352-354.

est employée, est considérée à juste titre comme fournissant ou remplaçant le consentement qui manque. En conséquence, un traité ou tout autre engagement que l'Organisation des Nations Unies impose, dans l'exercice de son action coercitive, à un Etat coupable, pour reprendre les termes de l'Article 39 de la Charte, "d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression", n'est pas frappé de nullité. Il y a lieu de présumer que la force exercée dans une action collective de l'Organisation des Nations Unies est exercée conformément aux principes de l'Organisation. Cela est vrai même lorsque la force est exercée contre un Etat qui n'est pas coupable d'un acte ou d'une menace d'agression. En effet, aux termes du Chapitre VII de la Charte, l'action coercitive des Nations Unies n'est pas limitée au cas d'un Etat qui a commis un acte d'agression ou qui menace de le faire. Une action de cette nature peut être exercée dans une situation qui constitue une "menace de guerre", c'est-à-dire lorsque l'Organisation des Nations Unies considère qu'il faut, le cas échéant, avoir recours à la force contre un Etat dont l'attitude, sans être en soi-même illégale, met la paix en danger ^{1/}.

On peut se demander à ce propos si la règle énoncée dans cet article protège - en vertu du principe selon lequel l'emploi de la contrainte rend le traité nul - un Etat qui le premier a fait usage de la force en violation de ses obligations. Nous répondons à cette question par l'affirmative. En effet, la force doit être exercée conformément à la loi, au nom de la loi et dans les limites de la loi, même contre un agresseur, et le fait qu'il y a eu agression ne doit pas être pris en considération - sauf en ce qu'il permet de faire légitimement figurer dans le traité des dispositions contre une agression future ou prévoyant la juste réparation du préjudice consécutif à l'agression.

1/ C'est sans doute des considérations de cet ordre qui expliquent l'opinion du Professeur Scelle, selon laquelle "le droit-loi imposé par la violence ou la pression est ou non valide selon sa conformité ou sa non-conformité avec le droit objectif" (Précis de droit des gens, volume II (1934), page 344).

Pour la même raison, et du fait qu'en l'état actuel de l'organisation internationale, l'action collective en vue d'assurer le maintien de la paix et de résister efficacement à l'agression n'est pas toujours possible, on peut parfois attribuer le caractère de sanction légale à l'action exercée par un ou plusieurs Etats pour maintenir la paix ou repousser l'agression. Lorsqu'ils agissent dans ces conditions, les divers Etats ou les groupes d'Etats intéressés doivent être considérés comme agissant en qualité d'agents de la loi ^{1/}. La question de savoir s'ils agissent de la sorte et si, en agissant ainsi, ils demeurent dans le cadre des principes de la Charte des Nations Unies, de manière à pouvoir, à juste titre, être considérés comme agents de la loi, doit être résolue impartialement par un organisme distinct des parties directement intéressées.

10. Il convient, à ce propos, de préciser que, dans cet article la mention des principes de la Charte des Nations Unies concerne le droit international en général. Le présent article - ainsi que, d'ailleurs, le projet de code du droit des traités - est fondé sur l'hypothèse que la codification de l'ensemble du droit international ou d'une partie quelconque de ce droit doit se faire dans le cadre des principes fondamentaux de la Charte. A certains égards, les règles de droit énoncées dans la Charte doivent être considérées comme la loi de la communauté internationale dans le sens où l'a entendu la Cour internationale

^{1/} L'idée selon laquelle la contrainte n'est pas une cause de la nullité du traité, lorsque ce que l'on obtient de l'Etat soumis à la contrainte demeure dans les limites du droit international, est clairement énoncée par Hall : "On considère que le consentement a été librement donné dans un contrat international, même s'il a été obtenu par la force, si l'on n'a pas exigé de l'Etat qui donne son consentement plus que ce à quoi on peut présumer qu'il consentirait s'il était disposé à réparer les dommages qu'il a causés dans le passé et à fournir l'assurance qu'il ne commettra pas à l'avenir des actes préjudiciables ... Au delà de cette limite cependant, la contrainte porte atteinte à la validité de l'accord" (International Law (3ème édition, 1890), page 325).

de Justice dans son avis consultatif sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (voir, ci-dessus, article 1 au paragraphe 1).

L'interdiction du recours à la force ou de la menace de recourir à la force doit être considérée comme étant au nombre de ces principes auxquels, de même qu'à certains autres principes fondamentaux énoncés dans la Charte, il convient d'attribuer une valeur permanente, et, si l'Organisation des Nations Unies venait à être remplacée par une autre organisation générale d'Etats, les principes en question devraient nécessairement faire partie intégrante de l'acte constitutif de cette nouvelle organisation. C'est pourquoi, nous avons estimé qu'il convenait de considérer la Charte des Nations Unies comme exprimant à certains égards des règles de droit international général d'une valeur durable. Si l'évolution de la situation politique mondiale aboutissait, à un moment ou à un autre, à la disparition totale de toute organisation générale d'Etat quelle qu'elle soit, il est probable qu'un code du droit des traités deviendrait caduc.

11. ... Lorsque la Cour internationale de Justice en prononce la nullité à la requête d'un Etat quelconque.

Alors que les autres dispositions de l'article expriment, semble-t-il, le droit existant, il faut, lorsqu'on fait oeuvre législative, admettre qu'il est essentiel, pour qu'un Etat puisse à bon droit invoquer la nullité d'un traité, soit pour cause de contrainte, soit pour tout autre motif énoncé dans les articles 12 à 16 du présent chapitre, et pour que cette nullité produise des effets juridiques, a) que l'Etat intéressé soit disposé à soumettre l'affaire à un tribunal international et b) que le tribunal prononce effectivement la nullité : c'est seulement lorsque ces conditions sont remplies que la reconnaissance de la contrainte comme cause de nullité, de même que celle des autres causes de nullité, au lieu de constituer une force de désintégration dans les relations contractuelles des Etats, peuvent contribuer à maintenir l'autorité des engagements internationaux. Si un Etat a été illégalement contraint de signer un traité, la procédure régulière consiste - lorsque la situation le permet - à saisir un tribunal international afin que, statuant au contentieux, il prononce la nullité. L'acceptation du présent article équivaudrait à conférer aux tribunaux internationaux une juridiction obligatoire pour les questions de cette nature. Etant donné la gravité des questions qui se posent, il semble que la Cour internationale de Justice soit le tribunal qualifié pour déclarer la nullité du traité.

Comme le maintien en vigueur d'un traité imposé par la violence est une question qui intéresse la communauté internationale tout entière, le présent article donne à tout Etat Membre des Nations Unies - qu'il soit ou non devenu partie au code du droit des traités - le droit de demander à la Cour, statuant au contentieux, de prononcer la nullité d'un traité imposé par la force. L'Etat directement intéressé peut ne pas toujours être en mesure de le faire.

NOTES

1. Ainsi que nous l'avons indiqué dans la section "Généralités" du commentaire relatif à l'article qui nous occupe, la Commission se trouve, à propos dudit article comme à propos de la plupart des autres articles de cette partie, en présence d'une importante question de principe intéressant la validité des traités. En effet, bien qu'il existe un certain nombre de cas, d'ailleurs peu concluants, dans lesquels la contrainte a été invoquée^{1/}, ces cas ne sont ni nombreux ni importants. Cependant, les diverses causes de nullité des traités occupent une place importante dans les écrits des publicistes, ainsi que dans divers codes et projets relatifs au droit des traités. Telle a été jusqu'à présent la raison - qu'il faut considérer comme décisive - pour laquelle il a été impossible d'exposer de façon méthodique cette importante branche du droit en se fondant sur la fréquence réelle ou probable des cas dans lesquels les règles de droit en question trouvent leur application. Il ne s'agit pas là d'une simple subtilité juridique, mais d'une question touchant à l'autorité du droit et qu'il faut résoudre si l'on veut qu'il soit complet. Il n'y a aucune raison de supposer qu'en prévoyant les diverses causes de nullité dans le code du droit des traités on encouragerait les Etats à les invoquer d'une façon arbitraire. En adoptant les garanties de caractère judiciaire prévues dans le présent article on supprimerait juridiquement toute possibilité de se dérober aux obligations d'un traité en invoquant de façon abusive ou unilatérale une contrainte réelle ou prétendue. Ce ne serait pas l'Etat intéressé, mais la Cour internationale de Justice qui prononcerait la nullité du traité. Il est certain que l'expérience nous enseigne que l'annulation

1/ A la Conférence de Washington de 1921, la Chine a soulevé, bien que d'une façon assez indirecte, la question de la validité de son acceptation, en 1915, des vingt et une demandes qui lui avaient été présentées par le Japon (Willoughby, China at the Conference (1922), pp. 253 à 255). Au moment de l'arbitrage relatif à l'Affaire de Tacna-Arica, en 1925 et 1926, le Pérou a fait valoir à plusieurs reprises qu'il avait été contraint de signer le Traité de 1884. Lorsque la Bolivie et le Pérou ont adressé à l'Assemblée de la Société des Nations, en 1920, des demandes tendant à la révision de leurs traités avec le Chili, l'un des motifs invoqués par eux était que ces traités leur avaient été imposés par la force.

des traités imposés par la violence intervient, non pas à la suite d'une décision judiciaire, mais comme conséquence d'une action politique rendue possible par une modification de l'équilibre des forces. Mais il n'en résulte pas qu'il soit opportun ou souhaitable de soustraire à la compétence de la fonction judiciaire une question qui est par essence une question de droit. Ce qui caractérise le texte que nous proposons pour cet article, c'est qu'il tient compte de la disparition du fondement historique de la règle traditionnelle qui ne considérait pas la violence comme un vice du consentement. Ce fondement historique était le caractère licite de la guerre comme moyen de faire respecter des droits existants ou d'en créer. Il appartient maintenant à la Commission du droit international de constater que ce changement s'est effectivement produit. En tirant ainsi les conséquences du changement survenu dans le droit, changement que l'on ne peut contester, la Commission se bornera à codifier, sans le développer, un des aspects les plus importants du droit des gens. Et, par la même occasion, elle incorporera formellement dans le droit des traités un principe général de droit d'une autorité indiscutable.

2. Aux termes du projet d'article, un traité imposé par la force ou la menace de recourir à la force est nul. Il est nul d'une nullité absolue^{1/}. Il n'est pas

^{1/} Le Projet de convention d'Harvard de 1939 relatif aux droits et devoirs des Etats en cas d'agression dispose, dans le paragraphe 3 de son article 4, qu'un traité imposé par un agresseur grâce à l'emploi de la force armée est annulable. La différence entre la nullité absolue et la nullité relative a été étudiée avec beaucoup de clarté par le Professeur Guggenheim, dans son cours intitulé "La validité et la nullité des actes juridiques internationaux" (Académie de droit international de La Haye, Recueil des Cours, tome 74 (1949 - I), pp. 195 à 268). Le Professeur Verzijl (La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, dans Revue de droit international (1935)) et le Professeur Hertz (Essai sur le problème de la nullité, dans Revue de droit international et de législation comparée (1939)) ont également apporté une contribution précieuse à l'étude de cette question.

simplement annulable, ce qui laisserait à la partie victime de la contrainte la faculté de se prévaloir de tout ou partie du traité si elle le désire, ou ce qui pourrait encore avoir pour conséquence de rendre le traité juridiquement obligatoire pour cette partie si elle n'usait pas de son droit d'en demander l'annulation dans un délai raisonnable, ou si elle se prévalait des dispositions qui lui sont favorables. Peu importe l'acquiescement effectif ou apparent de la partie victime de la contrainte. Un Etat quelconque peut demander que le traité soit déclaré nul. Un traité conclu dans ces conditions est entaché d'un vice fondamental, qui ne peut être effacé que par la conclusion d'un traité librement consenti. C'est pourquoi il est difficile d'accepter le raisonnement adopté dans le paragraphe 3 de l'article 4 du Projet de convention d'Harvard relatif aux droits et devoirs des Etats en cas d'agression et dans le commentaire relatif audit article, et selon lequel il peut arriver que le traité imposé par la contrainte constitue un règlement intrinsèquement juste et équitable du différend qui a entraîné le conflit armé. En effet, il ne s'agit pas uniquement d'un conflit armé, mais d'un recours illégal à la force. Lorsqu'un traité a été conclu dans ces conditions, il serait peu pratique et contraire aux principes de donner à un tribunal international le pouvoir de rechercher si le traité est "intrinsèquement raisonnable". Le principe directeur n'est pas seulement qu'un traité conclu sous la contrainte résultant d'un recours illégal à la force est entaché d'un vice du consentement; la conclusion et le maintien en vigueur de ce traité sont contraires à l'ordre public international. Pour les mêmes raisons, et contrairement à ce qui se passe en cas d'erreur ou même de dol, il est difficile d'appliquer à ces traités la règle de la divisibilité (voir infra, Partie IV du projet) et d'essayer de déterminer quelles sont les dispositions du traité qui n'ont pas, en fait, été imposées par la force (et qui peuvent, par conséquent, être considérées comme valables) et quelles sont celles qui doivent rester entachées de nullité, ou encore d'appliquer un autre critère, pour distinguer les dispositions intrinsèquement raisonnables et équitables de celles qui ne le sont pas.

3. Nous avons fait observer qu'aucune partie à un traité n'a le droit, aux termes du présent article, de déclarer que ce traité est nul parce qu'il a été conclu sous l'empire de la contrainte. Ce que cette partie ou tout autre Etat peut faire, c'est demander, par une requête unilatérale, à la Cour internationale de Justice, statuant au contentieux, de prononcer la nullité du traité. Il n'est pas nécessaire que l'autre partie donne son assentiment à l'instance ou qu'elle y participe, bien que l'on puisse présumer qu'elle décidera de défendre sa cause devant la Cour si elle a de bons arguments à faire valoir. (Si cette partie fait défaut, la Cour demeurera néanmoins tenue, en vertu du paragraphe 2 de l'article 53 de son Statut, de rechercher s'il est exact que le traité a été conclu sous l'empire de la contrainte.) Le trait essentiel de cette disposition du présent article est qu'il n'y a pas d'autre moyen qu'un arrêt de la Cour de prononcer légalement l'illégalité d'un traité imposé par la force. La seule mesure unilatérale que puisse prendre l'Etat intéressé consiste à engager l'instance judiciaire. C'est pour cette raison que nous n'avons pas suivi, dans le présent article, le système qui est proposé dans les alinéas c) et d) de l'article 32 du Projet de convention d'Harvard relatif au droit des traités, en vertu duquel l'Etat qui demande à la Cour de prononcer la nullité a le droit de suspendre provisoirement l'exécution des obligations qui lui incombent aux termes du traité. Lorsque la nécessité d'une telle mesure se fait sentir, la Cour peut y pourvoir en usant du pouvoir que lui confère l'article 41 de son Statut et qui lui permet d'indiquer quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. Ces mesures peuvent comprendre, le cas échéant, le droit pour l'une des parties d'être provisoirement dégagée de l'obligation d'exécuter un traité prétendu nul. On pourrait rechercher si cet article ne devrait pas donner à la Cour le pouvoir d'ordonner, et non plus seulement d'indiquer, les mesures provisoires appropriées. En tout cas, c'est à la Cour et non aux Etats intéressés qu'il doit appartenir de suspendre provisoirement l'exécution d'un traité.

Article 13

Absence de dol

1. Est susceptible d'annulation, sur l'instance de la Cour internationale de justice ou, lorsque les parties en sont ainsi convenues, d'une autre juridiction internationale, agissant sur l'initiative et à la requête de la partie lésée, tout traité dont la conclusion est le résultat d'un dol.
2. La partie lésée peut confirmer le traité conclu dans ces conditions et demander réparation du préjudice subi par elle du fait du dol de l'autre partie.

COMMENTAIRE

1. La question qui fait l'objet de cet article est, dans une large mesure, théorique. On ne connaît pas de cas où des tribunaux nationaux ou internationaux aient eu à statuer sur des différends nés d'une demande d'annulation d'un traité pour cause de dol. Il ne semble pas davantage que l'on trouve, dans la pratique internationale, d'exemple d'un gouvernement qui ait soulevé la question - bien que certains auteurs aient, parfois, mis en doute la correction de l'attitude de M. Webster, Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, qui n'avait pas révélé aux négociateurs britanniques l'existence d'une carte, découverte par des voies officieuses, sur laquelle le tracé de la ligne-frontière était conforme à la thèse britannique. Les auteurs ont discuté aussi, assez longuement de la question de savoir si les traités dont la conclusion est le résultat d'un dol sont nuls ou annulables. Pour des raisons identiques, pour l'essentiel, à celles que nous avons fait valoir dans les généralités du commentaire relatif à l'article 12, concernant la contrainte, le Code du droit des traités devrait contenir un article du genre de celui que nous proposons, sous réserve d'y apporter éventuellement certaines modifications appropriées.
2. Les raisons, notamment celles tirées de l'ordre public international, qui militent en faveur de l'adoption du principe selon lequel les traités conclus sous l'empire de la contrainte sont nuls, ne sont pas valables dans le cas du dol. Il suffit de poser en principe que ces traités sont annulables, sur l'initiative de la partie lésée et dans la mesure où leurs dispositions sont le résultat d'un dol.

3. Pas plus que dans le cas de contrainte, un Etat ne peut, lorsqu'il s'agit d'appliquer le présent article, se dégager unilatéralement des obligations que lui impose un traité, en affirmant unilatéralement que la conclusion du traité est le résultat d'un dol. Cette règle semble conforme aux principes juridiques en vigueur. Seul, un tribunal international a qualité pour faire une déclaration et prononcer un jugement à cet effet. Lorsqu'on fait œuvre législative, si les parties ne conviennent pas de donner compétence, sur ce point, à une autre juridiction internationale, il y a lieu de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice sur la question du dol. Si les auteurs se sont parfois montrés peu enclins à admettre que le dol, ainsi que les autres vices compromettant le consentement, rendent les traités nuls ou annulables, c'est parce qu'ils redoutaient, en raison des imperfections de l'appareil judiciaire international, que l'exigence d'une nouvelle condition pour la validité des traités puisse porter atteinte à la force obligatoire des engagements internationaux. Le principe énoncé dans le présent article permet d'écarter cette crainte. On peut faire observer que les considérations qui, dans le cas de la contrainte imposent la compétence exclusive de la Cour internationale de Justice, ne jouent pas dans le cas des autres vices du consentement; en effet la contrainte est un vice très grave qui justifie la nullité du traité et d'autre part dans cette hypothèse, les parties contractantes n'étaient probablement pas sur un pied d'égalité lors de la conclusion du traité.

4. Pour les mêmes raisons - et contrairement à ce qui prévu dans le cas de la contrainte - il convient de considérer que, seule, la partie lésée possède le droit de contester la validité d'un traité, entaché de dol.

5. Puisque le traité dont la conclusion est le résultat d'un dol n'est pas nul de plein droit, la partie lésée doit pouvoir, à son gré : a) soit faire état du principe de la divisibilité des dispositions des traités et demander, le cas échéant, la rescision de quelques-unes seulement de ces dispositions; b) soit confirmer l'ensemble du traité et demander la réparation du dommage que lui a causé le dol de l'autre partie contractante. Dans les deux cas, il convient de considérer comme essentielle la compétence, obligatoire ou convenue, d'un tribunal international.

Article 14

Absence d'erreur

Est susceptible d'annulation, sur l'instance de la Cour internationale de Justice ou, lorsque les parties en sont ainsi convenues, d'une autre juridiction internationale agissant sur l'initiative et à la requête de la partie à laquelle l'erreur est préjudiciable, tout traité conclu dans la croyance erronée, indépendante de tout dol d'une partie contractante, à l'existence d'un fait qui touche essentiellement à l'ensemble du traité.

COMMENTAIRE

1. Les arguments que nous avons fait valoir à propos de l'article 12 pour montrer qu'il est opportun et souhaitable de faire figurer dans le projet de code des traités des dispositions relatives à la réalité du consentement, condition de validité des traités, sont également valables dans le cas du présent article. En outre, dans la pratique internationale, judiciaire ou non, les exemples de traités entachés d'erreurs sont plus nombreux que ceux de traités entachés de dol, bien que dans certains cas que l'on a parfois examinés à propos de l'"erreur" l'objet du différend soit plutôt une question d'interprétation ou de rectification. Cela était vrai, par exemple, dans le cas du paragraphe 1 de l'article 15 de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international. Dans cet article, une erreur de traduction a fait que le mot "transporteur" a été employé au lieu du mot "expéditeur". L'erreur a été ultérieurement rectifiée par un accord des Parties et à la suite duquel le Secrétaire général de la Société des Nations a pris les mesures nécessaires. (Pour les détails de la procédure suivie dans ce cas, voir le commentaire relatif à l'article 29 du projet de convention de Harvard)^{1/}. Il

^{1/} On peut citer un exemple récent d'erreur dans le texte original d'un traité, erreur qui, ultérieurement, a été rectifiée de commun accord par les Parties. Dans le texte de l'Accord relatif aux services aériens, conclu le 1er août 1950 entre le Canada et la France, l'erreur suivante s'était glissée : la fin de l'article 5 de l'accord était ainsi conçue : "soit affecté à des transports aériens internationaux pour lesquels un ordre aurait été passé", alors qu'il eût fallu écrire : "soit affecté à tous transports aériens qui pourraient s'offrir...". Par échange de notes en date du 28 septembre 1950, les Parties ont rectifié l'erreur (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 77, p. 368).

Article 14

est possible que dans les cas d'erreur que l'on considère comme étant les plus fréquents dans la pratique internationale (savoir les cas de divergences entre une carte ou la réalité géographique et l'intention apparente des parties telle qu'elle est exprimée dans le traité), l'erreur soit une erreur d'interprétation et non une erreur viciatrice du consentement. En dehors de ces hypothèses, le problème de l'erreur, élément portant atteinte à la validité des traités, est loin de se rencontrer fréquemment dans la pratique internationale; il est étudié surtout dans les ouvrages doctrinaux. Les délibérations qui de nos jours précèdent l'établissement des traités, le soin avec lequel ils sont élaborés et les possibilités d'accès aux sources d'information, amènent à penser qu'une réglementation relative à l'erreur, insérée dans un code du droit des traités, n'aurait que peu d'utilité pratique. Toutefois, pour les raisons que nous avons exposées, il n'est ni possible ni souhaitable de ne faire aucune place à l'erreur dans un tel code.

2. L'erreur envisagée dans le présent article et qui porte atteinte à la validité des traités n'est pas celle qui résulte d'une fausse déclaration ou d'une réticence. Dans cette hypothèse en effet c'est le dol qui est la cause de la nullité. L'erreur doit porter sur la base même du traité et porter sur un de ses éléments essentiels. Le fait que l'erreur aurait pu être décelée avant la conclusion du traité ne doit probablement pas être pris en considération; toutefois, dans l'hypothèse où une partie contractante s'est rendue coupable de négligence en ne découvrant pas une erreur que l'exercice d'une prudence normale lui eut permis de déceler, la partie innocente peut avoir droit à une réparation pour le préjudice que lui cause l'annulation du traité.

3. Les considérations et les principes qui militent en faveur de l'annulabilité (qu'il ne faut pas confondre avec la nullité) d'un traité entaché d'une erreur portant sur un élément essentiel, le problème de la nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale pour constater l'erreur et en fixer les conséquences, celui de la suspension provisoire de l'application du traité et celui de la possibilité d'en diviser les dispositions, sont les mêmes, mutatis mutandis que dans le cas de dol. (Article 13 ci-dessus). Etant donné que dans la pratique internationale les cas d'erreur réelle probable sont rares il n'y a pas lieu de s'y étendre ici. Il convient de s'en remettre aux tribunaux internationaux qui apprécieront les faits à la lumière des principes généraux du droit et de la bonne foi.

4. Le principe de la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux pour constater l'existence de l'erreur, cause de nullité d'un traité, doit, en dernière analyse, être considéré comme un principe de lege lata. Il en est ainsi parce que si l'on reconnaissait à une partie le droit de dénoncer unilatéralement un traité sous prétexte qu'il est entaché d'erreur - ou d'une façon générale, sous prétexte qu'il est entaché d'un vice du consentement - cela équivaudrait à nier la force obligatoire des traités.

NOTES

1. Ainsi que nous l'avons indiqué dans le commentaire, les principaux cas, sinon les seuls, dans lesquels une partie contractante ait invoqué l'erreur à propos d'un traité et dans lesquels il y ait eu sentence judiciaire ou arbitrale, sont des cas d'erreur affectant des cartes ou d'autres descriptions géographiques. Il est arrivé que les parties s'aperçoivent qu'une localité déterminée décrite dans le traité n'existait pas ou que la ligne capitale de délimitation était très éloignée de l'endroit où elles la croyaient située^{1/}. Toutefois, dans ces cas, les parties n'ont pas prétendu que le traité fut nul. Elles ont demandé soit une interprétation soit une rectification du traité. Les auteurs ont étudié ce problème surtout comme une question d'interprétation ou de preuve. En ce qui

^{1/} Il faut ranger dans cette catégorie le litige qui a opposé la Grande-Bretagne aux Etats-Unis au sujet du Traité de 1783. Ce traité indiquait comme ligne de partage entre deux bassins fluviaux une chaîne de hauteurs au sud de la rivière Ste-Croix. Cette chaîne n'existait pas et n'était pas portée sur la carte utilisée par les négociateurs : Moore, History and Digest of International Arbitrations (1898), pages 65 et suivantes. Un autre différend surgit aussi à propos de l'identification de la rivière Ste-Croix; il fut réglé par arbitrage en 1898 : Moore, International Adjudications, (1929-1930), volume 2, page 373. La décision rendue par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Etats-Unis contre Texas [1896] 162 U.S. 1, 37 à 42, fournit un autre exemple de rectification d'une description géographique utilisée dans un traité (celui de 1819 entre les Etats-Unis et l'Espagne). On trouve de même un exemple particulièrement frappant dans le différend entre le Portugal et les Pays-Bas au sujet de l'Ile de Timor. Dans sa décision, rendue en 1914 (Scott, Hague Court Reports, 1916, pages 355 et suivantes), la Cour a interprété la description apparemment erronée de la frontière en recherchant avec soin l'intention des parties aux stades successifs des négociations. L'incident surgit entre la Russie et la France d'une part et la Grande-Bretagne et l'Autriche de l'autre, à propos de l'interprétation du Traité de Paris de 1865, qui est relaté par McNair, The Law of Treaties, 1938, page 131, est intéressant. On peut consulter d'une façon générale, sur la question des cartes, Sandifer, Evidence before International Tribunals, 1939, pages 156 à 164.

Article 14

concerne les cartes, la jurisprudence interne des Etats considère que les divergences entre la description des parcelles qui figure dans un contrat et la carte annexée doivent être réglées par voie d'interprétation. Cependant, si les cas de ce genre sont plus exactement du domaine de l'interprétation, ils illustrent en même temps le principe suivant lequel toute erreur ne rend pas un traité annulable. Il faut, pour cela, une erreur essentielle qui affecte les bases mêmes du traité.

2. On remarquera que le projet d'article envisage l'erreur de fait, et non l'erreur de droit. Le principe en vertu duquel nul -individu ou Etat- ne peut arguer d'une ignorance de la loi, civile ou criminelle, pour éluder les conséquences de ses actes, est un principe juridique primordial. Il s'applique avec une rigueur particulière aux gouvernements, qui peuvent aisément consulter des experts.

M. Anzilotti, juge à la Cour permanente de Justice internationale, a abordé la question dans l'opinion dissidente qu'il a émise dans l'affaire du Groëland oriental. Se demandant si la validité d'une déclaration faite par le Ministre des affaires étrangères de Norvège pouvait être compromise par une erreur sur les conséquences de l'extension de la souveraineté danoise, le magistrat, estimant que "il n'y a pas eu erreur du tout", déclara : "Il n'est guère facile d'admettre qu'un gouvernement puisse ignorer les conséquences légitimes d'une extension de souveraineté". (Série A/B No 53, page 92). Dans une affaire moins importante qui concernait un contrat souscrit par le souverain d'un Etat protégé, l'arbitre, Lord Asquith a formulé des observations qui méritent d'être signalées. On soutenait qu'une concession accordée par ce souverain sur la totalité de son territoire ne s'étendait pas, néanmoins, aux eaux territoriales, motif pris de ce que le souverain ignorait la règle suivant laquelle les eaux territoriales font partie du territoire de l'Etat. L'arbitre s'est exprimé dans les termes ci-après : "Je n'attache aucune importance à l'argument tiré du fait que, en 1939, Abu Dhabi ignorait l'expression 'eaux territoriales' et du fait que cette notion était étrangère au Cheik... Que son souverain ait lu ou non les oeuvres de van Bynkershoek, tout Etat est propriétaire et souverain de ses eaux territoriales, de leur lit et de leur sous-sol. L'étendue de l'empire d'un souverain ne peut être fonction des connaissances de celui-ci en droit international". (The International and Comparative Law Quarterly, 4ème série, vol.I, partie II, 1952, p.253).

SECTION III

LICÉITE DE L'OBJET DU TRAITE

Article 15

Compatibilité avec le droit international

Est nul tout traité ou toute disposition d'un traité dont l'exécution suppose un acte que le droit international considère comme illicite, lorsque cette situation a été constatée par la Cour internationale de Justice.

COMMENTAIRE

1. La grande majorité, sinon la totalité, des auteurs qui ont étudié cet aspect du problème de la validité des traités admettent le principe formulé dans l'article ci-dessus. Cependant, pour deux raisons surtout, la question ne laisse pas d'être complexe. En premier lieu, n'est pas nul tout traité qui s'écarte du droit international coutumier. C'est un principe généralement admis que les Etats peuvent, dans leurs rapports réciproques, modifier par traité les règles du droit international coutumier. Modus et conventio vincunt legem. Par conséquent, aussi longtemps que le traité ne touche pas aux droits des Etats tiers, on ne voit pas pourquoi deux Etats ne conviendraient pas que, dans leurs rapports réciproques, les eaux territoriales auront une largeur de cinquante milles; que, en haute mer, leurs bâtiments de guerre seront autorisés à faire stopper les navires marchands appartenant à l'autre partie contractante et à exercer d'autres droits à leur égard; que leurs représentants diplomatiques ne bénéficieront pas des immunités de juridiction prévues par le droit international; que les navires appartenant à l'Etat et à d'autres organismes officiels ne seront pas à l'abri de poursuites judiciaires; que leurs ressortissants seront astreints au service militaire sur le territoire de l'autre partie contractante; ou qu'une partie aura le droit de nationaliser sans indemnité les biens appartenant aux ressortissants de l'autre. On pourrait citer de nombreux autres exemples du même genre. Dans la mesure où des traités de cet ordre, qui modifient ou abrogent une règle du droit international coutumier, prétendraient porter

Article 15

atteinte aux droits des Etats tiers, ils seraient, de toute façon, dépourvus d'effet, étant donné qu'un traité ne saurait légitimement porter atteinte aux droits des Etats qui n'y sont pas parties et que, pour ce motif, un tribunal international les déclarerait non exécutoires pour ce qui touche les droits desdits Etats.

2. Par conséquent, un traité n'est pas nul pour cause d'illégalité du seul fait qu'il vise à porter atteinte aux droits d'un Etat tiers, sans le consentement de celui-ci. S'il a ce but, et dans la mesure où il tend vers ce but, les tribunaux internationaux ne pourront pas le déclarer exécutoire en vertu de l'adage pacta tertijs nec prosunt nec nocent. On peut soutenir que c'est précisément parce qu'ils prétendent porter atteinte aux droits des Etats tiers que ces traités sont non seulement dépourvus de force exécutoire à l'égard desdits Etats, mais encore nuls en eux-mêmes à cause de leur objet illicite, ce caractère illicite résidant dans le fait qu'ils tentent de porter atteinte aux droits d'un Etat tiers, au mépris des règles du droit international. On peut citer, en ce sens, l'ouvrage du juge McNair sur les traités : "Nous estimons qu'un traité, conclu entre deux Etats, dont l'exécution est destinée à causer à un Etat tiers ce que le droit international coutumier considère comme un dommage, est illicite et nul ab initio" (1938, page 113). En réalité, ces traités sont nuls parce qu'ils ont pour objet un acte illicite au regard du droit international coutumier.

3. Il se peut que l'objet d'un traité soit illicite - et qu'en conséquence le traité soit nul - même s'il ne touche pas directement des Etats tiers. C'est ainsi que d'aucuns ont soutenu qu'étant donné que des instruments tels que la Déclaration de Paris de 1856 abolissant la course ou la Convention de 1926 relative à l'esclavage qui oblige les parties à prévenir et réprimer la traite des esclaves, sont maintenant considérés comme énonçant des principes de droit international coutumier, qu'un traité qui obligerait les parties à violer ces principes serait nul en raison du caractère illicite de son objet. Les deux traités susmentionnés sont un exemple d'instruments qui, bien que conclus entre un nombre limité d'Etats, ont acquis ultérieurement le caractère de règles de droit international généralement acceptées - et donc de règles du droit international coutumier - si bien que tout traité postérieur contenant des dispositions contraires serait considéré comme incompatible avec les règles du droit international.

4. Il semblerait donc que le critère permettant de déterminer si l'objet d'un traité est illicite et si, pour cette raison, le traité est nul, n'est pas l'incompatibilité avec le droit international coutumier pur et simple, mais l'incompatibilité avec les principes supérieurs du droit international que l'on peut considérer comme étant les principes de l'ordre international public. Ces principes ne doivent pas forcément avoir été cristallisés dans une règle de droit clairement acceptée, telle que l'interdiction de la piraterie ou de la guerre d'agression. Ils peuvent exprimer des règles de morale internationale si incontestables qu'un tribunal international jugerait qu'ils font partie de ces principes de droit généralement reconnus par les nations civilisées que la Cour internationale de Justice est tenue d'appliquer en vertu du paragraphe c) de l'article 38 de son Statut. Nous ne pouvons pas citer de décisions judiciaires à l'appui de ce point de vue, mais on trouve, dans l'opinion individuelle de certains juges, quelques observations intéressantes dans ce sens. C'est ainsi que dans l'opinion individuelle qu'il a formulée à propos de l'affaire Oscar Chinm, le juge Schücking a affirmé que : "jamais ... la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes moeurs." (Série A/B No 63, page 150).

5. C'est un principe général de droit que les engagements contractuels dont l'objet est illicite sont annulables. A ce titre, ce principe a sa place dans un code du droit des traités. Il en est ainsi, bien que la pratique internationale, judiciaire et arbitrale, ne fournisse aucun exemple de traités qui aient été déclarés nuls en raison du caractère illicite de leur objet.

6. Le texte de l'article proposé appelle les observations suivantes :

- a) Les mots "tout traité ou toute disposition d'un traité" ont pour but de consacrer le principe de la divisibilité, à savoir qu'une seule disposition illicite n'entraîne pas la nullité du traité, si celui-ci, considéré dans son ensemble, peut être maintenu. Cela est exclu si la disposition en question est essentielle au traité.
- b) Etant donné que le traité incriminé - ou la disposition incriminée - est contraire à des principes supérieurs du droit international, un tribunal international ne peut le faire exécuter, même si l'Etat qui est censé bénéficier de l'annulation judiciaire ne réclame pas la nullité

Article 15

Aucune action, intentée en vertu d'un traité de cette nature, n'est recevable. D'autre part, l'Etat défendeur, bien qu'il soit en partie responsable de l'entrée en vigueur du traité, peut invoquer pour sa défense le caractère illicite dudit traité. In pari delicto potior est conditio defendentis. On trouve dans cet adage la réponse à la question de savoir si un Etat peut s'abstenir d'exécuter un traité illicite et dans quelle mesure il peut le faire. Il lui est loisible d'en suspendre l'exécution et de laisser aux autres parties contractantes le soin de demander à la Cour internationale de Justice qu'elle confirme la validité du traité. La juridiction de la Cour dans les cas de cette nature est obligatoire. C'est à la Cour et non à la partie intéressée qu'il appartient en définitive de déclarer nul, pour illégalité, le traité ou certaines de ses dispositions.

7. En ce qui concerne la nullité des traités pour incompatibilité avec les règles obligatoires du droit international, comme d'ailleurs pour les autres articles de la présente partie du projet, l'application du principe énoncé doit être subordonnée à la volonté de la partie qui l'invoque de se conformer à la décision du tribunal international qui reconnaîtrait le bien-fondé de la demande en nullité ou conclurait de sa propre initiative à la nullité. Les raisons de caractère général qui militent en faveur de l'adoption de ce principe ont été exposées plus haut au paragraphe 4 du commentaire de l'article 14. C'est un principe de lege lata.

NOTES

1. Ainsi que nous l'avons expliqué dans le commentaire, il est indispensable de faire figurer cet article dans un code du droit des traités, et cela malgré les difficultés importantes que comporte la solution qu'il adopte tant du point de vue de la pratique que de la doctrine. Dans le droit interne, le législateur est souvent amené à adopter des lois qui vont à l'encontre de ce qui a été tenu jusqu'alors comme des dispositions essentielles de la législation nationale et des impératifs d'ordre public. Les tribunaux doivent appliquer ces lois. Dans le domaine international, les traités, tant bilatéraux que multilatéraux, jouent

souvent le même rôle que ces lois. Mais si, comme il est dit dans le présent article, les tribunaux internationaux doivent décider de la validité des traités à la lumière des principes essentiels de la coutume internationale et de l'ordre public international reconnu au moment considéré, on risque de créer une situation dans laquelle la société internationale sera peut-être privée des moyens nécessaires pour assurer le développement du droit international par les procédés de législation internationale. Sans doute les difficultés pratiques qui peuvent en résulter se trouvent-elles réduites à des proportions minimales. Mais on ne saurait ignorer l'existence du problème et la nécessité éventuelle d'avoir à le résoudre en faisant oeuvre législative dans le cadre du présent article. (Le même problème se pose, à l'article 16, en ce qui concerne les traités-lois de portée générale qui ne sont pas compatibles avec des traités antérieurs). C'est ainsi par exemple que si l'Article 2 (6) de la Charte autorisait en termes plus catégoriques qu'il ne le fait l'ingérence dans les affaires des Etats qui ne sont pas Membres de l'Organisation des Nations Unies, la validité d'une disposition de cette nature pourrait être contestée en raison de son incompatibilité avec le principe de la non-intervention et de l'indépendance des Etats. De lege ferenda, on peut envisager l'adoption d'un principe affirmant la validité d'un traité multilatéral conclu dans l'intérêt général de la communauté internationale, si ce traité ignore ou contredit ce qui, dans le passé, a été considéré comme une règle primordiale du droit international coutumier.

2. Cette difficulté, jointe à d'autres du même ordre, incline également à la prudence lorsqu'il s'agit de savoir si les cas dans lesquels les traités sont annulables peuvent être étendus. C'est pourquoi nous ne consacrons pas, dans le présent projet, un article spécial à la compatibilité avec la morale internationale comme condition de validité des traités. On risquerait, ce faisant, de conférer aux juridictions internationales, dans une matière où l'appréciation subjective joue un rôle très important, une latitude que les gouvernements ne seraient peut-être pas disposés à leur accorder et dont elles ne pourraient user que difficilement. Dans la mesure où les considérations d'ordre moral - telles que l'obligation d'agir conformément aux exigences de la bonne foi - font partie des principes généraux du droit et des nécessités de l'ordre public international, elles sont couvertes par le présent article.

Article 16

Compatibilité avec des obligations conventionnelles antérieures

1. Est nul tout traité dont l'exécution suppose une violation d'une obligation conventionnelle antérieurement souscrite par une ou plusieurs des parties contractantes.
2. Toute partie à un traité qu'une juridiction internationale déclare nul en raison de son incompatibilité avec un traité antérieur peut avoir droit à réparation pour le préjudice subi de ce fait, lorsqu'elle n'avait pas connaissance de l'existence du traité antérieur.
3. Les dispositions qui précèdent ne sont applicables que dans les cas où la dérogation aux termes du traité antérieur est telle qu'elle contrarie gravement les intérêts des autres parties audit traité ou altère gravement l'objectif initial du traité.
4. La règle énoncée aux paragraphes 1 et 2 n'est pas applicable aux traités multilatéraux postérieurs, tels que la Charte des Nations Unies, qui, de par leur généralité, ont le caractère d'actes législatifs s'imposant à tous les membres de la communauté internationale, ou qui doivent être considérés comme conclus dans l'intérêt international.

COMMENTAIRE

1. La question sur laquelle porte le présent article est d'une importance considérable et d'une certaine complexité dans la mesure où elle soulève le problème de l'adaptation d'un principe juridique absolu aux nécessités du développement pacifique du droit international et de l'organisation internationale. Il en est ainsi bien qu'elle n'ait donné lieu qu'à un nombre relativement restreint de décisions judiciaires ou arbitrales, lesquelles, d'ailleurs, ne confirment pas directement le principe que nous formulons. On voit par exemple que dans l'affaire Oscar Chinn (C.P.J.I., Série A/B, N° 63), si deux des juges ont fondé en substance leurs opinions dissidentes sur le principe formulé dans l'article que nous proposons, la Cour dans son ensemble ne s'est pas prononcée directement à ce sujet.

Il s'agissait de savoir dans cette affaire si l'on devait considérer comme valide la Convention de Saint-Germain de 1919 relative au Congo, qui modifiait les dispositions de l'Acte général de Berlin de 1885. L'arrêt de la Cour s'est fondé à cet égard sur le fait que les parties au différend, le Royaume-Uni et la Belgique, n'avaient pas contesté la validité de la Convention de Saint-Germain. En 1917, le Costa-Rica et le Salvador ont intenté une action devant la Cour de justice centre-américaine, motif pris de ce que le Nicaragua, dans un traité signé avec les Etats-Unis, violait les traités qu'il avait antérieurement conclus avec eux. Pour des raisons de compétences, la Cour a décliné de statuer sur la requête par laquelle on lui demandait de déclarer nul et non avenu le traité conclu avec les Etats-Unis (American Journal of International Law, XI (1917), page 228), et cela parce que l'une des parties audit traité, à savoir les Etats-Unis, n'était pas partie au différend. Mais la Cour a reconnu que le Nicaragua était "dans l'obligation, en utilisant tous les moyens possibles qu'offre le droit international, de rétablir et de respecter le statut légal qui existait antérieurement au traité Bryan-Chamorro" (Ibid.). Cette même Cour a rendu une décision dans le même sens dans l'affaire intentée in pari materia par le Salvador contre le Nicaragua (Ibid., page 729). Aucune décision judiciaire n'est jamais intervenue dans le différend peut-être le plus significatif en la matière, qui portait sur la prétendue incompatibilité entre le Traité Hay-Bunau-Varilla conclu en 1903 par les Etats-Unis et le Panama et le Traité Hay-Pauncefote conclu en 1901 par les Etats-Unis et la Grande-Bretagne relativement à l'exemption au profit du Panama des redevances perçues sur les navires traversant le Canal.

2. Il résulte de l'article 16 qu'une juridiction internationale à laquelle il est demandé de déclarer exécutoire un traité dont l'application suppose la violation d'une obligation conventionnelle antérieurement souscrite par une ou plusieurs des parties doit refuser d'ordonner l'exécution du traité postérieur, en se fondant sur le fait que ce dernier traité est nul. Cet article ne donne pas le choix entre plusieurs solutions, telle que celle qui consisterait à considérer que les obligations du traité antérieur ont la priorité sur celles

Article 16

du traité postérieur qui, par ailleurs, demeure valide. L'article procède de l'idée que si les parties à un traité s'engagent à agir d'une manière qui constitue une violation des droits d'une partie à un traité antérieur, elles commettent une irrégularité juridique qui entache d'illégalité le traité postérieur. C'est là une conséquence logique des principes généraux du droit en la matière, des nécessités de l'ordre public international et du principe de la bonne foi, auxquels les relations internationales sont censées obéir. Ces considérations sont résumées dans la citation reproduite ci-après dans la note 1 au présent commentaire.

3. Sauf dans des cas exceptionnels qu'il n'est d'ailleurs pas facile d'imaginer, il y a lieu de présumer qu'un des Etats contractants au moins a eu connaissance de cette incompatibilité. Il en est ainsi, en particulier, depuis que, en vertu du Pacte de la Société des Nations, la plupart des Etats sont tenus de faire enregistrer leurs traités, l'enregistrement étant suivi de publication. Dans les cas très rares où l'une des parties à un traité postérieur n'a pas eu connaissance du traité antérieur, sans pourtant qu'il y ait faute de sa part, l'équité veut que l'autre partie lui doive réparation pour le préjudice subi du fait que le traité postérieur est déclaré nul. Tel est l'effet du deuxième paragraphe de notre article. Il paraît peu probable que les deux parties au traité postérieur puissent ne pas avoir eu connaissance de l'incompatibilité, sauf le cas où les intéressés auraient cru à tort qu'il n'existait aucune incompatibilité légale avec le traité antérieur.

4. De même que pour la nullité fondée sur d'autres motifs, il faut qu'une juridiction internationale, saisie par l'une des parties aux fins d'ordonner l'exécution d'un traité postérieur, prononce la nullité de celui-ci en raison de son incompatibilité avec un traité antérieur, pour qu'une partie puisse être dispensée d'en appliquer les dispositions. En outre, les tribunaux internationaux doivent également être considérés comme compétents pour prononcer la nullité du traité postérieur à la demande d'une partie au traité antérieur, même si aucune tentative n'a encore été faite pour appliquer le traité postérieur. En effet, l'existence même du traité postérieur incriminé, dans la mesure où elle constitue pour les parties au traité antérieur une source de contestation et d'incertitude,

leur donne une juste cause de plainte et un motif valable de demander que la nullité du traité postérieur soit solennellement prononcée. De fait, telle a été l'attitude des gouvernements dans la plupart des cas où ils ont considéré que la conclusion du traité postérieur portait préjudice à leurs intérêts.

5. Il convient de modifier très sensiblement le principe suivant lequel un traité conclu en violation d'une obligation conventionnelle antérieure est nul lorsque le traité postérieur s'apparente à une disposition générale de droit international ayant un caractère législatif. En droit interne, il est admis qu'un texte de loi peut effectivement porter atteinte à des contrats préexistants. Il faut également appliquer une règle plus ou moins analogue dans le domaine des relations internationales lorsque le traité postérieur présente un caractère législatif, en fait, sinon en droit strict, puisqu'il n'existe pas encore, à l'heure actuelle, de véritable législation applicable aux relations interétatiques. C'est ainsi que l'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose qu'"en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront". En parlant, à propos des obligations des Membres des Nations Unies, de "leurs obligations en vertu de tout autre accord international", la Charte vise les accords conclus aussi bien avant qu'après l'acceptation de la Charte. Dans la mesure où il s'agit de ces derniers, la Charte ne fait que confirmer le principe suivant lequel les obligations résultant d'un traité antérieur l'emportent sur celles qui découlent d'un traité conclu postérieurement. Aux termes du présent article 16, que nous avons voulu faire déclaratif du droit positif, sont nuls tous traités incompatibles avec la Charte et postérieurs à son acceptation, qu'ils aient été conclus avec des Membres des Nations Unies ou avec des Etats n'appartenant pas à l'Organisation. Toutefois, étant donné qu'en parlant d'"obligations en vertu de tout autre acte international", l'Article 103 de la Charte vise également les traités conclus avant l'acceptation de celle-ci, cet Article serait lui-même entaché de nullité pour cause d'incompatibilité avec des traités conclus antérieurement si on ne lui appliquait pas le principe énoncé dans le paragraphe 4 de notre article 16.

Ce paragraphe prévoit une exception en ce qui concerne les "traités multilatéraux postérieurs, tels que la Charte des Nations Unies, qui, de par leur généralité, ont le caractère d'actes législatifs s'imposant à tous les membres de la communauté internationale". Dans son avis consultatif relatif à la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies^{1/}, la Cour internationale de Justice a consacré ce même principe, dans un domaine différent. Il convient donc de considérer que cette partie du paragraphe 4 de l'article 16 constitue à cet égard une disposition de lege lata. (L'article 20 du Pacte de la Société des Nations disposait simplement, en ce qui concerne les obligations incompatibles avec le Pacte qu'un Etat aurait assumées avant son entrée dans la Société, que ledit Etat devait prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations. Pour ce qui est des autres obligations, le Pacte posait en principe qu'il abrogeait "toutes obligations ou ententes inter se incompatibles avec ses termes", ce qui revenait à dire, en fait, que ces obligations étaient entachées de nullité. La même conclusion se serait à notre avis imposée, même en l'absence de la disposition expresse de l'article 20, s'agissant des traités ultérieurement conclus par des Membres de la Société, tant inter se qu'avec des Etats non Membres).

6. On peut faire valoir des considérations analogues, bien que de portée plus limitée, pour la partie de ce même paragraphe 4 où il est question des traités qui, tout en étant incompatibles avec des obligations conventionnelles antérieures, "doivent être considérés comme conclus dans l'intérêt international". A l'heure actuelle, il y a fort peu de chances pour qu'une quantité considérable d'Etats veuille accepter des actes internationaux quasi législatifs, tels que la Charte des Nations Unies. Mais il peut arriver qu'un traité conclu entre un très grand nombre d'Etats - sans que ce nombre soit toutefois suffisant pour donner à l'instrument un caractère quasi universel - coïncide d'une façon à ce point manifeste avec l'intérêt international général, qu'il devienne légitime de soutenir que ses dispositions doivent l'emporter sur des obligations conventionnelles antérieures, surtout si l'on constate le souci d'assurer une

1/ Cour internationale de Justice, Recueil 1949, p. 174.

réparation au bénéficiaire du traité antérieur. Il se peut même, dans des cas exceptionnels, que ce raisonnement soit valable dans l'hypothèse d'un traité bilatéral. C'est ainsi qu'on pourrait soutenir que la Convention de 1903 entre les Etats-Unis et le Panama (qui accordait une exemption en faveur des navires panaméens traversant la Canal et qui a été considérée comme incompatible avec le Traité conclu en 1901 avec la Grande-Bretagne) a été conclue dans l'intérêt international, étant donné qu'elle avait pour but de permettre l'ouverture d'une grande voie de communications internationale d'importance primordiale et que les concessions particulières accordées au Panama représentaient une condition indispensable à la conclusion de ladite Convention. Nous ne prétendons pas que l'exemple ci-dessus rentre nécessairement dans le champ d'application de l'exception formulée au paragraphe 4. Toutefois, il contribue à renforcer l'argument selon lequel une exception de ce genre peut légitimement trouver place dans une réglementation générale comme celle qui est proposée dans ce paragraphe. Bien que cette clause du paragraphe 4 ait essentiellement le caractère d'une disposition de lege ferenda, nous estimons qu'elle mérité d'être examinée à fond dans le cadre de la codification du droit des traités. Il faut arriver à concilier le principe de l'autorité des traités avec l'intérêt international non moins important qui s'attache à ce que le développement du droit international ne soit pas entravé par les obligations résultant de traités antérieurs. Les parties stipulent parfois expressément des dispositions tendant à éviter qu'un traité ne puisse venir faire obstacle à une réglementation internationale générale. C'est ainsi que l'Accord relatif aux services aériens conclu le 19 août 1949 entre le Royaume-Uni et le Canada prévoit, dans le paragraphe 2 de son article XI, qu'"au cas où il serait conclu, en matière de transports aériens, une convention multilatérale à laquelle souscriraient les deux Parties contractantes, le présent Accord sera modifié de manière à le

rendre conforme aux dispositions de ladite Convention". (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 44, p. 223).^{1/}

7. Des considérations analogues valent pour la réserve que le paragraphe 3 apporte à la règle générale. Cette réserve est tout particulièrement pertinente dans le cas des conventions multilatérales. Celles-ci ont souvent besoin d'être révisées, et il n'est certainement pas souhaitable que cette révision soit subordonnée à l'assentiment unanime des parties contractantes originales. S'il est impossible d'obtenir cette unanimité, il faut que les parties à la convention initiale puissent, le cas échéant, être à même d'en modifier inter se les dispositions, en concluant entre elles un nouveau traité. Tel a été, par exemple, le cas pour les différentes Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, ainsi que pour les diverses Conventions de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne. Ces nouveaux traités n'ont pas porté préjudice aux intérêts des parties contractantes originales, ni détourné l'objectif des traités initiaux. On a soutenu que la situation se présentait différemment dans l'affaire relative à l'Acte général de Berlin de 1885 et à la Convention de Saint-Germain de 1919, dont il a été question plus haut dans le paragraphe 1 du présent commentaire. Deux des juges de l'affaire Oscar Chinn^{2/}, qui mettait en jeu les rapports existant entre ces deux instruments, formulèrent une opinion dissidente selon laquelle la Convention de 1919 faisait échec, dans une large mesure, à l'objectif de l'Acte de 1885 toujours en vigueur, et que, par conséquent, cette Convention de 1919 était nulle et sans effet. (Dans les opinions qu'ils ont émises à propos de l'avis consultatif sur

1/ Il est intéressant de noter le contraste entre cette disposition et la façon dont la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits des lois sur la nationalité (Hudson, International Legislation, vol. V, p. 359) a essayé de résoudre le problème de l'incompatibilité dans son article 19 qui prévoyait que "rien dans la ... Convention ne portera atteinte aux dispositions des traités, conventions ou accords en vigueur entre les Hautes Parties Contractantes relatifs à la nationalité ou à des questions s'y rattachant". Une disposition de ce genre diminue considérablement la portée juridique d'un traité multilatéral, bien qu'il ne soit pas possible, toutefois, de l'interpréter comme laissant aux parties leur liberté d'action en ce qui concerne les traités qu'elles pourraient conclure postérieurement à l'acceptation du traité multilatéral.

2/ Publications de la Cour permanente de Justice internationale, Série A/B, N° 63.

la compétence de la Commission européenne du Danube - Publications de la Cour permanente de Justice internationale, Série B, N° 14, pp.73 et 129 - les juges Nyholm et Negulesco ont adopté une position sensiblement analogue). S'il en était effectivement ainsi - et le présent commentaire s'abstient de se prononcer sur ce point - il faut considérer comme inattaquable le point de vue des juges dissidents. Le fait que les parties directement intéressées en l'occurrence n'avaient pas contesté la validité de la Convention de 1919 n'était probablement pas pertinent. Si la Cour avait examiné l'argument selon lequel la Convention de 1919 faisait échec à l'objectif de l'Acte de 1885 - objectif auquel certains des signataires originaires attachaient à juste titre de l'importance -, et si elle était arrivée à la conclusion qu'il en était effectivement ainsi, nous estimons que l'application logique des principes juridiques aurait permis et même commandé de considérer la Convention de 1919 comme entachée de nullité. Un tribunal international ne saurait légitimement prescrire l'exécution d'un traité dont l'objectif ou l'effet représente en fait, pour certains des signataires du traité primitif, un préjudice juridique de fond. Pour procéder correctement, les Etats désireux de conclure un nouveau traité incompatible avec les obligations qui leur incombent en vertu d'un traité multilatéral antérieur doivent dénoncer ce dernier, si ses dispositions leur en laissent la faculté, et conclure ensuite le nouveau traité. D'un autre côté, et surtout lorsqu'il n'est pas juridiquement possible de dénoncer le traité initial, le maintien en vigueur du traité multilatéral antérieur ne saurait légitimement servir de prétexte à empêcher la conclusion de nouveaux accords présentant un caractère souhaitable et d'utilité générale et qui, même s'ils devaient s'écarter sensiblement des clauses du traité initial ou avoir une portée bien plus étendue, ne sauraient être considérés comme portant indûment atteinte aux droits des parties originaires ou aux objectifs véritables dudit traité. De plus, il est certain qu'il y aurait intérêt, de lege ferenda, à adopter une règle permettant de modifier le traité initial à la suite d'une décision qui, le cas échéant, pourrait ne pas recueillir l'assentiment unanime des parties originaires.

NOTE

1. L'importance de la question sur laquelle porte le présent article, du point de vue du droit des traités et du droit international en général, justifie, croyons-nous, la place qui lui est accordée dans l'article lui-même et dans le commentaire. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point au passage ci-après d'un article que nous avons publié dans le British Year Book of International Law, 17 (1936) p. 63 et 64 :

"Les raisons pour lesquelles des traités postérieurs incompatibles sont nuls et non exécutoires sont plus impérieuses encore sur le plan international qu'elles ne le sont en droit privé. En règle générale, le principe de l'unité du droit interdit aux tribunaux d'appliquer les dispositions incompatibles qui peuvent se trouver dans un traité, une loi ou un contrat. Mais les contrats entre particuliers sont infiniment nombreux et variés alors qu'entre Etats ils sont en nombre relativement restreint et de notoriété publique. De ce fait, la reconnaissance d'un contrat postérieur porte plus gravement atteinte à la notion de l'unité du droit dans le deuxième cas que dans le premier. De plus, pour autant que les tribunaux nationaux ont tendance à considérer que le contrat postérieur subsiste, les inconvénients de l'incompatibilité logique de l'objet des deux contrats sont atténués par la substitution à la deuxième obligation incompatible d'un droit à réparation. Sur le plan international, par la nature même des choses, les dommages-intérêts ne sauraient compenser pleinement le préjudice, du moins dans la plupart des cas. C'est pourquoi il est difficile d'admettre que les traités en question sont valables et que l'incompatibilité a pour unique effet de donner priorité aux obligations résultant du premier traité sur les dispositions contradictoires de l'accord postérieur. Ceci se produirait dans tous les cas. Il est évident, en effet, qu'un Etat ne peut légitimement mettre fin à un traité en prenant le biais qui consisterait à conclure un autre traité incompatible avec le premier. Le vice existant dans le traité postérieur a des effets bien plus étendus qu'une simple réaffirmation d'une règle évidente du droit international. Il rend le traité postérieur illégal et empêche son exécution.

"Nous croyons pouvoir dire que ce n'est pas par pur formalisme qu'on insiste sur la nullité du traité postérieur. Les traités, tissés dans la trame du droit international coutumier, sont la substance du droit des nations, qui ne cesse de se développer et de se transformer. Le droit international se doit de ne pas reconnaître et de combattre activement un système où les Etats abusent du pouvoir qu'ils ont de créer le droit pour violer le droit existant tel qu'il est enregistré dans des accords valables. On ne peut laisser les gouvernements jeter le discrédit sur le droit international et lui enlever toute réalité en le remplissant d'obligations incompatibles et en rabaisant les traités au rôle d'instruments discordants mis au service de l'opportunisme politique".

2. Il convient de considérer comme un principe général du droit la règle qui veut que soient nuls les contrats conclus par les parties en violation d'obligations contractuelles antérieures ayant force de loi. Pour ce qui est du droit anglais, Sir Frederick Pollock, dans Principles of Contracts (9^{ème} édition, 1921, p. 475), pose en principe, et apparemment sans aucune réserve, que si A conclut un contrat avec B, puis conclut avec C un autre contrat dont B et C savent que les dispositions sont incompatibles avec celles du premier, le second contrat est nul. On trouvera une étude détaillée de cette règle en droit privé dans l'article de Lauterpacht "Contracts to create a Contract", publié dans la Law Quarterly Review, 1936, pp. 434 à 454. Voir aussi ibidem, pp. 524 à 527, une analyse du droit français et allemand. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 octobre 1912 dans l'affaire Deutsche Celluloid Fabrik c. Schwerter (Sirey, 1913, I, p. 259) constitue la décision la plus importante des tribunaux français en la matière. La Cour a déclaré nul en l'espèce un contrat de louage de services que le demandeur et le défendeur avaient conclu entre eux en violation d'un contrat par lequel, au su des deux parties, le défendeur était tenu.

3. Certains traités, notamment le Pacte de la Société des Nations dans son Article 20 cité plus haut, contiennent des dispositions expresses par lesquelles les parties s'engagent à ne pas conclure de traités incompatibles avec les obligations déjà assumées. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que des dispositions de ce genre, par lesquelles les parties s'engagent à ne pas violer une obligation existante, sont superflues et d'une portée douteuse au point de vue juridique. ^{1/} Ils ne fournissent aucun argument pour ou contre le principe formulé dans l'article 16.

^{1/} Il en va probablement de même de dispositions telles que l'article 6 du Traité de Bruxelles du 17 mars 1948 relatif à la collaboration en matière économique, sociale et culturelle et à la légitime défense collective, dans lequel les Parties ont déclaré "chacune en ce qui la concerne, qu'aucun des engagements en vigueur entre Elles ou envers des Etats tiers n'est en opposition avec les dispositions du présent Traité."

4. Ce principe est particulièrement important s'agissant de conventions destinées à codifier le droit international. S'il était permis aux Parties de conclure entre elles des traités incompatibles avec l'objectif général de la convention, la situation qui en résulterait serait assurément confuse. On peut signaler à ce sujet l'article que le professeur Hudson a publié dans American Journal of International Law, 24, 1930, p. 461, et dans lequel il examine l'hypothèse où des Etats concluraient des traités ayant pour effet de modifier, dans leurs rapports réciproques, les conventions résultant de la Conférence de codification tenue à La Haye en 1930. Il estime qu'"une action de ce genre serait, dans un certain sens, contraire à l'esprit de la codification". Il rappelle que le comité de rédaction, dans son rapport, n'a pas considéré que de telles conventions fussent irrégulières dès lors qu'elles régissaient uniquement "les relations entre les Etats qui y sont parties". Toutefois, le but de ces conventions ne serait pas ainsi limité si elles avaient pour effet de contrecarrer ou de compromettre gravement l'oeuvre de codification.
5. Pour les raisons indiquées, le présent article 16 n'adopte pas la solution proposée par l'article 22 c) du projet de convention de Harvard, lequel, laissant de côté le problème de la nullité du traité postérieur contradictoire, se borne à déclarer que "l'obligation assumée en vertu du traité antérieur a priorité sur l'obligation assumée en vertu du traité postérieur". Nous pensons que cette expression de la situation juridique est contraire aux principes (voir note 1) et à l'opinion de la plupart des auteurs qui ont étudié la question. De plus, elle n'envisage pas la situation dans laquelle peut se trouver un tribunal appelé à statuer sur une requête demandant l'exécution d'un traité postérieur. Le tribunal n'est pas saisi de la question de la priorité des obligations. Il n'est pas chargé de décider si l'obligation antérieure doit ou ne doit pas être exécutée.
6. On peut signaler à ce propos que la question de la nullité du traité postérieur incompatible ne se pose pas si celle des parties au traité antérieur que lèse le traité postérieur renonce, expressément ou implicitement, aux droits que lui reconnaît le premier traité. Le cas s'est parfois présenté, comme par exemple lors de la protestation britannique contre le Traité Hay-Bunau-Varilla de 1903. Dès l'instant où la renonciation a lieu, il n'y a plus incompatibilité et la question de la nullité du traité postérieur ne se pose plus.

SECTION IV

FORME ET PUBLICITE

Article 17

Forme écrite

Un accord est nul, en tant que traité, s'il n'est pas consigné par écrit.

COMMENTAIRE

1. Les arguments en faveur de la thèse selon laquelle un traité peut être le résultat d'un accord verbal sont peu nombreux et parfois étranges^{1/}. Il est difficile de dire dans quelle mesure certaines passages de l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Groenland oriental (Série A/B, No 53, pages 69 et 70) peuvent être considérés comme favorables à cette thèse. Il est probable que l'existence et la teneur de la déclaration qu'avait faite verbalement le Ministre des affaires étrangères de Norvège n'étant pas contestées, la Cour n'a aucunement envisagé cette question. Il semble, d'autre part, que la déclaration avait été consignée par écrit au moment où elle avait été prononcée. C'est pourquoi, il n'y a pas lieu d'attacher une importance décisive à l'observation suivante, formulée par le Juge Anzilotti dans son opinion dissidente : "Il semble ... qu'il n'existe pas de règle de droit international qui exige que des accords de ce genre, pour être valables, soient faits par écrit." (Ibid., pages 91 et 92). Dans l'affaire Kulin, jugée en 1927, le Tribunal arbitral mixte roumano-hongrois a refusé de reconnaître la force obligatoire d'engagements verbaux que, d'après les procès-verbaux d'un entretien, la Hongrie aurait assumés (Recueil des Décisions des Tribunaux arbitraux mixtes, VII, page 138). Dans la sentence arbitrale qu'il a rendue en 1889 au sujet du différend qui opposait l'Allemagne à la Grande-Bretagne à propos d'une concession sur l'île de Lama, l'arbitre, refusant d'attacher de

^{1/} Voir, par exemple, l'accord entre Mithridate et Sylla, cité par Grotius (De juri belli et pacis, II, XVI, 30); celui entre le roi Louis le Germanique et le roi Charles le Chauve, mentionné dans Bittner, Die Lehre von den völkerrechtlichen Urkunden (1924), p. 4, ainsi que l'arrangement en vue d'une alliance entre Pierre le Grand et Frédéric III, Electeur de Brandebourg (Martens, Traité de droit international, traduction anglaise de 1883, p. 541).

Article 17

l'importance à une déclaration verbale que le Sultan de Zanzibar aurait faite et dans laquelle il aurait indiqué qu'il était tout disposé à accorder une concession, a exprimé l'avis que "bien qu'il n'existe pas de règle de droit prescrivant que les accords entre Etats doivent être consignés par écrit, il est néanmoins contraire aux usages internationaux de contracter verbalement des engagements de cette nature." Dans le conflit de Mandchourie entre le Japon et la Chine, le Japon invoquait un "protocole" constitué par les procès-verbaux de conversations qui avaient eu lieu à Pékin en 1905 entre des représentants de la Chine et des représentants du Japon, conversations au cours desquelles la Chine avait consenti à ne pas construire de voies ferrées dans certaines régions de la Mandchourie. La Chine soutenait que ce "protocole", qui n'avait jamais été incorporé dans un traité formel, n'était qu'un "choix arbitraire" entre diverses dispositions qui avaient fait l'objet d'un accord provisoire consigné dans les comptes rendus quotidiens des travaux de la Conférence. Dans son rapport en date du 4 septembre 1932, la Commission d'étude Lytton a dit de ce "protocole" qu'il constituait un engagement obligatoire, ayant la force d'un "accord formel", même si les résultats des conversations n'avaient pas été ultérieurement consignés dans un traité.

2. Quelle que soit la façon dont on puisse interpréter les incidents et les décisions que nous venons de rappeler et qui ne sont d'ailleurs pas concluants, nous estimons qu'un Code du droit des traités doit stipuler expressément que la forme écrite est une condition de la validité des traités. Etant donné les conclusions contradictoires que l'on peut tirer de l'étude des rares opinions qui ont été énoncées en la matière par les tribunaux et par la doctrine, il est de peu d'intérêt de rechercher si l'exigence de la forme écrite comme condition de validité des traités doit être considérée comme étant de lege lata ou de lege ferenda. Les considérations qui militent en faveur de la solution que nous avons adoptée dans notre projet d'article sont les suivantes : a) les précédents internationaux qui pourraient donner à penser que les accords verbaux ont force obligatoire en tant que traités sont rares, peu importants et discutables; b) étant donné, d'une part, que les transactions internationales doivent fournir certaines garanties de sécurité et ne pas laisser place à l'incertitude et, d'autre part, qu'elles portent sur des questions importantes, il est souhaitable que les traités soient consignés par écrit. Les traités auxquels les Etats et

les organisations internationales sont parties portent sur des sujets fort importants. Les lois internes disposent toutes que certains types de contrats importants peuvent être consignés par écrit ou même revêtir une forme plus solennelle et être enregistrés. De toute évidence, il est indispensable qu'il en soit toujours ainsi en matière de traités si l'on veut faciliter les relations internationales et assurer leur stabilité. A une époque où l'on considère que la plupart des traités doivent avoir été enregistrés pour que leur exécution puisse être demandée aux organes de la communauté internationale (voir l'article 18), il va de soi que la simple exigence de la forme écrite est le minimum indispensable^{1/}. Cela n'est pas incompatible avec la méthode dite des "notes verbales", qui est encore pratiquée, quoique rarement. En fait, ces notes ne sont ni verbales, ni des instruments constituant des accords; ce sont des communications transmises et consignées par écrit^{2/}. Il est significatif que presque tous les codes ou les projets de codes du droit des traités, officiels ou non, stipulent que la forme écrite est une condition de la validité des traités. L'article 2 de la Convention sur les traités, adoptée à La Havane le 20 février 1928, dispose que "la forme écrite est la condition essentielle pour les traités".^{3/}

1/ Le professeur Garner, qui, d'une manière générale, est partisan de la thèse selon laquelle les accords verbaux ont force obligatoire, déclare "qu'il est difficile de concevoir par quels moyens les parties à un traité verbal peuvent remplir cette formalité de l'enregistrement" : American Journal of International Law, 27 (1933), page 494.

2/ Voir, par exemple, la Note verbale en date du 1er mars 1948 par laquelle le Gouvernement tchécoslovaque a notifié au Gouvernement roumain, conformément à l'article 10 du Traité de paix avec la Roumanie, les traités bilatéraux conclus entre les deux pays antérieurement à la guerre, dont la Tchécoslovaquie désire le maintien en vigueur. Cette communication, qui est enregistrée dans le Recueil des traités des Nations Unies (vol. 26, page 112), se termine par une demande adressée au Ministère des affaires étrangères de Roumanie de bien vouloir "accuser réception de la présente note verbale".

3/ Voir également l'article 188 du projet de Field; l'article 422 du projet de Bluntschli; l'article 744 du projet de Fiore; l'article 200 du projet de Pessca; l'article 2 du projet élaboré par la Commission internationale de juristes américains.

3. La règle d'après laquelle un engagement verbal ne constitue pas un traité ne signifie pas nécessairement qu'un tel engagement ne puisse, parfois, créer une obligation internationale. En effet, les obligations internationales peuvent naître d'actes autres que les traités, comme, par exemple, des déclarations faites ou de l'action adoptée par des agents au cours de la procédure orale devant des tribunaux internationaux.^{1/} La Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice, qui lui a succédé, ont souvent considéré comme ayant force obligatoire pour les parties des déclarations de ce genre, faites par des agents autorisés. Mais cela ne signifie pas qu'il s'agisse de traités.

4. Le principe énoncé à l'article 17, selon lequel la forme écrite est une condition de validité des traités n'implique pas qu'une forme ou formalité particulière soit requise. Ce qui importe, c'est que l'accord soit consigné par écrit (à condition toutefois que cet écrit n'émane pas exclusivement de l'une des parties). Des procès-verbaux d'une conférence ou d'une réunion, dans lesquels serait enregistré l'accord des parties, ou une déclaration unilatérale consignée par écrit et acceptée par l'autre partie, pourraient donc suffire à constituer un traité. Il importe peu qu'à l'origine, cette déclaration unilatérale dûment consignée par écrit ait été faite verbalement.^{2/} La même règle

^{1/} Voir, par exemple, L'affaire Mavrommatis (Série A, No 5, p. 37); L'affaire de la Haute-Silésie (Série A, No 7, p. 13); L'affaire des Zones franches (Série A/B, No 46, pp. 170 et 172); L'affaire de la Société commerciale de Belgique (Série A/B, No 78, p. 178); L'affaire du Détroit de Corfou (C.I.J., Recueil, 1949, pp. 24 et 25).

^{2/} Voir la Déclaration verbale faite lors de la signature du Traité d'alliance anglo-égyptien de 1936 (Parliamentary Papers : Egypt, No 1 (1936)). La Déclaration verbale du Ministre des affaires étrangères de Norvège ainsi que le "protocole" concernant les chemins de fer mandchouriens, dont nous avons parlé dans le paragraphe 1 du présent commentaire, font probablement partie de cette catégorie d'actes. Voir également, ci-dessus, dans les notes qui font suite au commentaire relatif à l'article 2, la note 5 concernant les mémoires constituant un accord, les déclarations communes constituant un accord, et autres actes similaires.

s'applique, d'une manière générale, dans les cas où il est précisé dans l'instrument écrit que l'accord qui y est consigné constitue l'acceptation de propositions faites verbalement^{1/} ou la confirmation d'un accord verbal^{2/}.

1/ Comme, par exemple, l'Echange de notes en date des 18 et 19 décembre 1922 entre les Pays-Bas et la Roumanie (Société des Nations, Recueil des traités, Vol. XIV, p.191).

2/ Comme, par exemple, l'Echange de notes en date du 23 mars 1944 entre le Royaume-Uni et la Turquie (Nations Unies, Recueil des traités, Vol.2, p.227).

Article 18

Enregistrement

Les traités conclus par les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies postérieurement à leur acceptation de la Charte des Nations Unies ne peuvent être invoqués par les parties, devant un organe des Nations Unies, que s'ils ont été enregistrés, dans le plus bref délai possible, au Secrétariat de l'Organisation.

COMMENTAIRE

1. Cet article ne fait que reproduire, quant au fond, le texte de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies. Il est difficile de dire dans quelle mesure ledit article, sous sa forme actuelle, énonce une condition à la validité des traités. Car l'Article 102 de la Charte ne déclare pas nuls les traités qui n'ont pas été enregistrés. Il prévoit simplement qu'ils ne peuvent pas être invoqués devant un organe des Nations Unies. Cela revient à dire que, dans la grande majorité des cas - mais non dans tous - leur exécution ne peut être demandée devant un organe des Nations Unies. Etant donné que le critère de la validité d'un traité est la possibilité d'en demander l'exécution, cette disposition a pour résultat de rendre nuls les traités en question, dans la mesure où leur exécution ne peut être exigée.

2. On peut soutenir, en s'en tenant aux termes de l'Article 102, que rien n'empêche un organe des Nations Unies d'appliquer un traité non enregistré si ce dernier n'est pas invoqué par les parties. C'est là un argument qui nous paraît quelque peu subtil. Lorsqu'une partie a des raisons de croire qu'une autre partie pourrait retirer des avantages d'un traité non enregistré, elle ne manquera pas "d'invoquer" ledit traité afin d'en empêcher l'application. D'autre part, il nous semble que pour interpréter exactement - sinon littéralement - cette disposition de la Charte, il faut dire qu'un traité non enregistré non seulement ne peut pas être invoqué devant un organe des Nations Unies, mais encore ne peut pas être appliqué par un organe des Nations Unies.^{1/}

^{1/} Voir une opinion quelque peu différente dans l'article de Brandon paru dans le British Year Book of International Law, 29 (1952).

3. Tel qu'il est rédigé, l'article 18 n'empêche pas les Etats non Membres d'enregistrer des traités conclus soit entre eux, soit avec des Membres de l'Organisation des Nations Unies. On ne saurait déduire des dispositions de la Charte l'existence d'une restriction de cette nature. En fait, étant donné que les parties contractantes qui ne sont pas Membres des Nations Unies risquent de subir les conséquences du non-enregistrement d'un traité auquel un Etat Membre est partie, il est normal de leur accorder la possibilité d'enregistrer les traités auxquels elles sont parties et elles ont intérêt à se prévaloir de cette possibilité. La pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies est conforme à cette manière de voir.^{1/}

4. Le terme "traité" est employé à l'article 18 comme synonyme de l'expression "tout traité ou accord international" figurant à l'Article 102 de la Charte et il vise tous les instruments qui sont des traités au sens de l'article 2 du présent projet.^{2/}

NOTE

1. Comme l'article 18 reproduit, quant au fond, les dispositions d'un article de la Charte des Nations Unies, il ne semble pas avoir de place dans un code général du droit des traités applicable, en principe, à tous les Etats. Cependant, nous avons jugé utile de l'insérer dans notre projet pour diverses raisons : en premier lieu, comme nous l'avons indiqué ailleurs (Commentaires relatifs à l'article premier et à l'article 12), la Charte doit être considérée, à certains égards, comme l'expression du droit international général; en

^{1/} Voir le commentaire suivant qui figure dans le rapport du Rapporteur du Comité IV/2 de la Conférence de San-Francisco à propos du paragraphe 2 de l'Article 102 : "Cette disposition s'étend même aux traités ou accords auxquels sont parties à la fois des Etats Membres et des Etats non Membres de l'Organisation. Ces derniers peuvent faire enregistrer de tels traités. Ils doivent, d'autre part, pouvoir le faire, attendu que leur faculté d'invoquer le traité devant un organe de l'Organisation est subordonnée à l'enregistrement." (Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, volume 13, Commission IV, page 716).

^{2/} La question est examinée par M. Brandon dans un article publié dans l'American Journal of International Law, 47 (1953), pages 49 à 69, et intitulé "Analysis of the Terms 'Treaty' and 'International Agreement' for Purposes of Registration under Article 102 of the United Nations Charter".

deuxième lieu, pour ce qui est de l'enregistrement des traités, elle produit - à juste titre d'ailleurs - des effets à l'égard des Etats qui ne sont pas Membres des Nations Unies (voir la note 2 ci-après); en troisième lieu, enfin, les raisons qui ont motivé l'adoption de l'Article 102 comme celle de l'Article 18 du Pacte de la Société des Nations qui contenait une disposition analogue, ont une valeur générale (voir note 3 ci-après).

2. On ne saurait considérer comme juridiquement critiquable une règle qui empêche l'exécution - en ce qui concerne les organes des Nations Unies - des traités non enregistrés auxquels sont parties des Etats non Membres de l'Organisation. Aucune obligation d'enregistrer lesdits traités n'est imposée auxdits Etats. La Charte - et notre article 18 - disposent simplement que si un Etat non Membre souhaite être en mesure d'invoquer un traité devant les organes des Nations Unies, il doit user de la possibilité d'enregistrer le traité en question. En outre, un Etat non Membre qui conclut un traité avec un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies est réputé ne pas ignorer la disposition de la Charte aux termes de laquelle on ne peut demander l'exécution d'un traité devant un organe des Nations Unies s'il n'a pas été préalablement enregistré. La capacité contractuelle des Membres des Nations Unies s'en trouve donc limitée d'autant. Les Etats non Membres établissent des liens conventionnels avec les Etats Membres en pleine connaissance de cette limitation. Ils ont la faculté, en usant de leur droit d'enregistrer le traité, de se prémunir contre les conséquences de ladite limitation.^{1/}

3. Les raisons qui font considérer que la règle de l'enregistrement tend à devenir une règle du droit international général apparaissent comme particulièrement fortes si l'on admet que le principe de l'enregistrement - l'enregistrement étant suivi de la publication - a été adopté dans l'intérêt général de la communauté internationale, de la sécurité des relations internationales et de l'autorité et de l'efficacité des traités dans des domaines tels que celui

1/ L'interprétation quelque peu restrictive qu'a donnée le Président de la Commission de réparations franco-mexicaine à la disposition correspondante du Pacte de la Société des Nations dans l'Affaire Pablo y Najera (Annual Digest, 1927-1928, Affaire n° 271) peut en partie - mais en partie seulement-- s'expliquer par la manière dont le Mexique a invoqué le non-enregistrement de la Convention de réparations franco-mexicaine qui a institué la Commission.

qu'envisage notre article 16 relatif à la compatibilité des traités avec les obligations conventionnelles antérieures. L'importance de ce principe a été soulignée dans un mémorandum approuvé en 1920 par le Conseil de la Société des Nations en des termes qui méritent d'être cités :

"La publicité s'est montrée depuis longtemps comme une des sources de force morale dans l'application des lois de chaque pays. Il en sera de même pour les lois et les engagements qui lient les nations. Elle encouragera le contrôle du public. Elle éveillera l'intérêt public et fera disparaître les causes de défiance et de conflit. Seule, la publicité permettra à la Société des Nations de donner une sanction morale aux obligations contractuelles de ses Membres. En outre, ce sera un moyen de constituer un système clair et indiscutable de droit international" (Société des Nations, Journal officiel, 1920, p. 154).

C'est en s'appuyant sur ces considérations que le juge Hudson, commentant l'enregistrement de traités auprès de la Société des Nations par les Etats-Unis d'Amérique, a parlé "des avantages généraux qu'assurent les dispositions de l'Article 18 du Pacte" (American Journal of International Law, 28 (1934), p. 345).

4. Bien que notre article 18, qui reprend l'Article 102 de la Charte, permette aux Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies d'invoquer un traité non enregistré devant un tribunal ou un organisme qui n'est pas un organe des Nations Unies, la solution qui subsiste est d'une importance pratique minime. En règle générale, sauf s'il s'agit d'un traité conférant juridiction obligatoire à un tribunal autre que la Cour internationale de Justice, il faut, pour saisir un organisme ou un tribunal extérieur à l'Organisation des Nations Unies, le consentement des deux parties au traité. Dans les circonstances où l'on se trouvera, il est peu probable que ce consentement puisse être obtenu. Cependant, il est évident qu'on ne peut considérer comme satisfaisante une disposition aux termes de laquelle l'exécution d'un traité pourrait, ou non, être exigée selon l'organe saisi. Dans certains cas, l'organe en question peut être désigné par l'Organisation des Nations Unies, comme, par exemple, lorsque le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VI de la Charte, recommande le recours à un tribunal arbitral comme étant la meilleure méthode pour régler un différend. Ces considérations semblent militer en faveur de l'adoption, de lege ferenda, d'une règle analogue à celle qui est proposée à la note 5 ci-après.

5. On peut se demander si, en codifiant le droit des traités, la Commission du droit international ne doit pas, pour s'acquitter de sa mission de développer le droit international, formuler une règle à la fois plus complète et plus explicite que celle qui est énoncée dans le présent article et qui est fondée sur l'Article 102 de la Charte. En droit interne, l'enregistrement est une condition de validité de nombreux instruments d'une importance moindre que celle qui s'attache généralement aux traités. Il n'y a pas, semble-t-il, de raisons de ne pas adopter purement et simplement la même règle en ce qui concerne les traités. Cette règle pourrait être formulée comme suit : "Un traité conclu par un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies est nul s'il n'a pas été enregistré auprès de l'Organisation dans les six mois qui suivent son entrée en vigueur". Une telle rédaction permettrait d'éviter nombre des obscurités de l'Article 102 de la Charte. Elle aurait notamment l'avantage de fixer un délai pour l'enregistrement, d'éviter que les organes intéressés ou les parties elles-mêmes aient à déterminer quel délai doit être considéré comme "le plus bref délai possible", pour l'enregistrement d'un traité et de décourager la pratique consistant à retarder l'enregistrement jusqu'au moment où il devient nécessaire de l'invoquer. Si un délai était fixé cela ne signifierait pas nécessairement qu'un traité qui n'a pas été enregistré par suite d'un oubli ou pour des raisons analogues est frappé d'une nullité définitive. Les parties auraient toujours la possibilité de conclure un nouveau traité, identique à celui qui n'a pas été enregistré, et de l'enregistrer dans le délai prescrit. De plus, la disposition qui fixerait un délai, pourrait en même temps conférer à un organe international le pouvoir d'y déroger en prolongeant le délai prescrit lorsqu'il y a lieu de le faire et lorsqu'il y a à cela des raisons valables. Une telle décision pourrait être autorisée notamment dans les cas où le traité a été effectivement publié par les parties. Dans cette hypothèse, en effet, l'objet principal de l'enregistrement aurait, en fait, été atteint. Ceci explique, en partie, pourquoi, en deux occasions, la Cour permanente de Justice internationale a admis la validité d'instruments qui n'avaient pas été enregistrés

auprès de la Société des Nations.^{1/} De même, la Cour, par une interprétation raisonnable conforme à l'intention qui inspire le principe de l'enregistrement pourrait se reconnaître compétente en vertu d'un accord particulier qui n'aurait pas été enregistré mais auquel les parties auraient immédiatement donné effet. Dans un domaine différent, on pourrait permettre qu'il ne soit pas tenu compte du non-enregistrement par les parties de traités multilatéraux ou d'instruments tels que les accords de tutelle ou les déclarations portant acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice, conformément à l'article 36 de son Statut. Dans tous ces cas, ou dans la plupart d'entre eux, l'enregistrement pourrait être effectué d'office par le dépositaire ou par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Il serait peut-être possible d'adopter une disposition générale permettant une certaine latitude d'interprétation dans les cas où les parties se sont écartées de la lettre - mais non de l'esprit - d'une règle par ailleurs impérative, adoptée en application de ce qui est devenu un principe important d'ordre public international.

^{1/} Dans l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, le Cour a déclaré, dans son arrêt du 30 août 1924 (Série A, n° 2, p. 33) qu'elle avait juridiction en vertu d'un protocole relatif aux concessions qui avait été signé à Lausanne le 24 juillet 1923. Dans son avis consultatif relatif au Service postal polonais à Dantzig (Série B, n° 11), la Cour a pris note d'un accord dit Accord de Varsovie, conclu entre Dantzig et la Pologne, qui n'avait pas été enregistré mais dont le texte avait été communiqué au Conseil de la Société des Nations.