

La pratique subséquente des États parties à un traité

Giovanni Distefano

Citer ce document / Cite this document :

Distefano Giovanni. La pratique subséquente des États parties à un traité. In: Annuaire français de droit international, volume 40, 1994. pp. 41-71;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.1994.3182>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1994_num_40_1_3182

Fichier pdf généré le 10/04/2018

LA PRATIQUE SUBSÉQUENTE DES ÉTATS PARTIES À UN TRAITÉ

GIOVANNI DISTEFANO

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. - LA PHYSIOLOGIE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX : PRATIQUE APPLICATIVE ET PRATIQUE INTERPRÉTATIVE.

1. *La pratique applicative des parties à un traité.*

2. *La pratique interprétative des parties à un traité.*

2.1. Pratique subséquente comportant interprétation de la volonté commune originaire des parties.

2.2. Pratique subséquente comportant interprétation de la volonté commune émergente des parties.

II. - LA PATHOLOGIE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX : PRATIQUE MODIFICATIVE ET PRATIQUE ABROGATIVE.

1. *Les débats sur l'art. 38 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur le droit des traités.*

2. *Modification d'un traité par voie de pratique subséquente des parties (mutuus dissensus).*

3. *Modification d'un traité par voie de pratique subséquente aboutissant à l'émergence d'une règle coutumière (desuetudo et consuetudo abrogatoria).*

CONCLUSION.

(*) Giovanni DISTEFANO, assistant auprès de la Section juridique de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (Genève), diplômé de cet Institut.

INTRODUCTION

« Il est en effet impossible d'admettre le caractère immuable d'une situation donnée. L'intangibilité est un non-sens pour le juriste et le droit ne saurait proscrire le mouvement. » (1)

Le thème qui forme l'objet de ce travail se situe au beau milieu du *mare magnum* des questions largement débattues (...et largement irrésolues) de la science juridique en droit international. En effet, nous serons obligés d'effleurer des concepts tels que : la prescription libératoire, l'*estoppel*, les pseudo-actes unilatéraux en droit international (2), la « force normative des faits », les rapports entre traité et coutume, et le sacro-saint principe *Pacta sunt servanda*.

Lorsqu'on parle de comportement ultérieur ou subséquent (d'autres synonymes encore seront employés) des Parties à un traité, l'on se réfère à toute la gamme des manifestations des États (3) se rapportant à un instrument conventionnel, c'est-à-dire la pratique des États parties consécutive à la conclusion du traité et dans l'exécution de celui-ci. Par conséquent, la pratique des organes internationaux, supranationaux (p. ex. de l'U.E.), des Organisations internationales et celle relative aux comportements des États ne se rapportant pas à un instrument conventionnel ne seront pas ici abordées.

De prime abord, il y a lieu de préciser ce que nous entendons par l'expression « pratique subséquente », dans laquelle nous pouvons englober tout comportement des parties à un traité, à savoir une réalité juridique et factuelle très variée (actes et faits) engendrée par leur comportement suite à, et à cause de, la conclusion de l'accord. Cette pratique se déploiera dans la sphère de l'ordre juridique interne aux fins de l'application et de l'exécution du traité (pratique législative, pratique judiciaire, pratique administrative et de l'exécutif), et dans celle de l'ordre juridique international (pratique diplomatique). La locution « pratique subséquente des parties à un traité » comprendra donc tous les actes et faits concluants des États relatifs à l'exécution du traité, c'est-à-dire des actes et des « faits » qui pourront produire des effets juridiques ou, du moins, qui seront relevants du point de vue juridique (4).

(1) BARDONNET, D. « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé. (Problèmes juridiques choisis. », *RCADI*, vol. 153 (1976-V), p. 109.

(2) C'est à juste titre que M. Reuter affirmait qu'il « n'est plus possible de distinguer ce qui est unilatéral et ce qui ne l'est pas », REUTER, P. « Principes généraux de droit international public. », *RCADI*, vol. 103 (1961-II), p. 534. D'où la plausibilité du préfixe *pseudo-*. De là à affirmer que ce qu'on appelle *actes unilatéraux*, en droit international, ne sont, très souvent, que des actes conventionnels (quoique non écrits) ou, du moins, étroitement *concertés*, le pas est court.

(3) Cf. ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale*. 4^e éd., Padova, CEDAM, 1964, pp. 288-289.

(4) Voir en ce sens l'article de CAHIER, Ph. « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », in *Mélanges Guggenheim*, Genève, Georg-IUHEI, 1968, pp. 237-265. L'auteur met justement en relief la valeur normatrice du comportement des États, quel que soit le niveau des organes qui sont censés les représenter.

Pour ce qui concerne la « preuve » de la pratique subséquente des parties à un traité, il convient de rappeler que son établissement peut souvent se révéler une tâche ardue du fait que, dans beaucoup d'États, il n'y a pas de répertoire systématique de leur pratique en matière de droit international. Par conséquent, l'interprète (que ce soit le juge ou les autres parties) se trouve confronté à des obstacles quasi-insurmontables aux fins de « prouver » la pratique invoquée. De surcroît, si les documents diplomatiques peuvent aider à cet effet, il n'en va pas de même au regard de la pratique législative, judiciaire, voire administrative. Prétendre que les parties contractantes aient des connaissances suffisamment importantes de cette pondéreuse activité interne de chacune d'entre elles, serait franchement illusoire. D'où l'exigence d'une « raisonnable » notoriété que de tels actes et faits doivent avoir pour qu'ils puissent entrer en ligne de compte aux fins de l'établissement de la pratique postérieure.

Enfin, nous aimerions consacrer quelques mots à la manière dont nous allons disséquer notre problématique. Dans la première partie nous nous pencherons sur la question de l'application et de l'interprétation du traité par voie de pratique subséquente des États contractants, respectivement la pratique applicative et la pratique interprétative. En revanche, la deuxième partie sera consacrée à la modification et à l'abrogation du traité par la même voie. Si dans la première section, le comportement ultérieur des États parties se situe dans la phase physiologique de la vie d'un traité, dans la deuxième il est envisagé sous l'angle pathologique de l'existence de l'accord (i.e. son amendement, voire même sa terminaison). En fait, si nous voulions faire rentrer la thématique relative au comportement ultérieur des États parties dans le lit de Procuste, nous pourrions établir la typologie suivante : pratique applicative, interprétative, modificative, abrogative. Cette typologie permettrait de préciser *in crescendo* le rôle normateur du « fait », à savoir la conduite ultérieure des États comme source de droits et d'obligations. En effet, de la simple application du traité par les parties, on parvient à son extinction par le truchement de son... application (perverse!).

I. – LA PHYSIOLOGIE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX : PRATIQUE APPLICATIVE ET PRATIQUE INTERPRÉTATIVE

1. *La pratique applicative des Parties à un traité*

La présente section sera consacrée à l'étude de la pratique subséquente des États parties à un traité dans l'exécution de celui-ci. Il va de soi que si les parties ont bien voulu poser des règles de droit international afin de gouverner leurs relations, elles doivent se comporter d'une certaine manière pour que les dispositions contenues dans l'accord soient mises en œuvre : par ce moyen, les États obéissent à leurs obligations internationales. À cet effet, l'État déploie une activité sur le plan interne (législative, judiciaire, administrative) et sur le plan international (pratique diplomatique, etc.), qui constitue justement *sa* pratique applicative.

La manière dont l'État applique le traité est essentielle aux fins de déceler la portée des droits et des obligations véhiculés par celui-ci et son intention à leur égard. En effet, toute application d'une règle juridique équivaut à son interprétation. En droit des traités de surcroît, l'exécution

d'une obligation internationale constitue l'interprétation, de la part de l'État en question, de la volonté qui réside derrière la règle dont elle est issue.

Que le processus d'application d'une règle se confonde logiquement et naturellement avec le processus d'interprétation, c'est là, oserions-nous dire une affirmation apodictique⁽⁵⁾. En vérité, nous croyons que la maxime de Vattel («*In claris non fit interpretatio*») ⁽⁶⁾ n'est pas tout à fait soutenable. L'adaptation même du droit au fait, de la règle à la situation dont elle est censée représenter la catégorie normative, requiert toujours une dose variable d'interprétation. En droit des traités, notamment, les confins entre la pratique applicative et la pratique interprétative sont véritablement ténus. Si une ligne de démarcation a néanmoins été tracée par l'auteur, cela se justifie par le souci de mettre en relief le *continuum* qui, de la pratique applicative jusqu'à la pratique abrogative, parcourt la panoplie des manifestations relatives à la pratique ultérieure des États parties à un traité. L'ossature logique qui sous-tend cette matière hétéroclite (quant aux effets juridiques) est représentée par la portée du « poids normateur » du comportement ultérieur des États face à un instrument conventionnel (inexistante dans le cadre de la pratique applicative *stricto sensu*, perceptible dans la pratique interprétative, importante, voire capitale, chez la pratique modificative ou abrogative). En l'occurrence, la différence entre la pratique applicative des États parties et la pratique subséquente comportant interprétation du traité est une différence de degré.

2. La pratique interprétative des Parties à un traité

Par la locution « pratique interprétative » nous entendons l'interprétation de l'accord (ou de certaines de ses dispositions) par voie de pratique subséquente des États parties à un traité. Il va sans dire que dans la prochaine section (2.1) nous nous bornerons à l'étude de la pratique subséquente en tant que moyen d'interprétation du traité, et que la fonction interprétative (principes, méthodes, effets) en tant que telle ne forme pas l'objet de ce travail.

Toutefois, il convient de prime abord de mettre en relief les linéaments théoriques qui caractérisent l'opération logique que l'on appelle « interprétation ». Nous avons déjà eu l'occasion de souligner la difficulté qui sous-tend toute distinction, entre interprétation et application d'une règle. La Cour permanente de Justice internationale eut à se prononcer sur la question de

(5) Dans cette perspective, il faut lire le passage tiré de l'opinion dissidente collective de ANZILOTTI et HUBER : « S'il est vrai que, lorsqu'un texte conventionnel est clair, on doit l'accepter tel quel, sans en restreindre ou en étendre le sens littéral, il n'en est pas moins vrai que les mots n'ont de valeur que pour autant qu'ils sont expression d'une idée [...]. C'est là que doit s'arrêter l'interprétation grammaticale de tout contrat et notamment des traités entre nations. », Affaire du vapeur « Wimbledon » : *CPJI Recueil*, A.1, 1923, p. 36. Dans le même sens, la teneur de l'art. 1156 du Code civil français : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. ».

(6) VATTEL, E. de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & Souverains*, London, 1758, tome 1^{er}, Livre II, Ch. XVII, par. 263 (« (...) il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation »). L'archétype de l'adage vattelien peut être recherché intuitivement dans une maxime de PUBLIUS SIRUS (M47) (recensée par WALTHER, H. *Lateinische Sprichwörter und Sentenzen des Mittelalters in alphabetischer Anordnung*, I-V, Göttingen, 1963-1967, n° 14423), dont la teneur est la suivante : *Manifesta causa secum habet sententiam*. Il faut néanmoins rappeler que déjà à l'époque ledit principe était loin d'être complètement accepté. En effet, selon ULPPIEN (« *quamvis sit manifestissimum edictum praetoris* ») l'interprétation est toujours nécessaire car un texte normatif n'est qu'un froid enchaînement de mots qu'il y a lieu de revivifier pour l'adapter au cas d'espèce.

savoir si et quand il fallait se départir, dans l'application d'une règle juridique, du sens commun des mots (« C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes »(7)), et recourir à d'autres méthodes herméneutiques.

Avant de nous attaquer à la prochaine section, une précision doit être apportée quant à la pratique applicative *lato sensu*, qui est également pertinente pour ce qui concerne la deuxième partie. Lorsqu'on parle de pratique subséquente des parties dans l'application des accords internationaux, il y a lieu de rappeler qu'il existe souvent un dédoublement fonctionnel (à l'intérieur de l'ordre juridique interne de l'État), entre d'une part les organes qui ont concouru à la formation de la volonté étatique consacrée dans le traité, et d'autre part les organes (administration, pouvoir judiciaire, rangs subalternes de l'exécutif et du législatif) qui sont appelés à l'appliquer(8).

2.1. *Pratique subséquente comportant interprétation de la volonté commune originaire des parties*

Nous savons que la superposition des volontés des cocontractants constitue la *causa* de l'accord qu'ils concluent. Un des corollaires de cette affirmation veut que le droit d'interpréter une règle juridique échoie à ceux qui l'ont posée et qui, par conséquent, peuvent la modifier ou l'abroger. Ce principe, canonisé par l'adage « *Eius est interpretare legem cuius condere* » se place sous le libellé d'« interprétation authentique ». L'adjectif met justement en relief l'identité entre volonté (source) normatrice et volonté (source) interprétative.

Si les termes des dispositions du traité (ou de certaines d'entre elles) se révèlent ambigus ou se prêtent à interprétation, il est nécessaire, afin de déterminer les contours exacts des droits et des obligations prescrits par l'instrument, de les éclairer en recherchant la volonté commune des parties au moment de la conclusion du traité. À cet égard, la science juridique propose certaines solutions (ou règles herméneutiques), également utiles en droit international. Tout en rappelant qu'elles ne sont pas obligatoires par elles-mêmes et qu'elles s'offrent à l'interprète comme des outils afin de discerner la volonté commune des parties(9), il convient de considérer comme décisive leur pratique subséquente dans l'application du traité(10). Le droit

(7) Service postal polonais, avis consultatif du 16 mai 1925 : *CPJI Recueil*, B.11, p. 39.

(8) De la constatation de ce déphasage organique, MCGINLEY fait découler certaines conséquences qui nous paraissent néanmoins exagérées : « *Practice, then, does not necessarily reflect the intentions of the drafters of the opinions of the states presently in conflict, but represents the ongoing pragmatic understanding of those individuals who have functioned under and within the treaty's terms.* » (MCGINLEY, G. « Practice as a guide to treaty interpretation. », *Fletcher Forum*, winter 1985, p. 227). En revanche, ce qui compte aux yeux de l'interprète (*viz.* le juge international et les autres États) c'est la volonté de l'État, qu'elle soit incarnée par les organes qui ont ratifié le traité ou par ceux qui sont censés l'appliquer. Seule cette volonté, mise en évidence par la pratique applicative subséquente, a valeur probatoire aux fins de l'établissement d'un éventuel accord interprétatif, modificatif ou abrogatif.

(9) Cf. en ce sens ANZILOTTI, D. *op. cit.* (note 3), p. 103.

(10) « (...) l'exécution des engagements est, entre États, comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements », *Affaire de l'indemnité russe*, sentence rendue le 11 novembre 1912, *R.S.A.*, vol. XI, p. 431. Que le recours à la pratique subséquente soit un principe déjà bien établi par la science juridique ne saurait étonner personne. Voir, à titre d'exemple, l'art. 1362 § 2 du Code civil italien.

constitutionnel connaît le phénomène de la pratique constitutionnelle, formée par une série d'actes (ou de « faits ») posés par les organes constitutionnels et qui sont autant d'indicateurs de la manière dont ceux-ci envisagent et délimitent les compétences que les normes en question leur ont confiées. L'acte juridique ici envisagé (le traité international) est la manifestation de la volonté commune des parties. Par conséquent, il s'agit d'interpréter la compénétration des volontés qui est exprimée par ledit acte.

A la lumière de ces considérations, on peut soutenir que si le recours aux travaux préparatoires souligne le souci de connaître cette volonté dans la phase de gestation du traité, recourir à l'examen de l'application et de l'exécution de ce dernier souligne le besoin d'établir ladite volonté sur le terrain. Encore, les travaux préparatoires ne nous éclairent-ils qu'au regard des intentions embryonnaires des parties à un traité, alors que l'analyse de la pratique subséquente des États contractants constitue assurément une interprétation *authentique* et *pratique* de leur volonté commune véhiculée par l'instrument conventionnel.

L'interprétation du traité par le truchement de la pratique applicative subséquente est « un cas particulier de l'interprétation historique et notamment de l'interprétation usuelle; [...] on pourrait l'appeler l'interprétation pratique, ou bien interprétation quasi-authentique. » (11), et elle se distingue de l'interprétation authentique par le fait que celle-ci est le fruit de la volonté expresse des parties couchée sur papier.

La pratique applicative ne constitue que la *preuve factuelle* de l'accord interprétatif tacite des parties, et leur comportement subséquent dans l'application du traité révélerait leur accord commun au regard du sens, de la portée, de la signification de ses dispositions; il donnerait ainsi corps à une interprétation authentique tacite. Par conséquent, ce n'est pas la pratique ultérieure en tant que telle qui fonde l'interprétation donnée par les parties du texte conventionnel, mais c'est dans l'accord (tacite) (12) entre elles, cristallisé par leur comportement convergent et assonnant, que réside le fondement juridique de cette méthode d'interprétation. Naturellement, le présupposé logique qui légitimerait le processus interprétatif et le recours à la pratique applicative aux fins de la détermination de la volonté contractuelle des parties, doit être recherché dans la constatation d'une discordance entre la volonté réelle, *causa du negotium iuris*, et la volonté consignée par écrit dans l'instrument conventionnel (13).

À ce stade il est utile de s'interroger sur la nature de cette pratique, sur les éléments requis par la science juridique afin qu'elle puisse être considérée comme preuve de l'accord (tacite) interprétatif conclu par les parties. La pratique suivie par les cocontractants doit être commune, conver-

(11) EHRlich, L. « L'interprétation des traités. », *RCADI*, vol. 24 (1928-IV), p. 48.

(12) Que l'accord tacite puisse être source de droits et d'obligations n'est pas contesté par la science juridique, en droit international comme dans tout autre ordre juridique. Voir en ce sens FITZMAURICE, Sir Gerald, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-1954 : General Principles and Sources of Law », *BYIL*, vol. 33 (1957), p. 225; Affaire de l'île de Lamu (Allemagne c. Grande-Bretagne), sentence rendue le 17 août 1889, in *Pasicrisie internationale* (LA FONTAINE, H.), Bern, 1902, p. 337.

(13) Dans cette optique doit être lu le passage suivant, tiré de la pratique judiciaire : « L'intention des parties – que l'on doit rechercher dans le contenu de l'Accord, en prenant en considération la manière dont l'Accord a été appliqué – est décisive. Ce principe d'interprétation doit être appliqué par la Cour en la présente espèce. », Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif du 3 mars 1928 : *CPJI Recueil*, B.15, p. 18.

gente, uniforme et consolidée dans le temps. À ce propos, il n'est pas déplacé d'en souligner la parenté conceptuelle avec la règle coutumière internationale, justement pour ce qui concerne les moyens logico-historiques de son établissement (*ascertainment, rilevazione*). La jurisprudence internationale a, depuis longtemps déjà, reconnu la valeur probatoire de la pratique applicative aux fins d'interprétation : « C'est bien entendu un principe général de droit international que la conduite ultérieure des parties à un instrument bilatéral – ou multilatéral – peut donner des indications quant aux intentions dont elles étaient animées au moment de la conclusion dudit instrument » (14).

La doctrine unanime est à l'unisson de la pratique arbitrale et judiciaire (15). Car, depuis la tentative de codification privée menée par la *Harvard Law School* (art. 19 du Projet de Convention), jusqu'aux travaux effectués au sein de la Commission du Droit International [ci-après dénommée C.D.I.] qui aboutirent à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités [ci-après dénommée C.V.] (16), les caractères de la fonction interprétative par voie de pratique subséquente se résument à une pratique commune, convergente, et uniforme.

Le comportement ultérieur des parties dans l'application d'un traité qui remplira ces trois conditions sera considéré comme un moyen authentique d'interprétation, au même titre que les accords interprétatifs proprement dits (17). À cet égard, la science juridique internationale fait preuve d'une souplesse extrême, inconnue dans les ordres juridiques internes. En effet, preuve en est l'équivalence, par rapport à leur valeur normative, entre les accords interprétatifs écrits et l'interprétation des accords par voie de pratique subséquente (18). C'est là une énième démonstration du *non-formalisme* (ou d'un autre genre de formalisme propre à l'ordre juridique international) sous-jacent aux relations juridiques entre États et maintes fois mis en lumière par la pratique jurisprudentielle (19) et par la doctrine (20), atten-

(14) Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17 par. 2 de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962 : *CIJ Recueil*, 1962, p. 189 (Op. dissidente du juge Spender). Toujours en ce sens : Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime, avis consultatif du 8 juin 1960 : *CIJ Recueil* 1960, p. 167 ; Article 3, Paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Iran dans la région de Mossoul), avis consultatif du 21 novembre 1925 : *CPJI Recueil*, B.12, p. 24 ; Affaire de l'île de Timor (Pays-Bas c./Portugal), sentence rendue le 25 juin 1914, *RSA*, vol. 1, p. 500.

(15) Voir pour tous : MCGINLEY, G. *op. cit.* (note 8) ; CAPOTORTI, F. « Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna. », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. III, Milano, 1987, p. 210 ; COT, J.-P. « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, vol. 70 (1966), p. 642 ; McNAIR, Lord Arnold, *The Law of Treaties*, 2^e éd., Oxford, 1961, p. 424 ; PHILLIMORE, Sir Robert, *Commentaries upon International Law*, vol. II, London, 1882, p. 97 ; YASSEEN, M.K. « Interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *RCADI*, vol. 151 (1976-III), par. 15 ; KARL, W. *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin, 1983, sect. 3.2, *passim* ; REUTER, P. *Introduction au droit des traités*, 2^e éd., Paris, 1985, pars. 142-144 ; NERI, S. *Sull'interpretazione dei trattati nel diritto internazionale*, Milano, 1958, pp. 270 et s. ; BERNHARDT, R. « Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties », *ZaöRV*, vol. 27 (1967-III), p. 499.

(16) Dans le même ordre d'idées il faut également mentionner le *Restatement of the Law (Third), Foreign Relations of the United States*, 1987, § 325 litt.c., qui, de par sa source, peut être considéré comme étant une énonciation quasi-officielle de la doctrine des États-Unis au regard du droit international.

(17) Cf. le commentaire de la C.D.I. à l'art. 27 § 3 litt.c du Projet de codification sur le droit des traités (Doc. A/6309/Rev. 1), *ACDI*, 1966, vol. II, p. 222 (devenu l'art. 31 § 3 litt.c dans la C.V.).

(18) YASSEEN, M.K. *op. cit.* (note 15), § 16 : « (...) pratique ultérieure qui établit l'accord des parties. Et l'accord tacite, de quelque façon qu'il s'extériorise, n'en est pas moins un accord ».

tives aux caractéristiques et aux exigences propres à l'ordre juridique international. Il en découle que si la pratique doit être commune elle ne doit pas forcément être constituée par des comportements actifs. En d'autres termes, l'accord des volontés des parties quant à l'interprétation du traité peut également (et il en va souvent ainsi) se coaguler à partir d'un ensemble de comportements passifs et actifs à la fois et de l'interaction entre eux. Dans son commentaire à l'art. 27 § 3 litt.c relatif aux moyens d'interprétation authentique, la C.D.I. réitéra *ad nauseam* que le fait d'avoir omis le mot « *all* » signifie qu'il n'est pas nécessaire que toutes les parties participent à la formation de l'accord par comportement actif, mais qu'il suffit qu'elles acceptent cette pratique(21). Sans entrer dans le débat sur la valeur juridique autonome de l'acte unilatéral, nous pouvons conclure que le silence manifesté par certaines parties à un traité face au comportement actif et uniforme des autres États contractants concourt à la formation de l'accord interprétatif tacite. La Cour permanente d'arbitrage eut l'occasion de sanctifier ce principe dans l'Affaire de l'indemnité russe : « [S]on ambassade [de la Russie] a successivement accepté sans discussion ni réserve[...]Le gouvernement impérial russe ne peut[...]revenir valablement d'une façon unilatérale sur une interprétation acceptée et pratiquée en son nom par son ambassade » (22). En la présente espèce, les juges, sur la base des preuves alléguées par les parties, arrivèrent à la conclusion que le Gouvernement impérial avait, par sa conduite (absence de protestation), accepté l'interprétation que la Sublime Porte, par sa conduite uniforme et constante dans le temps, avait donnée relativement aux modalités de recouvrement de sa dette. Le silence affiché par la Russie fut donc considéré par le Tribunal comme un fait concluant de son acceptation de l'interprétation prônée par le Gouvernement de l'Empire ottoman par voie de sa conduite ultérieure. Dans une affaire plus récente relative à la délimitation des sphères de compétence territoriale, le Tribunal arbitral appelé à trancher le différend considéra, d'une part, les comportements ultérieurs d'une partie (le Chili) consistant dans des actes d'exercice du pouvoir judiciaire et, d'autre part, leur acceptation par l'autre cocontractant (l'Argentine), comme éléments constitutifs d'un accord interprétatif tacite résultant justement de la pratique subséquente(23). La doctrine, par ailleurs, tend à attribuer au silence valeur probatoire aux fins

(19) « La Cour (...) n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne », Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt du 30 août 1924 : *CPJI Recueil*, A.2, p. 34.

(20) « Les accords entre États se sont beaucoup assouplis ; ils ont perdu non seulement en *formalisme inutile*, mais même en consistance documentaire(...) », REUTER, P. *op. cit.* (note 2), p. 533 ; « *Non vi sono regole generali di diritto internazionale che richiedono determinati modi di manifestazione della volontà (...) [pertanto non è affatto] esclusa la possibilità di dichiarazioni orali, e sono poi relativamente frequenti i casi di dichiarazioni tacite, cioè risultanti da fatti concludenti.* », ANZILOTTI, D. *op. cit.* (note 3), p. 292 (cf. aussi p. 311).

(21) *Op. cit.* (note 17). À cet égard il est intéressant de relever que le Rapporteur spécial (Sir Humphrey WALDOCK) avait, dans son sixième Rapport à la C.D.I., insisté sur ce point : « Dans le texte anglais, la Commission a intentionnellement employé le mot *understanding* au lieu du mot *agreement* pour indiquer que l'assentiment d'une partie à l'interprétation d'un traité peut être déduit de la réaction ou de l'absence de réaction de cette partie à l'égard de la pratique. », *ACDI*, 1966, vol. II, p. 107. Toutefois, le terme *agreement* remplaça *understanding* et, dans la version française, le mot *entente* (beaucoup plus éloquent et approprié) fut remplacé par *accord*.

(22) Cf. *supra*, note 10.

(23) *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, award delivered the 18 February 1977, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, London, vol. 52, p. 104, § 169. Jadis, voir : *Reserved Fisheries Cases Under the Reciprocity Treaty of 1854 (United States of America v. Great Britain)*, awards delivered the 8 april 1858, in *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States of America Has Been a Party*, MOORE, J.B., vol. 1, Washington, 1898, p. 458.

interprétatives par voie de comportement ultérieur des parties(24). Il y a lieu à cet égard de souligner les quelques affinités conceptuelles entre la figure juridique anglo-américaine de l'*estoppel* et les notions d'acquiescement, silence et absence de protestations. Pour ce qui concerne les finalités et le champ d'investigation de la présente étude, nous nous bornons à souligner ici que le champ opératoire de l'*estoppel* est plus étroit que celui de l'acquiescement(25). De surcroît, ce n'est qu'une acception particulière de l'*estoppel* qui entre en ligne de compte dans la fonction interprétative par voie de pratique subséquente, à savoir l'aspect procédural de la règle, c'est-à-dire l'impossibilité juridique pour l'État ayant accepté une pratique interprétative d'en contester ultérieurement la validité et l'opposabilité. La science juridique connaît d'ailleurs une figure qui explique ce phénomène éminemment procédural : la *forclusion*. Toutefois, l'impossibilité pour l'État de « *blow hot and cold at the same time* »(26) découle du consentement qu'il a donné à une certaine pratique interprétative, en la faisant ainsi sienne, et non de l'institution de l'*estoppel*(27). En raison de son comportement, formé par le truchement d'actes ou de faits concluants, l'État est alors forclos à invoquer l'inopposabilité à son égard de cette pratique. Étroitement liée à cet aspect de la thématique est la question relative au fardeau et à la valeur de la preuve. Il va de soi que l'*onus probandi* incombe à la partie qui invoque la pratique interprétative, et si elle est établie par le juge, elle prime sur l'intention originale des parties telle qu'elle ressortirait de l'interprétation littérale des termes du traité(28). L'interprétation par voie de pratique subséquente constitue en effet une interprétation authentique et comme telle elle l'emporte sur la clarté apparente du texte puisqu'elle permet à l'interprète de déceler la véritable portée de la volonté contractuelle des parties au moment de la conclusion du traité.

En revanche, qu'en est-il en cas de pratique interprétative *non* commune, uniforme et convergente des parties à un traité? Bref, quelle est la valeur juridique d'une pratique applicative aux fins interprétatives qui ne soit suivie que par une partie ou par un groupe d'États (dans le cadre d'un traité multilatéral)? Il est indubitable d'une part que la pratique suivie par une

(24) Cf. MacGIBBON, I.C. « The Scope of Acquiescence in International Law. », *BYIL*, vol. 31 (1954), p. 146; BOWETT, D.W. « Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *BYIL*, vol. 34 (1957), p. 177; ANZILOTTI, D. *op. cit.* (note 3), p. 193.

(25) Voir en ce sens : BARALE, J. « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, 1965, pp. 389-427; DOMINICÉ, C. « À propos du principe de l'*estoppel* en droit des gens », in *Mélanges Guggenheim*, Genève, pp. 327-365. Voir surtout les intéressantes distinctions opérées par la Chambre de la CIJ dans l'Affaire du Golfe du Maine (arrêt du 12 octobre 1984 : *CIJ Recueil* 1984, § 130).

(26) « *Ex eodem ore calidum et frigidum efflare* ». Cette phrase est tirée d'une fable d'Ésope (Hausrath, 35), dans laquelle la satyre se lie d'amitié avec un homme, mais dont il se méfie ultérieurement lorsqu'il s'aperçoit que cette personne se sert de son souffle à la fois pour réchauffer ses mains et pour refroidir le bouillon.

(27) Voir en ce sens : MARTIN, A. *L'estoppel en droit international public*, Paris, 1979, pp. 70-72; DOMINICÉ, C. *op. cit.* (note 25), p. 327. « [La] forclusion par l'effet d'une conduite contraire », Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, avis consultatif du 8 décembre 1927 : *CPJI Recueil*, C.13, vol. IV (I) (Exposé de M. De VISSCHER, Roumanie), p. 182.

(28) Voir en ce sens : YASSEEN, M.K. *op. cit.* (note 15), par. 19 (« Le sens qui se dégage de la pratique concordante et commune aux parties ne peut certes pas être écarté en faveur de la clarté apparente d'un texte, il s'impose en tant qu'interprétation authentique »); Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes et brésiliens émis en France, arrêt du 12 juillet 1929 : *CPJI Recueil*, A21, p. 119; FITZMAURICE, Sir Gerald, « The Law and Procedure of the International Court of Justice : Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points », *BYIL*, vol. 28 (1951), p. 21. Contra : COT, J.-P. *op. cit.* (note 15), p. 643.

partie dans l'application d'un traité constitue une interprétation authentique unilatérale de cet État et comme telle si elle lui est opposable par le ou les autres cocontractants(29), elle ne lie pas, au contraire, ces derniers(30). D'autre part, si la pratique interprétative, tout en ne recueillant pas l'unanimité des parties à un traité (nécessairement multilatéral), est suivie par un groupe d'États de sorte que l'on peut conclure à l'établissement en tel sens d'un accord interprétatif tacite, elle représente alors une interprétation authentique commune (*i.e.* opposable aux États qui l'ont acceptée) et, pour le juge international, un moyen complémentaire d'interprétation aux sens de l'art. 32 C.V. (art. 28 du Projet)(31).

Ce cas de pratique concordante entre certaines parties seulement mis à part, le rapport entre la pratique et la volonté initiale des États contractants peut prendre deux formes.

a. Pratique interprétative en tant que *contemporanea expositio* de la volonté initiale des parties

Si une pratique interprétative dans l'application du traité se dessine dès l'entrée en vigueur de celui-ci, la doctrine et les tribunaux internationaux préfèrent parler alors d'interprétation contemporaine(32) ou de *contemporanea expositio*(33). Cette dernière dénomination a le mérite de mettre en relief la simultanéité entre la conclusion (et l'entrée en vigueur) du traité et la pratique interprétative relative à celui-ci. En effet, on peut considérer la notion d'interprétation contemporaine comme on le fait des déclarations interprétatives conjointes (écrites ou orales) émises par les négociateurs ou d'autres représentants des parties (*viz.* ministres des affaires étrangères) à

(29) Cf. en ce sens : COT, J.-P. *op. cit.* (note 15), p. 644.

(30) Dans le cas d'un traité bilatéral, cela est encore plus évident : au cours de la controverse entre les États-Unis et la Grande-Bretagne sur l'opposabilité aux premiers de certaines interprétations du traité données par les organes judiciaires et administratifs canadiens et britanniques, le tribunal observa que si la pratique interprétative n'est pas commune ou si elle ne jouit pas de l'acquiescement de la part de l'autre État, elle ne demeure qu'une « *authorized expression of the British interpretation* » (p. 530). Toutefois, en vertu du principe de l'égalité entre États, l'interprétation unilatérale qui est donnée du Traité, fût-ce par les organes judiciaires ou législatifs, ne lie pas pour autant la (ou les) autre(s) partie(s) : « (...) *the mere fact that a British Court, whatever be the respect and high authority it carries, interpreted the treaty in such a way as to declare the David J. Adams has contravened it, cannot be accepted by this Tribunal as a conclusive interpretation binding upon the United States Government (...)* Such is conclusive from the national British point of view, it is not from the national United States point of view. » (p. 531), David J. Adams Case, award delivered the 9 December 1921 (umpire : FROMAGEOT, H.), in *American and British Claims Arbitration*, report of NIELSEN, Washington, 1926 (les italiques sont de nous).

(31) Cf. en ce sens CAPOTORTI, F. *op. cit.* (note 15), pp. 211-213 ; COT, J.-P. *op. cit.* (note 15), p. 645 ; *infra* note 53.

(32) « (...) une interprétation contemporaine et pratique, donnée par les Hautes Parties contractantes, des limites de la compétence qu'elles avaient conférée à l'Organisation internationale du Travail », Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron, avis consultatif du 23 juillet 1926 : *CPJI Recueil*, B.13, p. 19 ; Affaire du détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949 : *CIJ Recueil*, 1949, p. 25 ; The Kronprins Gustaf Adolf & the Pacific (United States of America v. Sweden), award delivered the 18 July 1932 (sole arbitrator : BOREL, E.), *AJIL*, vol. 26 (1932-IV), p. 849.

(33) « (...) a *contemporanea expositio* may be gathered from the acts of the parties which preceded, accompanied, and followed soon after the making of the Treaty(...), this kind of interpretation generally takes the form of a new law, reciting and removing the doubts of the old one ; and this mode of interpretation may, of course, be adopted in the case of Treaties », PHILLIMORE, Sir Robert, *op. cit.* (note 15), pp. 97-98 (les italiques sont de nous) ; Traité des limites de 1858 (Costa Rica c. Nicaragua), décision rendue le 22 mars 1888 par G. CLEVELAND, Président des États-Unis d'Amérique (sur rapport de G.L. Rives), in *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party*, (MOORE, J.B.), vol. II, p. 1959.

l'issue de la conclusion du traité ou de sa signature. Dans cette perspective, la pratique applicative des parties à un traité représente une exposition contemporaine de la compénétration des volontés qui constitue la *causa* de celui-ci. Toutefois, aux fins d'interprétation il ne faut pas uniquement recourir à une pratique applicative proche dans le temps de la date d'entrée en vigueur du traité, comme une certaine jurisprudence voudrait le soutenir (34). En vérité, le juge peut (et doit) aussi rechercher la preuve de l'interprétation d'un accord dans la pratique plus « lointaine » dans le temps, car la valeur probatoire de la conduite ultérieure des États parties à un traité ne se mesure pas à son origine récente, mais plutôt à ses caractéristiques intrinsèques et aux circonstances dans lesquelles elle s'inscrit.

b. Pratique ultérieure comportant interprétation de la volonté initiale des parties

C'est surtout à partir des règlements pacifiques de différends territoriaux que nous sont parvenues les réflexions les plus intéressantes au sujet de l'interprétation par voie de pratique postérieure. Par exemple, dans l'affaire des Frontières du Honduras (35), les juges attribuèrent une grande importance, afin de déterminer la ligne de l'*uti possidetis* de 1821, aux comportements subséquents des États qui pouvaient fournir la preuve de leurs positions respectives quant au tracé de ladite ligne (36). À cet effet, ils cherchèrent dans les concessions de terres (« *land grants* »), dans les manifestations d'exercice de la puissance publique (prélèvement d'impôts, police, administration de la justice, répartitions paroissiales) et dans le silence et l'acquiescement de l'autre partie, la preuve d'un accord interprétatif établi par voie de pratique subséquente (37).

De ce fait, une pratique applicative constante, commune et uniforme dans le temps se révèle être un moyen conceptuel puissant qui aide l'observateur à constater l'existence et la formation de l'accord interprétatif tacite. La jurisprudence internationale, nous venons de le voir, a souvent puisé

(34) En effet, dans : *Archidukes of the Habsburg-Lorraine House v. Polish State Treasury*, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, London, 1929-1930 (Case n° 248), pp. 396-397, la Cour suprême polonaise a canonisé le principe de la contemporanéité (ou, à la rigueur, de la relative postériorité) de la conduite subséquente des Parties aux fins de l'interprétation de l'accord. En d'autres termes, la haute instance déclara ne vouloir regarder aux agissements des parties qu'au cas où ceux-ci se seraient situés peu après l'entrée en vigueur du traité. On peut néanmoins se demander sur quelles bases logico-juridiques se fondent de telles affirmations qui tendraient à écarter la pratique « distante » dans le temps. Nous verrons plus loin qu'une telle exigence n'a pas lieu d'être lorsqu'il s'agit d'une pratique ultérieure portant modification ou abrogation d'un accord.

(35) *The Honduras Borders Case* (umpire : M.C.E. HUGHES), *R.S.A.*, vol. I, pp. 1322-1366.

(36) « (...) *the action of these States in establishing their independent governments and in formally describing the extent of the territory to the sovereignty over which they regarded themselves as succeeding, is significant (...). The Constitutions of the new States, and the governmental acts of each, especially when unopposed, or when initial opposition is not continued, are of special importance* », *ibid.*, p. 1325 (souligné par nous).

(37) Dans cette même région du globe, une Chambre de la CIJ eut à trancher une controverse territoriale en faisant recours aux mêmes outils logico-juridiques : « (...) les deux parties *se sont comportées*, dans les années qui ont suivi l'indépendance et la dissolution de la République fédérale d'Amérique centrale, comme si l'île d'El Tigre appartenait à l'État nouvellement indépendant du Honduras (...). Les revendications formulées alors [au moment de l'accession à l'indépendance] et la réaction – ou l'absence de réaction – qu'elles ont suscitées pourront en effet *faire la lumière sur l'idée que l'on se faisait alors de ce qu'aurait dû être la situation en 1821* », différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras ; Nicaragua intervenant), arrêt du 11 septembre 1992 (Chambre) : *CIJ Recueil* 1992, § 355 et 333 (cf. aussi § 50), (les italiques sont de nous).

dans les comportements étatiques postérieurs à l'entrée en vigueur du traité (38) dans le dessein d'éclairer les intentions initiales des parties, et cela même si les faits-preuve devaient se situer très loin du *dies a quo*. Enfin, en ce qui concerne les effets dans le temps de cette interprétation, nous pouvons conclure qu'elle aura effet rétroactif à dater de l'entrée en vigueur du traité, car ce que l'on interprète par voie de pratique applicative, c'est la volonté originaire des parties.

2.2. *Pratique subséquente comportant interprétation de la volonté commune émergente des Parties*

Toutefois, la volonté commune originaire des parties peut aussi se transformer et s'adapter à travers l'application concrète de l'accord. Car les États contractants, s'engageant par un traité, visent à ce que ce dernier soit effectivement exécuté. Le processus d'adaptation des normes juridiques aux faits peut néanmoins faire surgir, auprès des Parties contractantes, une volonté nouvelle qui mettrait justement en évidence leur intention réaffirmée de l'appliquer. Son exécution régénérerait en somme la volonté contractuelle des parties eu égard aux exigences effectives découlant de son application même; celle-ci révélerait donc l'émergence d'une volonté ultérieure des parties (39). En effet, les volontés qui ont donné vie à l'accord ne sont pas figées à jamais dans celui-ci. L'acte juridique qu'est le traité n'est pas sclérosé dans le temps et, étant une création humaine, évolue lui aussi. Les parties entendent, par la conclusion du traité, instaurer entre elles un faisceau de relations juridiques afin de régler certaines matières. Il s'ensuit que l'interprète, loin de ne s'attacher qu'à la volonté commune consacrée par le texte du traité, doit avoir constamment à l'esprit le souci de son application effective. La jurisprudence internationale mit ainsi en évidence la nécessité pour l'interprète d'effectuer une *construction pratique* du traité aux fins interprétatives: « (...) il peut suffire d'observer que la Cour, en déterminant la nature et l'étendue d'une disposition, doit envisager ses effets pratiques plutôt que le motif prédominant par lequel on la suppose avoir été inspirée » (40).

Par conséquent, l'interprétation du traité par voie de pratique subséquente peut établir l'émergence d'une volonté ultérieure engendrée par la formation d'un accord interprétatif, dont la preuve est représentée par les comportements postérieurs des États qui, dans le souci d'appliquer effectivement le traité, en ont privilégié une construction interprétative pratique (41). Cette adaptation du traité à la réalité évite, dans bien des cas, que

(38) Cf. Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), arrêt du 12 novembre 1991 : *CIJ Recueil* 1991, § 64 ; Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour l'examen des propositions tendant à organiser et à développer les moyens de production agricole et l'examen de toutes autres questions de même nature, avis consultatif du 12 août 1922 : *CPJI Recueil*, B2-3, pp. 38, 40, 41 ; Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes et brésiliens émis en France (voir note 28), p. 119 ; Affaire des Minquiers et des Ecréhous, arrêt du 17 novembre 1953 : *CIJ Recueil* 1953, p. 59 : « (...) des actes postérieurs doivent aussi être pris en considération par la Cour (...) » (cf. aussi p. 67), p. 92 (Op. individuelle du juge Carneiro) ; Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, sentence arbitrale rendue le 9 décembre 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, § 69 ;

(39) Cf. SERENI, A.P. *Diritto internazionale*. vol. 3, Milano, Giuffrè, 1962, p. 1335.

(40) Compétence de l'Organisation internationale... (voir note 32), p. 19.

(41) Cf. YASSEEN, M.K. *op. cit.* (note 15), § 13 ; dans le même sens NERI, S. *op. cit.* (note 15), p. 279.

l'engagement conventionnel soit balayé par la fureur des flots engendrée par une réalité désormais étrangère au cadre normatif. Aux fins de battre en brèche un *changement fondamental des circonstances*, voire la caducité du traité suite à la *survenance d'une situation rendant impossible l'exécution*, les parties adaptent constamment le traité pour qu'il n'y ait pas de décalage important entre réalité normative et réalité factuelle. Assurément, l'interprétation peut aller jusqu'à modifier les termes du traité, mais cela constituera l'objet de la prochaine section. Nous nous bornons ici à souligner que la prise en compte, par l'interprète, de la nécessité d'une application effective du traité remplit une fonction stabilisatrice. De ce fait, il y a toujours lieu d'opter pour cette interprétation qui rende possible l'application effective de l'engagement conventionnel et, à cet effet, la pratique applicative indique précisément à l'interprète quelle est la voie à suivre(42).

Sir Gerald Fitzmaurice parle à ce propos de l'«*emergent purpose*» que la pratique applicative du traité par les parties révélerait(43). L'étroite consanguinité d'idée entre cette théorie et l'interprétation téléologique (ou évolutive) saute immédiatement aux yeux; cette affinité conceptuelle est d'ailleurs dangereusement mise en relief par une frange minoritaire de la jurisprudence internationale(44). Toutefois, il y a lieu de souligner que les contours conceptuels de la figure de l'interprétation téléologique et de celle de l'interprétation par voie de pratique subséquente établissant une volonté émergente sont distincts et ne sauraient être assimilables. La deuxième méthode interprétative se révèle être moins «dangereuse» que la première du fait que celle-ci induit l'interprète à introduire dans l'opération logique des éléments (de jugement) étrangers à la volonté authentique des parties. En d'autres termes, si l'interprète se plaçait dans la perspective téléologique, il risquerait de se faire guider par des considérations de droit objectif

(42) «(...) according to a recognized rule of interpretation, that signification should be adopted which will permit the provision to operate», Sentence and award of the arbitrator in the matter of the Chili and Peru alliance, pronounced at Santiago (Chilean and Peruvian Accounts), in *Pacificrisie internationale* (LA FONTAINE, H.), Bern, 1902, p. 165; l'affaire du Lac Lanoux, sentence arbitrale (tribunal arbitral franco-espagnol) rendue le 16 novembre 1957, *RGDIP*, vol. 29 (1958-I), p. 111; affaire des Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique, sentence arbitrale (C.P.A.) rendue le 7 septembre 1910, *RGDIP*, 1912, p. 476; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, arrêt du 26 novembre 1984 : *CIJ Recueil* 1984, § 42 et 43; affaire du Temple de Préah-Vihéar (exceptions préliminaires), arrêt du 26 mai 1961 : *CIJ Recueil* 1961; affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou), arrêt du 20 novembre 1950 : *CIJ Recueil* 1950, pp. 323-324 (op. dissidente du juge Read); affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952 : *CIJ Recueil* 1952, p. 231 (Op. dissidente collective des juges Hackworth, Carneiro, Sir Benegal Rau); the Chamizal Arbitration Case (United States v. Mexico), award delivered the 15 June 1911, *RSA*, vol. XI, p. 328; «It is manifest that the attempt to dispute that possession (...) is met by the practical, effective construction of the Treaty presented by the long-continued acquiescence of Great Britain in the construction which gave the territory to Russia and the United States, and to which the Prime Minister testifies. Only the clearest case of mistake could warrant a change of construction after so long a period of acquiescence in the former construction (...)», Alaskan Boundary Case, award delivered the 20th October 1903, *Command Papers*, Her Majesty's Stationery Office, Case n° 1877 (1904), p. 87. De cette dernière espèce on peut relever le rôle de l'acquiescement jugé idoine aux fins de la formation de l'accord, et l'allusion à l'erreur qui nous laisserait croire qu'à cet égard le régime auquel sont soumis les accords tacites serait analogue à celui des accords écrits. Dans le même sens, voir l'intervention de WENGLER à l'Institut de droit international (session de Grenade, 1956), relatée par FITZMAURICE, Sir Gerald, «De l'interprétation des traités», *AIDI*, vol. 46, p. 334.

(43) FITZMAURICE, Sir Gerald, *op. cit.* (note 28), p. 8 note 2.

(44) Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies, avis consultatif du 3 mars 1950 : *CIJ Recueil* 1950, p. 23 (op. dissidente du juge Azevedo). Dans la doctrine, la connexion opérationnelle entre interprétation téléologique et interprétation par voie d'analyse de la pratique subséquente a été favorablement soulignée par COT, J.-P. *op. cit.* (note 15), pp. 648-649.

inhérentes à l'existence même du traité et tirées de la nature des choses, nécessaires d'après lui à la réalisation de la volonté qu'il cherche par là à interpréter. C'est une tautologie, pourtant, que de vouloir discerner la volonté des parties en partant du postulat que les buts et les finalités qu'elles se proposent nous sont connus, car c'est justement par le truchement de l'analyse de la pratique subséquente que l'on découvre l'*emergent purpose*, et non pas en posant celui-ci comme axiome(45).

Toutefois, la pratique postérieure des parties à un traité pourrait révéler non pas une interprétation authentique tacite, mais aussi la cristallisation d'une modification du traité. Par leurs comportements convergents, les parties donneraient lieu en réalité à une pratique en contradiction évidente avec les termes du traité, de façon qu'il serait erroné de parler de pratique interprétative. Car la volonté naissante des contractants est alors tellement caractérisée qu'elle bouleverse radicalement la portée des dispositions, et que l'on pourra désormais parler de modification tacite(46). Nous allons voir néanmoins que la ligne de démarcation entre modification du traité et interprétation de la volonté émergente des parties par voie de pratique subséquente n'est pas aussi nette et facile à tracer que l'on croirait.

Il convient de préciser, relativement aux effets dans le temps de la fonction interprétative telle que nous venons de l'analyser (2.2), que l'interprétation ainsi rendue (par exemple, par le juge) déploiera ses effets herméneutiques à compter du moment où cette volonté interprétative émergente s'est révélée.

II. – LA PATHOLOGIE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX : PRATIQUE MODIFICATIVE ET PRATIQUE ABROGATIVE

Sous cette rubrique nous nous penchons sur la pratique postérieure des États parties à un traité qui aura pour effet de le modifier (réviser) ou d'y mettre fin. Nous avons cru opportun de traiter ensemble les deux types idéaux de pratique (abrogative et modificative) parce que, à une exception près, les mêmes considérations et réflexions s'imposent. La première aura un effet formel du fait qu'elle atteint l'instrument conventionnel en son existence même; la deuxième, en revanche, laissera intact le traité tout en modifiant le contenu des règles qu'il énonce.

Nous l'avons vu, la pratique subséquente ne fait que révéler le fait qu'un accord interprétatif tacite s'est conclu; par conséquent, elle ne constitue pas la source, le fondement, la *causa* de ce nouvel engagement, qui réside dans la superposition des manifestations de volonté contractuelle (passives ou actives) dont l'objet est l'interprétation du traité. Si donc la pratique ultérieure des parties constitue la preuve de l'accord interprétatif tacite, celui-ci puise sa force juridique dans la règle générale *Pacta sunt servanda*.

(45) Contra : MCGINLEY, G., *op. cit.* (note 8), p. 230.

(46) Cf. en ce sens YASSEEN, M.K. *op. cit.* (note 15), § 25; VOICU, I. *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pedone, 1968, p. 96.

Tout au contraire, dans la présente section, le comportement ultérieur des États parties dans l'application du traité demeure la source de droits et d'obligations. De surcroît, dans la notion de « traité » (qu'il soit écrit ou tacite) il y a coïncidence entre acte et norme juridique, le terme « traité » désignant à la fois l'acte par lequel certaines normes juridiques sont posées et les normes elles-mêmes. Dans ce cas, la pratique subséquente constituera à la fois le titre-source et le titre-preuve de la modification ou de la terminaison du traité (47).

Dans un premier temps nous aborderons la laborieuse et malchanceuse tentative de codification du principe en cause (i.e. modification, ou abrogation, d'un traité par voie de pratique postérieure) menée au sein de la C.D.I. (1.); nous nous pencherons ensuite sur la question de la modification du traité par voie de pratique subséquente (2.), aboutissant à l'émergence d'une règle coutumière ayant un contenu matériel contraire aux dispositions du traité (*consuetudo contraria*) ou produisant un effet abrogatif (*desuetudo*) (3.)

1. *Les débats sur l'art. 38 du Projet de la Commission du droit international sur le droit des traités* (48)

Le « calvaire » de ce que sera l'art. 38 du Projet de la C.D.I. sur le droit des traités connaît son début dans le 2^e Rapport de Sir Gerald Fitzmaurice (3^e Rapporteur spécial par ordre chronologique); de fait, l'origine de l'article susmentionné doit être recherchée dans l'art. 15 de ce rapport, qui était ainsi libellé : « L'accord considéré comme acte extinctif. Cas particuliers de la renonciation à des droits et de la désuétude mutuellement acceptée » (49).

En ce qui concerne le premier cas, le Rapporteur estime que la simple renonciation à des droits découlant d'un traité ne met pas fin pour autant à leur existence et que, pour ce faire, le consentement des autres parties doit être exigé : la base consensualiste est ici évidente. Au sujet de la « désuétude mutuellement acceptée », le juriste anglais s'exprime en ces termes : « (...) si les parties, sans dénoncer le traité ou prétendre en fait y mettre fin, ont pendant une période assez longue agi à l'égard du traité plus ou moins comme si celui-ci n'existait pas, si, par exemple, elles ne l'appliquent ni l'invoquent, ou si elles agissent d'une façon qui montre qu'elles se désintéressent du traité ou ne s'appuient plus sur lui, on peut dire que tout se passe comme s'il y avait un accord tacite des parties, résultant de leurs

(47) Car, par le terme de « titre » (*titulus*) l'on désigne soit « (...) tout fait, acte ou situation qui est la cause et le fondement d'un droit. », soit le « document invoqué en vue d'établir l'existence d'un droit, ou d'une qualité », *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*, Paris, Sirey, 1960, pp. 604-605. Par conséquent, l'acte et la norme doivent être distingués de la même manière que l'on différencie la pratique subséquente (*instrumentum*) de l'accord interprétatif tacite (*negotium*) qui en découle. Dans le cas de la pratique modificative, en revanche, cette distinction, bien que souhaitable, n'est pas facile à faire. Sur la nécessité de la distinction : « Il est important de distinguer clairement entre le traité désignant un acte créateur de droit et le traité désignant la norme créée par un tel acte, car la confusion de ces deux significations du mot traité est la source de nombreuses erreurs et malentendus dans la théorie traditionnelle du traité. », KELSEN, H. « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84 (1953-III), p. 136. Dans le même sens : REUTER, p. *op. cit.* (note 15) § 49 (+ note); JACQUÉ, J.-P. « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227 (1991-II), pp. 367-417 (notamment pp. 401 et s.).

(48) *Report of the I.L.C. on the work of its 18th session on the law of treaties (draft articles)*, Geneva 04.05/19.07.1966, *ACDI*, 1966, vol. II, Part. II. La teneur de l'art. 38 était la suivante : « A Treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions » (dernière version présentée et adoptée au cours de la 883^e séance).

(49) *ACDI*, vol. II, 1957, p. 52.

actes, en vertu duquel elles ne tiendraient pas compte du traité et considéreraient qu'il a pris fin ; (...) l'extinction aurait pour base une présomption d'accord tacite des parties – ou du fait que chacune des parties consent ou acquiesce à la non-application du traité par l'autre – et non l'ancienneté ou la désuétude en tant que telle(...)»(50). Par conséquent, le Rapporteur ramènerait l'extinction du traité à la formation d'un accord tacite engendré (et non pas révélé comme *sub* A.2.1 ou A.2.2) par le comportement ultérieur des parties à un traité.

Le nouveau Rapporteur désigné par la C.D.I., Sir Humphrey Waldock, reprend à bon escient la même thématique qui sera introduite dans son 3^e Rapport sur le droit des traités sous l'art. 56(51). L'agencement de cette disposition suscita tant de perplexités(52) que le Rapporteur spécial fut obligé de remanier la formulation de l'article qui apparut successivement en tant qu'art. 73 (« Effet d'une règle coutumière ou d'un accord postérieur sur l'interprétation d'un traité »), mais dont le champ opératoire fut sensiblement restreint et circonscrit à la seule interprétation(53).

La 769^e séance de la C.D.I. vit l'introduction de l'art. 69 A dont le libellé était le suivant : « Modification d'un traité par un traité postérieur, par la pratique ultérieure ou par le droit coutumier »(54). Cette disposition, qui fut adoptée à l'unanimité par la C.D.I., renoue donc avec l'art. 56, prévoyant de surcroît la modification d'un traité par voie de pratique subséquente. Il est intéressant de noter que, au regard des effets, le comportement ultérieur

(50) *Ibid.* § 86.

(51) ACIDI, 1963, doc. A/CN.4/167 et Add. 1-3. Il était ainsi libellé : « *The Intertemporal Law*. § 1 : A Treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up ; § 2 : Subject to paragraphe 1, the application of the treaty shall be governed by the rules of international law in force at the time when the treaty is applied ». Au regard de la problématique générale du droit intertemporel dans l'ordre juridique international, cf. affaire des Grisbadarna (Norvège c. Suède), sentence rendue le 23 octobre 1909 par la Cour permanente d'arbitrage, R.S.A., vol. XI, p. 159 ; The Island of Palmas Case, award delivered the 4th April 1928 by HUBER, R.S.A., vol. XI, p. 845. Pour la doctrine : TAVERNIER, P. *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public : problèmes de droit intertemporel ou transitoire*, Paris, 1970.

(52) Par exemple, VERDROSS, rejoint par ARECHAGA (§ 11), critiqua la différenciation opérée par le Rapporteur entre interprétation et application qui seraient d'après lui difficilement séparables (728^e séance, § 6). Au cours de la 729^e séance, Reuter intervient pour affirmer que si la question des conflits intertemporels entre règles juridiques demeure actuelle et mal explorée, il n'en est pas moins vrai que le choix du titre de la disposition est quelque peu malheureuse ; à cet égard nous ne pouvons qu'opiner avec l'éminent juriste français. DE LUNA introduit un élément de réflexion qui mérite notre attention : en effet, prétend-il, si sur le plan pratique l'on ne décèle aucune différence entre interprétation et application, en revanche, sur le plan de la dogmatique juridique les deux opérations sont à distinguer nettement (§ 29).

(53) Toutefois, la 767^e séance durant, le président AGO distingua trois catégories idéelles de pratique ultérieure eu égard à leurs effets juridiques : « [a] une pratique pas très définie, mais constituant un élément auxiliaire d'interprétation ; [b] une pratique absolument concordante et définie et qui équivaut à une sorte d'accord interprétatif ; [c] la pratique qui correspond à une modification du traité » (§ 58). Il suffit de rappeler en passant que l'illustre juriste italien avait, quelques années auparavant, présidé un tribunal arbitral qui trancha le différend en faisant recours à la modification d'un traité par voie de pratique subséquente (Case concerning the Interpretation of the Air Transport Services Agreement Between the United States of America and France, signed at Paris on 27 March 1946, award delivered the 22 December 1963, R.S.A., vol. XVI, pp. 62, 63, 67, cf. *infra*).

(54) La teneur de l'art. 69 A était la suivante : « *The operation of a treaty may also be modified : a) by a subsequent treaty between the parties relating to the same subject matter to the extent that their provisions are incompatible ; b) by subsequent practice of the parties in the application of the treaty establishing their (tacit) agreement to an alteration or extension of its provisions, or c) by the subsequent emergence of a new rule of customary law relating to matters dealt with in the treaty and binding upon all the parties.* »

des États dans l'application du traité est mis sur le même pied que le droit coutumier. Par conséquent, mis à part le droit coutumier dont l'émergence et la formation échappent aux explications contractualistes, la base consensualiste demeure le fondement de la modification d'un traité par voie de pratique subséquente(55). Le texte ainsi agencé de l'art. 69 A fut approuvé à l'unanimité par la C.D.I. et, lors de la numérotation ultérieure (au sein du même rapport), se mua en l'art. 68(56).

Il serait intéressant, à ce stade, de passer brièvement en revue les commentaires émis par les délégations des États à la Sixième Commission. La délégation thaïlandaise insista sur la nécessité de mettre en relief l'exigence relative au consentement de *toutes* les parties pour que l'on pût parler de modification d'un traité par voie de pratique subséquente(57); et pour cause, l'une des espèces jurisprudentielles citées en tant qu'exemple de pratique subséquente modificative étant l'affaire du Temple de Préah-Vihéar (voir *infra*)(58). Le commentaire de la délégation grecque, relativement aux modalités de l'émergence de la règle coutumière, mérite lui aussi d'être relaté : « le traité a force obligatoire pour les parties ; si aucune d'elles ne s'y conforme, on peut supposer qu'elles ont modifié oralement [*sic*] leur accord ; mais on peut se demander comment l'*opinio iuris* aboutissant à l'établissement de règles coutumières contraires aux dispositions du traité ou différentes de celles-ci pourrait naître, puisque le comportement des États parties serait *contra legem*. Ce n'est peut-être qu'en théorie qu'une coutume peut mettre fin au traité ; dans la pratique, ce que la théorie appelle une coutume n'est qu'une modification orale [*sic*] du traité, et la différence pratique entre une règle découlant d'un traité et une règle coutumière est naturellement très grande » (59). Cependant, une règle coutumière peut naître à partir de la violation répétée et caractérisée d'une autre règle ayant un contenu contraire, même si ce principe est inacceptable pour une certaine partie de la doctrine et pour les États(60); d'autre part, la modification ou l'abrogation d'un traité peut s'opérer par voie d'émergence d'une coutume contraire (différente, ou abrogatoire), à la formation de laquelle les États parties ont participé par leurs comportements ultérieurs, dans l'application dudit engagement conventionnel. Les délégations néerlandaise et roumaine, en revanche, manifestèrent leur approbation au nom de l'exigence d'adapter le droit conventionnel aux nouvelles instances sociales émergentes, bref au nom de l'évolution du droit international général(61).

(55) La précision apportée par TUNKIN est éclairante : « (...) il ne faut pas oublier que la pratique ultérieure dont il est question aura pour effet de modifier un traité international, qui est lui-même un accord. Un accord ne peut être modifié que par un autre accord. », 770^e séance, § 49.

(56) Doc. A/5809 ; à une modification près, car, sur proposition de VERDROSS, l'adjectif « *tacit* », à la litt.b), fut omis.

(57) *Commentaire dans le cadre de la Sixième Commission, Assemblée Générale, XX^e session (1965), Rapport de la Sixième Commission, Doc. A/6090, § 13.*

(58) En effet, le représentant thaïlandais renchérit lorsqu'il affirma que « (...) on ne doit pas invoquer [la] pratique [ultérieure] pour refuser d'attribuer aux termes employés leur sens le plus courant ou pour étendre la portée du texte », § 17 (les italiques sont de nous).

(59) 845^e séance, § 41.

(60) REUTER, *P. op. cit.* (note 15), p. 132, note 206 : « En réalité une coutume qui change le droit actuel, que celui-ci soit représenté par un traité ou par une autre coutume, fait figure de créer du droit par violation du droit et encore que l'hypothèse soit théoriquement correcte la pratique répugne à l'envisager comme une voie normale » ; « La violation du droit non seulement n'empêche pas le nouvel état de droit, mais elle le fonde même directement », KELSEN, H. « Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes Choisis », *RCADI*, vol. 35 (1932-IV), p. 226.

(61) Respectivement : 847^e séance § 12 et 848^e séance § 9.

Ce sont toutefois les commentaires des gouvernements à l'intention de la C.D.I. qui mettent le mieux en évidence l'hostilité grandissante des États à une procédure de modification et de terminaison des traités qui, par sa flexibilité et sa ductilité, mais surtout par son caractère « subliminal », peut leur créer des difficultés. Certains gouvernements estimèrent que l'alinéa a) était superflu, la matière traitée étant déjà réglementée par les arts. 40 et 59(62), et que l'alinéa b) était lui aussi superfétatoire du fait de l'existence de l'art. 31 al. 3 litt.b(63). Les États-Unis, le Pakistan, le Royaume-Uni demandèrent la suppression de l'alinéa c) pour des raisons pratiques, à savoir la difficulté dans l'établissement du moment exact de formation de la règle coutumière dérogeant au (ou abrogeant le) traité(64).

À la lumière de ces suggestions, le VI^e Rapport Waldock vit la suppression des alinéas a) et c); le Rapporteur expliqua dans son commentaire que la question de l'alinéa a) serait désormais réglementée par l'art. 59(65). Quant à l'alinéa c), la C.D.I., affirma que les temps n'étaient pas encore mûrs pour la codification des conflits entre la règle coutumière et la règle conventionnelle, et que, de toute façon, cette thématique excédait cette tâche de codification(66). Toutefois, pour ce qui concerne le seul alinéa survivant (i.e. l'alinéa b)), les discussions ne furent pas moins virulentes et certains membres de la C.D.I. en souhaitèrent la suppression, aucune différence n'existant entre l'interprétation et la modification d'un traité par voie de pratique subséquente, déjà régie par l'art. 31 al. 3 litt.b)(67).

En dernière analyse, en dépit de ces violents débats doctrinaux, la disposition dont il est question fut approuvée par la C.D.I. au cours de sa 894^e séance(68) et incluse dans le Projet d'articles de 1966.

La dernière station du chemin de croix de l'art. 38 eut lieu durant la première session de la Conférence de Vienne. Les arguments sur lesquelles s'appuyèrent ceux qui s'opposaient à son adoption sont principalement au nombre de six.

Le premier se fondait sur la contradiction (présumée) entre la règle exprimée par l'art. 38 et le principe *Pacta sunt servanda* (69). Le Rapporteur se déclara « stupéfié » d'un tel argument et précisa, s'il en était besoin, que la *ratio iuris* de l'art. 38 devait être recherchée dans le principe de la bonne foi qui devait guider son application dans les cas concrets.

(62) *Comments by Governments, Reports of the Commission to the General Assembly*, Report, 1966, Annexe n° 12 (Israël).

(63) Voir, par exemple, le Gouvernement israélien, *loc. cit.*

(64) Voir annexes n° 26, 18, 25; la position assumée par le Gouvernement des États-Unis apparaît encore plus frappante si l'on songe que sa propre délégation avait, quelques mois auparavant (cf. 842^e séance) approuvé la disposition en question: exemple de comportement ultérieur modificatif.

(65) Doc. A/CN.4/186 et add. 1-7.

(66) Report... *op. cit.* (note 48), § 34.

(67) 866^e séance, § 26-28 (BRIGGS). Contra: TUNKIN (865^e séance, § 9); AGO: « [litt.b] reflected an obvious fact (...) », 866^e séance § 36; WALDOCK: « (...) the dividing line between interpretation and modification might not always be clear-cut, but from the legal standpoint, it was important to keep the two processes distinct. », 866^e séance § 44; voir aussi *infra* note 111.

(68) L'article 68, devenu désormais l'art. 38 dans le Projet d'articles définitif, fut adopté par 11 voix pour, 4 abstentions et aucune voix contraire.

(69) Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session (26.03/24.05.1968), documents officiels, Nations Unies, New York, 1969, 37^e séance § 75 (Chili), § 70 (Espagne).

D'autres représentants soutinrent, au contraire, qu'aucune distinction ne devait être faite entre interprétation et modification par voie de pratique subséquente et que, en conséquence, cette matière étant déjà régie par l'art. 31 al. 3 litt.b, l'art. 38 devait être supprimé(70).

Le troisième argument se fondait sur le fait que l'art. 38 effleurait dangereusement certaines questions délicates relatives aux rapports entre droit coutumier et droit conventionnel et que, puisque cette thématique échappait au mandat de codification de la C.D.I., il fallait s'abstenir de l'aborder(71).

Le délégué espagnol mit en relief la difficile compatibilité de l'art. 38 avec un traité qui contint et prévint des procédures spéciales pour sa modification et son amendement,(72) et se demanda si ces clauses ne pouvaient pas être, à leur tour, modifiées par la pratique ultérieure des États parties. Toutefois, le délégué français, M. de Bresson, qui partageait la même perplexité, proposa un amendement au texte de l'art. 38 qui tint compte de ces aspects de technique juridique : « (...) en excluant que le principe que consacre l'article puisse recevoir application lorsque le traité lui-même fixe la manière dont il peut être révisé (...) »(73). Ce projet d'amendement recueillit la faveur des délégués italien (M. Maresca)(74), autrichien (M. Verosta)(75), suisse (M. Ruegger)(76), argentin (M. de la Guardia)(77), irakien (M. Yasseen)(78). En conséquence, l'amendement français battait en brèche l'argument relevé.

Parmi les interventions des délégués, on décèle encore un autre argument, à vrai dire spécieux, par lequel l'on étayait la suppression de l'art. 38. Le délégué polonais, M. Makarewicz, prétendit en effet que, puisque la future convention ne s'appliquait qu'aux traités *écrits*, la procédure codifiée par l'article précité, prévoyant la modification d'un traité par un accord tacite, n'y aurait pas sa place(79). C'est une thèse captieuse, car le Projet, dans son art. 38, ne prévoyait que la possibilité de dérogation d'un accord écrit par un accord tacite, et n'envisageait donc pas de réglementer par là les accords non écrits.

La dernière critique qui, à la différence des argumentations précédentes, ne fit son apparition que lors des travaux préparatoires de la Conférence, souligna les risques que l'adoption de l'art.38 pouvait engendrer au niveau du droit constitutionnel des États. En effet, le délégué espagnol affirma en

(70) Cf. en ce sens : CASTRÉN (Finlande) 37^e séance § 57 ; MIRAS (Turquie) 38^e séance § 27 ; ROSENNE (Israël) 38^e séance § 48.

(71) Cf. en ce sens : CASTRÉN, *loc. cit.* ; MARTINEZ CARO (Espagne) 37^e séance § 73-74.

(72) 37^e séance § 70.

(73) 37^e séance § 64.

(74) 38^e séance § 25 ; « le maintien de l'article 38 est absolument nécessaire à l'économie du projet de convention » (§ 26). Dans le même sens : REUTER, P. *Introduction to the Law of Treaties*, London / New York, 1989, § 212 (note). À titre d'exemple des synergies que l'art. 38 entretenait avec d'autres dispositions du projet d'articles, il suffit de mentionner l'art. 35 du Projet (devenu l'art. 39 C.V.) dont le commentaire soulignait : « (...) la Commission a reconnu qu'un traité peut parfois être modifié même par un accord verbal ou par un accord tacite dont témoigne le comportement des parties au cours de l'application du traité », *op. cit.* (note 48), p. 253 (les italiques sont de nous).

(75) 38^e séance § 33.

(76) 38^e séance § 50.

(77) 38^e séance § 51.

(78) 38^e séance § 8 : « l'article 38 reflète le droit positif. ».

(79) 38^e séance § 14. Dans le même sens : MARTINEZ CARO (Espagne) 37^e séance § 67 ; KRAMER (Pays-Bas) 38^e séance § 45.

ces termes : « L'article 38 ouvre la voie à des modifications du traité contraires au droit constitutionnel, auxquelles un parlement ne consentirait jamais dans un traité écrit. Si l'approbation du parlement est exigée pour lier l'Etat, cette même règle devrait s'appliquer à la pratique suivie dans l'application d'un traité » (80). La question soulevée par le présent argument mérite qu'on s'y attarde. En effet, la justification qui lui est sous-jacente relève de la théorie de l'acte contraire, en vertu de laquelle une norme juridique posée par un acte ne peut être abrogée ou modifiée que par une autre norme incluse dans un acte de même valeur (81). Cette théorie, dont l'origine remonte au droit romain (82), ne nous semble pas devoir remplir la même fonction dans l'ordre juridique international, car la pratique des États en matière de modification ou de conclusion de traités est caractérisée par une extrême flexibilité quant aux modalités et aux formes que de telles procédures doivent revêtir (83). Le droit international général admet que des avenants (84) ou des échanges de notes, voire des accords verbaux (85) puissent créer des droits et obligations pour les États, et donc modifier ou abroger des traités solennellement ratifiés par le truchement de la *procédure longue*. La C.D.I. s'attaqua ainsi au droit de cité du principe de l'acte contraire dans l'ordre juridique international : « On a parfois avancé la thèse que l'accord qui met fin à un traité doit revêtir la même forme que le traité auquel il est mis fin, ou du moins une forme de « même poids ». La Commission a toutefois jugé que cette théorie correspond à la pratique constitutionnelle de

(80) 37^e séance § 68. Dans le même sens : Fujisaki (Japon) 37^e séance § 58 ; Grichine (URSS) 38^e séance § 1 ; Ruiz Varela (Colombie) 38^e séance § 21 ; Alvarez (Uruguay) 38^e séance § 36 ; Alvarez Tabío (Cuba) 38^e séance § 41 ; Regala (Philippines) 38^e séance § 43 ; Miras (Turquie) 38^e séance § 28.

(81) « (...) le traité est une procédure particulière de création du droit (...) les normes issues de cette procédure (...) demeureront en vigueur, et seront applicables tant qu'un nouveau traité régulièrement conclu ne les aura pas abrogées (règle de l'acte contraire) (...) », CHAILLEY, P. *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, Paris, 1932, p. 154 (les italiques sont de nous). Dans le même sens : *Chilean and Peruvian Accounts op. cit.* (note 42), p. 165.

(82) « *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus* (...) », D.L. 17.153 (Paulus, 65 ad edictum).

(83) Par exemple, à l'occasion de l'affaire du Plateau continental de la Mer Égée (arrêt du 19 décembre 1978 : *CIJ Recueil* 1977), la haute instance judiciaire eut à se prononcer sur la force juridique d'un communiqué conjoint qui, selon la partie demanderesse (la Grèce), constituait la base de compétence de la Cour pour juger du différend qui l'opposait à la Turquie. La CIJ, tout en rejetant la plausibilité en l'espèce qu'une telle déclaration pût engendrer pareil résultat, affirma que : « il n'existe pas de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international destiné à soumettre un différend à l'arbitrage ou au règlement judiciaire. En conséquence, que le communiqué de Bruxelles du 31 mai 1975 constitue ou non un tel accord dépend essentiellement de la nature de l'acte ou de la transaction dont il est fait état ; on ne règle pas la question en invoquant la forme de communiqué donnée audit acte ou à ladite transaction » (§ 96). En l'espèce, ce communiqué peut être considéré comme un *pactum de contrahendo* visant un accord compromissaire ultérieur. Au regard du non-formalisme du droit international, notamment quant aux formes que les actes juridiques peuvent revêtir, voir *supra* notes 19 et 20 et l'affaire de l'île de Lamu, *op. cit.* (note 12), p. 337.

(84) « La pratique française admet que des modifications à un traité dont la ratification a été l'objet d'une autorisation législative peuvent être apportées à certaines de ses dispositions par un traité non soumis à cette autorisation si les modifications ne touchent pas à une matière qui nécessiterait une telle autorisation en elle-même », REUTER, P. *op. cit.* (note 15), § 200 (note).

(85) « 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. », affaire du Statut juridique du Groënland oriental, arrêt du 5 avril 1933 : *CPJI Recueil* A-B 53, (Op. dissidente du juge Anzilotti). Dans le même sens REUTER, P. *op. cit.* (note 15) § 66.

certains États mais non à une règle du droit international. À son avis, le droit international n'a pas retenu la théorie de l'acte contraire» (86).

Étroitement liée à la théorie de l'acte contraire était la crainte que des fonctionnaires subalternes (*low-ranking officials*) ne puissent, dans l'application du traité, lui apporter des modifications, voire l'abroger, sans que les organes compétents à cet effet fussent consultés, ou même qu'ils en eussent connaissance. Cette préoccupation rallia maintes délégations lors des travaux préparatoires de la Conférence (87). Toutefois, l'objection ne nous paraît pas irrésistible, car, lorsque l'on parle de pratique de l'État dans l'exécution du traité, on fait naturellement référence à une conduite attribuable à l'État (de la même manière que l'on établit le « fait de l'État » dans le régime de la responsabilité internationale); par conséquent, on ne fait guère allusion, dans l'art. 38, à n'importe quelle pratique de l'État, mais l'on vise uniquement la pratique qui remplit cette condition, et qui seule est apte à modifier ou abroger un traité international (88).

Toutefois, la conjuration des opposants à la malheureuse disposition réussit à vaincre la résistance de tous ceux qui s'étaient appuyés *in extremis* sur l'amendement français pour la sauvegarder : l'art. 38 fut mis à mort le 25 avril 1968 par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions.

Nous allons essayer de démontrer comment cette décision contraste avec la pratique des États consolidée de longue date, avec la doctrine dominante (qui paradoxalement n'a commencé à s'intéresser à la problématique qu'à la suite de la Conférence de Vienne) et avec la pratique jurisprudentielle (internationale et interne), et que donc elle ne se révèle pas très heureuse. Pour ce faire, nous nous situerons dans le cadre du droit international général, puisqu'il ne faut pas oublier que, selon le préambule de la Convention de Vienne, « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées » par ses dispositions (avant-dernier alinéa) (89).

(86) *Op. cit.* (note 48), p. 271 (voir aussi p. 253).

(87) « Ce qui préoccupe particulièrement les États-Unis, c'est que des fonctionnaires de rang relativement peu élevé tels que des vice-consuls ou des troisièmes secrétaires puissent faire une interprétation erronée d'un traité et suivre une conduite qui, à l'insu des gouvernements, pourrait aboutir à une modification du traité. », *op. cit.* (note 69) 38^e séance § 6 (Kearney); Voir aussi : Martinez Caro (Espagne) 37^e séance § 68.

(88) Dans l'affaire du Golfe du Maine précitée (voir note 25), la Chambre eut à se pencher sur le silence affiché par un fonctionnaire américain (la « lettre Hoffman ») dans lequel le Canada voyait un acquiescement de la part des États-Unis à ses revendications. Finalement, la Chambre ne se rangea pas aux argumentations canadiennes (§ 133, 139, 142). Il serait peut-être intéressant de se demander si le seuil probatoire requis pour l'attribution d'un fait à l'État dans le cadre de la responsabilité internationale est le même que celui exigé pour que l'on puisse parler de modification d'un traité par pratique ultérieure. Intuitivement, nous avons lieu de croire que les conditions à remplir pour la deuxième situation sont plus strictes que pour la première, vu les différences qualitatives notables entre les deux phénomènes. En effet, dans le premier cas on attribue un fait isolé à l'État alors que, dans le second, on élève au niveau de pratique officielle de l'État le fait « isolé » d'un de ses fonctionnaires indépendamment de leur rang.

(89) Dans le sens que la modification (et l'abrogation) d'un accord international par voie de pratique subséquente serait régie par le droit coutumier : KARL, W. *op. cit.* (note 15), sect. 6.4.4.; YASSEEN, M.K. in *op. cit.* (note 48), 38^e séance § 11; YASSEEN, M.K. *op. cit.* (note 15), p. 51; SIMMA, B. « Termination and Suspension of Treaties : Two Recent Austrian Cases. », *GYIL*, vol. 21 (1978), p. 54; CAPOTORTI, F. *op. cit.* (note 15), p. 206; CAPOTORTI, F. « L'extinction et la suspension des traités. », *RCADI*, vol. 134 (1974-III), pp. 519-520.

2. *Modification d'un traité par voie de pratique subséquente des parties (mutuus dissensus)*

À la lumière des débats doctrinaux au sein de la C.D.I. et des négociations politico-diplomatiques menées lors des travaux préparatoires, nous avons assez d'éléments pour affronter la délicate question du droit de cité de ce mode de révision des traités (90).

La plausibilité juridique de l'existence d'une telle procédure de modification des traités s'expliquerait par le souci d'adapter, par le truchement d'un processus très souple, la réalité normative à la réalité factuelle changeante (91). Dans le but d'éviter la sénilité précoce des accords internationaux, la logique juridique attribuerait à la pratique subséquente des États parties à un traité une valeur modificative, donc normatrice. Nous avons évoqué plus haut les risques auxquels pourrait être exposé un accord sclérosé dans son application ou son interprétation : du changement fondamental des circonstances jusqu'à l'impossibilité de son exécution. Bref, son existence serait en péril, et aussi la sécurité des relations juridiques entre États. De ce fait, la modification (ou l'abrogation) par voie de pratique subséquente demeure une efficace soupape de sûreté.

Au regard de la jurisprudence internationale, la cause célèbre est représentée par l'affaire concernant l'interprétation de l'accord des services aériens (92). Le différend portait sur l'interprétation que certains fonctionnaires des compagnies aériennes françaises avaient donnée de cet accord. Quoique ces agents, non seulement ne fussent pas des organes habilités à engager l'État, mais encore et surtout n'entendissent pas, par leur conduite, lui créer des droits et des obligations (93), le Tribunal arbitral, présidé par le regretté Roberto Ago, fit valoir que la pratique subséquente (peu importe, donc, d'où elle émane) est « (...) a possible source of a subsequent modification, arising out of certain actions or certain attitudes, having a bearing on the juridical situation of the parties and on the rights that each of them could properly claim. » (94), et déclara avoir relevé dans le comportement des États des faits aptes à créer un « *informal agreement* ».

À l'occasion d'une autre espèce, la CIJ accorda aux comportements des États en litige le même rôle normateur tout en se défendant de le nommer explicitement. En effet, dans l'affaire du Temple de Préah-Vihéar (95), la Cour de La Haye considéra le silence-acquiescement de la Thaïlande vis-à-vis

(90) Dorénavant, nous employerons néanmoins le synonyme « modification » en raison, comme la C.D.I. l'a justement fait observer, « (...) de la nuance qu'a prise l'expression « révision des traités », au cours de la période qui a précédé la seconde guerre mondiale », *op. cit.* (note 48) p. 253. Si le tact manifesté par la C.D.I. se justifie pleinement, il ne faut pas non plus oublier que, même dans la période où le terme révision avait une connotation belliciste et revancharde, il était fréquemment utilisé par la doctrine dominante pour décrire le phénomène ici étudié. Voir par exemple : SCELLE, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, Pedone, 1936.

(91) Dans ce sens SCELLE, G. « Règles générales du droit de la paix. », *RCADI*, vol. 46 (1933-IV) ; « L'application elle-même des traités n'est, on le sait, qu'une révision continue. », SCELLE, G. *op. cit.* (note 90), p. 111.

(92) Voir référence *supra* note 53.

(93) CAHIER, Ph. *op. cit.* (note 4), p. 240.

(94) *Op. cit.* (note 53), p. 63, mais aussi pp. 62-67.

(95) (Cambodge c. Thaïlande), arrêt du 15 juin 1962 : *CIJ Recueil* 1962 (fond), p. 6.

d'une carte géographique, portant description du traité de délimitation qu'elle venait de ratifier avec la France, mais qui était en contradiction avec les termes du traité dont elle devait naturellement s'inspirer, comme l'acceptation de sa modification. De ce fait, la Cour déclara que : « (...) la conduite ultérieure de la Thaïlande a confirmé et corroboré son acceptation initiale (...) Les deux parties ont par leur conduite reconnu la ligne » (96). Nous avons déjà eu l'occasion d'étudier la valeur du comportement passif d'une des parties à un traité aux fins de l'émergence d'un accord tacite portant interprétation de l'instrument conventionnel (97). À cette occasion nous n'avons pas manqué de relever que le terme *entente* au lieu de *accord* aurait mieux rendu compte de la véritable situation normative qui s'instaurait par voie de pratique subséquente, car ce terme implique la reconnaissance des positions réciproques et évite les écueils du volontarisme qui voit dans le silence une manifestation tacite de volonté (98). Par conséquent, l'interprétation positive du silence ne pouvant pas être résolue en faisant seulement référence au volontarisme, d'autres outils conceptuels nous aident à encadrer ces phénomènes dans la réalité juridique (99). De fait, pour expliquer ces phénomènes et leur donner une signification normative, les auteurs ont recouru tantôt à la dérogation par voie coutumière (coutume locale, régionale, générale), tantôt à l'accord tacite, sans toutefois dédaigner les prétendus actes unilatéraux qui, nous semble-t-il, n'ont de force juridique qu'en les envisageant dans une perspective consensualiste (100). Les potentialités normatrices du comportement ultérieur des États parties à un traité sont

(96) *Ibid.*, p. 33 ; « (...) the conduct of each Party, over what was an important matter of common concern to both, was...evidence of, amount to a mutual agreement to accept a certain line as the frontier line[...] in the legal sense [it is not] a departure from the treaty provisions, but the mutual acceptance of a certain result as being its actual outcome, irrespective of the precise conformity of that outcome with the treaty criterion. » (Op. individuelle de Fitzmaurice), p. 56 (souligné par nous). En ce même sens : affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, *op. cit.* (note 42), p. 176 (Op. dissidente collective des juges Hackworth, Carneiro, Benegal Rau).

(97) Cf. *supra* note 21.

(98) ANZILOTTI, D. *op. cit.* (note 3), p. 292. Contra : BENTZ, J. « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public. », *RGDIP*, vol. 67 (1963) pour lequel : « La règle du droit canonique *Qui tacet consentire videtur* n'a inspiré aucune des règles des Codes civils français et allemand (...) L'interprétation positive du silence permet de reconnaître la légalité, et éventuellement de pardonner l'illégalité » (pp. 49, 53).

(99) Cf. *supra* note 33 (Traité des limites) ; « Sur ces points la sentence arbitrale du 22 décembre 1963 [cf. *supra* note 53] apporte une précieuse contribution à l'étude de la notion et des conséquences des assentiments implicites », de VISSCHER, Ch. « L'interprétation de l'accord aérien France/États-Unis du 27 mars 1946. », *Revue belge de droit international*, vol. 2 (1966-I), p. 7 ; DOMINICÉ, C. *op. cit.* (note 25) : « (...) les comportements ultérieurs [des Parties] (acquiescement, déclarations, etc.) ont (...) pour effet d'apporter des modifications à l'accord primitif. », p. 341 (note 33) ; SERENI, A.P. *op. cit.* (note 39), p. 1335 ; GIULIANO, M., SCOVAZZI, T. TREVES, T. *Diritto internazionale*. vol. I, Milano, 1983, p. 251 ; BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. 4^e éd., Oxford, 1990, pp. 625-626 ; McNAIR, Lord Arnold, *op. cit.* (note 15), p. 508, 512 ; GOELLNER, A. *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, Paris, 1939, p. 71 ; BRIERLY, J.-L. « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *RCADI*, vol. 23 (1928-III), p. 480 : « [entente=] accord réel, (...) un accord dont les termes sont à tirer de la conduite des parties, et non d'une déclaration verbale ou écrite dans laquelle elles ont exprimé leur consentement » ; QUADRI, R. *Diritto internazionale pubblico*. 5^e éd. (1969), Napoli, 1989 [dernière réimpression], p. 194.

(100) Cf. en ce sens : REUTER, P. *op. cit.* (note 15) § 156 ; REUTER, P. *op. cit.* (note 2), p. 533 ; QUADRI, R. *op. cit.* (note 99) ; KARL, W. *op. cit.* (note 15), p. 387.

particulièrement connues et appréciées par les tribunaux internationaux qui, très souvent, y ont fondé leur *ratio decidendi* (101).

La science juridique internationale désigne le phénomène de la modification d'une règle conventionnelle par voie de pratique postérieure du terme de «dissentiment mutuel», ou *mutuus dissensus* (102), *mutual abandonment* (103), qui se réfère à la situation où les parties à un traité tombent d'accord, par voie de pratique subséquente, pour mettre fin au traité et rompre les liens conventionnels qui les unissent. Le dissentiment mutuel est déduit par l'interprète (p.ex. le juge) de l'analyse de la pratique subséquente, certains *facta* ou *acta concludenti* lui permettant d'établir si effectivement le traité a été modifié ou même éteint.

Cette manière de procéder est parfaitement illustrée par la sentence du *Reichsgericht* de Leipzig du 23 mai 1925 où il s'agissait de savoir si le Traité de Brest-Litovsk, qui mettait un terme au conflit entre les Empires centraux et la Russie, était encore en vigueur au moment où les faits en litige s'étaient produits. Le tribunal conclut à l'extinction du traité, en raison du fait que : «[a] *The German Government had severed on 5 november, 1918, diplomatic relations with Russia, thus interrupting the execution of the Brest-Litovsk Treaty. The Russian Government declared a few weeks later in a radio manifesto «to all» that it regarded that treaty as abrogated. [b] The German Government by refraining from protesting against this unilateral declaration and from insisting on its contractual rights, as well as by evacuating the Russian territory occupied by Germany in accordance with that treaty, tacitly accepted this declaration.[c] The common intention of the parties to abrogate the treaty subsequently found expression in the fact that it was not mentioned in the Treaty of Rapallo of 16 april, 1922* » (104).

Dans le dessein de mieux cerner la figure juridique du dissentiment mutuel, il convient de mieux la distinguer de celle du changement fondamental des circonstances. À l'occasion de l'affaire des Zones Franches, le

(101) « Le Sénégal considère que la pratique subséquente à l'Accord de 1960 [franco-portugais, de délimitation maritime] et l'acquiescement de chaque État à la législation de l'autre (...) auraient donc donné naissance à un accord tacite ou à une coutume bilatérale (...), affaire de la détermination de la frontière maritime (Guinée-Bissau c. Sénégal), sentence arbitrale rendue le 31 juillet 1989 (Prés. M.J. Barberis), *RDI*, vol. 74 (1991-III), p. 638. Le tribunal ne mit pas en doute le bien-fondé de l'argumentation sénégalienne. « Si la situation résultant de l'*uti possidetis* peut être modifiée par une décision d'un juge et par un traité, la question se pose alors de savoir si elle peut être modifiée d'autres manières, par exemple par un acquiescement ou une reconnaissance (...). Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation », différend frontalier terrestre (...) *op. cit.* (note 37), § 67 et 364 ; à la première question la Chambre donna naturellement une réponse positive. Voir aussi : affaire de l'île de Lamu, *op. cit.* (note 12), p. 338 ; affaire du différend territorial (Libye c. Tchad), arrêt du 4 février 1994 : *CIJ Recueil* 1994, § 66. Cf. aussi *supra* note 33, affaire du Traité des limites.

(102) Par les termes *contrarius consensus* on fait référence, en droit romain, au cas de figure relatif au mode d'extinction *ipso iure* des *obligationes ex contractu*, alors que par la locution *mutuus dissensus* on ne vise que la situation particulière qui est celle du mode d'extinction du contrat de société. Toutefois, c'est la dernière expression qui a été retenue par la doctrine en droit international.

(103) Cf. pour tous : DUPUIS, Ch. « Liberté des voies de communication. Relations internationales. », *RCADI*, vol. 2 (1924), p. 334 ; SERENI, *op. cit.* (note 39), p. 1491 ; BARILE, G. *Lezioni di diritto internazionale*, 2^e éd., Padova, 1983, p. 142 ; CAVARÉ, L. *Le droit international public positif*, 2^e tome, 3^e éd., Paris, 1962, p. 168 ; SIORAT, L. « L'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice. », *AFDI*, 1962, pp.322 ; CASANOVAS LA ROSA, O. « La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior. », *Revista española de derecho internacional*, vol. XXI (1968), p. 330.

(104) Russian-German Commercial Treaty Case (German Reichsgericht), award delivered the 23 may 1925, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, London, vol. 3 (1925-1926), case n° 267, p. 355.

Gouvernement français dans sa Réplique saisissait l'opportunité de mettre en lumière les traits conceptuels qui les différencient : « (...) l'extinction du traité par le jeu de la clause *rebus sic stantibus* ne se ramène pas à un cas de *mutuus dissensus*, [car] la partie qui invoque cette clause « ne fait pas valoir une proposition, mais fait valoir un droit » » (105). Dans le cas du changement fondamental des circonstances, la partie qui le fait valoir invoque un droit dont l'applicabilité en l'espèce doit donc être prouvée. Dans celui du *mutuus dissensus*, la partie qui l'invoque prétend qu'une entente sur la modification (ou la terminaison) du traité résulte de leur pratique subséquente : elle n'invoque pas un droit, mais elle propose à l'autre partie de mettre fin au traité, puisqu'elle croit relever dans leur conduite commune un dissentiment mutuel. À tort on a rapproché celui-ci de la figure de la caducité (106). C'est confondre la cause et l'effet, car l'inapplication continue et commune d'un traité, preuve du dissentiment mutuel, peut certes conduire à la caducité de ce dernier, mais ne se ramène assurément pas à celle-ci.

La pratique étatique nous élargit une moisson de précédents au regard de la modification de traités par voie de pratique subséquente et il nous suffit ici d'en mentionner quelques-uns. La résolution 377 (V) de l'Assemblée générale, dite « *United for Peace* » (Union pour le maintien de la paix), instaure entre cette dernière et le Conseil de sécurité un équilibre de compétences fort différent de celui prévu par le texte de la Charte [art. 12]. Les dispositions pertinentes de la Charte ont été ainsi modifiées par la résolution, qui constitue à tous égards une manifestation de la pratique subséquente commune des États parties au traité (107). Un autre exemple éclatant de modification d'un traité multilatéral par voie de pratique subséquente est indubitablement le changement apporté à l'art. 27 par. 3 de la Charte. En effet, dès le début s'instaura une véritable pratique *contra legem*, engendrée par la conduite des États membres, selon laquelle l'abstention volontaire d'un des membres permanents était considérée comme une voix positive (108). Cette nouvelle pratique fut ultérieurement consacrée par la haute instance judiciaire des Nations Unies : « L'abstention d'un membre du Conseil ne signifie pas qu'il s'oppose à l'approbation de ce qui est proposé ; pour empêcher l'adoption d'une résolution exigeant l'unanimité des membres permanents, un membre permanent doit émettre un vote négatif. *La procédure suivie par le Conseil de Sécurité... a été généralement acceptée par les membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de*

(105) CPJI *Recueil C* 17 vol. I (IV), p. 2010. L'auteur duquel le conseil français s'est inspiré est ANZILOTTI, D. *op. cit.* (note 3), pp. 382-383.

(106) Cf. GOELLNER, A. *op. cit.* (note 99), p. 83.

(107) Le fait de résoudre les questions relatives à la légitimité des actes au sein de l'ONU en faisant référence aux manifestations de volonté de l'État membre *ut singuli*, en dépit du critère majoritaire consacré par la Charte, paraît être un signe de la résurgence du droit international classique et de ses figures caractéristiques (acquiescement, etc.) de formation du droit empreintes de contractualisme. C'est la juste observation de CONFORTI, B. *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, 1968, p. 94. STAVROPOULOS, C. (« The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council Under the Paragraphe 3 of the Charter of the United Nations », *AJIL*, vol. 61 (1967), pp. 737-752), crut également relever dans la pratique subséquente des États membres l'émergence d'un accord tacite.

(108) Le premier précédent remonte au 29 avril 1946 lorsque l'U.R.S.S. recourut à l'abstention dans l'affaire espagnole, tout en s'empressant d'ajouter néanmoins que son abstention ne devait « aucunement être considérée comme un précédent de nature à influencer d'une façon quelconque sur la question générale de l'abstention des membres permanents du C.S. » (*Répertoire de la pratique du C.S.*, 1946-1951, p. 183, cas n° 180). Toutefois, la brèche dans la règle était désormais ouverte et la nouvelle pratique qui consistait à ne pas assimiler l'abstention volontaire à un veto, malgré que le texte de la disposition pût faire pencher en ce sens, s'était mise en place (...) et devint la pratique générale.

l'Organisation » (109). Peu importe que l'on fonde cette modification sur la simple pratique ou sur la formation d'un accord tacite, le comportement subséquent des États membres de l'O.N.U. a permis l'assainissement de ce qui autrement aurait constitué une violation flagrante de la Charte.

Toutefois, s'il est vrai que la pratique ultérieure des États parties à un traité peut conduire à la modification ou à l'abrogation de ce dernier, leur comportement subséquent peut avoir d'autres effets : nous faisons ici allusion à la ratification du traité par voie de comportement ultérieur des parties suite à sa signature, c'est-à-dire à la soi-disant ratification tacite (110). Il va de soi que cet aspect du droit des traités est foncièrement différent de celui qui a trait à l'application provisoire de l'accord international, énoncé à l'art. 25 C.V.

En définitive, nous ne pouvons que nous inscrire en faux contre : a) la doctrine qui soutient l'identité entre interprétation et modification par voie de pratique subséquente (111); b) la doctrine qui prétend enchâsser la figure

(109) Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971 : *CIJ Recueil* 1971, par. 22 (les italiques sont de nous). VIRALLY, M. (*L'Organisation mondiale*, Paris, 1972), crut y voir plutôt un cas de coutume modificative du traité (p. 105). Dans le même sens : ENGEL, S. « 'Living' International Constitutions and the World Court (The Subsequent Practice of International Organs under their Constituent Instruments) », *ICLQ*, vol. 16 (1967), pp. 865-910. Cf. la « déclaration verbale » de Stavropoulos, conseil juridique du C.S. lors de l'avis consultatif précité : *CIJ Mémoires* 1971, vol. II, pp. 39-40. Sur la pratique relative à l'art. 27 § 3 de la Charte cf. : TAVERNIER, P. « Article 27 : Vote », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article* (sous la direction de COT et PELLET). 2^e éd., Paris, 1991, pp. 459-526 ; STAVROPOULOS, C. *op. cit.* (note 107). Dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union européenne, en revanche, la carence d'un organe communautaire ou d'une inexécution des traités par les États membres ne saurait pas engendrer la modification ou la disparition des normes en question (cf. arrêt de principe du 14 décembre 1971, Cour de Justice des Communautés Européennes, affaire 7-71, p. 1004). L'impossibilité de la modification par voie subséquente dans l'ordre juridique communautaire s'expliquerait par le fait que le Traité institutif, à son art. 177, dispose que seule la CJCE est compétente pour l'interprétation du traité. Et cela afin d'assurer l'homogénéité de l'interprétation et l'application du droit communautaire. La compétence obligatoire dans le chef de la CJCE vise en effet l'uniformisation de l'interprétation du droit communautaire sur le territoire des États membres.

(110) Cf. *Chilean-Peruvian Accounts... op. cit.* (note 42), pp. 158-160 ; « Mais il est constant qu'elle [i.e. la ratification] peut être suppléée par des actes équivalents, et notamment par l'exécution tacite des stipulations arrêtées. », HEFFTER, A. *Le droit international de l'Europe*, trad. française par BERGSON de la 4^e éd. allemande, Berlin, 1883, § 87 En ce même sens : LA PRADELLE, A. de, POLITIS, N. *Recueil des arbitrages internationaux*, tome III, Paris, 1954, p. 563. De manière similaire, l'on peut mentionner l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt du 18 novembre 1960 : *CIJ Recueil* 1960, en l'occasion de laquelle, la Cour considéra la sentence précitée comme assainie de toute irrégularité éventuelle du fait de son acceptation, par voie de pratique subséquente, par les deux parties (notamment de la part du Nicaragua qui prétendit que la procédure arbitrale en question n'était pas conforme au compromis d'arbitrage, et que partant elle était nulle), pp. 207-209 et 213-214. À l'occasion des affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (arrêt du 20 février 1969 : *CIJ Recueil* 1969, § 28), la Cour eut à s'exprimer en ces termes relativement à la possibilité d'une ratification tacite : « (...) it is not lightly to be presumed that a State which has not carried out these formalities [ratification, accession], though at all times fully able and entitled to do so, has nevertheless somehow become bound in another way » (souligné par nous). Les potentialités assainissantes liées à la conduite des États (parties) sont également mises en évidence par l'art. 45 litt.b C.V.

(111) Cf. par exemple : KEARNEY, R.D., DALTON, R.E., « The Treaty on Treaties. », *AJIL*, vol. 64 (1970-III), p. 525 ; BERNHARDT, R. *loc. cit.* (note 15) ; *Restatement of the law... op. cit.* (note 16) § 334 n° 2. À cet égard, il est fort utile de relater ici l'intervention du Rapporteur (à propos de l'affaire du Temple) : « (...) the treaty had laid down a perfectly clear criterion for a boundary, namely the line of watershed, intended to apply not in one place alone but throughout the length of the boundary. In a given area there had been an unquestionable deviation from that criterion and if that was not an instance of « modification » rather than « interpretation », the words would no longer have their meaning. », *ILCYB*, 866^e séance § 63.

de la modification d'un traité par la conduite ultérieure des parties dans le schéma prévu par l'art. 54 C.V. (112).

3. *Modification d'un traité par voie de pratique subséquente aboutissant à l'émergence d'une règle coutumière (desuetudo et consuetudo abrogatoria)*

Ancêtre de l'art. 38, l'art. 69A(113), prévoyait à son alinéa c) la modification d'un traité par voie coutumière, c'est-à-dire par émergence ultérieure d'une règle coutumière en contraste avec le traité (ou certaines de ses dispositions). Cet alinéa ne fut plus inclus dans les propositions d'articles suivantes, car la C.D.I. estima que la question des rapports entre droit coutumier et droit conventionnel n'avait pas à être réglée par la C.V. Toutefois, la suppression de ce paragraphe ne veut pas dire que la dérogation du droit conventionnel par le droit coutumier ne soit pas possible. En effet, la C.D.I. tient à préciser cette possibilité dans le Rapport de 1966 qui accompagne le Projet d'articles soumis à la Conférence de Vienne(114). Par conséquent, si elle n'est pas régie par la C.V. elle demeurera soumise au droit coutumier en la matière (voir le huitième paragraphe du Préambule de la C.V.).

La jurisprudence internationale et la doctrine ont souvent décrit le phénomène de la pratique subséquente en termes de dérogation au traité par voie coutumière, cette figure étant couramment dénommée par le terme de *desuetudo* (*désuétude, desuetude, desuetudine*). Par ce terme nous faisons donc référence à la modification (ou à l'abrogation) d'un traité suite à la survenance d'une règle coutumière.

Tout en précisant que l'on ne traitera guère de la problématique générale relative aux rapports entre la coutume et l'accord(115), il convient de mettre en relief l'équivalence, sur le plan de la force dérogatoire, entre ces deux sources du droit international(116). Il en découle l'autonomie dogmatique de la désuétude, par rapport à l'accord tacite, en tant que cause d'extinction

(112) SIMMA, B., *op. cit.* (note 89), p. 94. Car, il serait pour le moins illusoire de pouvoir réglementer un phénomène tellement fluide par le biais de la procédure mise sur pied par les art. 54 et 65 C.V. En ce qui concerne cette dernière disposition par exemple, il est absolument légitime de se demander à quel moment il faut faire la notification. Par conséquent, de par ses caractéristiques il serait malaisé de vouloir encadrer la figure de la modification du traité par conduite ultérieure des parties dans un schéma qui, par sa rigidité, ne représente pas une solution viable.

(113) Cf. *supra* note 54.

(114) Cf. *supra* note 48 : « *As to the case of modification through the emergence of a new rule of customary law, it [la CDI] concluded that the question would in any given case depend to a large extent on the particular circumstances and on the intentions of the parties to the treaty.* » (commentaire à l'art. 38, p. 236).

(115) Voir à ce propos : affaires du plateau continental de la Mer du Nord, *op. cit.* (note 110), § 61-62.

(116) En ce sens : Kelsen, H. *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd. (trad. par H. THÉVENAZ), Neuchâtel, 1953, p. 130 : « La coutume peut alors abroger une loi tombée en désuétude du fait que pendant un certain temps elle n'a pas été appliquée par les organes compétents. » ; REUTER, P. *op. cit.* (note 15), § 205 ; TOUSCOZ, J. (*Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964), qui ramènerait la coutume à un fait destructeur (p. 130) ; CONFORTI, B. « Cours général de droit international public. », *RCADI*, vol. 212 (1988-V), p. 86 ; HEILBORN, P. « Les sources du droit international. », *RCADI*, vol. 11 (1926-I), p. 29 ; SCHELLE, G. *op. cit.* (note 90), p. 435 ; GIRAUD, E. « Le droit international public et la politique. », *RCADI*, vol. 110 (1963-I), p. 772 ; CAPOTORTI, F. *op. cit.* (note 89), pp. 519-520.

ou de modification des traités(117). D'ailleurs, les rapports de Sir Humphrey Waldock avaient bien dessiné les contours conceptuels des deux figures lesquelles, bien qu'engendrant les mêmes effets vis-à-vis des traités internationaux, demeurent absolument distinctes. Le rejet de l'art. 38 n'a malheureusement pas aidé à éclairer ces différences.

Les origines de la notion de désuétude remontent au droit romain, mais les transcriptions successives à ce sujet n'élucident pas la question de ses effets juridiques; des doutes demeurent sur la question de savoir si la simple inexécution des lois amenait à la formation d'une *consuetudo abrogatoria* et, donc, à l'abrogation de celles-ci ou bien, s'il fallait pour cette fin édicter des lois « abrogatives » (118).

En droit international, la cause célèbre est assurément représentée par la sentence rendue dans l'affaire *Yuille, Shortridge et C^{ie}* (Grande-Bretagne c./Portugal)(119) dont un passage important mérite d'être relaté : « (...) de ce que plusieurs Anglais (quel qu'en soit le nombre) n'ont pas voulu se prévaloir de leur privilège, on ne saurait tirer une conclusion contraire à ceux qui le revendiquent. Ceux-là n'ont pas le droit d'établir un usage que ceux-ci seraient forcés d'accepter comme obligatoire. La question changerait de caractère si le Gouvernement de la Grande-Bretagne avait à plusieurs reprises refusé d'intervenir, estimant que le traité était tombé en désuétude, ou s'il avait, pour le même motif, renoncé à poursuivre une intervention

(117) Cf. en ce sens : VAMVOUKOS, A. (*Termination of Treaties in International Law. The Doctrine of Rebus sic Stantibus and Desuetude*, Oxford, 1985, p. X et 219), auquel revient également le mérite, rare dans la doctrine anglo-américaine, de finement différencier la notion de *désuétude* de celle de *obsolescence* (caducité); CAPOTORTI, F. *op. cit.* (note 89) : « (...) la réalité des relations juridiques internationales assigne à la pratique des États un rôle qui dépasse largement le schéma de l'accord tacite. » (p. 519); CAPOTORTI, F. *op. cit.* (note 15), p. 208-210; TOUSCOZ, J. *op. cit.* (note 116), pp. 181-186; QUADRI, R. *op. cit.* (note 100), p. 194; ROUSSEAU, Ch. *Principes généraux du droit international public*, tome 1^{er}, Paris, 1944, p. 352; KARL, W. *op. cit.* (note 15), sect. 4.4.2; GIRAUD, E. « Modification et terminaison des traités collectifs » (exposé préliminaire présenté à l'Institut de droit international), *AIDI*, vol. 49 (1961-I), session de Salzbourg, pp. 49-60; GOELLNER, A. *op. cit.* (note 99), pp. 9 et 75. Contra : PLENDER, R. « The role of consent in the termination of treaties », *BYIL*, vol. 57 (1986), p. 139; « On se trouve ici en présence d'un cas-type de coutume abrogatoire fondée sur un accord tacite », DUPUY, R.-J. « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La Communauté internationale*, Paris, 1974, p. 82. Sur la distinction entre coutume locale (voire bilatérale) et accord tacite : FRANCONI, F. « La consuetudine locale nel diritto internazionale », *RDI*, 1971, pp. 396-422.

(118) Voir à ce propos, les fragments de *Iulianus*, qui admet la force abrogative *per se* de la coutume par rapport aux lois (D.I.3.32.I), et du *Codex Justiniani* (« *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitur momento, ut aut rationem vincat aut legem* »), Code VIII, 52 (53), 2, rescrit de Constantin. Les post-glossateurs (en s'étayant sur un passage de *Placentinus*) avaient, dans le but de conserver le rôle abrogatoire de la coutume, confiné celle-ci au *Dispositivgesetz*, mais cette reconfiguration de la fonction de la coutume par rapport aux lois ne suscita pas un consensus unanime. Plus tard, l'École Historique nia résolument la valeur abrogatoire de la coutume; c'est en effet la période des grandes codifications. À l'heure actuelle, la coutume joue apparemment un rôle supplétif : l'art. 1 § 2 du Code civil suisse, l'art. 15 (dispositions préliminaires, Code civil italien). Le droit constitutionnel connaît le phénomène de la pratique subséquente dans l'application de la Loi fondamentale. Toutefois, en vertu du principe de l'acte contraire, la simple inexécution d'une norme, bien que réitérée dans le temps, ne conduit point à son abrogation par désuétudisation, car seules les lois peuvent abroger d'autres lois (exigence de l'identité formelle de l'acte abrogatoire). De ce fait, l'on peut soutenir que la coutume *contra legem* n'a pas de place en droit constitutionnel, ce dernier étant un ordre juridique institutionnalisé et hiérarchisé (pour ces mêmes raisons, voir *supra* note 109, l'ordre juridique communautaire ne reconnaît pas à la coutume une capacité abrogatoire par rapport au droit communautaire).

(119) Sentence du 21 octobre 1861 rendue par le Sénat de Hambourg, *Recueil des Arbitrages Internationaux* (LA PRADELLE, A. de, POLITIS, N.), vol. II (1856-1872), Paris, 1923, pp. 101-111 [c'est nous qui soulignons].

commencée. Car il est certain qu'il appartient aux gouvernements d'abroger expressément un traité ou d'en suspendre l'usage, ce qui devra être regardé par leurs sujets comme une *désuétude dérogeant au traité*. » (120).

Il en découle que : la coutume abrogatoire, issue de la pratique subséquente des États parties peut également avoir un effet suspensif; cette même pratique doit être non seulement convergente et commune, mais aussi active; des manifestations positives de volonté sont ainsi exigées (le silence ne suffisant donc pas); enfin, faut-il que le comportement soit attribuable à l'État, que la pratique soit une *pratique de la Partie* (121) (à la différence de ce qui s'avéra lors de l'affaire concernant l'accord aérien, *supra* note 53).

Lors d'une affaire de délimitation maritime (122) le Tribunal reconnut que « (...) *a development in customary law may, under certain conditions, evidence the assent of the States concerned to the modification, or even termination of previously existing treaty rights and obligations* » (123), en concluant néanmoins que toutes les précautions doivent être prises aux fins de l'établissement de la *preuve* de l'*opinio iuris* des Parties en litige. En effet, il faut alors établir chez les États au différend la conviction que leur comportement *commun*, bien que contraire aux dispositions de l'accord auquel ils sont parties, était non seulement légitime mais encore requis par la nouvelle règle coutumière (124).

Cette prise de conscience juridique n'épargne pas les grandes conventions de codification qui, elles aussi, sont assujetties à cette graduelle évolution par comportement subséquent du système normatif. De fait, dans l'affaire *Rego Sanles* (125), et toujours dans le domaine du droit de la mer (très fluctuant...), la Cour affirma que « (...) le droit de Genève est abrogé par la pratique généralisée des zones économiques exclusives de 188 milles, pratique, au demeurant suivie par l'Espagne (partie défenderesse) (...) » (126).

Pour ce qui concerne donc les grandes conventions de codification, ce qu'on appelait autrefois « traité-loi », l'interprète doit être particulièrement scrupuleux, aux fins de l'établissement de la nouvelle règle coutumière. Il doit entre autres et surtout rechercher si les États parties au litige (et à la convention...) ont concouru à l'émergence de la règle coutumière, et si par ce biais, elle leur est opposable.

L'histoire des relations internationales connaît des précédents célèbres relatifs à la désuétude : par exemple, les Capitulations de 1525 entre François I^{er} et Soliman le Magnifique, à maintes fois expressément et tacitement renouvelées, mais finalement tombées en désuétude dès le Traité de Paris de 1856, la Sainte Alliance de 1815 (127), ou encore, peut-être, l'art. 43 de

(120) *Ibid.*, p. 105.

(121) *Loc. cit.*

(122) Delimitation of the Continental Shelf (U.K. v. France), award delivered the 30 June 1977, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 3.

(123) *Ibid.* § 47. Pour des exemples jurisprudentiels ultérieurs voir ROUSSEAU, Ch. *Droit international public*, tome 1^{er}, Paris, 1970, § 283.

(124) « Les conventions sont la loi des Parties; les lois peuvent tomber en désuétude; les conventions peuvent tomber dans l'oubli volontaire de ceux qui seraient en droit de s'en prévaloir. Lorsqu'on a négligé, d'une manière constante et réitérée, d'invoquer un droit et que soi-même on agit en contradiction avec ce droit, celui-ci vient à s'éteindre. », affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes... *op. cit.* (note 27), vol. C 16-III (Exposé de M. Devèze, État serbo-croate-slovène), p. 157.

(125) Décision du 26 mars 1979, Cour d'appel de Rennes, *AFDI*, 1980, p. 823.

(126) *Ibid.*, p. 825.

(127) Cf. GUGGENHEIM, P. *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, 1967, p. 232 (note 2).

la Charte des Nations Unies (128). Toutefois, il se peut aussi « que la coutume n'abolisse qu'une partie du traité. Par exemple, les conventions de La Haye de 1899 et 1907 sont toujours vivantes, bien que certaines de leurs dispositions, très importantes du reste, aient été abolies [*sic*] par la coutume » (129).

En définitive, ce n'est pas le non-usage *per se* qui entraîne la désuétude ; c'est plutôt la conviction qu'une telle règle, un tel traité ne sont plus à exécuter, qui, amorçant le processus de désuétude, aboutira à l'abrogation de l'instrument conventionnel (ou de la disposition en question) : le non-usage constituera donc un argument de preuve.

À présent il nous reste à nous interroger sur le bien-fondé des motifs qui ont induit les membres de la C.D.I. à exclure du champ de codification de la C.V. la figure de la modification d'un traité par voie de pratique subséquente des États parties débouchant sur la formation d'une coutume. Un des arguments qui étayaient une telle décision tenait au souci de ne pas traiter des rapports épineux entre droit coutumier et droit conventionnel ; or l'argument a été désavoué par la C.D.I. au moins à deux reprises, au sujet des articles 53 et 64 ; à l'égard notamment de ce dernier, on ne peut pas ne pas y voir une incohérence du fait qu'une règle impérative du droit international général est, au bout du compte, une règle coutumière, et pourtant ses interactions avec les accords internationaux sont régies par la C.V. Dans le même sillon logique, pourquoi dès lors ne pas avoir réglementé les rapports entre une règle coutumière, dépourvue il est vrai du caractère impératif, et les traités ?

Conclusion

Nous essayerons de récapituler succinctement les éléments saillants qui ont formé l'objet de la présente étude :

1. Nous avons essayé de mettre en évidence la valeur normatrice attachée au comportement des États. En effet, ces derniers peuvent, même par le truchement de l'exécution de leurs accords internationaux, contribuer au changement normatif, à l'évolution du droit international général. De fait, le traité ne constitue nullement une entrave au développement progressif du droit international général et il ne doit pas être envisagé comme un carcan immuable et sclérosé à jamais (130).

2. L'analyse de la fonction de la pratique subséquente en matière de droit des traités nous ouvre le vaste univers des manifestations des États et de leurs effets juridiques, que la jurisprudence internationale a parfois tenté d'asseoir en droit.

(128) Voir à cet égard la dépêche de Lord Salisbury à Lord Lyons à Paris, citée in SMITH, H.A. *Great Britain and the Law of Nations*, vol. 1 (States), London, 1932, p. 402.

(129) GIRAUD, E. *op. cit.* (note 117), p. 59. Cela n'est évidemment possible qu'en cas de traités non synallagmatiques (p. ex. les traités-lois), car dans d'autres cas (*i.e.* traités synallagmatiques) des questions délicates relatives à l'équilibre contractuel, notamment entre droits et obligations, pourraient surgir. Voir, à cet égard, le cas du Protocole sur la coopération économique (1^{re} annexe) du Traité d'Osimo du 1^{er} octobre 1975 entre la Yougoslavie et l'Italie, considéré par les observateurs comme étant tombé en désuétude.

(130) Voir par exemple, le rôle normateur attribué aux comportements des États membres dans le cadre du GATT : BERRISCH, G.M. « The establishment of new law through subsequent practice in GATT. », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 16 (1991-III), pp. 497-552.

3. Le rejet de l'art. 38 de la codification sur le droit des traités et la survivance de cette règle matérielle en droit coutumier nous montre derechef le rôle dynamique attaché aux grandes conventions de ce genre. Par conséquent, il est légitime de nous interroger sur le statut de cette règle à la suite de sa non-réception dans la C.V. Sera-t-elle modifiée, voire même abrogée par la pratique extra-conventionnelle des États parties à la C.V., dans la mesure où celle-ci exprimerait leur *opinio iuris*? Ou bien, ces derniers pourraient-ils modifier la C.V. par leur conduite ultérieure de sorte que la règle précitée soit incluse dans le *corpus iuris* de la C.V.? Autant de questions qui, pour l'heure, ne connaissent pas de réponses. Certes, la suppression de l'art. 38 a éveillé la doctrine et la jurisprudence à cet aspect capital relatif au droit des traités et nous ne saurions composer l'épithète de cette règle.

4. Le droit de cité de la règle susvisée doit être recherché, outre son bien-fondé logico-juridique, dans le souci d'assurer la sécurité des relations internationales (131).

5. Enfin, aucun ordre juridique ne peut méconnaître la « force normative des faits », sous peine de devenir une vaine spéculation intellectuelle. En l'occurrence, la science juridique internationale ne peut négliger le fait que la règle *ex art. 38* est couramment invoquée et appliquée dans les relations juridiques entre États : lorsque le « factuel » déborde dans le « normatif » ce dernier ne peut guère l'ignorer, mais il doit se plier, dans le but de l'appréhender.

(131) Cf. en ce sens : CAHIER Ph., *op. cit.* (note 4), p. 264.